

pertes jusqu'à concurrence de leur mise. Or, une action à raison des pertes ne peut être qu'une action d'associé à associé (1).

Reprenons :

Les commanditaires sont simples bailleurs de fonds !! Oui, en ce sens qu'ils ne peuvent ni administrer ni agir. Mais ne sont-ils pas aussi associés ? Ne sont-ils pas copropriétaires du fonds social ? Ne perçoivent-ils pas des bénéfices et non des intérêts ?

Leur nom est hors de la raison sociale. Oui, sans doute, et voilà pourquoi ils ne sont tenus que de leur mise ; autrement, ils seraient tenus indéfiniment.

L'article 26 les déclare passibles des pertes, ce qui indique une action d'associé à associé. J'accorde là-dessus tout ce qu'on voudra, car je n'aime pas à subtiliser sur les mots ; mais ce que je désire, c'est qu'on ne sépare pas l'article 26 du Code de commerce de l'article 1864 du Code civil. Or, ce dernier article contient des principes élémentaires et généraux, dont l'article 26 n'est pas le renversement.

Si l'article 26 règle les rapports d'associé à associé, l'article 1864 règle les rapports des associés avec les tiers. Seulement, au lieu de se référer, pour la quotité de l'obligation, au seul article 1863, il faut lier l'article 1863 avec l'article 26, qui équivaut à la déclaration précise, exigée par le dernier membre de ce même article 1863.

845. Terminons par une réflexion.

On argumente trop, sur notre question, des autorités et des idées qui se rencontrent dans l'ancienne jurisprudence. Pour éviter les quiproquos, persuadons-nous que le Code de commerce, en organisant la commandite,

(1) M. Cresp, p. 77.

a tout à la fois abandonné certains errements de la commandite italienne, et transformé la commandite française de Savary et de Pothier ; qu'il a voulu que la société en commandite fût, non pas anonyme, comme jadis, mais un corps moral vivant d'une existence publique ; que l'addition d'une signature sociale, réprouvée par Casaregis et autres, est un fait d'une haute importance, qui modifie tous les rapports que ces auteurs avaient déterminés ; et qu'en adoptant cette signature, le Code de commerce a voulu autoriser, dans une certaine mesure, l'action directe, dont nous trouvons des exemples dans des sociétés en commandite plus anciennes, auxquelles M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angély faisait allusion quand il disait que *le commanditaire répond directement*. Cette proposition, qu'on a taxée d'erreur, est fondée sur les faits les plus authentiques. A-t-elle été contredite au conseil d'État ? Quoiqu'en dise M. Cresp, elle ne l'a pas été (1) : au contraire, elle a été confirmée par M. Merlin, dont l'opinion est expressément recueillie dans les procès-verbaux du conseil (2). On sait d'ailleurs la doctrine qu'il avait professée dans ses conclusions du 28 germinal an XII (3) !!! J'ajoute qu'elle a trouvé sa sanction dans le langage de M. Begouen ; car ce membre expérimenté du conseil d'État n'a pu dire que la déclaration des capitaux *forme la garantie du public*, qu'en sous-entendant que les capitaux sont engagés au public par un lien direct, de nature à empêcher de les faire disparaître par des fraudes ou des compensations. Peut-on comprendre, d'ailleurs, une garantie sans un garant débiteur direct, et sans un garanti créancier direct ? Qu'on

(1) P. 93.

(2) M. Locré, t. 17, p. 185. « M. Merlin, dit-il, admet ces définitions. »

(3) *Quest. de droit, v° Société.*



relise cette discussion, on verra qu'elle est un effort continuel pour combattre M. Merlin qui essayait de ramener la commandite moderne à la commandite anonyme des premiers siècles, pour l'élever, à l'égard des tiers, à la hauteur d'une véritable et forte société, pour la lier avec le public par des attaches directes et vigoureuses.

846. Mais le commanditaire sera-t-il tenu jusqu'à concurrence seulement de sa mise, ou bien exigera-t-on encore de lui le rapport des bénéfices qu'il a perçus sans fraude?

Straccha (1) faisait là-dessus ce bref et rigoureux argument : les bénéfices sont un accessoire du capital, et il est de principe que l'accessoire suit la condition du principal. Or, le capital d'une société ne peut être diminué pendant tout le temps de sa durée : donc les bénéfices doivent rester intacts jusqu'à la dissolution (2). Mais, avant Straccha, Bartole avait trouvé cette idée fort problématique (3). Elle l'est en effet ; ou, pour mieux dire, elle doit être condamnée.

Lors de la discussion de l'article 26 du Code de commerce, un membre proposa de consacrer l'obligation de rapporter les bénéfices : cette proposition fut rejetée. On se fonda sur l'usage du commerce, sur la nature du

(1) Et après lui *Felicius*, c. 15, n° 13.

V. *suprà*, n° 622.

(2) Si coita sit societas inter plures ad certum tempus, quemadmodum sors ipsa, nisi finita societate, invitis sociis, diminui non potest, ita pecunia quæ sorti accrevit, hoc est lucrum ipsum. Idem enim juris in eo quod accrevit, quod et in sorte est. (*De contract. mercat.*, n° 16.) Que veut-il dire par ces mots : *invitis sociis*? Ils jettent beaucoup de louche sur sa pensée.

(3) Sur la loi 2 C. *De frumento urbis const.*

« Si inter plures socios erat contracta societas, ad certum tempus, sicut non debet minui capitale missum in societate, ita nec de lucro ; QUOD TAMEN MITTO SUB DUBIO FORTI. »

droit du commanditaire, qui est de ne pouvoir perdre plus que sa mise ; sur la nécessité de ne pas décourager les bailleurs de fonds pour lesquels l'obligation de rapporter des dividendes, qui ont servi à leurs dépenses journalières et à leurs besoins, serait un sujet d'effroi (1).

L'article 26, en effet, est rédigé de manière à ne pas laisser le plus léger doute ; il limite la responsabilité du commanditaire *au fonds* qu'il a mis dans la société. L'article 8 du titre 4 de l'ordonnance de 1673 avait moins de précision ; il disait que le commanditaire serait obligé jusqu'à concurrence de sa part, et l'on argumentait de ce mot (part) pour prétendre que la part du commanditaire se compose du fonds et des profits, de la mise et des bénéfices ; qu'ainsi il doit rapporter le fonds et les bénéfices. A mon avis, c'était outrer le sens des mots, et s'éloigner des usages du commerce. Savary, dans ses formules, a soin de stipuler que chaque six mois, ou chaque année, les commanditaires auront une certaine somme sur les profits (2) ; et, comme le remarque M. Frémery, qui a parfaitement traité cette question (3), Savary indique bien par-là que la coutume commerciale était de retirer les bénéfices sans crainte de les rapporter, et que si l'acte social apportait quelque restriction à ce droit, c'était pour faciliter l'administration sociale, et non par crainte des créanciers de la société.

Disons, au surplus, qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 14 février 1810, a cassé un arrêt de la Cour de Rouen qui avait décidé que le commanditaire rapporterait les bénéfices passés (4). Il est vrai que, sur le renvoi

(1) Loqué, *Esprit du Code de comm.*, t. 1, p. 143.

(2) T. 1, p. 393, art. 23.

P. 406, art. 21.

(3) P. 53.

(4) Dalloz, *Société*, p. 437.

Sirey, 14, 1, 105.



de l'affaire à la Cour royale de Paris, cette Cour donna la préférence à l'opinion de la Cour de Rouen (1). Mais quelque spécieux que soient ses dogmatiques et longs motifs, ils ne sauraient triompher. Je ne doute pas qu'ils eussent été frappés de cassation, si des déclarations en fait n'avaient rendu le pourvoi impossible. Le texte de l'article 26 du Code de commerce est précis et topique; il prévient toute ambiguïté. Ce qui doit rester intact dans la commandite, c'est le capital, parce que là est le gage inaltérable des créanciers. Mais les bénéfices périodiques sont faits pour être distribués et consommés; telle est leur destination, à moins que l'acte de société n'en dispose autrement; et les créanciers n'ont pas dû s'attendre à les trouver capitalisés pour augmenter le fonds social (2). Qu'ils se plaignent de fraudes dans la répartition; qu'ils accusent les calculs de mauvaise foi ou d'erreur; qu'ils prouvent que ce qui a été coloré du nom de bénéfices n'était qu'une soustraction du capital, c'est leur droit; ils seront écoutés. Mais ils échoueront, toutes les fois que les livres démontreront que les distributions aux époques convenues ou usuelles n'ont entamé que les bénéfices, c'est-à-dire ce qui reste libre quand les pertes ont été couvertes.

847. *Troisième cas.* On a vu, par ce qui précède, quelles sont les obligations des associés quand l'enga-

(1) 12 février 1811, D., *loc. cit.*

Sirey, 12, 2, 25.

(2) *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n° 257, et M. Delvincourt.

M. Persil fils (sur l'art. 26) tient pour l'arrêt de la Cour de Paris, n° 3, p. 103.

M. Pardessus dit que tout dépend des circonstances, tome 4, n° 1035, et M. Davergier, n° 398, veut qu'on ne rapporte que les bénéfices distribuées depuis la dette.

gement a été contracté par l'un d'entre eux. Il est un troisième cas que nous avons annoncé, c'est celui où les associés ont contracté tous ensemble. Tous, alors, sont obligés. Mais, en thèse ordinaire, point de solidarité: les associés ne sont tenus que pour leur part virile (1). (Art. 1864.)

En effet, quand les associés agissent tous ensemble, on ne peut pas leur objecter qu'ils sont tous instituteurs les uns des autres. On n'est pas fondé à leur opposer la grande raison de Caius pour empêcher la division de l'action: « Ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit (2). » Le créancier a, au contraire, contracté avec plusieurs; il a dû savoir que chacun n'avait qu'une part dans l'affaire: il n'a pas dû compter sur un recours solidaire.

848. Les Romains appliquaient ces principes aux matières commerciales aussi bien qu'aux matières civiles. Ulpien nous l'apprend d'une manière expresse pour les affaires qui ont, au plus haut degré, le caractère commercial, à savoir, pour les entreprises de navigation maritime ou fluviale. Il n'y avait d'exception qu'à l'égard des argentiers et peut-être des publicains, ainsi que je l'ai dit ci-dessus (3). Pour que des associés, même commerçans, contractant tous ensemble, fussent tenus solidairement, il fallait qu'ils promissent la solidarité (4). Ainsi, en ce qui concerne les effets de l'action des tiers,

(1) Ulp., l. 4 D. *De exercit. act.*

« Si tamen, PER SE, plures navem exercent, pro portionibus exercitationis conveniuntur. Neque enim invicem sui magistri videntur. »

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

(3) *Suprà*, n° 822.

(4) Bartole sur la loi 2, n° 2, D. *De duob. reis.* Felicius, c. 30, n° 34.



il y avait à Rome une différence capitale entre le cas où la société avait agi par un institeur, et celui où tous ses membres avaient agi simultanément. Dans le premier cas, les tiers, comme nous l'avons vu ci-dessus, avaient une action solidaire; dans le second cas, l'action se divisait.

849. Ce résultat a quelque chose de bizarre. Quand on s'interroge dans l'indépendance de sa raison, on est choqué de rencontrer une telle diversité d'effets pour deux positions qui se tiennent de si près, et qui tendent au même but. Aussi la coutume générale des peuples commerçans modernes dérogea-t-elle à ce droit. On tint pour constant que tout associé commerçant, qui avait donné son nom avec ses consorts, était tenu solidairement (1), tout aussi bien que si un institeur l'avait représenté. « C'est un usage invétéré dans cette cité de Gênes, » disait l'arrétiste de la rote (*consuetudine INVETERATA receptum est*), que quand deux ou plusieurs marchands donnent ensemble leur nom, ils s'obligent solidairement. » La rote a rendu là-dessus plusieurs décisions (2).

D'où vient cette coutume? Quelle en est la racine?

850. M. Frémery a fait là-dessus une savante dissertation (3). Ses raisons et ses conclusions ont été adoptées par MM. Delamarre et Lepoitevin (4). En voici le résumé :

Tant que l'usage de contracter par stipulation fut en vigueur, les termes et la forme du contrat durent nécessairement conduire à la division de l'action. En effet, je fais à Titius et à Mœvius la question suivante : *Promettez-*

(1) Décis. de la rote de Gênes, decis. 46, n° 4; et 97, n° 1.

(2) Décis. 97.

(3) *Étud. de droit com.*, ch. 3, p. 21.

(4) *Contrat de comm.*, t. 2, n° 153.

*vous de me payer 100 livres?* Ils me répondent : *Nous le promettons.* Évidemment, je ne puis avoir qu'une seule action pour obtenir 100 livres, et je ne pourrai l'intenter que contre les deux qui se sont obligés. Or, elle se divisera nécessairement entre les deux promettans.

Si je veux que Titius et Mœvius soient obligés solidairement, il faut que je les interroge ainsi, par une double interrogation : « Titius, me promettez-vous 100 liv. ? et vous, Mœvius, me promettez-vous les mêmes 100 liv. ? — Je promets. — Je promets (1). »

Peu à peu l'usage de l'écriture s'introduisit; on aima mieux constater les conventions par écrit, que de recourir à la mémoire des témoins pour s'assurer de ce qui avait été fait et dit. Les paroles sacramentelles tombèrent en désuétude; la double interrogation devint inutile (2).

Mais ce que les jurisconsultes romains avaient décidé logiquement, peut-être, pour le cas spécial d'une stipulation, l'auraient-ils décidé également pour le cas d'obligations collectives contractées en dehors de la stipulation? Non. Papinien (3) et Marcellus (4) ont écrit qu'avant tout il fallait rechercher l'intention des parties; et, suivant Papinien, ces mots, *Titius et Mœvius decem dato*, expriment l'intention d'obliger solidairement Titius et Mœvius. Papinien aurait donc été de l'avis des commerçans modernes, qui pensent que la signature, *Pierre et Paul*, produit un engagement solidaire.

Tel était donc le droit romain, d'après M. Frémery et ses approbateurs MM. Delamarre et Lepoitevin. Suivant

(1) Inst. de Just., *De duobus reis.*

Pomponius, l. 4 D. même titre.

(2) L. 2, C. *De contracti vel com. stipul.*

(3) L. 9 D. *De duob. reis.*

(4) L. 47 D. *loc. cit.*



eux, Justinien n'a pu dévier de ces principes que par une volonté arbitraire (1), et l'article 1202 du Code civil a eu tort de le suivre dans cette mauvaise issue. Mais le commerce est resté fidèle à l'ancienne pratique, à la raison, à la bonne foi.

851. Ce système est assurément ingénieux; mais, à mon sens, il pêche par la solidité; il résiste à l'examen des lois et des autorités.

Voyons d'abord le texte de Papinien (2). Cujas a parfaitement prouvé qu'il est altéré (3), et c'est ce qu'on ne saurait mettre raisonnablement en doute.

« J'ai déposé, dit Papinien, la même chose entre les mains de deux personnes, au même titre, avec parité d'obligation (*pariter*), voulant suivre leur foi *in solidum*; ou bien je l'ai prêtée dans les mêmes circonstances et avec les mêmes conditions; ces deux personnes sont solidairement obligées envers moi. Car la solidarité ne provient pas seulement de la stipulation; elle peut procéder de tout contrat, soit de vente, soit de louage, soit de dépôt; elle peut même procéder d'un testament, comme, par exemple, si j'institue plusieurs héritiers, et que je fasse un legs ainsi conçu : *Titius et Mævius, Sempronio decem dato.* »

La lettre du texte porte : *Titius et Mævius*. Il faut lire : *Titius aut Mævius*. Ce n'est qu'autant que le legs a été

(1) Nov. 99.

(2) *Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi. Fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione deposito, testamento: ut puta: si pluribus hæredibus institutis, testator dixit: Titius et Mævius, Sempronio decem dato.*

(3) Quæst. Papin., lib. 27, sur la loi 9 D. *De duob. reis*, et Obs., lib. 5, c. 35.

formulé avec la particule, *aut*, qu'il y a solidarité. Mais si la clause est : *Titius et Mævius*, chacun est seulement tenu pour sa part virile.

En effet, que la solidarité soit attachée à la formule : *Titius aut Mævius*, c'est ce qui résulte positivement des lois 8, § 1, D. *De legat.* 1° (1), 25, D. *de legat.* 3° (2) et 16, D. *de legat.* 2° (3). — Mais que la formule : *Titius et Mævius*, qui, dans les stipulations, exclut la solidarité, ainsi que nous l'enseigne Papinien lui-même (4), la fasse naître dans les testaments, c'est ce qui ne saurait être admis sans faire violence à la raison, et sans mettre Papinien en contradiction avec ses propres enseignements. D'ailleurs, la construction grammaticale du texte en question en démontre l'altération. Le verbe *dato* ne peut être régi que par *Titius aut Mævius*. Si, au contraire, vous mettez *Titius et Mævius*, il faut substituer *danto* à *dato*; ou bien la faute de langage est grossière, et l'on ne peut l'imputer à l'élégant Papinien (5).

M. Frémery n'est donc pas fondé à dire que, dans le droit romain, la signature collective *Pierre et Paul* aurait constitué ces deux individus en état de solidarité. C'est le contraire qui est vrai (6); la solidarité n'aurait existé, que si Pierre et Paul eussent été argentiers (7).

Quant à l'autre partie du texte de Papinien, que prouve-t-elle? Que, d'après ce prince des jurisconsultes,

(1) Julianus.

(2) Paul.

(3) *Ibid.*

(4) l. 44, § 2, D. *De duob. reis*.

(5) Cujas, lib. 5, *Observat.*, c. 35.

(6) l. 44, § 2, D. *De duob. reis*.

(7) Cujas, Quæst. Pap., *loc. cit.*

l. 25 D. *De pactis* (Paul).

l. 27 D. *ibid.*, *ibid.*



il n'était pas absolument nécessaire qu'on employât les termes sacramentels de la stipulation, pour créer la solidarité, mais qu'elle pouvait résulter des circonstances, des faits positifs et concluans dont un contrat avait été accompagné. J'accorde ce point; cette doctrine de Papinien est celle des jurisconsultes classiques; Marcellus l'avait déjà professée (1). Je l'accorde, dis-je, à condition néanmoins qu'on n'abusera pas de cette concession pour prétendre que la solidarité pouvait être admise légèrement; car les expressions dont se servent Papinien et Marcellus protestent contre les interprétations faciles et relâchées.

Mais que fait tout ceci, je le demande, à la thèse de M. Frémery et de MM. Delamarre et Lepoitevin? Est-ce qu'à aucune époque du droit romain, la solidarité s'est de plein droit implantée dans les contrats passés par les commerçans? Est-ce que Papinien ou Marcellus ont jamais dit que, par cela qu'on avait contracté avec deux ou plusieurs personnes exerçant le commerce, il y avait présomption qu'on avait suivi leur foi *in solidum*? Non, évidemment non! le droit romain déclare même précisément le contraire. Rappelons-nous ce que nous dit Ulpien d'une négociation faite par plusieurs armateurs collectivement (2). Il enseigne que chacun n'est tenu que pour sa part. M. Frémery n'a pas discuté ce texte, qui a également échappé à l'attention de MM. Delamarre et Lepoitevin. Il eût été difficile de le plier à leurs idées.

Seulement, M. Frémery essaie de tirer avantage des lois 1, § 25, 2, 3, D. *De exercit. actione*, qui obligent so-

(1) L. 47 D. *De duob. reis.*

« Cum APPAREBIT emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem, *singulorum in solidum intuitum personam.* »

(2) L. 4 D. *De exercit. act.*

L. 2 D. *De exercit. act.*

lidairement tous les commettans à tenir les promesses de leur facteur; mais ce droit particulier tient à une raison tout-à-fait étrangère au système de M. Frémery. Cette raison, c'est Caius qui la donne: *Ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* (1).

Il est vrai que M. Frémery doute que cette raison soit la bonne; il soupçonne le compilateur d'avoir associé violemment des idées disparates et des jurisconsultes différens; il aime mieux croire que la solidarité provient de l'obligation collective.

Je n'ai qu'un mot à répondre et il sera péremptoire. Qu'on lise une autre loi, la loi 27, § 8, D. *De peculio*; celle là est tout entière de Caius, et la pensée qu'elle exprime n'est pas le résultat d'une mosaïque de textes découpés et juxtaposés. Eh bien! la même explication est donnée par ce jurisconsulte pour faire comprendre pourquoi celui, qui a contracté avec l'esclave de plusieurs maîtres, a une action solidaire contre tous. Dès lors, les doutes doivent cesser; il sera plus clair que le jour que la solidarité dérive, non de ce que l'obligation est collective, mais, au contraire, de ce qu'ayant été contractée par un seul, elle ne doit pas se diviser entre plusieurs.

852. Il faut donc renoncer aux conjectures de M. Frémery pour trouver l'origine de la solidarité commerciale. Tout ce qu'il y a de plus vraisemblable, c'est que l'usage a étendu à tous les genres de commerce ce que l'utilité publique avait fait établir à Rome pour le commerce de banque (2), et ce qui avait lieu dans les opérations faites par des instituteurs. Cet usage a eu de la peine à s'établir; il ne s'est propagé qu'à la suite de divisions survenues de bonne heure entre les jurisconsultes.

853. Bartole essaya de rappeler les principes du droit

(1) L. 25 D. *De pactis.*

(2) L. 27 D. *ibid.*