

Jousse, etc., etc., la consécration de l'action directe (1); et le fait est que ce sont précisément les doctrines de ces auteurs qui la repoussent (2).

830. Toutefois, je ne suis pas aussi absolu que M. Cresp; je n'admets pas que jamais, dans les commandites antérieures au Code de commerce, l'action directe ne fût permise. Je soutiens, au contraire, que, dans le nombre infini d'espèces diverses que révélait la commandite à cette époque, il y avait des sociétés formellement qualifiées de sociétés en commandite, qui comportaient l'action directe des tiers. J'avoue que ce n'était pas le cas le plus fréquent; mais, enfin, il y en a des exemples éclatans. La société organisée par le grand Colbert pour les assurances générales maritimes était une société en commandite, et les commanditaires étaient soumis à l'action directe des tiers (3). Peu importe que les auteurs n'aient pas tenu compte de cette combinaison de la commandite et d'autres analogues, qui la faisaient sortir des limites des définitions doctrinales (4). Ce n'en est pas moins un fait considérable dans la pratique du commerce; et, dès lors, je suis beaucoup moins disposé que M. Cresp (5) à blâmer M. Regnault de Saint-Jean-d'Angély d'avoir avancé, dans la discussion du conseil d'État, que le *commandi-*

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

(2) V., en effet, Savary, formule de la commandite, t. 1, p. 391. Parères 52, 23.

(3) Jousse sur l'ord. de 1673.

Et Pothier, en écartant formellement l'action directe, n'a fait que résumer cette doctrine. (*Société, nos 101, 102.*)

(4) *Suprà, n° 337.*

(5) Par exemple, la raison sociale, etc., etc.

*Suprà, nos 397, 384, 396, 399, 400, 401.*

(6) P. 92.

*taire répondait directement* (1), quoique seulement en proportion de sa mise. Par ces paroles, M. Regnault de Saint-Jean-d'Angély faisait voir qu'il était plus au courant des habitudes commerciales que M. Merlin (2). Ouil il y avait des cas nombreux où les commanditaires répondaient directement. La commandite, en s'élargissant et en se modifiant, avait imaginé, en dehors des cas prévus par Savary et autres auteurs, des hypothèses dans lesquelles elle offrait le commanditaire au recours direct des tiers.

831. Là-dessus, qu'a voulu le Code de commerce? Les opinions sont fort partagées.

L'action directe, refusée par MM. Delvincourt, Favard, etc., a été accordée par MM. Pardessus (3), Malpeyre et Jourdain (4), etc. Repoussée par la Cour de Paris le 24 août 1833 (5), elle a été admise par un arrêt précédent du 23 février 1833 (6), par diverses décisions du trib. de commerce de la Seine et du trib. de comm. de Marseille (7), et par un arrêt de la Cour royale d'Aix du 10 mars 1820 (8).

832. Quant à moi, une première réflexion m'a frappé tout d'abord: c'est que, sous l'empire du C. de c., qui oblige la société en commandite à se révéler au public sous une raison sociale, il est difficile d'argumenter,

(1) Loqué, t. 17, p. 185.

(2) *Suprà, n° 399.*

(3) T. 4, n° 1034.

(4) N° 256.

(5) D. 33, 2, 244.

S. 33, 2, 510.

(6) S. 33, 2, 303.

D. 33, 2, 119.

(7) Clariond, t. 4, p. 115.

(8) Clariond, t. 1, p. 233.

M. Cresp, p. 62 et 63.

contre l'action directe, des précédens de l'ancien droit tirés des cas où la commandite n'agissait au dehors que sous un nom privé. Quand un individu signe une obligation *N. et compagnie*; quand il annonce par-là qu'il ne fait pas le commerce pour lui seul, mais qu'il est l'agent, l'instituteur d'une société, on ne saurait, sans la plus fâcheuse confusion, le comparer à celui qui ne s'engage qu'en son seul et privé nom. Malgré toutes les ressources de l'argumentation de M. Cresp, il ne sera jamais permis de dire qu'il *n'agit et ne s'oblige qu'en son seul et privé nom* (1). Une signature sociale est précisément le contre-pied d'une signature sous un seul et privé nom.

Pourquoi, dans les doctrines de Savary, Jousse, Bornier, Pothier, etc., le commanditaire échappait-il à l'action directe des tiers? Ces auteurs l'ont répété cent fois: c'est que les tiers avaient contracté, non avec une société, mais avec une personne privée; c'est qu'ils n'avaient pu compter sur un crédit social, qu'on n'avait pas fait briller à leurs yeux; et que, simples créanciers d'une personne isolée, ils ne devaient pas franchir les bornes de son crédit particulier. A ce point de vue, rien n'est plus logique ni plus vrai.

Mais que deviennent ces puissantes raisons quand on a jeté aux tiers l'appât d'une signature sociale, et qu'on les a fait traiter avec le corps entier d'une société dont l'actif est devenu leur gage? Autant ces argumens étaient graves tout à l'heure, autant je les trouve intempestifs maintenant. Là, la société était absente; ici, elle comparait en personne.

833. Ceci posé, demandons-nous quels sont les droits des tiers qui ont stipulé avec une société. L'art. 1864

(1) P. 70.

les a déjà définis. La stipulation, que l'obligation est contractée pour le compte de la société, remonte au delà de l'associé contractant, quand ce dernier a un pouvoir de ses co-associés, ou quand la chose a tourné au profit de la société. Or, n'y a-t-il pas ici un pouvoir légal et de droit confié au gérant? Et pourquoi, dès lors, enlèverait-on aux tiers le bénéfice de cette disposition générale, expression du droit commun? Est-ce qu'elle n'est pas la loi des lois pour les sociétés commerciales comme pour les sociétés civiles? Et par quel privilège la commandite y échapperait-elle, elle qui se pare d'une signature sociale et a répudié les errements de la commandite anonyme et ignorée?

834. M. Cresp croit en avoir trouvé une raison plausible (1). Vous prétendez, dit-il, que le commandité est le mandataire du commanditaire. Mais quelle erreur! quelle confusion! Pour qu'il y eût mandat du commanditaire au commandité, il faudrait, d'après toutes les définitions du mandat (2), que le commanditaire pût être censé faire lui-même, par le ministère du commandité, tous les actes de gestion; il faudrait que ces actes fussent de nature à pouvoir être légalement faits par le commanditaire. Or, c'est précisément ce que la loi lui défend. Il ne peut ni agir, ni contracter, sans abjurer par-là même sa qualité de commanditaire. Et ce qu'il lui est défendu de faire par lui-même, il ne peut pas davantage le faire par un représentant (3)!!!

Il faut donc reconnaître, continue M. Cresp, que le

(1) P. 72, 73.

(2) Pothier, *Mandat*, n° 10.

(3) *Suprà*, n° 420, 421, 422.

M. Pardessus, t. 4, n° 1030.

commandité gère par un droit qui lui est propre, mais jamais en vertu d'un mandat exprès ou tacite. Les premiers maîtres de la science l'ont toujours enseigné (1).

Au surplus, voulez-vous qu'il y ait mandat? Qu'y gagnerez-vous? Ce mandataire n'agit pas au nom de son mandant, il n'agit qu'en son propre et privé nom. Il ne s'oblige dès lors que comme commissionnaire pour compte. Il n'oblige que lui seul (2). Qu'on renonce donc à ce prétendu mandat. Il est contraire à la nature des choses, à toutes les règles, à toutes les notions de la commandite et du mandat (3).

835. Cette habile argumentation n'est cependant pas suffisante pour m'ébranler. Et voici pourquoi :

D'abord, la définition du mandat à laquelle M. Cresp entend nous asservir, quoique vraie en général et applicable à la plupart des cas, ne comprend pas néanmoins tout ce qui se rattache à ce contrat. Un avoué, par exemple, est bien le mandataire de la partie qui l'emploie, et cependant cette partie ne saurait être admise à faire par elle-même certains actes que l'avoué a mandat de faire pour elle et dans son intérêt.

Le gérant d'une société de commerce nommé par les statuts est également un mandataire, et cependant les associés ne peuvent faire par eux-mêmes les actes d'administration que le gérant doit faire pour eux (4). Que dirai-je aussi du liquidateur (5)? Eh bien! les commanditaires n'agissent pas et ne peuvent pas agir, afin de ne pas s'engager au delà de leurs mises. Mais le com-

(1) Casaregis, disc. 20, n° 24.

(2) Art. 91 et 92 Code de comm.

(3) P. 72.

(4) *Suprà*, n° 760.

(5) *Infra*, n° 1120.

mandité agit pour eux et pour la société dont il est le représentant.

836. D'ailleurs l'art. 1864, auquel je me rallie, ne prononce pas le mot de *mandat* sur lequel roule toute l'argumentation de M. Cresp. Il demande à l'associé, qui expose le nom de la société, un *pouvoir* de ses co-associés. Or, cette expression a une portée plus étendue que celle dont M. Cresp s'est préoccupé. Si tout mandat donne un pouvoir, tout pouvoir ne dérive pas d'un mandat. Le tuteur a pouvoir de représenter son pupille; il oblige ce dernier envers les tiers; et cependant il ne tient de lui aucun mandat.

837. Ici, c'est bien mieux. Le pouvoir vient des associés eux-mêmes, réunis en société; il tient à la constitution même de la société, telle que l'a faite la commune volonté. Veut-on que ce ne soit pas le mandat dans son exactitude normale? Mais c'est du moins un droit de gestion, un droit d'administration de la chose d'autrui, d'où résulte un pouvoir régulier d'agir au nom de la société. Qu'on l'appelle comme on voudra, il n'importe; l'art. 1864 trouve ici toutes ses conditions.

838. Je dis qu'il agit pour la société et la représente. M. Cresp trouve cette idée inexacte; il invoque, pour la repousser, Casaregis et d'autres docteurs éminens de l'école italienne (1). Mais, à ces autorités que je respecte,

(1) Casaregis : « Jus formale ipsius negotii residet penes accommodatarium (le commandité) qui habet totale exercitium et administrationem, et proprio nomine contrahit et distrahit, et accommandans habet tantum interesse per participationem pro rata capitalis immisi, non verò per proprietatem in jure formali ipsius negotii; ita ut dici nequeat, quod vel ex mandato expresso vel tacito accommandantium, contrahentes cum negotio sequantur fidem et personam dictorum accommandantium. » (Disc. 29, n° 24.)

Jorio : « Non si può dire che i contraenti sieguano la fede del

je n'oppose qu'un seul mot: c'est qu'elles s'occupent exclusivement de la commandite anonyme, rayée par le C. de c. de nos lois et de nos usages; c'est qu'elles n'ont sous les yeux qu'un commandité paraissant en son propre et privé nom, tandis que le commandité doit se revêtir chez nous du nom de la société. Or, la différence de ces deux combinaisons est énorme. Ne dites plus, en effet, avec Casaregis, Jorio, et la rote romaine, que le commandité ne représente que lui-même; car, puisqu'il parle au nom de la société, et qu'apparemment il n'est pas à lui seul toute la société, il y a donc dans son rôle quelque chose de représentatif. Ne dites pas non plus, dans le même sens que Casaregis, Jorio et la rote, qu'il est maître de toute l'affaire; car ces autorités voulaient dire par-là que tout devait se faire en son propre et privé nom; aujourd'hui, au contraire, tout doit se faire sous un nom social. Elles voulaient dire que dans la commandite, comme dans la participation, la substance de l'affaire était dans le gérant; au contraire, aujourd'hui elle est dans le corps moral que forme la commandite, et que ne forme pas la participation. Elles voulaient dire enfin que le commanditaire tenait du rôle du créancier autant que du vrai associé; et, aujourd'hui, il est un associé véritable et nullement un créancier.

» accommandante, *in virtute di un mandato espresso, o tacito.* »  
Giurisp. del commercio, part. 1, lib. 4, t. 23.

Rote romaine, décis. 222, n° 9: « Accommanditæ natura et in-  
» doles est ut quis certam pecuniæ quantitatem in negotio impli-  
» candam tradat personæ tertiæ quæ totius negotiî domina effi-  
» citur, illudque sub proprio vel alterius nomine exercent, non  
» autem sub nomine accommandantis, qui nullam quoad contra-  
» hentes represententiam gerit, sed remanet solum creditor capi-  
» talis immissi, et habere dicitur interesse per participationem. »

Sans doute, le commandité est encore maître de toute l'affaire pour gérer et administrer. Mais, en dehors de là, il est si peu maître de l'affaire, que le pacte social l'oblige à faire savoir à tous que l'affaire appartient à une société!!

Du reste, on voit par tout ceci combien il était nécessaire de signaler les progrès de la commandite depuis le 17<sup>e</sup> siècle. En se soumettant trop docilement aux guides antérieurs à cette époque, on risque de se briser contre des écueils, au lieu d'arriver au port (1).

839. Quant à l'argument que M. Cresp tire de la comparaison du gérant avec le commissionnaire qui agit en son nom, je n'en suis pas touché. Celui qui met à côté de son nom, *et compagnie*, n'agit pas en son seul et privé nom; il agit tant en son nom qu'au nom d'autrui. Il s'annonce comme institeur d'une société. Donc les créanciers avec lesquels il a traité sont créanciers, non pas de lui seul, mais de la société. Donc ils ont une action directe, non contre lui seul, mais aussi contre la société. Car il n'y a pas de milieu entre la qualité de débiteur et l'assujétissement à l'action directe. Et puisque j'ai parlé d'institeur, je terminerai par l'argument que me fournit le droit romain, qui voulait que l'action institoire du créancier contre le débiteur, mis en jeu par le fait de l'institeur, fût une action directe. On revient donc toujours au principe de l'article 1864.

840. Or, qu'y a-t-il dans cette société ainsi constituée débitrice? Deux élémens inégaux: l'un, dont la fonction est d'exposer son crédit tout entier et de se soumettre à une responsabilité personnelle indéfinie; cet élément se personnifie dans le gérant. L'autre, dont

(1) *Suprà*, n° 381 et suiv.

le privilège est de rester retranché derrière son capital pour montrer que sa responsabilité s'arrête à sa mise. Il se personnifie dans les commanditaires. Sans doute, ces commanditaires ne sont tenus qu'à cause de leur mise; ils échappent à l'action aussitôt qu'ils la délaissent ou prouvent l'avoir effectuée; ce qui fait qu'ils sont plus réellement que personnellement engagés. Mais l'action n'est pas moins directe. Les actions réelles (je les cite seulement par forme d'exemple) ne sont-elles pas directes?

841. Nous accorderons cependant que, tant que la société sera debout, on doit s'adresser au gérant seul, lequel représente la société et la résume dans sa personne. A quoi bon, d'ailleurs, s'adresser aux autres? Où serait l'intérêt? Quand une société fonctionne par son représentant, est-ce qu'il est besoin de mettre en cause les associés bien et dûment représentés? Mais si la société est dissoute par la faillite, c'est-à-dire par un événement qui anéantit et la gérance et son crédit; si la personne civile est détruite avec son représentant légal, il faudra bien permettre de rechercher sous ses ruines les élémens désunis qui la composaient; et rien ne s'opposera à ce que les créanciers remontent jusqu'aux maîtres de ces mises, tombées du patrimoine d'une société dissoute, dans la main des individus, jadis associés, qui ont pris sa place.

842. S'il en était autrement, que de fraudes, ou tout au moins que de dangers, viendraient s'interposer entre les créanciers et leurs débiteurs aux abois? Ceux-ci, achetant par des sacrifices la complaisance du gérant, prendraient avec lui des arrangemens simulés, et se feraient donner des quittances de complaisance.

Ou bien, des novations hasardées leur seraient obtenir leur sortie de la société et leur affranchissement des

obligations souscrites (1); ou bien encore, sous prétexte de répartition de bénéfices, le gérant ferait aux actionnaires des distributions qui diminueraient le capital social (2). Par des compensations entre le gérant et eux, ils feraient disparaître les derniers débris d'un gage qui appartient aux créanciers!!! ce dernier point est de nature à faire une forte impression. Les défenseurs de l'opinion contraire n'ont pas essayé d'y répondre. Il est évident que si le commanditaire n'est débiteur de sa mise qu'envers le gérant, il pourra compenser avec ce dernier ce que celui-ci lui doit; et, dès lors, que deviendra le capital social promis aux créanciers? Où sera cette garantie dont parlait M. Begouen (3), et qu'il signalait comme la chose importante pour le public? Est-ce qu'elle serait sérieuse, cette garantie, sans le secours de l'action directe, seule éversive des fraudes et des compensations?

843. Deux objections cependant doivent nous arrêter.

La première nous dit : la preuve que la personne des commanditaires doit rester en dehors de tout débat, c'est que l'art. 43 du C. de comm. dispense de faire connaître au public le nom des commanditaires. Pourquoi ce silence? N'est-ce pas pour soustraire les commanditaires aux recherches des créanciers? N'est-ce pas pour donner à ces personnes, qui répugnent aux embarras, la certitude qu'elles ne seront pas inquiétées? D'ailleurs, la jurisprudence a généralement admis aujourd'hui les actions au porteur dans la commandite. N'est-ce pas une démonstration que les porteurs de ces

(1) *Suprà*, n° 175.

(2) *Suprà*, n° 190.

(3) *Suprà*, n° 399.

actions sont affranchis dans leurs personnes de tout recours, de toutes recherches?

Je réponds :

Quand les créanciers ont traité avec une société en commandite dont les actions sont au porteur, ils ont su ce à quoi ils s'engageaient. Une position difficile leur a été faite *ab initio*: ils l'ont acceptée volontairement. C'est tant pis pour eux s'ils y trouvent des embarras. Ils subissent la loi qu'ils se sont faite. Ne nous préoccupons donc pas de ce cas exceptionnel.

Mais lorsque cette circonstance aggravante n'existe pas, quel est l'effet de la prétérition du nom des commanditaires dans l'enregistrement de la société? C'est de les soustraire à une action directe indéfinie; c'est de limiter leur responsabilité à leur mise; c'est de séparer leur cause de celle des gérans, et de montrer la différence qu'il y a entre les commanditaires qui n'engagent qu'un capital limité, et les gérans qui exposent tout leur patrimoine et tout leur crédit.

La loi, par des scrupules faciles à concevoir, n'oblige pas les commanditaires à se nommer. A quoi bon, en effet, tant que dure la société, tant que son état est prospère et qu'elle tient ses engagements? Mais défend-elle aux créanciers de s'enquérir de leurs noms s'ils y ont intérêt? Voilà ce qu'il faudrait établir et ce qu'on n'établira pas.

Il est évident, en effet, qu'une loi, qui oblige le gérant à signer d'une signature sociale, veut qu'on sache qu'il y a des associés; et comme elle exige, d'autre part, la publication des capitaux dont le gérant est commandité, il n'est pas moins évident qu'elle entend faire connaître par-là que ces capitaux ont pour maîtres ces associés eux-mêmes. Or, toute société en commandite devant être rédigée par écrit public ou privé (art. 39 C. de c.), il suit que les noms des commanditaires, supprimés dans

l'enregistrement par des raisons de convenance, figurent tout au long dans le contrat de société que chaque créancier est autorisé à se faire montrer par le gérant quand il pactise avec lui. Il ne faut donc pas dire si absolument, que les capitaux d'une société en commandite sont sans noms. Je veux bien cependant que ces noms soient inutiles dans des cas très-nombreux. Voilà pourquoi l'enregistrement les tait. Mais s'il se présente une circonstance où il y a intérêt à les connaître, les choses sont organisées de manière à ce que le voile soit levé. Telle est la conciliation que fait le Code, de certaines susceptibilités légitimes, avec les intérêts du commerce. Mystère habituel, en général; mais aussi révélation dans un jour de crise où la bonne foi en fait un devoir.

Voyez d'ailleurs l'inconséquence. On veut bien que les créanciers puissent dépister et signaler les noms des commanditaires pour exercer contre eux les actions du gérant; on permet alors de troubler le repos de ces pères de famille, de ces fonctionnaires, qui fuient le bruit et les inquiétudes; mais on évoque toutes sortes de terreurs, on oppose toutes sortes d'impossibilités pour agir *rectâ viâ*, pour exercer, dans des cas rares, l'action directe; l'action directe, dis-je, qu'il sera toujours si facile à la bonne foi de faire tomber, en prouvant qu'on a loyalement versé ce qu'on avait promis.

844. La seconde objection qui doit nous arrêter est prise des textes.

L'article 23 du Code de commerce, dit-on, déclare les commanditaires simples bailleurs de fonds (1).

L'article 25 met leur nom hors de la raison sociale.

L'article 26 réduit leurs obligations à être *passibles des*

(1) M. Cresp, p. 81.