

La preuve du versement est à la charge du créancier ; elle n'est pas toujours facile.

814. Mais je répète que ce versement n'est considérable, qu'autant que la dette a été contractée *nomine sociali*. Que si la dette n'avait pas été contractée sous le nom social, il est certain qu'on ne serait pas fondé à opposer le profit qu'elle aurait fait ; elle l'aurait fait comme tierce personne. Il n'y a pas de doctrine plus certaine (1), et M. Merlin n'a pas été secondé par son savoir ordinaire quand il a enseigné le contraire. Je ne puis que renvoyer à ce que j'ai dit ci-dessus sur cette question (2).

815. Au reste, nous verrons tout à l'heure quelle est l'étendue de l'obligation conjointe, que tous les associés sont censés contracter par le ministère d'un seul, lorsque l'acte souscrit par lui pour la société, mais sans pouvoirs, a tourné au profit commun (3).

816. Quand la procuration existe et que l'obligation a été contractée au nom de la société, il importe peu que l'argent ait tourné au profit de la société. Sans doute, l'associé contractant, qui voudra faire contribuer ses co-associés, devra leur prouver qu'il n'a pas détourné l'argent emprunté par lui (4) : mais cette preuve n'est pas nécessaire à l'égard des tiers (5). Ceux-ci, ayant légalement contracté avec un associé muni de pouvoirs suffisants, ne doivent pas souffrir du mauvais emploi ; ils n'étaient pas chargés de surveiller les fonds : c'est aux associés à s'imputer d'avoir choisi un mandataire infi-

(1) Pothier, n° 105.

(2) N°s 773, 777.

(3) *Infrà*, n° 820.

(4) Felicius, n° 11.

Arg. de la loi 82 D. *Pro socio*.

(5) Felicius, n° 13 et 25.

dèle (1). Quant aux créanciers, leur action procède du mandat donné par la société à son représentant ; elle doit triompher quand le mandat existe ; comme elle ne découle pas du versement à la caisse sociale, ce dernier point est pour eux tout-à-fait insignifiant : « Ubi » nomen vel causa socialis accedit, dit très-bien Deluca, » tunc versionis defectus non attenditur, neque de illa » creditor sollicitus esse tenetur, cum actio non procedit » à versione, sed à reciproco mandato, quod unus alteri » dedisse censetur (2). »

On ne saurait tenir un plus judicieux langage.

817. Il faut voir maintenant dans quelles proportions l'obligation réfléchit sur les co-associés.

En premier lieu, une distinction capitale doit être faite entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce.

Occupons nous des premières.

818. Dans les sociétés autres que les sociétés de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement envers les tiers ; c'est une vérité élémentaire que proclame l'article 1862 : la dette se divise entre eux, et ils sont seulement tenus par portions égales. Ainsi, s'il y a quatre associés, chacun doit payer le quart de la dette, et le créancier peut les actionner directement pour cette quote-part.

Il importerait peu que l'un des associés soit dans la société pour moitié, et que les trois autres n'y soient que pour le restant ; cet arrangement intérieur n'influe pas sur les créanciers qui sont censés l'ignorer, ou qui, dans tous les cas, n'en sont pas atteints, d'après la règle : *Res inter alios acta tertio non nocet*. Si les associés veulent que la dette se divise à l'égard des tiers sur le

(1) Henrys, t. 2, p. 914.

(2) *De credito*, disc. 87, n° 10.



même pied qu'elle se répartit entre eux dans leurs arrangemens privés, il faut que l'acte d'obligation en fasse une loi au créancier (art. 1863) (1). Le créancier doit être averti par la convention même (2).

819. Il suit de là que l'on ne pourrait objecter au créancier la connaissance personnelle qu'il aurait de l'inégalité de parts des associés dans la société. Le créancier, qui n'a pas été averti par la convention, est autorisé à croire qu'on n'a pas voulu faire réfléchir sur lui des dispositions d'associé à associé; il a pour lui le principe de droit, d'après lequel la dette se partage par portions viriles entre les codébiteurs (3).

Tout ceci sert invariablement de règle dans le cas où l'associé fondé de pouvoir de la société a contracté sous le nom social.

820. Mais si l'associé avait contracté sans pouvoirs, quoique au nom de la société, on sait que dans ce cas la société qui a profité de la chose n'est alors tenue qu'en vertu de l'action *de in rem verso* (4).

Et de là naît la question de savoir si les associés doivent être actionnés, comme dans le cas précédent, suivant leur part virile dans la totalité de la dette, ou s'ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur intérêt social.

Par arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1824, rendu au rapport de M. Lasagni, il a été décidé que les associés ne pouvant être actionnés qu'autant que la dette avait tourné à leur profit, et que, dans ce cas, leur profit ne pouvant être qu'en proportion de la part qu'ils ont dans la société, c'est aussi en proportion seu-

(1) Pothier, n° 104.

(2) M. Boutteville, rapport au Tribunal. (Fenet, t. 44, p. 413.)

(3) M. Duvergier, n° 391.

(4) *Suprà*, n°s 813, 814.

lement de cette part qu'ils peuvent contribuer; qu'autrement, l'action *de in rem verso* serait étendue dans ses effets au delà de ses causes (1).

Cet arrêt est excellent; il entre à merveille dans les principes de l'action *de in rem verso*; il les applique avec discernement. Vainement opposerait-on le texte de l'article 1863, comme le faisait le demandeur en cassation dont le pourvoi fut rejeté.

Cet article, pris à la lettre, n'a été fait que pour le cas où les associés ont comparu tous ensemble; puis, par identité de raison, il s'étend au cas où, sans comparaître personnellement, ils ont été représentés par leur co-associé muni de leurs pouvoirs. Mais lorsque, n'ayant contracté ni par eux-mêmes ni par procureur, on vient les rechercher en vertu de la maxime *Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*, n'est-il pas évident que la position n'est plus la même, et ne faut-il pas se résigner aux conséquences du principe qu'on leur oppose (2).

821. Tels sont les principes dans les sociétés civiles.

Point de solidarité.

Égalité entre tous les débiteurs, si ce n'est dans deux cas: 1° quand le créancier a consenti à une inégalité de responsabilité; 2° quand l'action est non pas *credita pecunie*, mais *de in rem verso*.

822. Arrivons aux sociétés de commerce. Ici l'obligation des associés envers les tiers est solidaire, sauf quelques exceptions.

Recherchons l'origine de cet état de choses. Le droit romain pourra, ici comme ailleurs, nous être d'un grand secours.

(1) Dalloz, *Société*, p. 96.

S. 25, 1, 438.

(2) M. Duvergier, n° 401.

M. Duranton, t. 47, n° 448.



On sait qu'il se faisait, à Rome et dans l'empire, un commerce de banque fort considérable; des lois nombreuses s'étaient occupées de l'exercice de la profession de banquiers et argentiers dans un intérêt public. On avait décidé que les associés argentiers étaient tenus solidairement de leurs obligations (1).

Ainsi, voilà la solidarité appliquée d'une manière positive à une société commerciale.

Une autre nature de spéculation donnait lieu à des sociétés étendues: c'était la ferme des revenus publics, dont j'ai traité avec détail dans la préface de ce livre. Les sociétés de publicains étaient-elles solidaires?

Un grand nombre de docteurs ont pensé que la solidarité y était de droit, sur le fondement de la loi 9, § 4, D. *De publicanis*. Ce fragment est ainsi conçu: « *Socii vectigalium, si separatim partes administrent, alter, ab altero minus idoneo, in se portionem transferri jure desiderat* (2). » Mathæus, dans son savant traité *De auctionibus*, ne croit pas que ce texte soit décisif; il lui en oppose qui ne sont pas le moins du monde convaincans (3). Il ne veut pas surtout qu'on argumente des argentiers aux publicains (4).

Pour moi, je pense, avec Voet (5), que le texte de Paul est suffisamment clair. L'associé, qui administre une part de la société, ne serait pas fondé à exiger qu'on

(1) L. 27 D. *De pactis*.

Cujas sur la loi 82 D. *Pro socio*, lib. *Respons. Papin.*

Bartole, l. *Eandem* D. *De duob. reis*, n° 11.

Felicius, c. 30, n° 30. Voyez notre préface.

(2) Paul.

(3) L. 6 D. *De publicanis*.

L. 46, § dernier, D. *De jure fisci*.

(4) *De auctionib.*, lib. 2, c. 8 et 5.

Lib. 2, c. 6, n° 4.

(5) *Pro socio*, n° 13.

lui transférât la part de son co-associé insolvable, s'il n'était tenu à lui par un lien de solidarité. Je suis donc convaincu que c'est de là que vient, chez les nations modernes, le droit qui, aussi haut qu'on remonte, nous montre la solidarité planant sur les sociétés formées pour la ferme des revenus publics (1).

Ainsi, déjà la solidarité commence à poindre dans cette recherche du droit romain; elle régit deux sortes de sociétés livrées à de vastes et importantes spéculations: les sociétés d'argentiers, les sociétés plus étendues encore de publicains.

823. Il est également certain que, dans le droit romain, la solidarité avait lieu quand une société, constituée pour faire des gains par le négoce (2), se faisait représenter par un institeur (3), ou facteur; le fait de l'institeur, du facteur, obligeait solidairement les associés (4). Par exemple, si Titius et Sempronius avaient préposé à un négoce, ou à l'exploitation d'une boutique, un esclave ou un homme libre, (c'était ordinairement un esclave), chargé d'acheter, de vendre, de prêter, d'emprunter, l'un et l'autre étaient liés *in solidum* par les actes de ce représentant nommé *institor*, parce que *negotio gerendo instabat* (5). On avait établi cette responsabilité solidaire pour ne pas forcer celui, qui avait contracté avec un seul, à agir contre plusieurs, et, comme disait Caius, *ne in plures distringeretur qui cum uno con-*

(1) Felicius, c. 30, n° 30.

(2) *Propter questum*. Paul, l. 16 D. *De instit. act.*

(3) L. 1, § 25, D. *De exercit. act.* (Paul *Ad edict.*, lib. 28.)

La l. 13, § 2, D. *De inst. act.* (Ulpien), est surtout formelle.

(4) Felicius, c. 30, n° 31.

(5) L. 3 D. *De inst. act.*

Voet, n° 4.



*traxerat* (1). Cujas a si bien et si énergiquement rappelé ce point de droit que je vais le laisser parler (2): « *No-  
tandum est, ex contractu ejus quem, quæstus faciendi  
causâ, tabernæ, officinæ vel negotiationi, præposui-  
mus, ut ei rei, vice nostrâ, sedatim insisteret,  
qui de indè institor dicitur, nos qui præposuimus  
obligari et teneri institoriâ actione in solidum, sive ser-  
vus sit noster, sive alterius, sive liber homo, sit is  
quem præposuimus.... Verùm si unus conventus in  
solidum, solidum præstiterit, quod ampliùs suâ parte  
præstiterit id a cæteris consequetur actione pro so-  
cio* (3). »

Une pareille solidarité avait également lieu, quand plusieurs associés plaçaient un patron sur leur vaisseau pour le faire naviguer dans leur intérêt commun (4). Les faits du patron les obligeaient solidairement, sauf recours entre eux par l'action *pro socio*. De même, tous les propriétaires d'un esclave étaient tenus solidairement, par l'action *de peculio*, des contrats de cet esclave (5). La grande et constante raison (*summa ratio*, disait Cujas), c'était toujours qu'il ne fallait pas que celui qui avait traité avec un seul fût forcé d'aller se débattre contre plusieurs. L'action provenait, non de la personne des représentans, mais de la personne du représenté (6); et dès lors elle devait rester entière contre chacun de ceux qui avaient commis ce représentant.

(1) L. 2 D. *De exercit. act.*

*Junge* l. *Et ancillam*, § *ult.*, D. *De peculio*.

(2) Lib. 29 *Pauli ad edict.*, sur la loi 3 *De exercit. act.*

(3) L. 3 D. *De exercit. act.* (Paul, lib. 29, *Ad edict.*)

(4) L. 1, § *dernier*, *De exercit. act.* (Paul, *loc. cit.*)

(5) L. précitée *De peculio*.

(6) L. 1, § 24, D. *De exercit. act.*

Cujas, *loc. cit.*

Favre, *Rationalia* sur les §§ 24 et 25 de cette loi.

824. De graves jurisconsultes ont dit que ces lois étaient tombées en désuétude dans l'Europe moderne, en tant qu'elles faisaient peser la solidarité sur les commettans (1). Grotius a reproché à la solidarité de l'action exercitoire d'être contraire à l'équité et à l'intérêt public. Il rappelle la coutume hollandaise, si favorable au commerce, si bien appropriée à ses besoins; coutume tellement opposée à la solidarité, qu'elle déchargeait l'armateur de toute responsabilité par l'abandon du navire et du fret (2). Voet a fait la même observation (3), en l'appliquant aussi à l'action institoire; et il veut que tous les propriétaires du navire ou tous les commettans soient libérés de l'action des tiers, en leur abandonnant la part qu'ils ont dans le navire ou dans le négoce.

Ces observations sont vraies en un sens.

D'après le droit moderne (4), adopté par l'art. 216 du Code de commerce, l'armateur fait cesser sa responsabilité des faits du capitaine, en abandonnant le navire et le fret. Il suit de là que si le navire, au lieu d'être la propriété d'un seul, est la propriété de plusieurs armateurs associés, les faits du capitaine n'obligent désormais cette société que jusqu'à concurrence du navire et du fret. Sous ce rapport, la désuétude des lois romaines ne saurait être révoquée en doute.

Mais, en ce qui concerne l'action institoire, les ob-

(1) Voet, *De exercit.*, n° 5.

*De instit.*, n° 2.

Vinnius, *INSTIT. Quod cum alio*.

(2) *De jure pacis et belli*, lib. 2, cap. XI, n° 13.

(3) *De exercit. act.*, n° 5.

*De instit. act.*, n° 2.

(4) Ord. de la marine, t. 8, art. 2.

Pothier, *Oblig.*, n° 452.



servations de Voet ne doivent être admises qu'avec une distinction. Sans doute, quand les commettans ne sont pas nommés, le fait de l'instituteur qui agit en son propre nom, et comme personne privée, ne les lie que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont dans l'affaire; mais s'ils sont dénommés explicitement ou implicitement par l'instituteur agissant pour eux, en son nom, ils sont tenus solidairement; la rote de Gênes l'a toujours entendu ainsi (1), et sa jurisprudence est prépondérante.

On comprend la différence de ces deux cas. Quand l'instituteur se montre au dehors en son propre et privé nom, le commettant, dont le crédit n'a pas été engagé parce qu'il n'a pas été aperçu, ne doit pas être tenu personnellement. L'action des tiers ne peut s'exercer que sur les choses qu'il a exposées dans la société, parce qu'il les a, en quelque sorte, offertes comme gage, et que ceux qui ont traité avec l'instituteur ont été autorisés à y voir pour eux une garantie; mais le droit des tiers ne dépasse pas ce point: *quidquid in mercibus erit* (2).

Que si, au contraire, l'instituteur s'est annoncé comme tel, alors la personne de ses commettans est nécessairement engagée: *scilicet quia is qui ita contrahit fidem domini sequi videtur* (3).

Est-elle engagée solidairement?

On a vu là-dessus la décision des lois romaines. Faisant une différence entre les actes du propriétaire qui se borne à tirer parti de sa chose, et celui qui se livre à des spéculations pour faire un gain (*propter questum*) (4), elles veulent que toute société, érigée dans cette vue mercantile, soit tenue *in solidum* des faits de

(1) *Decis. rot. Gen.*, nos 126, 131, décis. 14.

(2) *Arg. des Instit. Quod cum eo*, § 3.

(3) *Caius*, iv, 71.

*Just., Instit. Quod cum eo*, § 1.

(4) L. 16 D. *De instit. act.*

son facteur; elles veulent que chaque associé soit responsable personnellement pour le tout, et qu'il ne puisse pas objecter que l'action des tiers doit être restreinte ou à sa part virile, ou à sa part dans la marchandise (*an pro aequalibus, an pro portione mercis*) (1).

825. Eh bien! c'est ce qui a toujours été adopté dans les affaires de commerce chez les nations modernes. Si les sociétés, ayant le négoce pour objet, ne se faisaient pas représenter par des esclaves, elles se faisaient représenter très-souvent par un de leurs membres chargé de les gérer, et tout à la fois associé et instituteur (2). Or, quand ce gérant agissait au nom de sa société, chaque membre de cette société était tenu solidairement, comme dans le cas prévu par Ulpien dans la loi 4, § 1, D. *De exercit. act.* On a vu ci-dessus quel parti Bartole et Paul de Castro tirèrent des principes du droit romain sur l'action institoire et l'action exercitoire, pour donner à la formule *N. et compagnie* son véritable sens (3). Il n'est pas une seule décision des tribunaux italiens et français, qui n'ait pris ces principes pour les transporter dans les sociétés de commerce: on peut lire les arrêts de la rote de Gênes (4), et, en France, les anciens arrêts des parlemens rapportés par Charondas (5) et par Maynard (6).

(1) Ulp., l. 13, § 2, D. *De instit. act.*

Paul, l. 14 D. *De instit. act.*

(2) *Suprà*, n° 667.

(3) *Suprà*, n° 362, 363.

(4) *Decis. 14* et passim.

(5) *Répons.*, liv. 7, ch. 103.

liv. 8, ch. 38.

Parlement de Paris, 7 septembre 1564.

(6) Liv. 4, ch. 24. *Parlem. de Toulouse*, août 1594.



Ainsi donc, ce point ne saurait faire l'objet d'un doute; l'influence des lois romaines est, à cet égard, manifeste et précise.

Voilà ce que les précédens nous enseignent sur la solidarité dans les sociétés commerciales agissant par un gérant: voilà ce que le Code de commerce a consacré (art. 22).

826. Mais le bon sens du lecteur a déjà prévu que ces vérités ne sont dominantes que dans les sociétés collectives, lesquelles offrent à la confiance du public la personne de chacun des associés. Du reste, on present que la question de réflexion solidaire pour le fait du gérant ne peut pas même être posée dans la société en participation; car, dans cette espèce d'association, tout se renferme dans des rapports intimes et secrets; il n'y a pas de gérant pour le public; il n'y a qu'une personne privée agissant seule et sous son propre nom. S'il était prouvé que la participation a capté la confiance publique par l'appât du crédit collectif de ses membres, elle ne serait pas une vraie association en participation. Elle serait une société collective, et les associés subiraient les conséquences de la position qu'ils se sont donnée en face des tiers (1).

827. Quant à la société anonyme, qui se meut toujours par le ministère d'un directeur gérant, il est de son essence de n'engager à l'égard des tiers que le montant des capitaux exposés (art. 33 du Code). La société anonyme n'est pas une association de personnes: elle n'est qu'une association de capitaux; elle n'admet pas la responsabilité personnelle; elle ne connaît que la responsabilité des sommes mises dans la société: ses administrateurs eux-mêmes ne sont que des mandataires

(1) *Suprà*, n° 499.

purs et simples, *nudi ministri* (1); et si à leur qualité de directeurs ils joignent celle d'associé, leur engagement, même dans ce cas aggravant, ne va pas au delà de leur mise (2).

828. Pour ce qui est de la société en commandite, qui aujourd'hui doit être organisée sous la raison sociale *N. et compagnie*, il est également certain que l'associé commanditaire, qui ne s'est pas immiscé, n'est pas tenu solidairement des engagements du gérant. Il n'est tenu que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société (art. 26).

Mais, ainsi limitée, l'action des créanciers est-elle directe, ou seulement oblique? Cette question est grave, et partage les esprits; elle doit être soigneusement examinée; nous allons la reprendre au point où nous l'avons laissée au n° 805.

829. Les jurisconsultes étrangers, aussi bien que les jurisconsultes français, qui ont traité les matières commerciales avant le Code de commerce, s'accordent à décider que, du commanditaire aux tiers, il n'y a aucune action directe, ni active, ni passive. Comment en aurait-il été autrement? Dans le système de tous ces auteurs, la commandite n'avait pas de raison sociale (3); tout le commerce se faisait par un gérant agissant en son seul et privé nom, et rien n'annonçait aux tiers le crédit d'une société; rien non plus ne pouvait les autoriser à agir contre elle de leur chef. Un savant professeur de l'école de droit d'Aix, M. Cresp, a établi cette vérité avec un savoir et une vigueur irrésistibles (4). M. Merlin, seul, a eu le privilège d'apercevoir dans Savary,

(1) Art. 32 C. de comm., *suprà*, n° 450.

(2) *Ibid.*, n° 450.

(3) *Suprà*, nos 384, 396, 399, 400, 401.

(4) Consult. pour les commanditaires de Loubon aîné.