

Du reste, Doneau (1), Vinnius, qui rarement se sépare de ce maître (2), Fachin (3), Perez (4), Gail (5), Tuldén (6), pensaient aussi que l'usage seul de l'argent était censé entrer dans la société : c'était également l'avis des théologiens. Témoin ces paroles de saint Thomas (7) : « Ille qui committit pecuniam suam vel mercatori vel » artificii per modum societatis cujusdam, non transfert » dominium pecuniæ suæ in illum, sed remanet ejus ita quod » cum periculo ipsius, mercator de ea negotiatur, vel » artifex operatur, et ideo sic licite potest partem lucri » inde provenientis expetere tanquam de re sua (8). »

Pour soutenir ce second sentiment, Doneau, se renfermant dans l'argumentation la plus serrée, disait : En général l'industrie fournie à une société correspond, non au capital de l'argent, mais à son usage (et ceci revient à ce que Balde enseigne : *operæ et industria censentur correspondere inter usurio pecuniæ et non ipsi sorti*) (9).

N'est-ce pas ainsi qu'on le comprend dans le contrat de cheptel, ou de bail à colonage (10)? Est-ce que le capital devient commun dans ces contrats? Est-ce que le propriétaire ne retire pas son troupeau, sa métairie?

Et puis, qu'est-ce que la société? Quel est son but? N'est-elle pas une convention pour le partage des gains, et rien de plus? Or, quand l'objet précis du contrat

(1) Sur la loi 1. C. *Pro socio*.

(2) *Quest. select.*, lib. 4, c. 54.

(3) Lib. 2, c. 94.

(4) Ad Cod. *Pro socio*, n° 8.

(5) Lib. 2, obs. 24, n° 6.

(6) Ad inst. de *Societ.*, c. 3.

(7) *Quæst.* 78, art. 2, ad. 5.

(8) V. aussi *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 267.

(9) V. le passage précité.

(10) L. 52, § 2, D. *Pro socio*.

Doneau, sur la loi 1. C. *Pro socio*, n° 3.

n'est que la communauté et le partage des bénéfices, peut-on, sans abus, aller jusqu'à rendre communs les capitaux apportés comme instrumens de la société? Ne faudrait-il pas une convention expresse pour arriver à un tel résultat (1)?

Sans doute, la société exige une communauté de choses, pour préparer la communauté des bénéfices. Mais il n'est pas dit que ce soit plutôt la propriété que l'usage qui doit être mis en commun, et le silence des parties à cet égard doit être suppléé par la fin de la société, par sa pensée fondamentale qui est un partage de bénéfices.

Du reste, Doneau ne veut pas de l'argument qui consiste à prétendre que si l'argent était commun, il arriverait que le travailleur profiterait de cet argent sans être exposé à en rien perdre, tandis que le bailleur de fonds courrait la chance de perdre sans gagner. Doneau répond qu'à la rigueur on peut compenser le travail avec l'argent; que si l'un communique son argent, l'autre communique son travail, et qu'ainsi il peut y avoir réciprocité de chances. Mais, ceci écarté, Doneau n'en soutient pas moins que, dans le partage du fonds social, on doit prélever la mise du bailleur de fonds, parce qu'à moins de clause contraire, on est censé s'associer pour partager les gains, mais non pas les capitaux. Le capital est apporté pour servir aux opérations des associés, pour être un agent, un instrument, et pour arriver à des bénéfices par un utile emploi; mais les fins naturelles du contrat de société ne permettent pas de supposer facilement qu'il a été aliéné par le bailleur de fonds. « Non enim confertur ut sit communis sociorum, » sed ut ex ea negotiatio exerceri possit, ad lucrum faciendum quod deinde commune sit. »

(1) Doneau, *loc. cit.*

Objectera-t-on que l'associé travailleur ne retire pas son travail comme l'autre associé retire son argent; qu'il y a par conséquent injustice à traiter l'industriel avec si peu de faveur? Mais quelle différence, répond Doneau, entre l'argent et l'industrie prêtés? L'argent est de ces choses qui peuvent se rendre; au contraire, le travail s'évanouit en s'exerçant, et il ne reste rien qu'on puisse restituer. *Opera simul atque præstita statim evanescit, nec est in rerum natura ea opera quæ reddatur.* Tout ce qui serait susceptible d'être rendu, ce serait, non le travail même, mais le prix du travail. Mais comment le travailleur pourrait-il déduire ce prix, puisque l'associé capitaliste ne déduit pas l'intérêt de son argent et le laisse en commun?

Voici donc la conclusion du judicieux jurisconsulte :

« Ergo et usus operæ cum usu pecuniæ recte compensatur, et illud socio operanti sufficere debet, quod lucrum capit ex negotiatione; quod lucrum facturus non erat sine pecunia socii. »

Ces raisons sont graves, du moins au point de vue de l'ancien droit, et la jurisprudence de la rote de Gênes leur prête une grande force; il faut les étudier dans l'ouvrage même de Doneau, et non dans l'exposé pâle et énervé de Fachin, pour se faire une juste idée de leur importance; alors on ne sera pas tenté de dire avec M. Duvergier que l'argumentation tirée de l'intention des parties n'est qu'une pétition de principe. Car si elle a une telle couleur dans Fachin, elle s'élève à la hauteur d'une logique puissante dans Doneau. C'est en effet dans les entrailles mêmes de la société que le jurisconsulte rationaliste s'efforce de creuser; c'est dans le but de ce contrat, dans sa définition.

Toutefois, sans ériger en principe que l'industrie n'équipolle qu'à la jouissance du capital; Grotius conseillait de consulter les circonstances, seul moyen

de bien décider si les parties avaient voulu balancer le travail avec le capital de l'argent, ou seulement avec l'usage de l'argent (1). Vinnius, après bien des raisonnemens, paraît incliner vers ce parti (2), qui semble encore aujourd'hui le plus sage à plusieurs de nos jurisconsultes (3).

124. En admettant aussi la grande influence des faits, je crois cependant qu'il y a quelques notions doctrinales qui doivent en diriger l'interprétation; et si, sous l'ancien droit, j'eusse probablement partagé l'avis de Doneau, sauf les circonstances, je trouve dans le Code civil des dispositions qui m'en éloignent. En effet, dans les bases comparatives du calcul de Doneau, il y avait un fait qui lui donnait beaucoup de puissance. On pensait autrefois que l'associé bailleur de fonds, qui ne faisait entrer dans la société que la jouissance de son capital, en avait le risque; qu'ainsi, si l'industriel n'entraît pas en partage du capital, du moins il avait l'avantage de n'avoir rien à supporter dans la perte de ce même capital, lequel périssait tout entier pour son propriétaire.

Mais (faisons y bien attention) l'art. 1851 renverse cette distribution de la perte; il veut que le capital dont la jouissance a été mise dans la société périsse pour elle, de telle sorte que l'associé bailleur de fonds reste créancier de ce qu'il a apporté. Il suit de là que l'industriel qui, d'après le système de Doneau, ne devra jamais rien prendre dans le capital, doit, dans celui du Code civil, contribuer pour sa part à en réparer la perte.

Ceci me paraît grave, et les combinaisons de Doneau

(1) De jure pacis et belli, lib. 2, c. 12, n° 24.

(2) Loc. cit.

(3) M. Pardessus, t. 4, n° 990.

me semblent devoir en éprouver un notable dérangement (1). Lorsque l'industriel, qui ne prend aucune part dans le capital, est exposé à en supporter la perte, on sera moins enclin à adopter l'interprétation qui le place dans la condition la plus rigoureuse (2).

Au surplus, nous nous réservons d'examiner plus bas ce qui concerne le droit des actions industrielles (3).

125. Nous venons de traiter la question par rapport à l'industrie unie aux capitaux.

Lorsque les mises respectives consistent en capitaux, elle doit recevoir la même solution. Du reste, elle ne présente qu'un médiocre intérêt. En effet, le capital social devant se partager suivant les mises, il importe peu que chaque associé retrouve son apport par le moyen d'un partage, ou par le moyen d'un prélèvement. Pierre a apporté 100,000 fr. dans une société; la mise de Paul n'est que de 50,000 fr. Qu'il y ait simple apport de jouissance, ou apport de propriété, le résultat sera le même. Pierre et Paul se trouveront toujours dans la proportion de 50,000 à 100,000 fr. Cependant quelques auteurs sont d'avis que dans ce cas, il y a invariablement transport de la propriété à la société (4); et leur argument est pris de la mutuelle collation

(1) *Infra*, n° 587, l'interprétation de l'art. 1851 et l'ancien droit, sur la perte du capital dont la jouissance seule avait été mise en société.

(2) Le Code de com. portugais, art. 551, porte: « Les fonds » versés dans une société sous raison sociale sont considérés, à » dater de l'époque du contrat, comme propriété commune à tous les » associés, dans l'intérêt de la société. » (Confér. de M. Saint-Joseph, p. 8.)

(3) Nos 134, 135.

(4) Socin, Cons. 265, n° 2, lib. 5.

Felicius, c. 9, n° 54.

de choses homogènes, laquelle fait supposer une intention de se communiquer la propriété et la jouissance (1); c'est une raison comme une autre, et quand bien même on la considérerait comme peu décisive, j'avoue qu'elle me paraîtrait plus déterminante que celle de M. Duranton, qui se borne à insister sur ce que la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent *quelque chose en commun* (2). Eh! sans doute; mais qu'est-ce que ce quelque chose? Est-ce l'usage de la chose ou la chose même? Est-ce que l'usage n'est pas un *quelque chose* qui satisfait aux exigences de l'art. 1832? Pour moi, en me rappelant les doctrines de Doneau (3), je serais bien plus tenté de croire que la définition de la société va plus contre la conclusion de M. Duranton qu'à son appui.

126. Simplifiée au numéro précédent, la question deviendra plus complexe quand les apports seront de capitaux, de corps certains, et aussi d'une part d'industrie. Dans une société, l'un apporte de l'argent, l'autre une maison, le troisième de l'argent et son industrie. L'embarras viendra alors de ce que l'on ne pourra pas faire pour le corps certain, dont la jouissance seule aurait été mise en société, le raisonnement que nous faisons au n° 124 pour l'argent dont on voudrait que la jouissance seule eût été conférée; le corps certain périt en effet pour l'associé qui s'en est réservé la propriété.

Toutefois, les présomptions voulant que l'argent soit censé mis pour la propriété, il est raisonnable de penser que celui qui a apporté sa maison n'a pas entendu

(1) « Dicerem, dit Felicius, *interveniente mutuâ collatione*, fuisse » inductam communionem et societatem, etiam in pecunia » : c. 9, n° 54.

(2) T. 17, n° 408.

(3) *Suprà*, n° 122.

se mettre dans une position à part, et que s'il eût voulu n'apporter que la simple jouissance, il en aurait fait la déclaration expresse.

127. Toute société, avons-nous dit au n° 4, suppose une communion nécessaire (1), et ce sont les mises qui forment cette communauté, instrument inséparable de la société.

Mais à quel moment commence la communauté? Quand la société est-elle censée propriétaire de l'apport?

Nous discuterons ces questions sous l'article 1843 du C. civ. (2).

128. Les apports sociaux réunis composent ce qu'on appelle le capital social, lequel reste *en commun* (ainsi que le dit l'art. 1832) pendant la durée de la société. — Néanmoins, il arrive souvent que les associés conviennent, lors de la formation des sociétés civiles ou commerciales, que ce capital sera divisé par actions. Cette combinaison ingénieuse consiste à partager le fonds social en un certain nombre de fractions égales, qui, ajoutées ensemble, donnent le total de ce même fonds. Chaque associé est investi d'un nombre d'actions correspondant à son intérêt dans l'affaire, et chacune de ses actions représente une part dans le capital de la société (3). Tandis que la propriété des meubles et immeubles qui forment ce capital repose, pendant la durée de la société, entre les

(1) Felicius, c. 9, n° 42.

(2) *Infra*, n° 521 et suiv.

(3) D'Aguesseau, *Mémoire sur le commerce des actions* (t. X, p. 176, art. 1, n° 6): « Une action dans une compagnie de commerce est la même chose qu'une part dans une société, qui donne le droit à partager, à proportion des fonds qu'on y met, les profits certains ou incertains de la compagnie. »

Voet: *Actio seu pars societatis*, ad pandect de *hered. vel actione venditâ*, n° XI; M. Merlin, *Quest. de droit*, v. *Action, Actionnaires*, § 1, p. 103; V. *infra*, n° 971.

maines de l'être fictif qu'elle constitue, le droit des associés, réduit, en attendant, au partage des bénéfices annuels et à l'expectative du partage final, est formulé dans des titres individuels dont on les rend porteurs, et qui, susceptibles de négociation par vente ou autrement, représentent une valeur mobile et sont sujets à la hausse ou à la baisse qu'engendre la spéculation.

L'un des principaux avantages de cette création de titres négociables, c'est de permettre aux associés de céder leurs droits facilement et sans frais, et de mettre en circulation des valeurs qui autrement resteraient en dehors du mouvement industriel.

129. Mais d'où vient l'idée de diviser un capital social par actions? Quelle est l'époque à laquelle elle a fait son entrée dans le droit français? Est-elle d'origine étrangère ou française? — J'ai traité ces points dans la préface de cet ouvrage.

130. Non-seulement on peut diviser le capital social par actions, mais on peut diviser les actions elles-mêmes en coupons d'actions d'égale valeur (art. 34 C. comm.).

131. L'associé n'est mis en possession de son action qu'autant qu'il a versé le montant de sa mise. Mais il arrive très-souvent que, pour ménager les facultés des actionnaires, on divise en plusieurs termes le paiement de chaque action: par exemple, un premier quart est stipulé payable comptant au moment de la souscription; les trois autres quarts ne sont exigibles que plus tard, d'époques en époques diversement échelonnées. — Tant que l'action n'est pas entièrement libérée, on ne délivre aux actionnaires qu'un titre provisoire, connu sous le nom de *promesse d'action*. Quand la valeur entière est versée, on échange la promesse d'action contre l'action, qui est le titre définitif (1).

(1) *Infra*, n° 156.

132. On distingue plusieurs sortes d'actions, dont les noms viennent de l'usage, et non de la science ou de la loi. Aussi ce vocabulaire n'a-t-il rien de classique, et tout le monde n'en a pas la clé.

Il y a les actions de *capital* et les actions *industrielles*;
 Les actions *payantes* et les actions *non payantes*;
 Les actions de *jouissance* ou *d'usufruit*;
 Les actions de *fondation* ;
 Les actions de *prime*.

133. Les actions de capital sont celles dont le montant a été versé en argent ou en valeurs mobilières ou immobilières; elles ont droit, sur le fonds social qu'elles représentent, à une part proportionnelle à leur valeur; elles ont un droit semblable sur les produits.

Les actions industrielles sont celles qui représentent le capital industriel, et dont la valeur a été fournie par l'apport de l'industrie des travailleurs (1).

Presque toujours deux stipulations accompagnent la création des actions industrielles.

La première, c'est que les actions, dont le capital consiste dans un travail nécessaire à la marche de la société, resteront déposées pendant toute la durée de la société, afin que l'entreprise ait une garantie contre le refus des actionnaires travailleurs de continuer leur concours.

La seconde, c'est que les actions industrielles ne donnent lieu qu'au partage des bénéfices, et que les porteurs ne viendront pas au partage du capital (2). Mais cette clause est purement précautionnelle. La seule création d'actions industrielles, distinctes des actions de capital, suffit pour prouver que l'on n'a pas voulu faire à l'industrie la même part qu'aux capitaux. Le nom de ces actions

(1) *Infrà*, n° 467, ce qui regarde la création d'actions industrielles dans les sociétés anonymes.

(2) *Suprà*, n° 124.

exprime énergiquement en quoi elles diffèrent, de droit, les unes des autres; il montre que, dans l'intention des parties, l'industrie a été suffisamment récompensée par le partage des bénéfices et qu'elle ne peut rien prétendre dans les capitaux (1).

134. Du reste, nous n'entendons pas dire que l'industrie n'ait jamais droit qu'à des actions inférieures aux actions de capital. Rien n'empêche de la récompenser par des actions de capital, quand son importance est telle qu'elle peut balancer la valeur des capitaux; et c'est ce qui arrivera presque toujours alors que la société ne reconnaîtra que des actions de capital toutes égales en droit (2). Nulle différence alors entre l'apport en capital et l'apport en industrie. Mais ce que nous voulons exprimer, c'est que quand le contrat fait deux classes d'actions, actions de capital et actions industrielles, il marque par-là une inégalité entre les apports; il met le capital industriel dans une condition différente du capital mobilier et immobilier; il sauve ce dernier du concours des associés travailleurs; il compose deux masses d'apports, qui restent séparées et différemment affectées.

135. Les actions payantes sont celles dont le montant a été payé en écus par les associés qui apportent leurs capitaux. Les actions non payantes sont celles qui sont données à un industriel pour prix de l'apport qu'il fait de son brevet, de sa découverte, de son invention, de son idée.

136. Par opposition aux actions de capital et aux actions industrielles qui représentent le fonds social, on appelle *actions de jouissance* celles qui ne représentent rien, mais qui sont destinées à remplacer les actions de

(1) M. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 41.

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 329.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 329.

fonds, quand ces dernières seront éteintes par voie d'amortissement. Le but de leur création est de rembourser en capital et intérêts les actions primitives, et de mettre à leur place des actions donnant un droit égal, sans distinction d'origine, à la jouissance des produits de la société, et même, quand la société se liquide, à la propriété des valeurs actives.

Quelquefois aussi, par une autre combinaison, la valeur de l'apport se paie, portion en actions de capital, portion en actions de jouissance, qui n'ont de droit qu'après le remboursement de toutes les actions de capital.

Ces droits peuvent être égaux aux droits des autres actions lorsqu'ils sont à la fois sur les produits et la propriété des choses mises en société; ils sont inégaux lorsqu'ils reposent seulement sur les produits, et non sur la propriété.

137. Les actions de *fondation* sont celles que l'on attribue aux fondateurs pour représenter leur apport.

138. Par actions de *prime* on entend celles dont les fondateurs font le sacrifice en faveur de ceux qui ont concouru à organiser la société ou promettent leur concours pour la faire réussir. Cette opération, étant étrangère à la société, n'influe en rien sur la nature des actions.

139. Les différences qui existent entre les actions de capital et les actions de jouissance, de fondation, d'industrie, ont conseillé de diviser la totalité des actions en deux séries : la première, qui comprend les actions de capital; la seconde, qui comprend les autres. Chaque action porte le numéro de sa série, en sorte que toute confusion est impossible, et qu'un simple coup d'œil suffit pour empêcher les méprises fâcheuses dans lesquelles on pourrait faire tomber les tiers et la société elle-même, en substituant, l'une à l'autre, des actions dont les prérogatives sont inégales.

140. Voyons maintenant de plus près quelle est la vraie nature de l'action dans une société (1).

Nous avons dit plusieurs fois que, pendant la durée de la société, l'être moral est censé propriétaire, et que néanmoins il n'était pas possible de séparer absolument de la personne des associés une idée de copropriété (2). L'action est cette idée de copropriété organisée et mise en mouvement à côté de la propriété sociale. Elle concilie les avantages d'une division par tête, avec la nécessité d'un fonds commun inséparable de toute société.

J'ai prononcé le mot de *division*. Ce n'est pas une expression figurée; c'est l'expression propre et légale; c'est celle qu'emploient les art. 34 et 38 du Code de commerce; quoique au premier coup d'œil la société et la division semblent s'exclure, néanmoins, la réflexion fait bientôt comprendre leur marche parallèle et combinée. Le droit des actionnaires a sans doute pour première origine la copropriété des mises. Sans cette copropriété il n'existerait pas. Mais la transmission du capital social à l'être moral a transformé ce droit des actionnaires en une propriété distincte (3); tellement que l'action est toujours un meuble, quand bien même les choses mises en commun seraient des immeubles (4): résultat remarquable et digne de méditation! Il est donc certain que la qualité de l'action n'est pas impressionnée par la qualité des apports, et que la copropriété ne

(1) *Infra*, n° 971.

(2) *Supra*, n° 70.

(3) *Infra*, n° 971.

(4) Art. 529 C. c.

M. Grenier, *Hypothèq.*, t. 1, n° 163.

M. Pardessus, t. 4, n° 991.

M. Championnière, t. 3, n° 2763.

M. Treilhard, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XI, p. 37).

communiqué pas sa nature à l'action. Eh bien ! de même que l'action est dans une classe de biens, tandis que les apports sont dans une autre ; de même l'esprit conçoit que, par une nouvelle différence, les actions peuvent se lier à une opération qui tient du partage, quoique les apports restent unis et confondus sur la tête de la société. En un mot, un échange s'est opéré entre la société et les sociétaires. Pour prix du capital social qu'elle a reçu, la société a délivré des valeurs d'une nature différente de ce capital, quoique tirant de lui leur garantie et leur crédit.

Voilà un premier point qui me paraît certain. Il en est un autre qui n'est pas moins clair. On a dit quelquefois qu'une action ne constitue qu'une créance contre la société : ceci manque d'exactitude. L'actionnaire est plus qu'un simple créancier. Le droit d'un créancier ne varie pas suivant que le patrimoine du débiteur augmente ou diminue ; il demeure invariablement tel que la convention l'a fixé ; au contraire, le droit de l'actionnaire s'élève ou s'abaisse à mesure que le fonds social s'enrichit ou s'appauvrit (1). C'est que, bien que la copropriété de l'actionnaire soit momentanément interceptée par l'être moral, elle est cependant destinée à se révéler, lors du partage, dans sa réalité la plus énergique. Or, il est impossible de ne pas tenir compte de cette circonstance, quand on veut mettre le droit de l'actionnaire en regard d'autres droits avec lesquels il a de l'analogie. La fiction ne doit pas étouffer entièrement la vérité (2).

Ainsi, la copropriété se retrouve en deux temps face à face de l'action : une première fois comme cause, une seconde fois comme fin. Comme cause, elle n'exerce

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 993 ;

M. Championnière, t. 4, n° 3684.

(2) *Suprà*, n° 70.

pas de réaction sur la qualité de l'action, puisque l'action est meuble quand même la copropriété d'où elle sort porterait sur des immeubles ; comme fin, elle a une influence certaine sur l'action ; car, sans elle, l'action ne serait qu'une simple créance, au lieu qu'elle est réellement une part dans la société, *pars societatis* (1).

Telles sont les idées qu'il faut allier les unes aux autres pour se faire une juste opinion de la théorie de l'action.

Au surplus, la fiction de la loi qui donne à l'action le caractère de meuble quand bien même la société serait propriétaire d'immeubles, cette fiction, dis-je, n'existe qu'à l'égard des associés et tant que dure la société. Car les immeubles appartenant à l'entreprise sont toujours immeubles à l'égard des créanciers de ces compagnies ; ils reprennent même leur caractère à l'égard des associés, lorsque, la société étant dissoute, il s'agit d'en opérer le partage (2).

Enfin, il arrive quelquefois que la loi, dans l'intérêt d'une société privilégiée à cause des services qu'on attend d'elle, autorise l'immobilisation des actions. C'est ce qu'a fait un acte du gouvernement du 16 janvier 1806 pour les actions de la banque de France. Les actions ainsi immobilisées sont susceptibles de privilèges d'hypothèques et soumises aux mêmes conditions que les immeubles (3).

(1) Voet, *Actio seu pars societatis*, de hæred. vel act. vend., n° 11.

D'Aguesseau, *Mém. sur le commerce des actions*, art. 1, n° 6, t. X, p. 176.

M. Merlin, *Quest. de droit*, aux mots *Action*, *Actionnaire*.

(2) M. Treilhard, *Exposé des motifs* (Fenet, t. XI, p. 37), et art. 529 C. c.

(3) M. Malpeyre, n° 341 ; M. E. Persil, p. 135.