

ment, la participation aux bénéfices, la réception des intérêts, etc., etc. — En Angleterre, la plupart des sociétés, même les plus importantes, sont verbales : rarement elles laissent des traces écrites. Dans ces sociétés, on s'adjoint ordinairement des associés secrets qui portent le nom d'associés *dormans* (1), et qui ne veulent pas que le public sache qu'ils ont un intérêt dans une maison de commerce : tant que les affaires prospèrent, ils dorment, en effet, à l'ombre de l'*incognito*. Mais si des malheurs frappent la société, comme ils sont tenus solidairement, les tiers intéressés savent bien les réveiller de leur sommeil, et quoique les preuves écrites manquent le plus souvent, on arrive presque toujours à les déceler. C'est ainsi que marchent en Angleterre, dans ce pays de l'industrie et du commerce, les associations les plus compliquées, et l'on ne s'est jamais plaint d'une législation si constante et si dégagée de formalités. Eh bien ! que les tiers usent en France des mêmes moyens ; qu'ils suppléent aux preuves qu'ils n'ont pas, par la preuve testimoniale, par les correspondances, par les livres de souscriptions, par les comptes de participation et d'intérêts, par les interrogatoires sur faits et articles, etc., etc. Toutes ces voies leur sont ouvertes ; l'acte social ne leur défend pas d'y recourir (2).

164. Cependant soyons francs : convenons que la route des tiers n'est pas aussi commode que si les transmissions d'actions laissaient des traces sur les registres de la société. Mais à qui la faute, et qui a-t-on trompé ? Les tiers ont su qu'il s'agissait ici non d'une impossibilité, mais d'une difficulté. Or, s'ils acceptent cette difficulté, s'ils s'y soumettent en connaissance de cause, ont-ils le droit de se plaindre de ne pas se

(1) M. Merlin, Répert., V. Société.

(2) *Infra*, n° 437.

trouver un peu plus à leur aise ? Eux qui ont contracté sans répugnance, se confiant en eux-mêmes pour percer le voile de l'anonyme, se croyant assez forts de leur vigilance et des moyens que le droit commun met à leur disposition, peuvent-ils parler de surprise et d'abus ? Quelles sont les garanties dont on les prive ? La responsabilité des gérans est-elle diminuée ? Le capital social reçoit-il une brèche ? Non ! Tout reste à sa place et dans son intégrité ; seulement, il n'est pas aussi facile de découvrir si tel individu qui a fait des actes d'administration était en même temps commanditaire. Mais, après tout, où est le grand dommage, puisque sa qualité d'associé n'a pas influé sur la confiance publique et qu'il n'a rien promis comme associé ?

165. Maintenant il faut aborder l'article 38 du Code de commerce et en serrer les termes de plus près.

« Le capital des sociétés en commandite pourra être
» aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation
» aux règles établies pour ce genre de sociétés. »

Cet article fait suite aux dispositions qui ont organisé la société anonyme ; il se lie aux articles 34 et 35 qui ont divisé le capital social de la société anonyme en actions nominatives ou au porteur. Par lui-même, cet enchaînement est très-remarquable ; mais le mot *aussi* de l'article 38 vient y ajouter un plus haut degré de force ; il démontre que le législateur a entendu établir une parfaite conformité entre la société anonyme et la société en commandite, sous le point de vue de la division du capital social ; il démontre qu'il n'y a pas plus de différence à établir dans la société en commandite que dans la société anonyme entre les actions nominatives et les actions au porteur.

Ainsi, loin que le texte se prête à la distinction de la consultation, il la repousse de la manière la plus énergique.

166. A la vérité, la création des actions au porteur peut affaiblir, sans la détruire, la prohibition de l'imixtion; et, sous ce rapport, il y a peut-être une tolérance du législateur plus grande que ne permettait de l'espérer l'article 28 du Code de commerce, si sévère contre l'associé commanditaire qui franchit les bornes de la commandite. Mais si c'est là une dérogation à l'article 28, il faut l'accepter, car l'article 38 l'autorise expressément. Je dis expressément, et je ne retranche rien de cette affirmation. En effet, quand la partie finale de l'article 38 nous dit qu'il n'autorise aucune *autre* dérogation aux règles des sociétés en commandite, il déclare bien hautement par-là qu'il en a admis au moins une. Or, quelle est-elle, cette dérogation sanctionnée par la loi? Est-ce la division du capital social en actions nominatives? Non; cette division n'entraîne pas la moindre diminution, la moindre altération des règles de la commandite. L'article 38 parle donc de quelque chose de plus que des actions nominatives; il comprend donc les actions au porteur, qu'il faut aller chercher pour trouver une dérogation (dérogation bien légère cependant) aux règles de la commandite. Ainsi voilà l'économie de l'article 38 rendue palpable. Jamais on ne pourra ramener la commandite aux règles de la société anonyme, soit par la suppression des gérans responsables, soit par la confusion expresse de la commandite et de l'administration, soit en dégagant nommément de la responsabilité solidaire l'associé à qui l'on prouve qu'il s'est immiscé. Mais le législateur permet les actions au porteur, malgré quelques inconvéniens indirects qui peuvent en résulter, parce que ces inconvéniens n'ont rien de grave, qu'ils n'aboutissent pas à un piège tendu à la foi publique, qu'ils laissent subsister l'entière garantie du capital promis et des gérans responsables, et que d'un autre côté les actions au porteur compensent ces incon-

véniens, qu'on leur reproche, par le grand avantage d'être d'une facile et prompt transmission, et d'augmenter la rapidité de la circulation des valeurs.

167. Qu'on ne vienne pas dire, du reste, que la création d'actions au porteur tend à cacher une société anonyme sous les apparences d'une société en commandite, et à dispenser de l'autorisation du gouvernement (1); qu'on cesse de s'autoriser des prédictions de Cambacérés, qui disait: « On formera une société prétendue en commandite; une *seule* personne paraîtra; cependant on » divisera l'intérêt entre les personnes qui se présentent, et auxquelles on donnera facilement le nom de » commanditaires. Ainsi la société sera vraiment anonyme, et cependant elle pourra exister sans l'autorisation du gouvernement. » Ce n'est pas la première fois que Cambacérés a porté des vues confuses dans la discussion de nos lois civiles et commerciales; et certes il n'est pas possible de laisser percer des craintes plus vaines que ne le fait ici l'archichancelier. Quoi! il y a un gérant responsable sur tout son patrimoine indéfiniment; il y a une personne (qu'importe qu'elle soit seule!) qui engage tout son crédit d'une manière sérieuse, et dont les tiers suivent la foi; et l'on parle de trouver là-dessous une société anonyme, parce que le capital est divisé en actions! Mais où donc en sommes-nous en fait de principes? Faut-il donc les rappeler?

168. Une société anonyme diffère d'une société en commandite en ce que, dans la première, *tout* le personnel est caché aux yeux du public, tandis que dans la seconde une portion seulement de ce personnel est destinée à échapper aux regards. Dans la société anonyme, on ne connaît que l'objet de l'entreprise, mais

(1) M. Vincens, des *Sociétés par actions*, p. 21.

jamais ceux sur la tête desquels elle repose. Au contraire, dans la commandite, on doit connaître à la fois l'objet de l'entreprise et le gérant ou les gérans responsables, aux soins desquels elle est confiée; une responsabilité personnelle est là pour s'offrir aux regards du public, captiver sa confiance et traiter avec lui; on ne laisse dans l'ombre que les actionnaires inactifs.

Il suit de là que la société en commandite offre des garanties personnelles que ne présente jamais la société anonyme (1). Voilà le point capital de différence; voilà pourquoi il a fallu faire intervenir l'autorité publique pour suppléer, par sa surveillance, à l'impossibilité où se trouvent les tiers de savoir à qui ils ont affaire dans une société anonyme. Dans cette société, la garantie des tiers ne repose sur la solvabilité d'aucun associé; la sécurité publique n'a d'appui que dans un ensemble de forces difficile à constater dans ses élémens, et par conséquent de nature à appeler les vérifications préalables de l'autorité. Mais, dans la commandite, le gouvernement ne pourrait intervenir sans gêner inutilement des opérations qui doivent marcher avec liberté. Les tiers ont devant eux des associés tenus indéfiniment des dettes sociales; ils suivent leur foi; ils se déterminent par confiance dans leur crédit, dans leur habileté, leur solvabilité. La loi n'exige donc pas que les sociétés en commandite soient approuvées par ordonnance. Peu importe qu'il y ait des associés anonymes; le législateur l'approuve sans s'en effrayer, parce qu'à côté des actionnaires cachés il y en a qui se montrent au grand jour et prennent sur eux la responsabilité de l'affaire. Ce que ne veut pas le législateur, c'est qu'il y ait anonyme pour tout le monde; car le mystère universel a quelque chose qui le laisse dans la per-

(1) *Infrà*, nos 444 et suiv.

plexité. Mais si l'anonyme n'est que partiel, et si le législateur aperçoit devant ceux qui se cachent une personne ou des gérans responsables, le voilà rassuré, il livre les tiers à leur propre prudence.

169. Ces différences dans le personnel administratif et responsable sont considérables. Mais quant aux actionnaires anonymes, elles ne servent qu'à faire ressortir la parité qui existe entre la société en commandite et la société anonyme. Le secret étant une fois admis à l'égard de certaines personnes, les effets doivent en être les mêmes dans l'une et l'autre société; et puisque les actions au porteur entrent dans le système financier des compagnies anonymes, elles ont aussi le droit d'entrer dans les compagnies en commandite. Peu importe que l'autorité intervienne là, et non pas ici; l'ordonnance d'autorisation n'a eu en vue que le besoin de trouver dans les capitaux une garantie qui manque dans les personnes. Or, la responsabilité personnelle des gérans remplace dans la commandite les garanties de l'ordonnance; c'est à eux que les tiers s'adressent; ils pèsent leur moralité et leurs forces pécuniaires personnelles, jointes aux ressources de la société, donc il est de la dernière évidence que l'exemple de la société anonyme, loin d'être une objection contre les actions au porteur dans la commandite, conduit nécessairement à les admettre.

170. Je n'ignore pas, du reste, que beaucoup de préjugés existent encore contre cette combinaison. Un projet de code, présenté le 10 octobre 1825 par le roi des Pays Bas aux états généraux, proposait de supprimer les actions au porteur dans la commandite; et cette pensée s'est présentée à beaucoup de bons esprits, lorsque, il y a quelques années, le gouvernement, inquiet d'un agiotage effréné, appela l'attention des jurisconsultes et des économistes sur les sociétés commerciales. Je dé-

clare que je ne partage pas ces opinions; je repousse tout changement dans la législation, parce que celle que nous possédons est libérale, généreuse et suffisamment prudente; je repousse surtout des restrictions qui portent atteinte à la liberté des conventions, sans profit pour l'ordre public. Les déceptions odieuses, qui ont révolté la conscience des hommes honnêtes, ne viennent pas de ce que quelques actionnaires auront trouvé moyen de se glisser mystérieusement dans certains actes insignifiants d'administration. Cette participation très-secondaire aux actes sociaux n'est pas la cause du mal : et cependant, en droit, c'est le seul argument un peu sérieux qu'on puisse susciter contre les actions au porteur; il n'y en a pas d'autre qu'on puisse colorer d'un vernis de légalité. Mais la source réelle de toutes ces escroqueries est dans les prospectus mensongers, dans les évaluations exagérées du fonds social, dans ces millions acceptés de confiance par de crédules capitalistes, qui viennent se prendre au piège comme des enfans; dans ces statuts arrangés de manière à paralyser l'influence des actionnaires payans au profit de quelque spéculateur despote, intrigant et audacieux; dans l'imprudence des tiers qui traitent en étourdis, et viennent ensuite s'en prendre à la loi de leur propre impéritie. Eh! que font à ce jeu de dupes les actions au porteur? Est-ce que le charlatanisme sera moins hardi avec des actions nominatives? Est-ce que les tromperies n'ont pas eu lieu avec la même audace au préjudice d'actionnaires en nom, et par des titulaires connus et dénommés? Est-ce parce que les actions ne seront pas au porteur que l'on n'évaluera pas à plusieurs millions telle mine, tel immeuble qui vaut à peine 100,000 fr.? Est-ce parce qu'on remettra au commanditaire des actions nominatives qu'il deviendra plus avisé, plus prudent, et qu'une majorité factice ne l'emportera pas dans les as-

semblées générales sur des intérêts sérieusement représentés?

171. Que le public se persuade que c'est à lui à bien faire ses affaires, et qu'il est plus puissant que la loi pour prévenir les fraudes des joueurs; qu'il soit désormais aussi réservé qu'il a été naguère accessible à la séduction; qu'il n'accepte que des gérans solides, expérimentés; qu'il étudie les bases d'une opération pour la juger bonne; qu'il obéisse au calcul plutôt qu'à la prévention; qu'il n'admette enfin dans les statuts d'une commandite que les seules données que l'administration a coutume d'approuver dans les sociétés anonymes: et alors, soit que les actions soient nominatives, soit qu'elles soient au porteur, la bonne foi gouvernera le contrat, et la société sera une chose loyale et fructueuse, et non un rendez-vous de fripons et de dupes.

172. Au surplus, comme je le disais au n° 149, à cette fièvre de spéculation, qui avait fait bouillonner tant d'abus, a succédé un temps de calme plus favorable aux calculs de la prudence. On a cessé de croire; l'on veut voir et toucher; c'est la vraie manière de procéder en matière commerciale. Avec cette méthode, les actions au porteur ne seront pas plus mauvaises que les actions nominatives: les bonnes affaires trouveront seules des chalands, et la circulation des valeurs privées se sera enrichie d'un moyen facile de communication.

173. Maintenant il faut nous arrêter un instant aux obligations du cédant et aux droits du cessionnaire de l'action.

1° Le cédant, qui a satisfait à l'obligation de verser sa mise, ne saurait être recherché pour les engagements antérieurs à son aliénation (1). La raison en est simple:

(1) *Suprà*, n° 156.



il n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise ; au delà du capital versé, toute responsabilité disparaît. Il devient donc entièrement étranger à la société.

174. 2° Mais faisons un pas de plus : l'associé primitif a versé sa mise, partie en argent, partie en billets payables plus tard. On sait que cela se pratique assez ordinairement, lorsque la société délivre des promesses d'actions (1) ; la prudence fait un devoir d'exiger des souscripteurs la garantie que le capital nécessaire à l'entreprise sera versé, alors que le moment de le réaliser sera venu. Il ne faudrait pas se fier à des statuts qui négligeraient cette précaution, ou ne la remplaceraient pas par des garanties équivalentes.

Eh bien ! l'associé vend sa promesse d'action. Quel est l'effet de cette cession, sur les billets qu'il a souscrits ? son engagement passe-t-il de droit à son cessionnaire ? ou bien subsiste-t-il malgré la cession ?

Je réponds que cette cession n'est de nature à apporter aucun changement dans la situation du souscripteur des billets. Quand même l'action serait nominative, quand même le transfert aurait été inscrit sur le registre de la société et accepté par elle, les valeurs souscrites par l'associé primitif continueraient à servir de garantie à un engagement, qui a été requis par la société, pour que des individus insolubles ne viennent pas rendre illusoires les ressources sur lesquelles elle compte (2).

175. On a soutenu que si le gérant de la société consentait à recevoir pour seul débiteur le nouvel associé qui donnerait d'autres billets en remplacement des billets du précédent associé, celui-ci serait entièrement

(1) *Suprà*, n° 131.

(2) M. Persil, p. 130.

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 321. M. Vincens n'est pas très-clair, t. 1, p. 329.

déchargé ; que cette novation, pourvu qu'elle fût exempte de collusion et de mauvaise foi, ne pourrait être attaquée par les tiers ; qu'elle serait seulement un cas de responsabilité de la part du gérant qui aurait mal administré les intérêts de la société (1).

Je ne crois pas cette opinion fondée ; et c'est tout ce que je pourrais faire que de l'admettre, si les statuts de la société anonyme ou en commandite donnaient imprudemment aux gérans le pouvoir exorbitant d'enlever aux tiers la garantie qu'ils trouvent dans les souscriptions. Les tiers trouvent dans la signature sociale, sous la foi de laquelle ils ont stipulé, un principe d'action pour forcer les souscripteurs à tenir leurs engagements (2). Les gérans ne peuvent porter préjudice à cette action. Il n'est pas en leur pouvoir, gardiens qu'ils sont des garanties sociales, de les diminuer par des novations, que les tiers peuvent considérer comme non avenues. Autrement l'actif social se dissiperait en promesses trompeuses ; une cohorte d'insolvables prendrait la place de souscripteurs sérieux. Le gérant aurait dans sa main le pouvoir suprême de retenir dans les liens de la société ou d'en affranchir ceux qu'il voudrait, à son bon plaisir, contrarier ou favoriser ; et les tiers, condamnés au rôle de spectateurs inertes, verraient leur gage s'évaporer. On comprend qu'il n'est pas possible d'admettre un système si favorable à la mauvaise foi.

176. Voici maintenant une autre nuance de la question.

S'il arrive souvent que la société, dirigée dans un esprit de prudence dont ses statuts ne devraient jamais

(1) M. Pardessus, n° 1043.

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 324. *Contrà*, M. E. Persil, p. 130, n° 3.

(2) *Infrà*, n° 921 et suiv., ma dissertation sur l'action des tiers.

s'affranchir, exige des valeurs pour garantir que le montant de la promesse d'action sera entièrement versé, il arrive aussi quelquefois qu'elle n'exige rien au delà de la somme versée provisoirement; pour le surplus elle suit la foi du souscripteur. Or, si ce dernier vend sa promesse d'action, est-il entièrement déchargé, et son obligation de verser les autres termes passe-t-elle exclusivement sur la tête de son cessionnaire? Une distinction est nécessaire. Ou les actions sont au porteur, ou elles sont nominatives.

177. Dans le premier cas, on peut dire que le souscripteur ne peut être recherché; que la création de titres au porteur est un indice de la pensée qui a présidé à la création de la société; qu'on n'a pas tenu compte du crédit de telle ou telle personne en particulier; qu'on a voulu que les associés pussent se succéder les uns aux autres par autant de novations qu'il y a de cessions de titre. Mais je réponds qu'il ne faut pas confondre le souscripteur qui a promis de prendre tant d'actions et de les payer, avec le simple porteur d'une promesse d'action négociable de la main à la main. Le premier est lié par un engagement particulier. Il a promis aux gérans et aux tiers de parfournir sa mise intégrale. Il doit accomplir cette obligation. L'article 26 du Code de commerce lui en fait un devoir sacré. Que les porteurs intermédiaires par les mains desquels l'action est passée sans laisser de traces, soient à l'abri des recherches, je l'admets; mais le souscripteur a des devoirs plus étroits. La négociation de son action ne l'a pas dégagé. Il est tenu concurremment avec le porteur (1).

178. Cette solution n'est pas moins certaine quand les titres sont nominatifs. On a cependant soutenu le

(1) *Contrà*, MM. Malpeyre et Jourdain, n° 320. *Suprà*, n° 159.

contraire (1), sous prétexte que la faculté de négocier les actions a été accordée, pour que chaque actionnaire pût à son gré sortir de la société; que sortir d'une société, c'est se faire étranger aux obligations qu'elle impose, comme aux droits qu'elle accorde; que l'associé qui a vendu son action, moyennant un transfert inscrit sur les registres de la société, cesse de faire partie de l'association, et que son remplacement par son cessionnaire est censé avoir été agréé par la société elle-même, qui n'a plus dès lors d'action que contre le cessionnaire.

Ces raisons me semblent légères. La vente de la promesse d'action ne saurait opérer de novation, et l'on ne conçoit pas qu'on puisse admettre, sans des causes moins fugitives, l'anéantissement des engagements les plus sérieux. La société conserve donc son recours contre le souscripteur; loin de voir ses droits modifiés, elle a pour lui répondre et le souscripteur et le titulaire connu.

Sans ces garanties, qui, du reste, sont celles du droit commun, on tomberait dans les plus graves désordres. Des associés insolubles prendraient la place des associés primitifs, dont la confiance ébranlée irait chercher dans la fuite le moyen frauduleux d'échapper à leur responsabilité; les tiers, qui auraient contracté avec la garantie d'un capital social suffisant, verraient leur gage leur échapper. Les sociétés seraient un piège trompeur et un appât pour la mauvaise foi. Les associés en suivraient la fortune quand elles offriraient des bénéfices à partager; ils les abandonneraient à leur malheureux sort quand les chances se seraient annoncées périlleuses. Les tiers de bonne foi paieraient les frais de cette spéculation dolosive.

(1) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 323.

179. Au surplus, presque toujours, l'acte de société prévient les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet. Car il est de la prudence des rédacteurs de ces contrats de régler les positions avec précision.

Une clause surtout est assez fréquente. Elle consiste à déclarer que les souscripteurs, qui ne paieront pas les fractions de leurs actions aux époques indiquées pour les appels de fonds, seront déchus de leurs droits, et que les paiemens déjà faits seront acquis à la société. Supposons une société dont le capital social est de dix millions. L'acte de société divise ce capital en quatre quarts, dont un premier quart payable au moment de la souscription des actions, et les autres à des époques diverses. La société se met en train avec un capital effectif de deux millions cinq cent mille francs. Plus tard les autres versements compléteront les dix millions. Mais, pour intéresser les actionnaires aux paiemens ultérieurs, on réserve que ceux qui ne satisferont pas aux autres appels de fonds, seront déchus et perdront leur premier quart. La portée de cette stipulation est de permettre aux souscripteurs de sortir de la société en sacrifiant ce qu'ils ont versé; d'où il suit que si d'une part le capital de dix millions n'est pas rempli, de l'autre cependant le nombre des parties prenantes diminue, et les dividendes deviennent meilleurs. Du reste, les tiers, qui ont contracté avec la société, ne peuvent jamais forcer les souscripteurs à payer l'intégralité de leurs actions; car ceux-ci les évinceront en déclarant qu'ils renoncent aux parts versées. Dès lors, les tiers n'ont pas dû avoir la certitude que le montant intégral de toutes les actions serait acquitté; ils ont dû s'attendre à des défections; s'ils ont été prudents, ils n'ont dû chercher leur garantie que dans les ressources existantes et les capitaux réalisés.

On a prétendu que cette stipulation est nulle, comme

contraire à l'art. 26 du Code de commerce, qui veut que chaque associé soit tenu jusqu'à concurrence du montant de sa mise (1). Mais une telle prétention n'est pas soutenable. Si on avait interrogé l'histoire, on aurait vu que cette clause; fort ancienne dans la pratique commerciale, se rencontre dans les sociétés les plus honorables; par exemple dans la société générale des assurances organisée par un édit de Louis XIV, de mai 1686 (2) et précédemment, dans les statuts de la compagnie des Indes, réglés par une déclaration de 1664 (3). D'ailleurs, comment peut-on dire que l'associé est tenu du montant intégral de son action, puisque l'acte social lui permet de se retirer après le paiement du premier versement partiel? Est-ce que la société n'aurait pas pu déclarer que le capital consiste dans les fonds du premier quart seulement, avec réserve de faire un appel de fonds en cas d'insuffisance et sous la clause pénale que ceux qui n'y répondraient pas perdraient leur première mise? Est-ce que cette combinaison n'est pas permise? Quelle différence y a-t-il entre elle et les effets de celle qu'on taxe d'illégalité? Ne nous montrons pas trop sévères contre la liberté des conventions. Des langes trop étroits ne couvrent que l'impuissance.

180. Nous avons parlé des obligations du cédant. Quant au cessionnaire, il est inutile de dire qu'il est investi de tous les droits comme de toutes les obligations de son vendeur. A moins de clauses contraires, il a toujours droit aux intérêts et bénéfices courus depuis la dernière répartition.

(1) Consult. de MM. Persil et Dupin aîné, dans l'affaire des messageries Armand, Lecomte et compagnie. Cette consultation est tout au long dans le livre de M. E. Persil, p. 155.

(2) *Infrà*, n° 397.

(3) *Infrà*, n° 446.