

En droit commun, la prescription est de trente ans; pour la réduire à un moindre temps, il faut une disposition particulière (articles 2262 et 2264 du Code civil). Où est cette disposition? J'en lis bien une dans l'article 64 du Code de commerce, en faveur des associés non liquidateurs; mais, en ce qui touche les associés liquidateurs, cet article est muet. Je ne tirerai pas avantage de la maxime si souvent trompeuse: *Qui dicit de uno, de altero negat*. Je concéderai qu'il n'y a pas exclusion expresse du liquidateur; mais tout au moins il y a silence, et c'est ce silence qui le laisse sous le droit commun. Quelques phrases empruntées à la discussion du conseil d'État ne peuvent suppléer à l'absence de cette loi toujours nécessaire pour substituer une prescription abrégée à la prescription ordinaire.

Maintenant, j'accorde que l'associé liquidateur, personnellement recherché après cinq ans, aura une action récursoire contre ses co-associés; l'opinion qui la lui refuserait serait inique et absurde. Jamais les principes d'égalité en fait de société, jamais les principes d'équité en fait de mandat, ne permettront d'opposer entre associés la prescription quinquennale (1). Cette prescription n'est une arme que contre les recherches tardives venues du dehors. Mais de là je ne conclus pas, avec MM. Malpeyre et Jourdain, que les associés non liquidateurs perdent le bénéfice que l'article 64 leur attribue; car il y a une grande différence entre l'action directe des tiers et l'action récursoire de l'associé liquidateur: l'exemption de celle-là est un bienfait réel que ne détruit pas l'exercice de celle-ci. D'abord, les co-associés en nom collectif auraient pu être poursuivis solidairement et pour le tout: mais, par l'effet du recours en garantie,

(1) M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § xi, n° 5.

leur co-associé ne peut plus leur demander que leur part et portion. Nos auteurs croient-ils que ce soit là un médiocre avantage? De plus, l'action directe les aurait obligés à payer sur-le-champ, sans objection comme sans division. Mais, sur l'action récursoire, ils peuvent opposer à leur co-associé toutes les exceptions personnelles qui militeront contre lui. Il n'en faut pas davantage, dès lors, pour trouver à l'article 64 une grande utilité, et en mettre le sens réel d'accord avec le sens apparent.

1052. Si ces raisons sont considérées comme devant l'emporter, on sera conduit à faire un second pas et à décider que, dans les sociétés qui n'ont pas de liquidateurs, la prescription quinquennale n'a pas lieu. Pourquoi? c'est qu'alors tous les associés sont saisis collectivement de l'actif social; c'est que la liquidation appartient à tous, et que chaque associé étant liquidateur, il n'y a plus d'exception pour personne (1).

Et, par une raison inverse, la prescription n'aura pas lieu non plus dans le cas de faillite; car alors l'actif social a disparu; il n'y a plus de fonds sociaux sur lesquels les créanciers puissent se pourvoir (2).

1053. Dans les observations qui précèdent, nous avons mis les tiers en présence de la liquidation pour les droits qu'ils tiraient de l'ancienne société. Mais que dirons-nous de leur position à l'égard des liquidateurs pour les droits nouveaux que ceux-ci leur auront conférés?

Pour se faire de justes idées à cet égard, il faut supposer que les tiers n'ont pas été induits en erreur sur

(1) M. Vincens, p. 372, 373.

Surtout M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § xi, col. 2, n° 2.

M. Pardessus, n° 1089.

(2) M. Merlin, *loc. cit.*, n° 4.

la dissolution et qu'ils n'ont pas eu de bonnes raisons pour croire à l'existence de la société. On a vu ci-dessus, n° 903, que l'erreur de fait protège, dans ce cas, les droits qu'ils ont acquis postérieurement à la dissolution. — Ici nous supposons que les tiers ont su qu'ils contractaient avec des liquidateurs.

Eh bien ! nous l'avons dit, le liquidateur n'est qu'un mandataire, et le pouvoir du mandataire est fixé par son mandat.

Si donc les tiers ne veulent pas se compromettre, il faut qu'ils se fassent représenter le mandat du liquidateur (1); toutes les fois que ce dernier n'aura pas de pouvoirs exprès, les tiers ne devront le considérer que comme capable des actes permis par le droit commun dans la procuration générale pour une certaine affaire. Nous avons déjà fait connaître ces actes (2).

1054. Cependant, si la liquidation avait profité du traité fait avec le liquidateur, les associés en seraient tenus jusqu'à concurrence du profit qu'elle en aurait retiré (3).

1055. Dans les démêlés que les tiers pourront avoir avec la liquidation, ils suivront le domicile élu dans l'acte de dissolution; sinon, ils assigneront les liquidateurs, soit à leur domicile privé, soit à l'ancien domicile social, dans le cas où la liquidation n'aurait pas transporté ailleurs le siège de ses opérations (4).

1056. Le système de liquidation dont nous venons de

(1) M. Horson, p. 39.

(2) *Suprà*, n° 1009 et suiv.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 542.

(4) Paris, 13 février 1808. (S. 7, 2, 1203. Collect. nouv. de Devill., t. 2, p. 347.)

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 546.

M. Vincens, p. 377, n° 13.

rendre compte, introduit par les usages du commerce, n'appartient pas de plein droit aux sociétés civiles (article 1872). Il ne peut y être adapté que par la puissance de la convention; et encore faut-il tenir compte de l'existence des incapacités, minorités, absences, qui forceraient à rester sous l'empire de la législation propre aux partages des successions. Dans les sociétés civiles, qui, autrefois, avaient le plus d'importance, par exemple, dans les sociétés agricoles, ces règles du droit commun étaient beaucoup plus à leur place que dans les sociétés de commerce (1). On y retrouvait, en effet, cet esprit de propriété et de conservation qui avait environné de tant de précautions minutieuses les partages de successions. C'est à ces sociétés agricoles que la jurisprudence a emprunté l'idée formulée dans l'art. 1872. Elle n'est peut-être pas en harmonie avec un grand nombre de sociétés civiles préoccupées d'autres intérêts.

1057. Il y a cependant, dans le titre des partages en matière de succession, quelques dispositions que la nature des choses rend inapplicables au partage des successions.

D'abord, je ne pense pas que l'apposition des scellés y soit nécessaire. Au moment de la dissolution, il y a souvent une suite à donner aux affaires (art. 1868), et l'apposition des scellés paralyserait tout.

1058. Il faut aussi rayer l'art. 815, d'après lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision: non pas que le principe de cet article soit étranger à la société; mais il est reproduit au titre des sociétés dans les art. 1865, § 5 et 1869, avec l'accommodement nécessaire à ce contrat; et, dès lors, il n'a pu être dans la pensée du législateur de renvoyer ailleurs pour régler

(1) V., par exemple, Lebrun, *Des sociétés tacites*, p. 631.

ce qu'il avait déjà réglé. Nous avons vu ci-dessus dans quelle erreur l'oubli de cette observation a entraîné M. Duranton (1).

1059. Écartons aussi l'art. 841 qui maintient le retrait successoral (2). Lorsque l'art. 1861 permet à un associé de céder sa part à un tiers, ce n'est probablement pas pour permettre aux associés d'enlever à ce tiers le bénéfice de son contrat. L'intérêt des familles doit faire écarter du partage l'étranger qui vient troubler son repos; mais la présence d'un étranger au partage d'une société n'a rien d'effrayant. La société finie, les associés sont étrangers les uns aux autres; qu'importe que l'un d'eux soit remplacé par un étranger?

1060. Mais rien ne défend de stipuler, dans les statuts d'une société que, si l'un des associés vendait sa part, les autres auraient la préférence (3).

1061. L'art. 882 n'a pas non plus été transporté dans la société. Si, en matière de partage de succession, le législateur a voulu que le partage, consommé sans opposition, ne pût être attaqué, c'est que c'eût été porter le trouble dans les familles; mais ce motif n'existe pas dans le partage d'une société (4).

1062. Mais, à part ces exceptions, l'on retombe dans tout ce qui a trait à la forme du partage des successions et aux obligations qui en dérivent.

(1) *Suprà*, n° 968.

(2) M. E. Persil, p. 49.

M. Duranton, t. 17, n° 443.

M. Duvergier, n° 472.

*Contrà*, M. Delvincourt, t. 3, p. 236, notes.

M. Pardessus, n° 1085.

(3) *Suprà*, n° 347, statuts de la compagnie d'assurances pour risques maritimes.

(4) Cassat., 20 novembre 1834. (S. 35, 1, 131.)

*Contrà*, Paris, 13 juin 1807. (S. 7, 2, 719.)

1063. Un des principes les plus saillants sur les effets du partage, c'est qu'il est déclaratif et non translatif. J'ai touché ailleurs (1) l'origine de ce principe, contraire au droit romain, et M. Championnière, auteur du savant *Traité des droits d'enregistrement*, en a exposé le développement historique avec beaucoup d'érudition (2).

Il suit de là que, par le partage, chaque associé est censé avoir été propriétaire des choses comprises dans son lot, depuis qu'elles sont entrées dans la société (3).

Par exemple: notre société se compose d'une maison qui constituait mon apport, d'une prairie qui était dans le vôtre, et de terres labourables que nous avons achetées pour le compte de cette société. Si, par le partage, je reprends ma maison, elle sera censée n'avoir jamais cessé de m'appartenir. Le contrat de société, qui l'a mise en commun, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, cette maison tomberait dans votre lot; et comme l'événement du partage a fait manquer la condition, vous êtes censé n'y avoir jamais eu aucun droit.

Si c'est votre prairie qui tombe dans mon lot, je suis censé la tenir de vous, non par le partage, mais dès l'instant du contrat de société.

Enfin, si le partage m'attribue les héritages acquis durant notre société, je suis présumé les avoir acquis en entier dès le temps de l'achat, et la société est censée les avoir achetés pour composer le lot de celui dans lequel ils tomberaient.

(1) *Mon comm. de la vente*, n° 41.

(2) *Revue de législation*, t. 7, p. 405, et t. 8, p. 461.

(3) *Mon comm. de la prescription*, n° 886.

M. Duranton, t. 17, n° 480.

M. Delvincourt, t. 3, p. 237, notes.

Tels sont les principes, les incontestables principes du droit français.

1064. Ils produisent une conséquence remarquable : c'est que les charges et hypothèques que vous pourriez avoir établies sur la chose pendant le temps de l'indivision n'affectent pas mon lot; ce lot n'y est pas sujet (1).

1065. Il en est autrement des charges et hypothèques qui proviendraient, non du fait de l'un des associés, mais du fait de la société même, agissant par son gérant ou par tous ses membres collectivement. La raison en est simple; celui dont le lot comprend ces choses a contribué par sa volonté à les grever de la charge et des hypothèques en question; et c'est le cas de lui appliquer la règle : « *Quem de evictione cessat actio, eundem agentem repellit exceptio* (2). »

1066. L'unanimité d'opinion, qui règne sur cette manière d'envisager le partage d'une société, n'a pas été suffisante pour déterminer M. Duvergier à l'accepter (3). Sans nier l'effet rétroactif du partage, cet auteur soutient que la doctrine universellement suivie jusqu'à ce jour le fait remonter trop haut. D'après son système, la rétroactivité doit s'arrêter à la dissolution de la société, de même qu'en matière de succession, elle a pour limite l'ouverture de la succession. La société, être moral, capable de posséder, a été investie seule de la propriété des mises, et en a joui de son chef; c'est seulement à l'époque de la dissolution que les associés sont tombés à l'état de communistes, et que l'indivision a commencé. Le partage est venu enfin. Il a effacé cette indivision par sa puissance rétroactive, mais il n'a pas

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) Junge M. Duranton, *loc. cit.*

(3) N° 478.

effacé la société. Chaque associé est censé tenir son lot de la société, qui en était propriétaire exclusive. Mais c'est une grave inexactitude (1) de croire qu'il est censé en avoir été propriétaire dès l'époque de la mise en société.

J'ai cherché à me pénétrer des raisons données par M. Duvergier pour démontrer cette grave inexactitude : elles se réduisent à deux; les voici : 1° l'état d'indivision est une fiction (2); car plusieurs ne peuvent être en même temps propriétaires pour le tout (3) de la même chose. Le partage, en proclamant un seul propriétaire, fait cesser cette fiction, et l'on a pu dès lors la considérer comme n'ayant jamais existé.

Mais, durant la société, les associés ne sont pas réputés propriétaires chacun du tout et de chaque partie. Il n'y a pas co-existence de droits incompatibles. La propriété réside exclusivement dans l'être moral; donc, point de raison pour étendre à l'état de société les effets que produit le partage sur l'état d'indivision.

2° Les auteurs, dont la doctrine fait remonter la rétroactivité du partage jusqu'au jour de la formation de la société, prononcent eux-mêmes leur condamnation (4); car ils avouent que les charges créées pendant l'association affectent les différentes portions de l'actif social après leur distribution entre les associés. Donc, la société n'est pas effacée; car si l'effet rétroactif la faisait

(1) *Sic.*

(2) L'auteur cite M. Championnière (t. 7, p. 411), qui, en effet, a émis cette proposition, d'après l'avocat général Talon. La raison donnée par ce magistrat est celle-ci : « Tous les héritiers, disait-il, ont part au tout et dans toutes les parties du tout; et cela ne pouvant se faire sans faire violence à la réalité et à l'indivisibilité des substances, la loi le fait par une fiction civile. »

(3) *Sic.*

(4) *Sic.*

disparaître, il faudrait décider que les charges imposées par elle s'évanouissent par le partage. Comment donc les auteurs n'ont-ils pas compris (1) qu'il y a dans ces deux idées une contradiction, un abandon de leur propre système ?

Ainsi argumente M. Duvergier ; je vais répondre à sa question, je vais répondre à ses reproches.

L'état d'indivision est une fiction ! Mais s'il y a un état réel dans son existence, réel dans ses inconvénients et ses avantages pratiques, c'est l'état d'indivision, que tout le monde peut voir et toucher, comme l'on voit et l'on touche le droit de propriété exclusive. Les abstractions dans lesquelles on est obligé de se jeter pour trouver cette prétendue fiction ne sont qu'un abus de la métaphysique. Je ne comprends pas ce que peuvent faire ici *la réalité et l'indivisibilité* des substances, invoquées par M. Talon. C'est de la philosophie scolastique en pure perte. Je n'admets pas non plus que la maxime : *Hæres habet totum, in toto et in qualibet parte*, signifie que chaque héritier est propriétaire pour le tout comme s'il était seul, et que dès lors ce n'est que par le moyen d'une fiction qu'on peut se rendre compte d'un état où chaque communiste est propriétaire de tout et de chaque partie.

A mon sens, voici la vérité. Chaque communiste est copropriétaire dans tout et dans chaque partie ; son droit est répandu dans chaque parcelle de la chose ; mais il n'est pas propriétaire de tout et de chaque partie ; il n'est pas propriétaire pour le tout (*in solidum*). Autrement, il serait seul maître de la chose ; il ne serait pas en communauté, il ne serait pas dans l'indivision. Une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux maîtres. La propriété est un droit exclusif, et aucune fiction ne peut lui enlever ce caractère. Qui dit donc

(1) *Sic.*

droit indivis, dit un droit partiel qui ne peut disposer que pour partie de la chose sur laquelle il repose (1).

Il n'y a donc ici de fiction que dans les effets attribués au partage par le droit français. Cette fiction renverse la réalité de l'indivision ; c'est en cela que consiste l'anomalie de notre système de partage déclaratif et non attributif. Lorsque ce système commença à se développer, s'il n'eût eu pour but que d'effacer les traces d'une fiction, Dumoulin n'aurait pas fait entendre des plaintes si vives. Mais c'est parce qu'il anéantissait l'état d'indivision avec les réalités que le droit romain y reconnaissait, que ce grand jurisconsulte criait à l'erreur. Le droit romain, en effet, était dans la logique et dans le vrai. L'état d'indivision se présentait à lui avec ses conséquences positives et palpables ; c'était à ses yeux une situation rationnelle, dont les traces devaient se retrouver dans le partage qui en était le terme. Voilà pourquoi il donnait au partage un effet attributif. Pour substituer à cette théorie la théorie contraire du droit français, il fallait des raisons politiques et fiscales dans lesquelles je ne veux pas entrer ici. Qu'il me suffise de dire que c'est à leur profit que fut inventée la fiction du partage déclaratif ; fiction tellement hardie qu'elle frappa d'étonnement les deux plus grands jurisconsultes du seizième siècle, Dumoulin (2) et d'Argentré (3).

M. Duvergier transpose donc les termes de la question ; il place la fiction dans l'indivision, où elle n'est pas ; il n'en tient pas assez de compte dans l'effet rétroactif, où elle git exclusivement.

Mais ce qu'il y a de singulier dans ses objections, c'est que lui, qui consent à effacer rétroactivement l'état

(1) L. 7, § 4, D. *Quib. modis pignus solvit.*

(2) Mon comm. de la vente, n° 11.

(3) Mon comm. de la prescription, n° 886.

d'indivision sous prétexte qu'il n'est qu'une fiction, veut que l'effet rétroactif s'arrête tout court devant la société considérée comme personne civile. Eh! qu'est-ce donc que cette personne civile, sinon une fiction du droit? et pourquoi cette fiction serait-elle plus privilégiée que l'autre?

C'est, suivant M. Duvergier, parce qu'en créant une personne civile sur la tête de laquelle repose exclusivement la propriété, elle empêche la co-existence des droits incompatibles de deux copropriétaires *in solidum*. C'est qu'elle est une situation qui ne se dénoue pas par le partage, mais par la dissolution; qu'ainsi le partage ne doit pas l'atteindre.

Quant à moi, sans admettre les préventions de M. Toullier contre les fictions (1), sans vouloir amoindrir leurs effets légitimes, je crains cependant que M. Duvergier ne s'exagère celle qui fait de la société un être moral. Quelque grave, quelque utile qu'elle soit, elle ne saurait aller jusqu'à supprimer entièrement l'idée de copropriété et d'indivision inséparable d'une société. Nous avons vu ailleurs que cette copropriété indivise se fait jour quelquefois pour reprendre sa réalité (2). Elle reparait surtout avec éclat à l'époque de la dissolution, non pas comme une chose nouvelle, mais comme un droit momentanément intercepté. C'est pourquoi l'effet rétroactif, ne trouvant plus la personne civile, cause de cette interception, agit en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des choses, n'a pas cessé d'être un état d'indivision. Et puis, comment serait-il possible que l'effet rétroactif capable d'anéantir l'indivision, c'est-à-dire, un état si pur de toute fiction, et si énergiquement dessiné après la dissolution de la société,

(1) *Suprà*, n° 2.

(2) *Suprà*, nos 70, 71, 140, 978, 752.

respectât la fiction qui a précédé? La fiction doit-elle être mieux traitée que la réalité?

Maintenant, un mot sur la contradiction reprochée par M. Duvergier aux auteurs dans le nombre desquels je m'applaudis de figurer. M. Duvergier nous demande comment nous *n'avons pas compris* qu'en reconnaissant que les charges créées par la société restent sur chaque lot, nous détruisons forcément notre règle de rétroactivité jusqu'à la mise en société. « Car s'il était vrai (je copie l'objection crainte de l'affaiblir) que le droit attribué à chaque copartageant remontât au jour où la société a commencé, s'il était vrai que chaque copartageant fût censé tenir les choses qui forment son lot immédiatement de celui de ses co-associés qui les avait mises dans la masse, il faudrait décider que les charges imposées par la société sont effacées par le partage. » Mais pas du tout, en vérité!! et je suis étonné, à mon tour, que M. Duvergier ne comprenne pas que les charges imposées par la société sont censées imposées par chacun des membres qui la composent, par conséquent par celui dans le lot duquel tombent les choses ainsi grevées; qu'ainsi, étant l'un des créateurs de ces charges, il doit les entretenir.

1067. Du principe qui fait rétroagir le partage à la mise en société, il semblerait résulter que l'apport social devrait être frappé par la loi sur l'enregistrement du droit proportionnel qui atteint les mutations de propriété. Il n'en est cependant pas ainsi. Le fisc a voulu favoriser l'esprit d'association; il s'est relâché de ses rigueurs (1). Il n'exige que le droit fixe (2). Mais si, à la dissolution de la société, l'immeuble social est attribué, par le partage, à un autre que l'ancien propriétaire, alors s'o-

(1) MM. Champ. et Rigaud, *Traité du droit d'enr.*, t. 2, p. 783.

(2) Cassat., chambres réunies, 6 juin 1842. (S. 42, 1, 484.)

père une mutation à l'occasion de laquelle le droit proportionnel doit être payé (1).

## DISPOSITIONS RELATIVES AUX SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

## ARTICLE 1873.

Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce.

## SOMMAIRE.

1068. Puissance des usages en matière de commerce. Origine de ces usages. Part de la France dans leur développement.  
 1069. Part du droit romain.  
 1070. Le droit civil est la loi primordiale de la société de commerce. Preuves. Réfutation du système contraire.  
 1071. Conditions que doit avoir un usage pour faire autorité.  
 1072. Rappel de quelques points de différence entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales.  
 1073. Suite.  
 1074. Suite. Si la division du capital social en actions est une combinaison commerciale par sa nature.  
 1075. La constitution d'une société en société anonyme n'est pas propre aux matières de commerce.  
 1076. Si la commandite est une conception exclusivement commerciale.  
 1077. Conclusion. Tendances de la société civile et de la société commerciale à se rapprocher. Le Code civil ne s'oppose pas à ces rapprochemens.

## COMMENTAIRE.

1068. Le droit commercial a puisé dans la coutume une grande partie de son existence (2). L'origine de ses

(1) Même arrêt.

(2) Straccha, décis. 39, n° 8. « Fori mercatorii indubitata consuetudo, utique servanda. »

Junge décis. 181, n° 6, et décis. 91, n° 5.  
 Santerna, *De assicurat.*, part. 3, n° 1.

usages, perdue dans la nuit des temps, est un sujet intéressant de recherches historiques (1). Quelques-uns se rattachent par une chaîne visible aux traditions de la civilisation romaine; d'autres, originale expression de besoins nouveaux, sont sortis du foyer mystérieux où le moyen âge a mis en fusion les élémens de la civilisation moderne. L'Italie réclame avec raison la plus grande part dans les conceptions ingénieuses qui ont donné au commerce de si puissans moyens d'action. Elle a été la mère du droit commercial, comme elle fut jadis la mère du droit civil. Toutefois, il n'est pas vrai que notre commerce soit resté neutre dans ce mouvement. Dès les temps les plus reculés, les cités provençales et languedociennes ont eu des statuts commerciaux non moins remarquables que les villes italiennes les plus florissantes (2). Mais l'extension et l'éclat du commerce italien, à une époque où nos marchands opéraient dans une sphère plus restreinte, l'excellence précoce des jurisconsultes ultramontains dans le droit consulaire, ont couvert d'une pénombre le concours de la France dans cette œuvre de progrès. On a eu les yeux presque exclusivement fixés sur l'Italie, et l'on n'a pas tenu assez de compte de la part qu'y ont apportée nos villes maritimes et notre industrie, non-seulement depuis Colbert, mais même dans les siècles les plus reculés (3).

1069. En touchant à la société, la pratique commerciale trouva ce contrat constitué par le droit civil sur des principes rationnels et équitables. Car, au milieu des ruines du monde romain, une secrète tradition avait

(1) V. les *Études sur le droit commercial*, par M. Frémery.

(2) V. les statuts de Marseille et de Montpellier, dans la collection de M. Pardessus.

(3) V. ci-dessus l'historique que j'ai donné de la commandite et de la société anonyme, nos 377 et suiv., et préface.