

et non excessif (1). Mais nous prouvons ces conditions.

» Dira-t-on que les Grimaldi ne sont que participans, qu'ils ne sont pas associés ? La loi *Cum in societatis*, C. *Pro socio* repousse ces distinctions (2). D'ailleurs, en fait, ils sont vrais associés. Sauli s'est rendu adjudicataire pour lui et ses associés à nommer. Sa nomination postérieure produit un effet rétroactif : c'est comme si les Grimaldi eussent été associés dans l'origine (3). »

787. On voit que tous les efforts de la maison Pallavicini tendaient à imprimer à la société le caractère de société collective, et à faire considérer Sauli comme le gérant public de cette société patente et avérée.

788. Mais, malgré ces raisons, la rote, à l'unanimité, déclara la maison Pallavicini non fondée dans son action (4). Voici ses motifs, tels que Straccha nous les fait connaître :

» Les Grimaldi n'ont jamais contracté avec la maison Pallavicini (5) ; tout ce qu'a fait Sauli ne les concerne pas ; on ne peut être obligé que par son propre consentement (6). Un tiers ne peut nous lier par ses contrats, quand même il lui plairait de nous nommer (7).

» Est-il vrai cependant que les Grimaldi doivent être atteints parce que Sauli était leur institeur ?

» L'action institoire est sévère (8) ; il faut interpréter strictement ce qui s'y rapporte.

» Et, d'abord, c'est à celui qui allègue le titre d'insti-

(1) L. ult. D. *De exercit. act.*

(2) N° 23.

(3) N°s 24, 25.

(4) N° 29.

(5) N° 31.

(6) N° 33.

(7) N° 32. — L. *Inte stipulantes*, D. *De verb. oblig.* — L. *Eum qui*, § *Julianus*, D. *De const. pecuniâ.*

(8) N° 35.

teur à le prouver (1). Or, dans l'espèce, cette preuve n'est pas faite. Bien plus, il résulte des faits que Sauli n'était pas institeur (2).

» Il ne l'était pas expressément.

789. » L'était-il par une volonté tacite ? Ce point est plus délicat (3). Mais cependant examinons.

» Et, d'abord, pour qu'il y ait commission tacite, il faut que l'on se soit donné publiquement pour institeur. Sauli n'a jamais pris cette qualité ; il n'a jamais été appelé institeur ni facteur (4). Il était connu comme fermier des revenus publics : ce qui est bien différent. Un institeur n'est jamais seul ; il a toujours un commettant derrière lui. Un fermier peut être seul dans son entreprise, ne dépendre de personne, n'avoir pas d'associés (5).

» Mais il ne suffit pas de se porter pour institeur, il faut encore faire savoir de qui (6) ; surtout quand il s'agit d'obliger une tierce personne. Or, on ne voit pas qu'en aucune circonstance Sauli se soit dit le facteur des Grimaldi. Au contraire, il a toujours agi en son propre et privé nom ; il a toujours signé *Agostino Sauli* (7).

» Mais il y a plus : pour que les Grimaldi fussent censés avoir Sauli pour institeur, il faudrait qu'ils eussent été propriétaires de l'entreprise. Or, Sauli était seul fermier ; il n'a jamais nommé les Grimaldi comme ses co-associés, il ne les a jamais désignés ni fait agréer à *la camera*, qui n'a jamais eu affaire à eux (8). Sauli a

(1) N° 36.

(2) N° 37.

(3) N° 41.

(4) N° 43.

(5) N° 44.

(6) N°s 45, 46, 47.

(7) N° 47.

(8) N°s 49, 50.

seul affermé, a seul paru, a seul géré, a seul pris au dehors le titre de fermier (1).

790. » On objecte que les Grimaldi avaient une part dans la ferme. Mais cela les rendait participans, et non fermiers principaux. Ils ne pouvaient devenir fermiers qu'avec l'agrément de la chambre, qui seule a pouvoir de faire des fermiers du revenu public. Or, n'ayant jamais été nommés par Sauli à la chambre, ils n'ont pu entrer dans l'affaire comme fermiers, et par suite comme maîtres, comme préposans (2). Eussent-ils voulu faire de Sauli un institeur, ils ne l'auraient pas pu; Sauli tenait son droit de lui-même, de son contrat; de simples participans ne pouvaient le lui arracher (3). Ces participans n'auraient pu le traiter en institeur, qu'autant qu'ils auraient été fermiers réels agréés par la chambre et maîtres de l'affaire: ils n'étaient rien de tout cela (4).

» Des commettans doivent pouvoir toujours destituer leur facteur: en cela, le procureur et le facteur se ressemblent (5). Ici, les Grimaldi n'avaient pas le droit de révoquer Sauli (6).

791. » Reste la qualité de participans. Mais, dans une société, il est de règle qu'un associé n'est jamais censé avoir de mandat tacite que pour vendre les choses vénales. On exige un mandat exprès pour con-

(1) Nos 50, 51.

(2) N° 56.

(3) Nos 57, 58, 59.

(4) N° 61.

(5) N° 63.

(6) Cette raison est mauvaise; elle n'est digne ni de Straccha ni de la rote. On a vu ci-dessus qu'il y a de vrais institeurs qui ne peuvent être destitués. N° 669.

tracter des engagemens qui doivent réfléchir sur les autres associés (1).

» A cela il n'y a qu'une objection sérieuse: c'est l'opinion de Bartole qui veut que si deux marchands associés font le commerce, l'un à Perugia, l'autre à Florence, ils soient censés institeurs l'un de l'autre (2) et solidairement tenus; mais Fulgosius lui a très-bien opposé la loi 82 D. *Pro socio* (3); et d'ailleurs son opinion ne s'appuie sur aucune loi (4). Toutefois, admettons-la pour vraie; au moins ne faut-il pas l'entendre au delà de la pensée de Bartole. Or, Bartole se propose deux marchands associés agissant l'un pour l'autre, faisant un échange d'actes mutuels. En est-il de même ici? Non. Les Grimaldi n'ont pas agi (5).

792. » Maintenant, voyons de plus près la convention des parties. Elles ont formé une société particulière (*societas particularis* (6)) restreinte et limitée. Les Grimaldi ont été admis comme participans pour trois sous six deniers sur vingt sous (*admette partecipi*). Il est à remarquer que Sauli avait déjà concédé d'autres parts dans les profits de son adjudication aux Farnèse, aux Monti, aux Negroni et autres (7). Or, les Grimaldi, en entrant dans cette société, ne pouvaient être associés des autres participans qu'ils ne connaissaient pas; ils n'étaient associés que de Sauli, avec lequel ils contrac-

(1) N° 67. On a vu ci-dessus que cette proposition est trop absolue, n° 684: au surplus, Straccha l'a modifiée au n° 94. V., en effet, n° 793.

(2) Sur la loi 9 D. *De duob. reis.*

(3) C'est très-mal qu'il faut dire; cette loi ne prouve rien ici. *Suprà*, n° 773.

(4) Elle est cependant fondée sur la loi 4 D. *De exercit. act.*, § 1.

(5) Notez bien ce point de fait.

(6) N° 84, in fine.

(7) N° 84, 85.

taient (1); et, par cet accord, ils ne s'engageaient qu'avec lui, et non avec les autres participans ou avec les créanciers (2).

» Le pouvoir d'un institeur est dans son mandat : *Potestas omnis institorum consistit in mandato quod habent à dominis*. Ceux qui contractent avec eux doivent donc s'enquérir de son étendue (3). Si les Pallavicini avaient consulté l'acte passé entre les Grimaldi et Sauli, ils auraient vu qu'il n'était pas institeur.

793. » Mais quand même il l'eût été (ce qui est contraire à la vérité), comme il est de règle que celui qui est préposé à un commerce ne peut en exercer un autre (4), Sauli, en tant que préposé à la ferme, n'aurait pas pu, à moins que la qualité de l'affaire ne l'exigeât (5), emprunter sans mandat (6), d'après la loi 1 C. *De instit.* et la loi *Cuicumque*, § *Si quis pistior*, D. *De instit.*; et le mandat ne se présume pas (7).

» Eh bien! ici la gestion de la ferme n'exigeait pas d'emprunt, car les participans avaient avancé les fonds suffisans pour les nécessités de la ferme: et ceci démontre que Sauli faisait des emprunts pour ses affaires particulières, et non comme institeur.

794. » Et, après tout, Sauli ne devait-il pas consulter ses participans, leur communiquer ses besoins, les informer de l'état des choses? Bien plus! puisqu'ils s'étaient obligés de contribuer aux pertes au prorata, ne devait-il pas leur faire un appel de fonds pour qu'ils

(1) N^o 84, 85.

(2) N^o 86.

(3) N^o 87.

(4) L. *Habebat*, D. *De inst.*

(5) N^o 90.

(6) N^o 88 et 89.

(7) L. *Sciendum*, D. *De verb. oblig.* — L. *Si mutuum*, C. *De instit.*

vinssent au secours de l'affaire en péril? ce n'est qu'autant qu'ils auraient été en retard, qu'il aurait pu emprunter (1).

795. » Mais il y a un point dominant (2); Sauli devait agir au nom de la société s'il voulait obliger ses associés; en ne les nommant pas, il ne les oblige pas (3). Un homme peut avoir plusieurs affaires, il peut se trouver dans plusieurs sociétés. Pour lever toute ambiguïté, il doit faire connaître en quelle qualité il contracte et pour quelle affaire il travaille (4); sans quoi on suppose qu'il a agi pour lui-même et en son privé nom, à moins qu'il n'y ait quelque circonstance qui indique positivement qu'il a agi pour telle société et qu'il n'a pu agir en une autre qualité (5). Tout associé qui agit pour la société doit la nommer par son nom, ou l'indiquer par des équipollens: « *Debet igitur nomine sociorum contrahere, vel saltem per equipollens hoc significare.* » Ainsi Sauli, au lieu de signer *Agostino Sauli*, aurait dû signer *Augustin Sauli et les fermiers*, ou bien *Augustin Sauli pour les fermiers*, ou de toute autre manière.

796. » D'un autre côté, les Pallavicini ont-ils prêté en vue de la société, *contemplatione præponentium*? ont-ils entendu suivre la foi des Grimaldi? Non; ils ignoraient leur participation; et cependant cette circonstance devrait se réaliser pour le triomphe de leurs prétentions. Car, « *si quis sit institor et præpositus, et ignoraverit creditor, non obligat dominum, nec contra eum habet actionem* (6). »

(1) N^o 93.

(2) N^o 94.

(3) N^o 94.

(4) N^o 95, 96.

(5) N^o 96. *Quando aliter se habere non potest.*

(6) N^o 99.

797. » Mais supposons que Sauli eût pu obliger les Grimaldi : eh bien ! il n'aurait pu les obliger que jusqu'à concurrence de la somme qu'ils avaient exposée dans la société (1) ; c'est l'opinion commune ; Sauli ne les avait pas nommés. Pour que l'instituteur oblige ses commettans *in solidum*, il faut qu'il donne leurs noms (2) ; régulièrement des associés, qui n'ont pas été nommés, ne sont pas obligés *in solidum*, mais seulement au prorata, ou même jusqu'à concurrence de la somme mise dans la société (3).

798. » On compare souvent l'instituteur à l'administrateur ; l'erreur est grande : l'administrateur est le genre, l'instituteur est l'espèce (4). Il y a des administrateurs de bien des espèces. Ici, la nuance importante, c'est que l'instituteur ne vit que par autrui, *non stat per se*. Au contraire, un administrateur peut ne pas dépendre d'autrui. Tel était Sauli qui administrait sa chose, qui *erat dominus officii*, tandis que les Grimaldi n'avaient aucune qualité pour pourvoir à l'administration et n'avaient qu'une simple part dans la ferme.

» A la vérité, il y a des comptes à faire entre les Grimaldi et Sauli. Mais Sauli les leur rendra comme à ses participans, et non comme instituteur (5) ; il ne cesse pas d'être *dominus appaltus*.

799. » Qu'on se fixe bien sur la qualité de participant ;

(1) N^{os} 110, 111.

Felicius critique cette proposition, c. 30, n^o 32.

(2) *Procedit propositio, quando ille qui exercet, expendit nomen suorum præponentium, non quando suum.* N^o 126.

(3) *Regulariter socii, nisi nomen eorum expendatur, non possunt obligari in solidum, sed solum pro rata : imò non tenentur in plus quam exposuerunt in societate.* N^o 131.

(4) N^{os} 115, 116, 117.

(5) N^{os} 118, 119.

elle donne droit à un compte à la fin de l'opération ; c'est une affaire entre les associés, cela ne regarde pas les créanciers (1). »

800. Cet ensemble de raisons fit triompher les Grimaldi. Sans doute, ils auraient succombé, si Sauli les eût nommés expressément ou par équipollent ; si, par sa conduite approuvée par eux, il eût placé la société sous l'égide extérieure de leur crédit ; s'il eût autorisé les créanciers à croire qu'ils suivaient la foi de ces négocians riches et puissans. C'eût été alors l'espèce des arrêts Billaut et Hom ; c'eût été le cas d'une société collective improprement ou frauduleusement appelée participation. Mais non ! Sauli a agi seul ; les Grimaldi sont restés inconnus ; on n'a pas suivi leur foi. Ils sont restés dans les termes d'une société occulte, étrangère au public ; les tiers ne peuvent les atteindre sans bouleverser tous les principes.

801. La jurisprudence italienne abonde en décisions semblables. Un des plus savans jurisconsultes de l'Italie, Deluca, est revenu cent fois (il le déclare) sur ce point, et cent fois il a enseigné que les créanciers n'ont pas d'action directe contre les participans non dénommés, avec lesquels ils n'ont pas contracté expressément ou tacitement, et dont ils n'ont pas suivi la foi ; qu'ils n'ont que l'action oblique, tirée de la personne du co-associé créancier (2).

Enfin, que dirai-je ? Casaregis (3), le maître en droit commercial, a écrit ces mots : « *Participes non tenentur nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio.* » Neque ipsi agere possunt contra debitores socie-

(1) N^o 120, *in fine*.

(2) *De loc. et conduct.*, disc. 26, n^o 4.

De credito, disc. 75, 76, 87, 88, 89, 160, 161.

(3) Disc. 39, n^{os} 31, 32.

» tatis, neque conveniri valent a creditoribus societatis.»

Et c'est, l'avis de Savary (1), Jousse (2), Bornier (3), Rogue (4), Bourjon (5), Pothier surtout (6), qui a porté sur les matières commerciales, aussi bien que sur les matières civiles, les lumières de son esprit judicieux et de sa science consciencieuse et vraie : ainsi en ont décidé, sous le Code de commerce, MM. Cresp (7), Delamarre et Lepoitevin (8).

Enfin, ce qui confirme cette démonstration, ce sont les dispositions suivantes du Code de commerce espagnol, qui résument cette jurisprudence.

Art. 356. « Dans ces négociations (celles de la participation), on ne peut adopter une raison sociale commune à tous les intéressés, ni se servir d'un autre crédit que celui du commerçant qui les dirige en son nom et sous sa responsabilité individuelle. »

Art. 357. « Ceux qui contractent avec le commerçant qui est en nom dans la négociation, n'ont d'action que contre lui, et non contre les autres intéressés; de même, ceux-ci ne peuvent actionner le tiers qui a traité avec l'associé dirigeant l'opération, à moins que celui-ci n'ait fait une cession formelle de ses droits en faveur de l'un des autres intéressés (9). »

Mêmes dispositions dans les Codes portugais (10) et

(1) T. 1, p. 368.

(2) Notions préliminaires, au t. 4, *Des sociétés*, et l'ord. de 1673.

(3) Sur l'art. 1 de l'ord.

(4) *Jurisp. consulaire*, t. 1, p. 238.

(5) *Participe ou croupier*, dit-il, t. 1, p. 500, n° 15.

(6) N° 63, 102.

(7) Consult. précitée.

(8) T. 2, n° 243.

(9) Trad. de M. V. Foucher.

(10) Art. 576.

néerlandais (1). Si l'évidence et la certitude ne sont pas dans ce faisceau de preuves, où les trouvera-t-on?

802. On voit, du reste, que ces législations étrangères, précieux supplément de notre Code de commerce (2), ne tiennent aucun compte de l'opinion des auteurs qui, comme MM. Pardessus (3) et Vincens (4), restreignent la vérité de notre proposition au cas où rien ne prouve que la chose a profité à la société. C'est que cette limitation n'est pas bonne. Si ces auteurs avaient dit que l'*in rem versio* est l'une des preuves qu'il faut faire pour établir qu'une obligation signée d'un nom privé a eu cependant une cause sociale, je les comprendrais; mais croire qu'elle est la seule preuve relevante et qu'elle remplace toutes les autres, c'est une erreur manifeste. La cause sociale ne peut résulter que d'un ensemble de preuves dont l'*in rem versio* est la moitié, et rien de plus. Il ne suffit pas que celui qui s'est engagé ait eu *in petto* l'arrière-pensée de faire les affaires de la société, et qu'il les ait faites réellement; il faut encore que l'autre personne avec laquelle il contractait ait certainement connu cette intention, et qu'en s'y associant, elle ait cru suivre la foi et le crédit de la société.

803. Examinons maintenant la position des associés commanditaires à l'égard des tiers.

Pour parvenir à la démêler, une distinction est nécessaire.

(1) Art. 38.

(2) On avait proposé au conseil d'État de trancher la question à l'égard des tiers. Mais l'esprit vacillant de M. Cambacérès s'y opposa; on peut voir ses raisons dans M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2, p. 557. Ses scrupules tiennent à ce qu'il ne voyait pas que les cas qu'il posait étaient en dehors de la participation.

(3) T. 4, n° 1049.

(4) T. 1, n° 378. Voyez *suprà*, n° 777.

Ou la société en commandite ne s'est pas montrée au public sous une raison sociale, restant ignorée des tiers qui n'ont pas suivi la foi de ses membres innomés; ou bien elle s'est constituée en corps moral, appelant le crédit par la publicité, et signant tous ses actes d'une signature sociale.

Dans le premier cas, qui se réalisait très-souvent dans l'ancien droit, et qu'il est surtout nécessaire de traiter, à cause de son utilité rétrospective, je ne fais aucune différence entre la commandite et la participation. Les tiers réclameraient en vain la garantie personnelle des commanditaires, dont ils ont ignoré l'existence; ils succomberaient également sur l'action *credite pecunie*, et sur l'action *de in rem verso*; ils ne pourraient exercer que l'action oblique, et faire valoir les droits du co-associé, si ce dernier en avait à réclamer contre ses commanditaires. M. Cresp a porté sur cette vérité une masse de preuves irrésistibles (1).

M. Merlin a cependant soutenu le contraire. Il faut se défier de la science qu'il a déployée dans cette occasion (2); elle est mêlée des mêmes erreurs que nous avons signalées dans son argumentation sur la responsabilité solidaire des associés en participation. Presque toujours, dans ce plaidoyer, qui a exercé sur l'état des

(1) Consult., affaire Loubon.

Voy. Straccha, *Decis. rot. Gen.*, 39.

Casaregis, disc. 29, n^o 24, 25, et

39, n^o 30, 31, 32.

Deluca, *De credito*, disc. 88, n^o 4 et 11.

Jorio, *Giurisp. del commercio*, part. 1, lib. 4, t. 23 et t. 25.

Savary, *parère* 52, 55, 65, et t. 1, p. 397.

Bornier, art. 1, t. 4, de l'ord. de 1673.

Pothier, n^o 56 et suiv. et 102.

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

opinions une si fâcheuse influence (1), M. Merlin cite pour lui les autorités qui le condamnent. On ne conçoit pas, par exemple, que l'illustre procureur général ait opposé à Pothier l'autorité du judicieux Savary, lorsque ce dernier enseigne formellement, comme Pothier l'a fait après lui, que l'action directe manque aux créanciers contre les commanditaires.

804. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la société en commandite a été gérée sous une raison sociale, comme cela doit se faire d'après le Code de commerce, la question est plus délicate; nous la traiterons dans un instant: avant tout, nous devons expliquer quel est l'état de la jurisprudence prise dans son point de vue le plus général, quand une société a contracté par un représentant avoué, ou soi-disant tel; c'est l'objet de la deuxième hypothèse posée au n^o 771.

805. Supposons donc que, dans une société ordinaire, le contrat a été fait par l'associé, au nom de la société.

Ici commence un ordre de choses plus compromettant pour la société.

Toutefois, la seule circonstance, que le contrat a été fait au nom de la société, ne suffit pas pour rendre les co-associés obligés à la dette. Autrement, la témérité d'un associé ou sa mauvaise foi pourraient prodiguer le nom de la société dans des obligations étrangères à son mouvement d'action, et la ruiner pour des faits qui ne seraient pas les siens. A ce prix, les sociétés seraient une source de périls; elles seraient impossibles. Il faut donc quelque chose de plus que le nom social; il faut que la société ait donné un pouvoir à l'associé qui s'est servi de ce nom. C'est ce qu'enseignait le célèbre juris-

(1) Il a entraîné en effet M. Pardessus, t. 4, n^o 1031 et 1034.

Et un arrêt de la Cour royale d'Aix, du 10 mars 1820.