

ciété qui avait négligé l'enregistrement et l'inscription, était en droit d'exiger, quand il le voulait, son paiement, quoique le terme ne fût pas arrivé (1). Bien plus, les associés eux-mêmes auraient pu prétexter du défaut d'enregistrement pour contester les droits des tiers avec lesquels ils avaient traité (2).

Tels étaient les effets de l'ordonnance. Il est impossible de contester sérieusement qu'ils ne découlassent de son texte.

222. Mais à peine l'ordonnance de 1673 avait-elle été promulguée, que déjà les esprits les plus rigides reculaient devant les difficultés de son application. Savary, l'un de ses auteurs, se demandait avec inquiétude en présence de cette nullité : Que deviendront les profits ? à qui appartiendront-ils ? qui paiera les dettes ? les associés retireront-ils leurs mises ? laisseront-ils le reste au premier occupant ? la société ne doit-elle avoir aucun effet pour personne ni activement ni passivement ? peut-on prêter à l'ordonnance cette pensée *injuste et déraisonnable* (3) ? a-t-elle voulu annuler le contrat de société lui-même, ou bien la nullité ne porte-t-elle que sur les actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayans-cause (4) ?

223. C'est probablement à cause de ces difficultés et des surprises, qui pouvaient en résulter, que ces dispositions de l'ordonnance de 1729 tombèrent en désuétude. Malgré les recommandations de Savary, la pratique négligea des moyens de publicité si avantageux pour le crédit ; et huit ans après la promulgation de l'ordonnance, le parlement de Paris jugeait, par arrêt du 21

(1) Toubeau, p. 92, 93.

(2) *Infrà*, n° 224.

(3) Savary, *Parère*, 40, p. 528, 529.

(4) *Ibid.*, p. 527.

juillet 1680, que, nonobstant le défaut d'enregistrement, il fallait exécuter les sociétés d'ailleurs constantes (1). L'usage du commerce et des tribunaux était devenu général en ce sens (2).

224. Le commerce en souffrait cependant. Dans un mémoire des syndics de la chambre du commerce de Normandie, concernant les modifications à faire à l'ordonnance de 1673, on lit ce qui suit (3) :

« Cet article de l'ordonnance (l'article 2) est le moins observé, QUOIQUE LE PLUS NÉCESSAIRE AU PUBLIC *exposé journellement à être la dupe de prétendus associés*. On a retranché dudit article *la nullité des actes passés avec les créanciers et leurs ayans-cause*, n'étant pas juste qu'un défaut d'enregistrement, *arrivé par la seule faute des associés*, puisse retomber sur les personnes qui auraient confié leur bien de bonne foi auxdits associés. On avance même qu'il y en a eu d'assez téméraires *pour oser se prévaloir desdits termes*, et, vu le défaut d'enregistrement de leur société, *contester* le paiement des dettes de leur société. La clause que l'on substitue obligera tous associés, même malgré eux, à subir une loi aussi essentielle pour la sûreté publique. »

Voici, en effet, comment le mémoire proposait d'amender l'ordonnance :

« L'extrait des sociétés entre marchands et négocians, tant en gros qu'en détail, sera enregistré au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en a ; sinon en celui de l'hôtel commun de la ville, et, s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux ou de ceux des seigneurs,

(1) Brillou, *Société*, n° 2.

(2) Rogues, t. 2, p. 241.

M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, a accumulé les autorités, § 1.

(3) Manuscrit de la Bibliothèque royale. Lancelot, n° 105.

» et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public, le tout à peine de nullité de tous actes et contrats passés au profit desdits associés, et de 2000 livres d'amende. Défendons à tous juges de prononcer aucune condamnation au profit desdits associés, à moins qu'ils n'aient connaissance dudit enregistrement. »

225. Ces idées restèrent en projet; et les sociétés commerciales marchèrent dégagées de formes solennelles, et abandonnées, tant entre les associés qu'à l'égard des tiers, aux preuves ordinaires (1).

226. Le Code de commerce a mis fin aux alternatives que je viens de retracer; il a vaincu ces caprices du négoce qui demandait des règles, et s'en affranchissait. Les formes de la société commerciale sont réglementées avec une force obligatoire, à laquelle la Cour de cassation soumet avec fermeté les infracteurs.

Et d'abord, l'article 39 veut que les sociétés en nom collectif et en commandite soient constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil.

La portée de cet article est celle-ci : l'écriture est de l'essence de la société commerciale en nom collectif et en commandite : vainement les parties voudraient-elles prouver leur association par des aveux, des commencements de preuves par écrit soutenus de la preuve testimoniale. Ces moyens de preuve, admis pour les sociétés civiles, ne sont pas recevables pour les sociétés de commerce. Rien ne peut suppléer à l'acte social (2). Ainsi le veut la combinaison de l'article 39 avec l'article 42, dont je parlerai tout à l'heure. Car l'article 42, en exigeant, à

(1) Voyez les arrêts cités par M. Merlin, *Quest. de droit*, v^o Société, § 1, n^{os} 1, 2, 3.

(2) *Repert.*, v^o Société, p. 699, de M. Merlin. *Contrà* MM. Malpeyre et Jourdain, n^o 176.

peine de nullité, la remise au greffe d'un extrait de l'acte de société, suppose nécessairement que cet acte doit être rédigé par écrit. Bientôt nous verrons les effets de cette nullité (1). Quant à présent, nous ferons remarquer que la loi nouvelle a voulu prévenir un inconvénient signalé par Toubeau, c'est-à-dire, de voir à tout moment des associés plaider les uns contre les autres dans les juridictions consulaires, dénier de véritables sociétés, en alléguer témérairement de tout-à-fait fausses (2). La loi a voulu qu'il n'y eût plus à plaider là-dessus, et que l'écriture fût le grand moyen préventif de tous ces litiges.

Au surplus, pour mieux se convaincre de la vérité de cette opinion, il suffit de lire la discussion qui eut lieu au conseil d'État (3) et l'opinion de M. Berlier. Dans la volonté du conseil, l'article 41 a été regardé comme essentiellement lié à l'article 42, et comme contenant la stricte obligation d'écrire les contrats de société en nom collectif et en commandite.

Cette règle est si générale, qu'elle s'appliquerait aux sociétés en nom collectif ou en commandite dont l'objet serait d'une valeur inférieure à 150 francs, si la pratique pouvait en offrir des exemples.

227. Mais prenons garde à deux choses :

La première, c'est que si des actes positifs, comme lettres, correspondance, aveux, prouvent l'existence d'une société de fait intervenue entre les parties, le passé devra être respecté; il faudra donner effet aux rapports qui auront existé; la bonne foi le veut ainsi. D'ailleurs, si la société ne vaut pas comme société pour

(1) *Infra*, n^{os} 238 et suiv.

(2) *Pag.* 87.

(3) *Locré*, t. 17, p. 200, 201.

l'avenir, elle vaut pour le temps écoulé comme communauté. C'est ce qu'a très-bien jugé la Cour de Paris par un arrêt du 27 janvier 1825 (1), dont le véritable sens n'a pas toujours été bien compris (2), mais qui se classe à merveille dans la jurisprudence dont nous parlerons au numéro 249.

228. La seconde, c'est que notre règle n'a été faite que pour les sociétés en nom collectif et en commandite, et qu'il ne faut pas l'étendre aux sociétés en participation; car (comme nous le verrons plus tard) ces associations ne sont pas assujéties aux règles des autres sociétés. C'est pourquoi les tribunaux seraient fondés à admettre toutes les preuves ordinaires pour remplacer l'acte constitutif d'une participation (3).

229. De plus, l'empire de notre règle n'est si absolu qu'entre associés: ne concerne pas les tiers.

« La société une fois prouvée, disait M. Treilhard, » ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom, au profit des tiers, n'en doivent pas moins avoir leur effet (4). » Il est bien reconnu que les associés ne peuvent opposer aux tiers le défaut d'un acte constitutif de la société (5). Il ne serait pas juste d'imputer aux tiers ce qui n'a eu lieu que par le fait des associés (6).

230. La preuve testimoniale est même ouverte aux

(1) D. 25, 2, 151.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain le croient à tort favorable à leur thèse.

(3) Treilhard (Locré, t. 17, 193).

(4) Disc. du Code de commerce (Locré, t. 17, p. 200).

(5) M. Merlin, *Quest. de droit*, § 1, p. 543.

(6) V. les observations de la chambre du commerce de Rouen, n° 224, *suprà*.

tiers (1); le plus souvent elle est leur principal moyen de ramener les négocians, avec lesquels ils ont contracté, au contrat de société, qu'ils veulent frauduleusement supprimer.

231. Il ne suffit pas que les sociétés en nom collectif et en commandite soient rédigées par écrit; une autre formalité, non moins importante, est ordonnée par l'article 42 du Code de commerce. L'extrait des actes de ces sociétés doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

Si la société a plusieurs maisons de commerce, situées dans divers arrondissemens, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

On verra plus tard que la peine de nullité est attachée à l'omission de cette formalité (2).

232. Indépendamment de cet extrait, ainsi transcrit et affiché, un décret du 22 février 1814 a voulu que, dans le délai de l'article 42 du Code de commerce, et sous la même peine, on insérât cet extrait dans les affiches judiciaires et dans le journal du commerce du département où la société est située. De plus! il rend cette insertion également nécessaire et pour les actes constitutifs des sociétés, et pour les changemens apportés dans leurs statuts.

(1) *Suprà*, n°s 212, 213.

Cassat., 23 novembre 1812.

M. Merlin, *Répert.*, v° *Société*, p. 700.

Quest. de droit, § 1, p. 543, 544.

M. Pardessus, t. 4, n° 1007.

(2) N° 239.

Cependant, des controverses s'élevèrent sur la constitutionnalité de ce décret. Il émanait de l'impératrice Marie-Louise, et il était douteux que la régence, dont elle avait été investie, lui eût attribué la plénitude de l'autorité impériale. Un arrêt de la Cour de cassation, du 13 mars 1832, le déclara illégal et non obligatoire (1).

Mais comme l'addition qu'il faisait au Code de commerce était fondée sur des motifs sérieux, une loi du 31 mars 1833, reprenant son idée, la formula d'une manière définitive. Cette loi exige, de plus, que le numéro du journal contenant l'extrait soit enregistré dans les trois mois de sa date, le tout à peine de nullité.

233. Mais que doit contenir l'extrait remis au greffe?

L'article 43 va nous le faire savoir.

Où la société est en nom collectif, ou elle est en commandite.

Si elle est en nom collectif, l'extrait doit contenir :

1° Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés. La société en nom collectif s'alimente par le crédit personnel de ses membres, qui tous sont solidaires à l'égard des tiers : ceux-ci ont donc le plus grand intérêt à les connaître, afin de mesurer le degré de confiance dont ils sont dignes.

2° La raison de commerce de la société. C'est la raison qui est le nom de la société ; c'est par elle que la société se manifeste en public et traite avec les tiers.

3° La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société : ceci est surtout capital pour les tiers. Combien n'est-il pas important qu'ils connaissent ceux des associés qui sont constitués administrateurs de la société et ses représentans dans ses rapports extérieurs ? Combien surtout

(1) D. 32, 1, 413.

n'est-il pas nécessaire qu'on sache à qui la signature sociale a été déléguée, avec le pouvoir énorme d'engager par elle la société (1) !

4° L'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir (2).

L'extrait doit être signé par les notaires, si l'acte est rédigé en forme notariée, et par tous les associés en nom collectif, s'il est sous seing privé. (Art. 44.)

234. Quand la société est en commandite, l'extrait ne doit pas contenir les noms des actionnaires ou commanditaires ; il suffit de désigner le montant des valeurs fournies ou à fournir par eux. La raison en est simple : les commanditaires ne sont pas indéfiniment responsables ; ils n'exposent que des capitaux et ne sont tenus que jusqu'à concurrence du montant de ces capitaux. Il était donc inutile d'offrir leurs noms aux regards des tiers ; souvent même cette obligation aurait éloigné les capitaux civils des associations en commandite : car beaucoup de pères de famille, magistrats, fonctionnaires, propriétaires, ne consentent à y entrer qu'à la condition de n'être pas connus.

235. Remarquons, du reste, que, pour être exact, l'extrait ne doit pas compter, comme faisant partie de la commandite, les valeurs apportées par le gérant. Ces valeurs n'ajoutent rien aux forces que ce dernier offre au public comme garantie, puisqu'elles sont un élé-

(1) *Infra*, comm. de l'art. 1856, et le passage de Coquille sur la publication au prône du nom des maîtres des sociétés villageoises du Nivernais, et les lois romaines invoquées par argument.

(2) Balde, *cons.* 120, et tous les docteurs sur la loi *Socius D. Si certum petatur*, recommandent que l'acte de société fasse mention du temps que doit durer la société. *Junge* Toubeau, p. 87. *Infra*, nos 520, 521, 522.

ment de son patrimoine et qu'elles sont de plein droit le gage des tiers envers lesquels il est indéfiniment tenu. L'extrait n'est donc sincère que lorsqu'il signale, comme fonds commandité, les seules valeurs qui viennent s'ajouter au patrimoine du gérant et accroître son crédit (1).

236. Du reste, l'extrait doit faire connaître la raison sociale, les administrateurs et gérans sur lesquels se concentre l'action solidaire des tiers, l'époque de la naissance et de la fin de la société.

237. Pour que l'extrait soit reçu, il doit être signé par les gérans de la commandite. La signature des commanditaires n'est pas requise, par les raisons que je donnais au numéro 234. Soit que le capital soit divisé par actions, soit qu'il ne le soit pas, ce sont les seuls gérans qui doivent certifier l'extrait, véhicule de la publicité.

238. Au demeurant, on remarquera la sagesse avec laquelle le Code de commerce a concilié les besoins du crédit avec le secret nécessaire, dans une certaine mesure, à la commandite. L'ordonnance de 1673 avait voulu que les commandites, faites entre négocians, fussent publiées, et que les noms de leurs membres figurassent sur les extraits; mais les sociétés en commandite contractées par un négociant avec un simple particulier restaient secrètes. Quels que fussent les inconvéniens de ce mystère alors qu'une faillite venait à accabler le gérant, l'ordonnance de 1673 s'était résignée à les subir: elle n'avait pas su trouver de milieu entre la publicité absolue et le secret absolu.

Au dix-huitième siècle, des idées de réforme furent émises; mais elles étaient mal digérées et inefficaces.

(1) Pardessus, t. 4, 10, 1032.
M. Fremery, p. 56.

Par exemple, les syndics de la chambre du commerce de Normandie, dans leurs observations sur l'ordonnance de 1673, proposaient de déclarer, par addition à l'article 8, que les sociétés en commandite ne seraient pas tenues à l'enregistrement, *sauf aux négocians sous le nom desquels seraient lesdites sociétés de les déclarer, en cas de faillite, à leurs créanciers, sous peine de punition* (1).

Pour motiver cette opinion, les syndics disaient:

« La société en commandite n'intéresse pas le public, la personne sous le nom de qui elle est, n'ayant de crédit que celui que son nom seul et sa capacité lui donnent. Il pourrait même être dangereux que le public en fût informé, en ce que, le sachant dépositaire de plus gros fonds que l'opinion publique ne lui attribue de fortune, on pourrait être engagé à lui faire des crédits plus considérables, et le porter ainsi à des entreprises téméraires qui pourraient devenir la cause de la perte de la société.

« Le public est néanmoins intéressé à le savoir, DANS LE SEUL CAS de faillite. Celui sous le nom de qui est la société pourrait porter son associé comme son créancier, et non comme son associé, et contribuable conséquemment aux dettes de la société pour le fonds par lui mis dans la société. On remédie à cet inconvénient en obligeant lesdits négocians, en cas de faillite, de déclarer à leurs créanciers leurs sociétés en commandite, sous peine de punition.

« Quoique l'ordonnance n'ait point distingué lesdites sociétés lorsqu'elle a prescrit l'enregistrement de toutes sociétés entre marchands, on n'en a vu enregistrer aucune en commandite, et on a été également exposé à l'inconvénient qu'on vient de citer. »

A mon avis, la chambre de commerce de Normandie

(1) Manuscrit de la bibliothèque royale. Lancelot, n° 105.

se laissait aller à de puériles terreurs, quand elle considérait comme dangereuse la connaissance des valeurs mises dans la commandite; elle ne tenait pas compte, d'ailleurs, des grands développemens que cette société avait pris, et des services qu'elle était destinée à rendre au commerce; enfin elle ne remédiait à rien par une punition que la fraude aurait pu facilement rendre stérile.

Le Code de commerce, au contraire, a vu les dangers de la clandestinité, et ses mesures pour les prévenir sont prudentes et énergiques. Une idée simple, mais inaperçue avant lui, permet de mettre d'accord la publicité voulue par le crédit, avec le secret exigé par la considération des personnes.

Les valeurs qui forment le gage des tiers seront connues; ce point est indispensable, quoiqu'en aient dit les négocians de Rouen. Mais les personnes ne seront pas exposées à une publicité fâcheuse; les gérans seuls, qui ont assumé une responsabilité personnelle, figureront dans l'extrait offert aux regards du public.

239. Voyons maintenant la sanction de ces diverses formalités. L'art. 42 du Code de commerce veut qu'elles soient observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; et cette peine est adoptée par la loi de 1833 pour les formalités qu'elle prescrit (1). Mais, quant aux tiers, le défaut d'aucune d'elles ne peut leur être opposé par les associés.

Ainsi, les tiers sont à l'abri de toute objection prise du défaut de formalités: on ne peut s'en prévaloir contre eux. L'art. 42 a pleinement réalisé le vœu de la chambre

(1) Un arrêt de la Cour de Bruxelles, du 13 février 1830; décide que l'art. 42 doit être lié aux art. 43 et 44, et que la peine de nullité les domine tous.

D. 33, 2, 167.

du commerce de Normandie (1): c'est seulement contre les associés que la nullité peut être rétorquée.

Mais ici se présentent plusieurs difficultés.

Quelle est l'étendue de cette nullité? quelle est sa nature? est-elle absolue? est-elle relative? n'a-t-elle été établie que dans l'intérêt des tiers contre les associés? ou bien les associés peuvent-ils s'en prévaloir les uns contre les autres? est-elle susceptible d'être couverte? quels sont ses effets sur les actes accomplis?

On pressent que de graves réponses sont au fond de ces questions.

240. Dans l'origine, M. Delvincourt avait pensé que l'article 42 n'avait prononcé la peine de nullité que pour empêcher les associés d'opposer la société aux tiers, en faveur desquels ont été introduites les formes solennelles ci-dessus-détaillées (2); et cette opinion a une couleur d'équité qui séduit au premier coup d'œil.

Néanmoins la rigueur de l'article 42 la condamne: c'est ce qui devient évident si l'on suit la marche des discussions qui l'ont engendré.

Le projet de code ne contenait pas de sanction pénale de la publication: quelques tribunaux réclamèrent. Ici l'on demanda une amende (3); là, la défense aux associés de s'opposer l'un à l'autre le défaut de publication, et d'intenter une action sociale tant qu'il n'y avait pas de publication (4).

(1) *Junge* tribunal de commerce de Reims.

Observations sur le Code de commerce, t. 3, p. 381.

(2) M. Delvincourt, *Instit. du droit comm.*

M. Massé, *Parfait notaire*, t. 2, p. 343.

(3) Toulouse, Observations sur le projet de Code de commerce, t. 1, p. 445.

(4) Paris, t. 1, p. 387.

Rennes, t. 2, p. 299.

Lyon, t. 2, p. 530.

Rouen, t. 3, p. 322.