

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.

conservé les notions élémentaires de ce droit admirable qu'avait systématisé le génie de ses jurisconsultes. Le commerce en profita, et les intérêts qu'il représentait conservèrent, par nécessité et par habitude, les bases essentielles du contrat de société. Quand on arrive au moment où la rénovation de la science commença à dessiner les théories, et à agiter en tout sens les grandes questions de jurisprudence sur lesquelles on n'a pas encore fini de méditer, on aperçoit clairement que le commerce n'entendit jamais se rendre indépendant du droit romain devenu, dans les matières des contrats, le droit commun, et refaire à priori ce que Rome avait si bien fait (1). Les discussions ne portent que sur certains points particuliers et exceptionnels. Dans son traité *De contractibus mercatorum*, Straccha déclare qu'il a peu de chose à dire de la société (2); que le seul point intéressant pour le commerce, et sérieusement controversé, c'est la réflexion des obligations d'un associé sur la société; c'est aussi presque le seul dont il s'occupe. D'autres questions, sans doute, devaient naître plus tard. Le développement de la commandite, la nature des actions, la publicité des sociétés, les pouvoirs des liquidateurs, tout cela devait amener des difficultés qui n'étaient pas encore posées. Mais alors, la question à l'ordre du jour, c'était celle dont je viens de parler; elle résumait en quelque sorte toute la société. Tant il est vrai que tout le reste était accordé, qu'on se réglait pour le surplus sur la société civile, qu'on s'en rapportait aux nombreux ouvrages qui en avaient traité (3)!

(1) Straccha, *De cont. mercator.*, n° 20.

(2) Nos 12, 13, 14: *De societatis scribere supervacuum esse duobus.*

(3) Straccha dit, en effet: *In sexcentis locis tractata*; il renvoie à P. Ubaldis, civiliste italien, d'un mérite distingué.

1070. Ces réflexions ne sont pas inutiles pour prouver que le droit civil est la loi primordiale de la société de commerce, et qu'il ne faut s'en écarter que dans les cas auxquels les usages commerciaux ont formellement dérogé. Quelques jurisconsultes ont nié cette vérité. Ils veulent que le droit commercial soit un droit spécial, et tout aussi indépendant du droit civil que peuvent l'être le droit pénal ou le droit constitutionnel. Dans leur marche collatérale, disent-ils, ces deux droits peuvent se rencontrer quelquefois, mais non pas établir l'un sur l'autre une domination fâcheuse. Le droit commercial est un empire à part, où le droit civil n'a rien à commander et où l'on se règle par l'accord de principes particuliers avec des intérêts particuliers. Le droit civil troublerait cette harmonie par l'importation d'idées hétérogènes. Il faut laisser le commerce se gouverner par ses idées propres, fruit de son expérience et de ses besoins. Cette opinion, indiquée par M. Frémery (1) et développée avec beaucoup de talent et d'habileté par MM. Delamarre et Lepoitevin (2), ne me paraît pas exacte, et j'ai cherché ailleurs à la réfuter (3). Les auteurs classiques les plus préoccupés des privilèges du droit commercial ont reconnu sans cesse que le droit civil était la grande base de leur science et le point de départ de leurs décisions: « Et quod dicitur, » disait Straccha (4), *in curiâ mercatorum ex bono et æquo judicandum intelligendum est, ut juris apicia, » qui veritatem rei atque negotii non respiciunt, reijacta*

(1) *Études sur le droit comm.*, ch. 2.

(2) *Contrat de commission*, t. 1, n° 6; t. 2, nos 12, 14, 19.

(3) V. mon rapport sur le *Traité du contrat de commission*, fait à l'Institut, et donné en partie dans la *Revue de législation*, t. 16, p. 47.

(4) *De cont. mercator.*, n° 20.

« censeantur; non autem ut jus civile, in mercatorum foro »  
 » locum non habeat, quoniam adversaretur legi bona fides!! »  
 Notre article reproduit ce point de vue. Il veut que le Code soit le droit commun de la société dans tous les cas où des dispositions spéciales n'ont pas été établies par les lois et les usages du commerce.

Le projet de Code civil soumis à la discussion du conseil d'État portait deux articles (1) qui réservaient les lois et les usages du commerce en matière de société. Mais on jugea à propos de les supprimer pour les fondre en un autre article final plus large et plus compréhensif. C'est de là qu'est venu l'article 1873. Or, je lis à ce sujet dans les procès-verbaux de la discussion : « L'art. 31 est supprimé; sa disposition devant » entrer dans l'article général qui déclarera que les affaires de commerce ne sont pas réglées par les principes » du Code civil (2). »

Ne sont pas réglées par les principes du droit civil!! Mais l'article 1873 dit tout le contraire. Il proclame nettement que les sociétés commerciales sont aussi réglées par le Code civil. Quelle est donc la main inhabile qui a pu travestir à ce point la pensée du législateur? M. Boutteville, rapporteur du Tribunal, en était un plus fidèle interprète lorsqu'il disait : « Observez » avec le projet que la loi proposée ne régira pas les sociétés de commerce dans tous les points où ses dispositions seraient contraires aux lois et aux usages particuliers du commerce, mais aussi que, sur tous ceux » où ces dispositions n'y auront rien de contraire, elles » conserveront leur empire, et n'en contiendront pas

(1) Fenet, t. 14, p. 364 et 365.

Art. 31 et 35.

(2) Fenet, p. 376.

» moins les règles premières et générales de toute association (1). »

L'erreur que je combats a cependant une source respectable. Dans leurs savantes recherches, MM. Frémery, Delamarre et Lepoitevin ont vu tout ce qu'il y avait d'ingénieux et de fécond dans les usages commerciaux auxquels nous devons la lettre de change, la commission, les assurances, les faillites, la juridiction consulaire, etc., etc.; et leur juste admiration pour ces belles conceptions a fait rejaillir sur leur origine un sentiment de préférence marquée et presque exclusive. La coutume, œuvre lente et successive des intérêts commerciaux, a paru à nos auteurs plus sage que la loi, œuvre arbitraire du législateur. Ils ont craint que le droit civil, avec ses anomalies nationales, n'enlève au commerce son esprit cosmopolite. Ils ne voudraient, s'il était possible, ni du législateur, ni de ses Codes, ni de ses interprètes, laissant au commerce le droit de s'arranger avec lui-même, et de faire souverainement ses affaires sous l'influence de son expérience et de son développement naturel. Cette opinion n'est pas la mienne. La coutume a fait de grandes choses; elle en aurait fait aussi de mauvaises, si le législateur ou la science ne l'eussent souvent redressée (2). C'est la coutume qui a lutté si long-temps, et avec un si déplorable avantage, contre la publication des sociétés de commerce. Et quant à l'uniformité de ses pratiques, elle n'est pas plus infailible là-dessus que la loi écrite et le droit civil. Par exemple, la commandite, si ancienne dans le commerce du midi, n'est pas admise en Angleterre, et l'on a écrit

(1) Fenet, t. 14, p. 418.

(2) Straccha : « Duo adnotabimus in quibus mercatores tota (ut aiunt) via errare plerumque vidi. » (De cont. mercat., n° 13.)

sur la frontière du peuple le plus commerçant de l'univers :

« *Et penitus toto divisos orbe Britannos* (1) !! »

Laissons donc co-exister des élémens destinés à s'éclairer et à s'entr'aider : la loi, la science et la coutume sont trois formes du gouvernement des intelligences qui ont chacune leur autorité, et elles doivent tour à tour se la prêter pour arriver à une meilleure direction des intérêts humains.

1071. Au reste, la plupart des usages commerciaux ont été formulés dans le Code de commerce. Ils y ont été élevés à la hauteur de la loi. Quelques-uns cependant sont restés à l'état de tradition ; ils n'en sont pas moins respectables. Mais ils ne faut pas confondre avec les usages du commerce, des pratiques qui n'auraient pas pour elles l'ancienneté, l'uniformité, l'unanimité, propres à caractériser une coutume certaine. La preuve d'un usage contraire au droit commun a été déclarée difficile par tous les jurisconsultes (2). Nous avons vu ci-dessus l'allégation d'un usage commercial repoussé par la Cour de cassation, malgré des parères dignes de considération (3).

Au surplus, cette matière des usages, de leur autorité, des conditions requises pour qu'ils dérogent au droit commun, a été traitée avec beaucoup de science et d'exactitude par MM. Delamarre et Lepoitevin, et

(1) M. Frémery, p. 39.

(2) Straccha : « *Consuetudo est difficillimæ probationis... multi credunt eam probare et aberrant. Nec mirum, quia consuetudo modo est alba, modo est nigra... Consuetudo debet esse certa et uniformis ad exemplum legis... ; actuum frequentiam requirit.* » (Rotæ Genuæ, decis. 17, nos 1, 2, 7, 11.)

(3) *Suprà*, n° 1023.

je renvoie le lecteur studieux à leur excellent ouvrage (1).

1072. Maintenant quels sont les points dans lesquels la société commerciale se distingue de la société civile ? Ce commentaire a cherché à les mettre en lumière. Il nous suffira de résumer ici les rapports et les dissimilitudes.

Prenons une société civile et une société de commerce ordinaires.

Entre associés, ce sont les mêmes rapports d'égalité et de confraternité ; la même obligation d'en bannir l'usure et les pactes léonins pour faire à chacun la part commandée par l'équité ; la même création d'une personne morale distincte des associés ; le même devoir pour ceux-ci de se dévouer à la chose commune, et de mettre l'intérêt social en avant de l'intérêt privé ; les mêmes principes pour l'administration et pour la responsabilité (2) ; les mêmes causes de dissolution ; enfin la même idée fondamentale, à savoir, qu'un acte social rejaillit sur la société et sur chacun de ses membres.

1073. Mais la diversité existe :

- 1° Dans les formes constitutives de la société ;
- 2° Dans l'habitude d'opérer avec les tiers sous une raison sociale ;
- 3° Dans certaines attributions du gérant (3) ;
- 4° Dans l'étendue de la responsabilité, qui est solidaire dans les sociétés de commerce et qui ne l'est pas dans les sociétés civiles ; solidarité d'où résulte que la personne morale, quoique distincte des associés, s'incarne en quelque sorte, au regard des tiers, dans chaque

(1) *Contrat de commission*, t. 1, nos 360 et suiv.

(2) Voyez cependant une différence dans l'application, t. 2, n° 691 et 695.

(3) *Suprà* n° 691 et 695.

associé, et arrive à un plus haut degré d'homogénéité;

5° Dans les formes de la liquidation;

6° Dans le jugement des contestations entre associés.

1074. On s'est persuadé que la division du capital social par actions est une combinaison toute commerciale. Historiquement, c'est une erreur; dans la pratique, il est jugé que c'est une hérésie.

1075. On a cru aussi que la constitution d'une société sous la forme anonyme est une idée commerciale. Pas plus qu'une idée civile. La jurisprudence est encore fixée sur ce point.

1076. On a vu dans la commandite un contrat particulier au commerce. L'histoire s'élève contre cette assertion. Quoique plus fréquent dans le commerce, ce contrat est de droit commun; la société civile est maîtresse de se l'approprier.

1077. Si donc la société civile et la société commerciale se séparent quelquefois, elles s'accordent le plus souvent dans les mêmes principes: ce sont deux ruisseaux partis de la même source, et qui, dans leur course à travers différentes régions, se retrouvent et se marient sans cesse. De plus en plus, elles tendront à se rapprocher. Des industries civiles se créent tous les jours, qui ont besoin des secours du crédit; et ce crédit, elles l'obtiennent plus facilement en faisant aux sociétés commerciales l'emprunt de leurs formes et de leurs moyens ingénieux. On crie à la déviation. Non! c'est l'usage intelligent de la liberté. La liberté est dans le Code civil. Voilà pourquoi nous aimons le Code, et nous le défendons presque toujours.

FIN.

## ADDITION AU TOME I<sup>er</sup>.

L'opinion que nous avons développée au n° 440, contre un arrêt de la Cour royale de Paris, vient d'être confirmée par un arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes) du 29 mars 1843, au rapport de M. Joubert, et sur les conclusions de M. Pascalis, avocat général. — (Duval c<sup>o</sup> Soubiranne.)

## ERRATA.

- PRÉFACE, page LXXVI, au lieu de : Basache, lisez : Basacle.  
 Tome I<sup>er</sup>, page 36, n° 27, et page 37, ligne 17, au lieu de : dividendo, lisez : dividundo.  
 Page 192, article 1834, ligne 5, au lieu de : en sus, lisez : ni sur.  
 Page 210, n° 209, ligne 18, au lieu de : se prouver par écrit, lisez : par témoins.  
 Page 220, n° 223, ligne 26, au lieu de : 1729, lisez : 1673.  
 Page 224, n° 229, ligne 2, avant : ne concerne pas les tiers, lisez : mais il.  
 Page 241, note (1), ligne 2, entre ces mots : le pourvoi fut rejeté, et ceux-ci : par arrêt de la chambre des requêtes, lisez : mais seulement par des raisons tirées du fait.  
 Page 241, même note, à la fin de la ligne 3, ajoutez : voyez *infra*, ce que nous disons de la portée de cette action.  
 Page 329, n° 350, ligne 12, au lieu de : celui du 5 novembre 1818, lisez : du 5 septembre 1818.  
 Page 353, n° 376, ligne 17, au lieu de : sorte en participation, lisez : société en participation.  
 Page 362, ligne 24, au lieu de : ut docet, lisez : ut dicit.  
 Tome II, page 419, ligne 10, lisez : dans toute sa rigueur à.  
 Page 422, ligne 30, au lieu de : il le condamne, lisez : il la condamne.  
 Page 502, ligne 15, n° 4065, au lieu de : quem de evictione cessat, lisez : quem de evictione tenet.  
 Page 507, ligne 10, entre ces mots : je copie l'objection, et ceux-ci : crainte de l'affaiblir, lisez : de.

## TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

### CHAPITRE III.

Des engagements des associés entre eux et à l'égard des tiers. . . . . Page 1

#### SECTION I<sup>re</sup>.

Des engagements des associés entre eux. . . . . 2

#### SECTION II.

Des engagements des associés à l'égard des tiers. . . 249

### CHAPITRE IV.

Des différentes manières dont finit la société. . . . . 356

§ 1. . . . . 359

§ 2. . . . . 364

§ 3. . . . . 364

§ 4. . . . . 389

§ 5. . . . . 390

Disposition relative aux sociétés de commerce. . . . . 508

FIN DE LA TABLE.

## TABLE ALPHABÉTIQUE

ET

ANALYTIQUE.

A

ABSTENTION forcée de l'associé, à l'acte de gestion duquel son co-associé forme opposition, dans une société non pourvue d'un gérant spécial, 716, 719, 720, 723; à moins que la majorité ne réprovoque l'opposition, 721.

ACHATS. Le gérant d'une société peut et doit faire tous les achats de choses utiles à l'entreprise ou au commerce qu'elle a en vue, 683. Le liquidateur, au contraire, ne peut faire d'achats pour revendre; car il ne doit pas continuer le commerce, 4010. — En offrant à l'associé d'acheter son action à juste prix, la société peut-elle lui interdire le droit de demander le partage, lors même qu'elle est illimitée dans sa durée? 972.

ACQUETS d'un associé tombaient dans les anciennes sociétés faisibles à l'exclusion de ses propres, I, 260. — Quelle action la société a-t-elle contre l'associé pour être mise en possession de ces acquêts? 291, 292.

ACQUITTEMENT des dettes de la société en liquidation par le liquidateur, 4017, 4018, 4019. — Sur quelles valeurs doit-il acquitter les dettes? *idem*.

ACQUÉREUR. L'acquéreur d'un immeuble social à lui vendu par le liquidateur est-il tenu de purger sur chaque associé? 4006.

ACTES (*sociaux, de gestion, de dissolution, etc.*). Quels sont les actes que peut faire le gérant d'une société, 669 et suiv., 680, 681 et suiv. — Actes qui dépassent ses pouvoirs, 686, 689, 690, 697. — L'opposition des associés aux actes du gérant doit être signifiée avant leur accomplissement, 673, 674 et suiv. — Elle n'influe nullement sur le sort des contrats passés avec les tiers de bonne foi, 728. — Des actes que peut faire chaque associé en l'absence de gérant élu, 742 et suiv. — Actes qui lui sont interdits, 744, 748, 749. — Effet des actes passés par un associé en son seul et privé nom, 771, 772 et suiv. — *Quid* si l'associé est un participant? 780 et suiv. — *Quid* si l'acte a été passé au nom de la société, par un associé ayant pouvoir de la société? 805, 806 et suiv.; ou lorsque celle-ci a profité? 813, 814. — *Quid* si l'acte a été signé par tous les associés? 847 et suiv. — Sort des actes faits par les héritiers d'un associé décédé, ou par les co-associés du défunt, 891 et suiv. — Distinction entre les actes nouveaux et ceux qui ne sont que la suite d'opérations commencées avant le décès, 893 et suiv. — *Quid* si les actes nouveaux ont été passés dans l'ignorance de la dissolution? 900 et suiv. — Cette considération s'applique aux tiers comme aux associés, 900, 903. — Formalités imposées à l'acte de dissolution d'une société com-