

Au conseil d'État, M. Merlin appela l'attention sur cette omission de sanction pénale. On parla de prononcer une amende. M. Regnaud la voulait applicable, non-seulement dans le cas de faillite, mais toujours, dans tous les cas et sur les réquisitions d'office du ministère public.

C'est alors que M. Treilhard réveilla la peine de nullité de l'ordonnance de 1673, non pas avec extension de cette peine aux tiers, ainsi que cette ordonnance le voulait dans un sentiment d'exagération qui lui fit manquer le but, mais restreinte dans ses effets aux associés, tous coupables du défaut d'enregistrement. M. Treilhard représenta cette peine comme beaucoup plus efficace que celle de l'amende. Vainement M. Regnaud insista-t-il pour signaler les inconvénients de la nullité de la convention; inconvénients qui avaient fait avorter les prescriptions de l'ordonnance de 1673; vainement montra-t-il que l'on satisfaisait à toutes les exigences raisonnables, en se bornant à forcer à la publicité par une amende; vainement, enfin, M. Cambacérès se joignit-il à M. Regnaud pour prouver que cette doctrine était seule raisonnable, d'autant qu'on ne pourrait pas empêcher qu'il n'y eût eu des affaires de faites en société. La majorité du conseil céda à la parole de M. Treilhard. On rejeta la proposition d'une amende, et l'article 42 fut adopté tel qu'il est aujourd'hui (1). Le sens de cette discussion ne saurait laisser de doute. M. Treilhard a voulu évidemment armer les associés les uns contre les autres pour les forcer à l'enregistrement; il a voulu les prendre par la défiance, par la crainte des surprises réciproques.

(1) V. cette discussion dans M. Merlin, qui y prit part. *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 545.

Au surplus, la jurisprudence est maintenant fixée (1); elle est même bien éloignée, à l'heure qu'il est, du point de départ si réservé de M. Delvincourt, comme nous allons le voir (2).

Il est donc vrai que les associés sont fondés à se prévaloir entre eux de la nullité de la convention: règle sévère, et contre laquelle l'équité et la bonne foi ont souvent protesté. Mais le législateur a été mu par des idées d'un autre ordre. Tout associé qui néglige la publication de l'acte social lui a paru animé d'un esprit de dol contre les tiers. Il a voulu qu'il fût puni par le refus de la protection de la loi à une convention ainsi dissimulée.

241. Mais du moins la nullité est-elle de celles qui ne peuvent être couvertes? La jurisprudence a marché sur cette question d'oscillations en oscillations. Elle se partage en deux camps opposés, l'un qui veut que la nullité soit susceptible d'être couverte, l'autre qui soutient qu'elle doit toujours être prononcée (3). Voyons les principaux monumens sur lesquels elle se balance.

242. Commençons par les arrêts favorables à la première opinion.

1° Une société, formée en 1817 entre Fontenilliat et Manoury, n'avait été transcrite et affichée au greffe du tribunal de commerce qu'en 1819, et elle n'avait pas été publiée dans les affiches judiciaires et le journal du

(1) Cassat. req., 2 juillet 1817. M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 545. Dal., *Société*, p. 109. MM. Malpeyre et Jourdain, n° 185.

(2) N° 247.

(3) L'affirmative est enseignée par MM. Pardessus, Malpeyre et Jourdain, n° 185, et M. Persil fils, p. 214, 215. — Pour la négative, M. Horson, t. 1, q. 19, p. 74. — M. Fremery doit être consulté; p. 50, 51.



département, ainsi qu'il est prescrit par le décret du 12 février 1814, à peine de nullité. Cette société se livra à des opérations de commerce et fonctionna pendant sept ans. A cette époque des difficultés survinrent entre les parties; Fontenilliat demanda la nullité de la société pour violation de l'article 42 du Code de commerce et du décret du 12 février 1814: mais il échoua devant la Cour royale de Rouen et devant la chambre des requêtes de la Cour de cassation (1). Les motifs donnés par la Cour régulatrice sont dignes de remarque. Non-seulement Fontenilliat avait exécuté le contrat pendant sept ans; mais cette exécution, bien plus grave qu'une simple exécution de fait, avait été accompagnée de reconnaissance judiciaire; il avait demandé en justice la continuation de la société: il était donc non recevable à en demander plus tard la nullité.

243. 2° Cette circonstance d'une déclaration judiciaire de reconnaissance, à laquelle la Cour de cassation attachait tant d'importance, ne se rencontrait pas dans l'espèce suivante jugée par la Cour royale de Grenoble; et néanmoins le demandeur en nullité échoua également.

Société entre Lavauden et Milleret. Ces deux individus n'habitaient pas la même ville. Lavauden écrit à Milleret pour lui proposer des modifications à leur pacte social; ce dernier refuse. Mais comme l'acte n'avait été ni enregistré ni publié, il lui donne cette double formalité, et fait savoir de nouveau à Lavauden qu'il ne veut pas discéder de leurs conventions primitives; et toutefois il actionne son co-associé en nullité de l'acte de société pour défaut de transcription et d'affiches en temps utile. Accueillie par le tribunal de première instance comme fondée sur une nullité d'ordre public, cette demande

(1) 12 juillet 1825 (D., 25, 1, 351. S., 26, 1, 403).

fut repoussée sur l'appel par arrêt du 22 juillet 1823 (1). La Cour fut frappée de l'insistance de Milleret à persister dans la société, de sa volonté hautement manifestée de ne pas sortir du pacte social, motif pour lequel il en avait procuré l'enregistrement et la publication. Ces circonstances parurent de nature à élever une fin de non recevoir contre son tardif changement de volonté.

244. 3° A ces deux arrêts vient se joindre une décision de la Cour de Bordeaux, du 16 décembre 1829, d'autant plus digne d'être prise en considération, qu'elle a été rendue sous la présidence de M. Ravez, l'un de nos plus savans jurisconsultes (2).

« La nullité de l'article 42, dit cet arrêt, n'est pas » tellement absolue qu'elle ne puisse être valablement » couverte par la renonciation des parties à s'en prévaloir, » par la reconnaissance et l'exécution de la société, et par sa » dissolution volontaire. »

C'est pourquoi les juges ne peuvent prononcer d'office la nullité de la société.

245. 4° Et comment serait-ce une nullité absolue? ajoute la Cour de Bruxelles (3). Elle n'a pas lieu contre les tiers. Ainsi rien n'empêche les parties d'y renoncer d'un commun accord, de ratifier l'acte et de donner une exécution volontaire aux obligations qu'il contient. Il serait contraire à la bonne foi qu'un des associés, après avoir retiré de la société des avantages importants, pût en provoquer la dissolution anticipée, sous prétexte d'une nullité qu'il a couverte par une ratification volontaire.

246. Quelque graves que soient ces décisions, il en

(1) D., Société, p. 111.  
S., 24, 2, 33.

(2) D. 30, 2, 259.  
S. 30, 2, 229.

Palais, 1830, t. 2, p. 62.

(3) 16 janvier 1830 (D., 33, 2, 167).



est d'autres qui font avec elles l'antagonisme le plus direct.

Une société avait été formée, transcrite et publiée conformément à l'article 42 du Code de commerce et à la loi du 31 mars 1833; mais l'exemplaire du journal, dans lequel l'insertion avait été faite, n'avait pas été enregistré dans les trois mois de sa date, ainsi que cette loi l'exige, à peine de nullité.

Après un certain temps de paisible exécution, un des associés se repentit tout à coup, et demanda la nullité de la société. Vainement ses co-associés se prévalurent de divers actes qui, suivant eux, devaient faire considérer la nullité comme couverte; ils échouèrent devant toutes les juridictions; et, sur le pourvoi, la chambre des requêtes de la Cour de cassation statua ainsi par arrêt du 30 janvier 1839 :

« Attendu que cette formalité de l'enregistrement » étant, dans l'espèce, d'ORDRE PUBLIC, il devient inutile » d'examiner si le défendeur éventuel a ou non exécuté » l'acte de société (1). »

247. Et c'est la physionomie que la Cour royale de Lyon avait donnée, la première, à l'article 42 du Code de commerce, par un arrêt fortement raisonné (2). Cette Cour établit que la nullité a été édictée dans l'intérêt général des tiers et dans une vue d'ordre public; que c'est le cas d'expliquer la maxime *quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*. Peu importe qu'une publication complète ait eu lieu après la quinzaine accordée par l'article 42, et avant qu'aucune réclamation ne

(1) S., 39, 393, 394.

(2) 24 juillet 1827.

S., 27, 2, 483.

D., 28, 2, 12.

M. Horson le donne tout au long, t. 1, p. 75.

fût élevée; peu importe qu'à la suite de cette publication tardive la société ait subsisté pendant deux ans. Rien ne saurait empêcher la nullité d'opérer une séparation entre les parties; elles sont toutes inexcusables d'avoir manqué à la loi. Seulement, on liquidera leur société de fait, conformément à leurs arrangemens écrits.

Les mêmes principes se retrouvent dans un arrêt de Nîmes, du 9 décembre 1829 (1); et la Cour de Bruxelles, contraire à elle-même, les a adoptés le 13 février 1830 (2). Depuis, les arrêts se sont multipliés (3), et la jurisprudence paraît maintenant fixée dans le sens le plus rigoureux. N'avais-je pas raison tout à l'heure de dire que les scrupules de M. Delvincourt n'arrêtent plus personne (4)?

248. Au surplus, on peut censurer la loi pour être si rude et si absolue; mais on ne peut maudire le juge qui l'applique telle qu'elle est faite. — Oui! la jurisprudence a tiré les conséquences nécessaires du principe de nullité déposé dans l'art. 42 du Code de commerce, et fortifié par le décret du 12 février 1814 et par la loi du 31 mars 1833. Elle a bien fait de sortir du système de ratifications et confirmations volontaires, qui faussaient la volonté de la loi et démentaient son esprit.

Au surplus, cette loi est-elle si cruelle qu'on veut bien le dire? L'intérêt des tiers n'exigeait-il pas de fortes garanties contre les dissimulations de sociétés, contre

(1) D., 30, 2, 67.

S., 30, 2, 107.

(2) D. 33, 2, 167.

S., 30, 2, 130.

(3) Toulouse, 22 avril 1837.

S., 37, 2, 442.

Bordeaux, 5 février 1841.

S., 41, 2, 219, et autres rapportés par l'arrétiste à la note de cette page 219.

(4) *Supra*, n° 240.



les modifications dolosives de leurs pactes? Faut-il accorder tant d'intérêt aux associés réfractaires qui, par leurs réticences, annoncent une pensée de fraude (1) et sont indignes de la protection de la loi?

249. Néanmoins, tout illégale qu'elle est, la société non publiée n'en est pas moins un fait accompli, qui a donné lieu à des rapports sociaux, et son passé ne peut disparaître sans laisser de traces. Que M. Locré ait pensé qu'il ne fallait tenir aucun compte de cette société de fait, qu'il ne devait y avoir lieu, même pour le temps écoulé, à aucune communauté de perte et de gains (2); c'est une opinion tellement exagérée qu'il serait superflu de la discuter. Il y a des affaires qui ont été faites en commun; on doit les régler d'après l'intention des parties (3); à moins de vouloir faire des sociétés de fait une espèce d'état sauvage, où il n'y a ni droit ni protection. Comme le disait Savary dans un passage que j'ai cité au n° 222, est-ce qu'il n'y a pas des mises à retirer? Est-ce qu'il faut laisser la surplus au premier occupant?

Hâtons-nous de dire que la jurisprudence a rarement hésité là-dessus. Presque toujours ses décisions ont, pour le passé, soumis les associés à la loi qu'ils avaient donnée, à leurs intérêts privés (4).

Il est cependant un point sur lequel j'ai été témoin d'une controverse digne d'être rapportée. Tout en convenant que la société avait laissé pour le passé des tra-

(1) M. Berlier (Loché, t. 17, p. 200).

(2) Esprit du Code de commerce, art. 42, n° 4.

(3) M. Cretelet, Disc. au conseil d'État, dans M. Merlin, *Quest. de droit*, § 1, p. 544. M. Horson, p. 69. M. Fremery, p. 50.

(4) Lyon, 24 juillet 1827, rapporté *suprà*, n° 247, et autres arrêts y relatés! Mais consultez surtout l'arrêt de la Cour de cassation rapporté par M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 546. Autre de la chambre civile du 29 juin 1841. S., 41, 1, 586.

ces ineffaçables de son passage, on a prétendu que cette société devait être réglée, non pas par les conventions des parties, mais par les dispositions de la loi (1), et c'est ce qu'a jugé la Cour de Bourges, le 4 juillet 1841, par un arrêt qui fut délégué à la chambre des requêtes de la Cour de cassation. Nous sûmes presque tous d'accord que cet arrêt avait erré, et le pourvoi fut admis à l'unanimité moins une voix. Il nous sembla que la Cour royale, en admettant la société sans les conditions avouées par les parties, enlevait au fait de société un de ses élémens constitutifs; qu'elle le tronquait arbitrairement; qu'en le reconnaissant pour partie, elle devait le reconnaître pour le tout.

Autrement, la nullité introduite par la loi, pour éviter les fraudes, serait un moyen de gain frauduleux pour l'un des associés peu soucieux de sa parole. Supposons que les parties n'aient voulu faire qu'une commandite: est-ce qu'il faudra transformer cette société en société ordinaire et grever le commanditaire au delà de sa mise? ne serait-ce pas une énormité? Il faudra donc aussi n'avoir aucun égard à la quotité des mises? Et si vous n'osez pas aller jusque-là, si vous consultez la convention pour ce qui concerne cette quotité, pourquoi pas aussi pour le règlement des dettes, pour les parts dans les pertes et bénéfices, et pour toutes les conditions sous lesquelles les parties sont entrées en rapport? Quant à moi, je ne conserve pas le moindre scrupule sur cette question. Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait, il faut prendre ce fait dans sa plénitude; il ne faut pas le scinder capricieusement; il ne faut pas en accepter telle partie, et en rejeter telle autre, qui en a été un des

(1) *Infra*, n° 312.



éléments essentiels; sans quoi la bonne foi, qui est l'âme des sociétés, est blessée, et on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales.

250. On objecterait en vain, contre cette opinion, un arrêt de la Cour de cassation, qui, tout en reconnaissant que la non publication d'un acte de société laisse subsister des faits accomplis qui ont le caractère social, a cependant décidé, le 29 juin 1841, au rapport de mon honorable et savant ami, M. Fabvier, que la clause de se faire juger par des arbitres, *sans appel*, est dénuée de valeur dans des statuts non enregistrés ni publiés; que cette dérogation exceptionnelle à l'ordre des juridictions et à la loi des deux degrés ne peut résulter d'un acte frappé de nullité (1). Cette décision est excellente, et elle ne contredit en rien notre manière de voir: la société de fait doit, sans doute, amener les associés devant des arbitres; c'est là, en effet, la règle générale de l'art. 81 du Code de commerce; mais elle ne peut les conduire devant des arbitres jugeant en dernier ressort; car le droit commun résiste à cette exception, et si on la faisait sortir d'un acte non valable, il arriverait que cet acte produirait des effets pour l'avenir, et servirait, non pas à régler des faits accomplis, mais à gouverner pour l'avenir l'ordre des juridictions.

251. Mais quelle que soit, dans le cercle des intérêts privés, la puissance de la communauté de fait entre associés, elle ne va pas jusqu'à créer des droits à quelques-uns d'entre eux contre les créanciers personnels d'un autre associé; et ces créanciers pourraient, sans aucun doute, provoquer la nullité de la société, afin d'agir plus librement sur le patrimoine de leur débiteur.

(1) S., 41, 1, 586.

Il est même certain que les créanciers personnels d'un associé pourraient opposer la nullité aux créanciers de la société. Ils sont, en effet, *intéressés* dans le sens de l'art. 42, et comme tels, il leur appartient de se prévaloir de la nullité, c'est-à-dire, d'argumenter de la fraude que la clandestinité fait supposer (1). Il est vrai que les associés ne peuvent opposer la nullité aux créanciers; mais, entre créanciers, la lutte est légitime.

252. Reste à nous occuper des formalités requises pour les sociétés anonymes.

L'art. 39, quoique faisant de l'écriture une nécessité pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, leur a cependant accordé la liberté de l'écriture sous seing privé. — Il n'en est pas ainsi de la société anonyme; elle ne peut être formée que par acte public. (Art. 40.)

De plus, l'ordonnance du roi, qui lui est nécessaire pour avoir une existence légale, doit être affichée avec l'acte d'association pendant trois mois dans la salle d'audience du tribunal de commerce du lieu où sera établi le siège de la société. (Art. 42, 145.)

Ces formalités sont de rigueur: leur omission entraîne nullité de l'association.

253. Mais quelquefois il y a une société de fait qui précède la société légale. Nous verrons plus bas les effets de cette communauté d'intérêts (2).

Nous remettons également à plus tard (3) ce que nous avons à dire sur la marche à suivre pour l'obtention de l'ordonnance royale.

(1) Montpellier, 24 mars 1819 (M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 547). Le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 13 février 1821 (M. Merlin, *loc. cit.*).

(2) *Infra*, n° 475. Arg. du n° 249, *supra*.

(3) *Infra*, n° 459.



254. Il reste à faire une remarque qui s'applique à toutes les sociétés de commerce : c'est que ce n'est pas seulement leur formation que le législateur a voulu soumettre à des conditions de publicité; ce sont encore 1° tous les changemens importans dans l'organisation de la société, comme la dissolution de la société avant le terme fixé (1), la retraite d'un associé en nom (2), l'adoption d'une nouvelle raison sociale, la modification de quelques clauses fixant la position des parties; 2° les continuations de société après le terme expiré.

L'art. 46 du Code de commerce (3) exige avec beaucoup de sagesse que tous ces changemens, ainsi que les déclarations des associés portant continuation de société, soient soumis aux formalités des art. 42, 43, 44, sous la peine de nullité portée par le § dernier de l'art. 42. Sans ces précautions, les associés auraient pu démolir pièce à pièce leur état primitif de société, et le public qui, ensuite, aurait traité avec eux, n'aurait eu que le simulacre d'une garantie sans aucune réalité.

Quant aux sociétés anonymes, si elles veulent modifier leurs statuts, elles doivent obtenir une autorisation du roi.

(1) *Infra*, n° 910.

(2) *Infra*, sur l'art. 1856, le passage de Coquille sur la publication au prône des changemens survenus dans l'administration des sociétés villageoises du Nivernais.

(3) Voyez aussi n° 913.

---



---

## CHAPITRE II.

### DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉ.

---

#### ARTICLE 1835.

Les sociétés sont universelles ou particulières.

#### SOMMAIRE.

255. Des sociétés universelles et des sociétés particulières. Division de la matière.

#### COMMENTAIRE.

255. La volonté qui seule crée la société peut en élargir ou en restreindre le cercle suivant le but auquel elle tend. De là, la distinction des sociétés en sociétés universelles et en sociétés particulières. La source de cette distinction est prise dans l'étendue des choses mises dans l'association. Elle donne lieu à une division de la matière en deux sections : l'une qui comprend les sociétés universelles, l'autre qui traite des sociétés particulières.

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

##### DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

#### ARTICLE. 1836.

On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présens et la société universelle de gains.