

vé du commandité. Aujourd'hui, la commandite doit avoir un nom social; sinon elle cesse d'être une société en commandite, avouant par-là qu'elle n'est pas même une société; qu'elle n'a ni corps, ni capital social. Suivant les cas, elle dégénère en association en participation. Nous nous occuperons plus bas de ce genre de société.

409. Il ne suffit pas qu'il y ait une raison sociale qui régisse la commandite, il faut encore que cette raison sociale réunisse certaines conditions pour offrir au public les garanties désirables.

Pour cela, il est exigé, par l'art. 23 du Code de commerce, que les noms placés dans la raison sociale soient nécessairement ceux de personnes associées avec le commandité. Des personnes étrangères à l'association ne sauraient être les gérans; car, autrement, il serait trop facile de jeter en avant des noms d'emprunt, sans valeur et sans responsabilité réelle. Il faut que les gérans mis en évidence par la raison sociale soient liés au succès de l'opération par un intérêt d'associé, afin qu'ils ne se laissent pas entraîner dans des aventures imprudentes, et que leur part dans la société rassure leurs co-associés et les tiers sur la marche de l'administration et sur le crédit de l'entreprise.

410. Comme tout le négoce se fait sous le nom des gérans associés, la conséquence est qu'ils sont responsables indéfiniment et solidairement (article 23 du Code de commerce). On aperçoit par-là combien est ingénieuse l'organisation de la commandite; tandis que les simples commanditaires, cachés sous le voile de l'anonyme, forment une association de capitaux dans laquelle leurs fonds plutôt que leurs personnes sont engagés, il y a au-devant d'eux, et en face du public, des hommes industrieux qui donnent le mouvement à ces capitaux, qui les font fructifier par leur activité et leur intelligence. Ceux-ci, sans cesse en rapport avec les tiers,

assument sur eux-mêmes une responsabilité personnelle et solidaire; et cet engagement personnel vient fortifier la confiance qui repose sur le fonds social anonyme (1).

411. Ainsi, la même entreprise peut-être à la fois société en nom collectif à l'égard des gérans désignés dans la raison sociale, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds (2).

412. Du reste, il peut n'y avoir qu'un seul gérant; il n'y a pas alors de société en nom collectif mêlée à la commandite; ce gérant unique est personnellement et seul responsable.

413. Ordinairement, lorsque de vastes sociétés en commandite se constituent, en divisant leur capital social par actions, on exige des gérans qu'ils soient propriétaires d'un certain nombre d'actions, qui restent déposées pour la sûreté de leur gestion. On ne saurait être trop sévère à cet égard; la plupart des sociétés en commandite, qui ont péri, n'ont succombé que par la témérité de leurs gérans.

414. Cette grande ligne de démarcation entre les commanditaires et les commandités est presque toujours tracée avec netteté dans les actes de société.

Quelquefois cependant la prudence des rédacteurs s'est trouvée en défaut, ou bien l'astuce a laissé dans les statuts une ambigüité calculée.

La plus grave question qui puisse naître à ce sujet est celle-ci :

Lorsqu'un contrat de société commerciale, qui s'annonce au public par la raison sociale *N. et compagnie*, ne stipule pas clairement que les bailleurs de fonds ne seront tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, la

(1) *Infrà*, n° 451 : importance des gérans.

(2) Art. 24 Code de commerce.

société est-elle présumée collective plutôt qu'en commandite ?

Probablement, toutes les fois que les associés se seront conformés aux dispositions du Code de commerce sur la publication des sociétés, cette difficulté se présentera rarement. Ces dispositions commandent la précision, et en les exécutant on est pour ainsi dire forcé d'être clair et explicite. Mais quand la société aura vécu sans obéir à la loi de la publicité, la question posée pourra surgir sous l'empire du Code de commerce tout comme elle le faisait auparavant ; elle pourra diviser les associés entre eux, ou bien les associés et les tiers.

Or, voici comment il faut la résoudre :

La commandite est une position restrictive du droit commun ; elle doit s'appuyer sur des clauses précises, évidentes. Telle est la doctrine que M. Merlin soutint dans l'affaire Vancaneghem et Moke (1) : « Si l'on veut » ne former, sans le dire littéralement, qu'une société » en commandite, il faut placer dans l'acte la clause » expresse que le bailleur de fonds ne pourra rien perdre au delà de sa mise. »

Savary avait déjà conseillé cette précaution aux marchands soigneux d'assurer leur position (2).

415. Il est cependant un cas où elle est inutile : c'est celui d'une société d'armement en course. Une telle société est réputée de plein droit société en commandite, d'après le décret du 2 prairial an xi, et les obligations des associés sont limitées à leur mise, lors même qu'ils auraient été chargés de l'armement et de l'administration.

416. Mais revenons aux autres sociétés en commandite, et insistons sur l'idée de M. Merlin et de Savary.

(1) Répert., *Société*, p. 676 et 677.

(2) Part. 2, liv. 4, ch. 1.

Pour en atténuer la force, ne pourrait-on pas dire que lorsque le bailleur de fonds est resté inconnu et que toute l'administration est confiée à un autre qu'à lui, ce concours de circonstances est suffisant pour faire déclarer le contrat société en commandite ? Car le propre de la commandite, c'est que le bailleur de fonds n'administre pas et que son nom (sinon sa mise) puisse rester inconnu.

Dans l'espèce sur laquelle M. Merlin raisonnait, la Cour de Douai s'était attachée à ces points pour attribuer à Vancaneghem la simple qualité de commanditaire. Mais M. Merlin critiqua vivement sa décision ; et s'il conclut au rejet du pourvoi, ce fut seulement à cause du pouvoir d'interprétation de la Cour royale. La Cour de cassation rejeta par cet unique motif, et son illustre procureur général assure qu'au fond la doctrine de la Cour de Douai trouva parmi les magistrats une réprobation unanime.

Toutefois, d'après M. Frémery, la jurisprudence des tribunaux italiens prêterait un appui solide à la décision de la Cour de Douai (1). A Gênes, suivant cet auteur, l'associé n'aurait dû avoir aucune inquiétude, et c'est en vain qu'on aurait argumenté contre lui du silence de son contrat ; sa responsabilité n'aurait pas dépassé sa mise. Cette opinion de M. Frémery n'est que la conséquence de sa manière d'interpréter la formule *N. et compagnie*. Comme j'ai rétabli ci-dessus le véritable état de la jurisprudence italienne, je crois inutile d'y revenir ici. Il me suffira de dire que ni le statut de Gênes ni aucune décision de la rote ne s'occupent du cas d'une société en commandite sous la raison *N. et compagnie* ; que toutes les autorités dont se prévaut M. Frémery

(1) P. 43.

portent sur l'hypothèse où tous les actes sociaux se sont faits sous le nom spécial et privé d'un ou plusieurs gérans, sous une raison qui n'indiquait pas aux tiers des associés autres que ceux dont le nom était déclaré.

Au surplus, M. Merlin rapporte dans ses conclusions (1) un arrêt du parlement de Bretagne, du 28 août 1741 (2), qui, dans l'espèce d'une société formée sous la raison *N. et compagnie*, décida que l'associé non désigné, qui n'avait pas pris la précaution de restreindre sa responsabilité à sa mise, était tenu solidairement, encore bien qu'il n'eût pas administré et que les tiers ne l'eussent pas personnellement connu. Cet arrêt est ponctuel, il constitue un grave précédent.

M. Merlin en a justifié le bien jugé par les considérations suivantes, qui *pulvérisent* (je me sers de son énergique expression) le système de ceux qui voulaient que l'interprétation du contrat tournât à la commandite.

Que disaient-ils de plus spécieux ?

D'abord, que l'associé n'est que commanditaire, parce qu'il n'est pas gérant et qu'il n'a pas géré ? Mais, dans les sociétés en nom collectif, la gestion peut être confiée à un ou plusieurs des associés, à l'exclusion des autres (3). C'est même ce qui arrive tous les jours (4)!!! L'abstention de gestion n'est donc pas caractéristique de la commandite.

On ajoute que la société doit être présumée en commandite, par la raison que le nom de l'associé n'a pas figuré dans les opérations sociales et qu'il n'a pas été connu du public.

(1) P. 677.

(2) L'uparc-Poulain, t. 3, ch. 170.

(3) Répert., *Société*, p. 672, col. *in fine*.
Pothier, n° 50.

(4) Decis. rot. Genu. 39.

Mais la réponse est facile ; car il est évident qu'il n'y a pas d'associé ordinaire non gérant qui ne puisse dire que les tiers ne l'ont pas connu, qu'ils n'ont suivi que la foi du gérant et non la sienne ; et dès lors les sociétés ordinaires, qui sont le droit commun, seraient toutes transformées en sociétés en commandite, qui sont l'exception (1).

417. Et là-dessus je cite, avec M. Merlin, un arrêt de la Cour de cassation, confirmatif d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 29 floréal an ix, rendu dans l'espèce suivante :

Divers individus s'étaient associés pour la fourniture de la viande à l'Hôtel-Dieu de Paris ; un seul d'entre eux, le sieur Jean Bart, avait la signature sociale *Jean Bart et compagnie*, et lui seul avait en effet signé les obligations souscrites par la société. — Comme l'acte de société n'avait été enregistré qu'après la dissolution de la société, il n'était pas un seul des créanciers qui eût pu connaître le nom et le crédit des co-associés de Jean Bart ; aussi ces associés prétendaient-ils, sous ce prétexte, que les porteurs de ces effets n'avaient pas d'action contre eux : mais ce système échoua. La signature sociale *Jean Bart et compagnie* sembla suffisante pour avoir donné au public la confiance que Jean Bart avait pour co-obligés solidaires les inconnus qui avaient formé société avec lui. — C'était le cas de dire avec Straccha : « *Triā considerantur, an sint, qui sint, et quot sint. Et scire primum sufficit ad hoc ut obligantur; quia sub illo nomine, Petrus et socii, virtualiter alii continentur.* »

Tout ceci s'applique avec bien plus de force encore sous le Code de commerce. Quand la maison *N. et compagnie* n'a pas fait publier son acte de société, en man-

(1) M. Merlin, *loc. cit.*, p. 672, col. 2.

quant aux sages prescriptions de la loi, elle n'a pu faire sa condition meilleure.

418. Au surplus, nous n'entendons prescrire aucune formule sacramentelle pour caractériser la commandite. Les équipollens ont, dans cette matière, une puissance égale aux expressions habituelles les plus énergiques. Nous pensons même, bien que la dissimulation ne soit pas à nos yeux un titre de faveur, que le bailleur de fonds, qui aurait caché une commandite sous le voile trompeur d'un prêt, aurait suffisamment montré par-là qu'il n'entendait pas s'engager au delà de sa mise : et c'est ce que la Cour royale de Paris a jugé dans l'espèce que j'ai rappelée ci-dessus, numéro 49 (1).

419. Maintenant un autre point de vue doit nous préoccuper. Nous supposerons que le contrat de société est clair et précis, en ce sens qu'il a voulu organiser une commandite.

Mais il ne faudrait pas que l'un de ceux qui ont fourni leurs fonds s'imaginât qu'il peut être tout à la fois commanditaire et désigné en nom dans la raison sociale. (Art. 25 du Code de commerce.) Il y a incompatibilité radicale entre la position de commanditaire et celle d'associé figurant en nom dans la raison sociale. Celui qui livre son nom à la confiance du public, en le laissant insérer dans la raison sociale, est associé pur et simple, et aucune clause du contrat de société ne pourrait le retenir parmi les commanditaires.

420. Bien plus, tous les avantages que le bailleur de fonds s'est réservés dans le contrat, en se cantonnant dans la commandite, il les perd s'il a l'imprudence de sortir de sa position pour administrer. La loi lui défend de faire aucun acte de gestion, ni d'être em-

(1) *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n° 222.

ployé pour les affaires de la société, même en vertu de simple procuration (1), sinon il devient obligé solidaire et est réputé associé en nom collectif : tous les engagements de la société réfléchissent sur lui (2).

On comprend l'esprit de cette disposition. Pourquoi le commanditaire jouit-il de la faveur de n'être tenu que jusqu'à concurrence de sa mise? C'est parce qu'il n'a pas mis sa personne dans la société; c'est parce qu'il n'y a mis que ses fonds, s'en rapportant en général, pour les faire valoir, à l'exercice du gérant. Que si le commanditaire franchit la limite qu'il s'est donnée, s'il entre dans l'administration des affaires de la société pour lui prêter le concours de son action industrielle, il est clair que sa condition doit forcément changer. L'acte d'administration ou d'industrie engage la personne; il la met en relief par rapport aux tiers; il l'offre à ces derniers comme source de crédit, comme cause de confiance. Or, l'engagement qui astreint la personne est indéfini; il dépasse les bornes de la mise, et dans les matières de commerce il entraîne solidarité. Telle est, à cet égard, la pensée du Code de commerce. Il ne veut plus de cette commandite républicaine dont je parlais plus haut avec Savary (3) et dans laquelle chacun travaillait séparément pour l'intérêt commun (4).

421. Et cette responsabilité ne se renferme pas dans le cas unique où le commanditaire s'est immiscé spontanément dans la gestion, pour sauver ou faire prospérer sa mise; elle l'atteint alors même qu'il est employé pour

(1) Art. 27 Code de commerce.

(2) Art. 28.

(3) *Suprà*, n° 392.

(4) *V. infra*, n° 451 : je la compare à une monarchie tempérée.

les affaires de la société comme simple mandataire du gérant.

422. Tel est l'aperçu général des art. 27 et 28 du Code de commerce; il faut maintenant justifier ces articles et en donner une plus profonde interprétation.

Et d'abord, je dois dire que, lors de l'élaboration du Code de commerce, l'idée des art. 27 et 28, appuyée par quelques tribunaux, acceptée silencieusement par d'autres, fut vivement combattue par plusieurs tribunaux d'appel et de commerce, placés au foyer d'une grande activité commerciale. Le texte de la rédaction primitive arrêtée au conseil d'État portait: « L'associé » commanditaire ne peut *concourir* comme gérant aux » *achats, ventes, obligations* et engagements concernant la » société. » Tandis que le tribunal de cassation et les magistrats civils et consulaires de Bruxelles proposaient d'étendre le cercle de cette prohibition, les tribunaux d'appel de Douai et Orléans, les tribunaux de commerce de Clermont-Ferrand, Genève, le Havre, Lyon, Marseille, Strasbourg et Toulouse, élevaient de vives plaintes sur le danger de déroger aux usages séculaires qui permettaient aux commanditaires d'agir, non comme associés, mais comme fondés de pouvoir du gérant, et de le remplacer, avec son consentement, en cas d'absence et de maladie. Ils firent sentir, en outre, la nécessité de maintenir les commanditaires dans le droit d'exercer sur la gestion une surveillance profitable à l'intérêt social et à l'intérêt des créanciers; ils signalèrent les craintes qui éloigneraient les capitaux de la commandite, si l'on érigeait en loi une disposition tellement soupçonneuse et inquisitoriale, qu'elle rendrait suspecte l'entrée des bureaux et des magasins de la société par le commanditaire.

Ces observations avaient de la gravité; elles soulevaient

deux questions (1). Fallait-il permettre au commanditaire d'agir en vertu d'une procuration du gérant?

(1) L'importance de la matière m'engage à donner tout au long les observations, pour et contre, des tribunaux.

Tribunal de cassation (1) :

« Il ne peut assister aux assemblées de la société ni prendre part aux délibérations. »

Tribunal d'appel de Bruxelles (2) :

« On a vu quelquefois de simples associés commanditaires abuser de la réputation que leur donnait leur grande fortune, pour exciter le crédit en faveur de la société, sans cependant gérer ouvertement. Ne pourrait-on pas, pour éviter cet abus, ajouter à la prohibition : « Ni même rien faire qui tende à augmenter le crédit de la société, soit par lettres, soit par tous autres actes. »

C'est aussi ce que proposait le tribunal et conseil de commerce de Bruxelles (3).

Tribunal d'appel de Douai :

« La peine de la contravention (article 18) est que le commanditaire devient obligé solidairement pour toutes les dettes de la société. Cette double disposition est tellement étendue (celle de l'article 17 et celle de l'article 18), qu'elle empêche le commanditaire d'accepter, de la société, ou d'un ou plusieurs associés, non-seulement un mandat général, mais même le mandat le plus spécial et le plus limité. Or, on ne voit aucune raison, aucune sorte d'intérêt, qui puisse motiver cette prohibition. Il serait peut-être mieux de réduire l'article aux termes suivans :

« L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant en son nom..... ou ne peut, sans un mandat, concourir aux achats (4). »

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

(2) *Ibid.*, t. 1, p. 119.

(3) T. 2, 4^{re} partie, p. 232.

(4) T. 1, p. 186.

Fallait-il aussi le priver de tout concours, comme associé, aux opérations sociales, et le rendre en quelque

Tribunal d'appel d'Orléans (1) :

« Quel est le motif de cette prohibition (gérer comme associé, gérer comme mandataire) et de la peine qui y est attachée, si le commanditaire ne gère pas comme associé, mais comme simple mandataire? Pourquoi, par exemple, un ancien commis ne pourrait-il pas placer ses fonds d'épargnes en commandite dans la société et continuer de gérer pour elle, sans devenir associé ordinaire et, comme tel, co-obligé à toutes les dettes de la société? »

» Sans doute, les rédacteurs ont supposé que le commanditaire agissait comme associé gérant. Mais le mot gérant seul ne présente pas cette idée; on peut dire même qu'en droit il en présente une toute contraire. Le *negotiorum gestor* est celui qui, sans mandat, par pure bienveillance, gère les affaires d'un tiers. »

Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand (2) :

« De l'exécution rigoureuse de ces articles il en résulterait la méfiance des riches capitalistes à l'égard des jeunes gens qui n'ont apporté à la communauté que leur activité et leur industrie. »

Tribunal de commerce de Genève (3) :

« Quel est le but de ces deux articles (17 et 18)? Celui de préserver tout individu à faire une confiance de l'erreur dans laquelle il pourrait tomber au sujet de son vrai débiteur, si celui avec qui il traite, le croyant associé, ne se trouve que simple commanditaire. Cette intention, bienfaisante au premier coup d'œil, entraîne néanmoins des conséquences très-faciles, en ce qu'elle priverait les associés gérants des secours les plus naturels et les plus à leur portée. En cas de maladie, voyages et autres circonstances extraordinaires, par quelles personnes pourront-ils se faire aider ou remplacer avec plus de confiance que par leurs

(1) *Loc. cit.*, t. 1, p. 219.

(2) T. 2, 1^{re} partie, p. 315.

(3) T. 2, 1^{re} partie, p. 398.

sorte étranger aux affaires de la société, ainsi que le demandait le tribunal de cassation.

associés en commandite? N'ont-ils pas tous un même intérêt au succès de la chose? Ne sont-ils pas censés avoir déjà une connaissance particulière de la nature des affaires? Les commanditaires ne sont-ils pas le plus souvent d'anciens chefs de maison, qui facilitent de cette manière l'établissement de leurs successeurs?

» Si l'on estime que les sociétés en commandite sont *avantageuses à l'extension qu'une grande nation doit donner à son commerce*, il ne faut pas mettre d'entraves à ce genre d'association? Quel commanditaire osera entrer dans le bureau ou dans les magasins de la société, l'article 18 étant en vigueur? Il craindrait d'y proférer un mot, une parole, qui pût donner lieu contre lui à une action en garantie, comme solidaire pour toutes les dettes de la société.

» Le simple facteur qui agit par procuration peut induire dans la même erreur que le commanditaire. Cependant on n'a pas interdit aux négocians la faculté de s'en servir.

» Par toutes ces considérations, on demande *formellement* la suppression des articles 17 et 18. Cependant, s'ils doivent subsister, on désire que l'article 17 soit modifié, en le terminant par ces mots : *à moins d'un pouvoir spécial*. Il en résulterait que l'associé gérant ne serait pas entièrement privé des secours qu'il peut tirer de son associé commanditaire, mais que celui-ci ne pourrait agir qu'en vertu d'une procuration. »

Tribunal du Havre (1) :

« Qu'une maladie, une absence nécessaire de l'associé commandité, oblige le commanditaire à surveiller momentanément les intérêts sociaux, perdra-t-il par cela seul les avantages attachés à sa qualité? »

Tribunal de commerce de Lyon (2) :

« Les articles 17 et 18 sont à supprimer. »

(1) T. 2, 1^{re} partie, p. 446.

(2) T. 2, 1^{re} partie, p. 530.

Sur le premier point, les observations critiques furent écartées; elles firent même naître la pensée de

Tribunal de commerce de Marseille (1) :

« Il n'est pas exact de dire que l'associé commanditaire ne peut concourir *comme gérant* aux affaires de la société, puisqu'il pourrait gérer *s'il avait une procuration des associés dénommés.* »

Tribunal de commerce de Strasbourg (2) :

« Il serait à désirer, à l'égard de la société commanditaire, que la gestion dans les achats ou ventes pour la société, qui lui est interdite par cet article, fût mieux expliquée; car on ne croit pas que le commanditaire puisse être regardé comme gérant, lorsque, dans une place tierce, c'est-à-dire, autre que celle de sa résidence ou du lieu où sa maison de commerce est établie, il agit par ordre ou commission de cette même maison. »

Tribunal de commerce de Toulouse (3) :

« La société en commandite, en dispensant par exprès les commanditaires de tout travail, leur donne néanmoins l'inspection sur les opérations de commerce. — Le négociant, cédant son fonds sous le titre d'associé commanditaire, accorde sa présence pour soutenir et conserver son ancienne achalandise; il promet ses soins dans les cas d'absence ou de maladie des associés.

» Ces stipulations sont avantageuses autant à l'intérêt social qu'à celui des créanciers. Les associés qui voudraient s'affranchir des effets de cette surveillance, ou de toutes autres conditions, ne pourraient agir que par des motifs de dol ou d'ingratitude. Il pourrait même arriver qu'après qu'ils auraient diverti les fonds sociaux, ils parviendraient, sous de vains prétextes, à se procurer dans le magasin la présence des commanditaires, afin de les rendre, par cela seul, responsables de leur inconduite.

» Changer la *forme usitée des sociétés commanditaires*, ce serait les anéantir et porter par-là un préjudice notable au commerce.

» Nous serions donc d'avis que les articles 17 et 18 soient supprimés (4). »

(1) T. 2, 2^e partie, p. 24.

(2) *Ibid.*, p. 517.

(3) *Ibid.*, p. 535.

(4) V. aussi la brochure de M. Wolowski sur *les sociétés par actions*.

rendre le texte plus clairement prohibitif qu'il ne l'était d'abord, en déclarant en termes exprès que l'associé commanditaire serait exclu de la gestion, non pas seulement comme associé, mais même comme mandataire du gérant.

M. Frémery a blâmé cette solution. Il aurait voulu que le législateur se montrât plus scrupuleux observateur des usages du commerce. S'écarter, comme il l'a fait, de l'ancienne et éternelle règle qui ne rend un associé responsable, qu'autant qu'il a agi en son propre nom et a ainsi appelé la confiance des créanciers; faire réfléchir sur lui des actes qu'il a faits sous le nom d'autrui, c'est, suivant cet auteur, faire violence à la raison et consacrer une injustice.

Ces réflexions ont assurément un côté spécieux; mais si l'on se reporte aux circonstances au milieu desquelles le législateur se trouvait placé, on ne tarde pas à l'absoudre. Pendant la révolution, on avait vu d'énormes abus résulter du cumul de la qualité de commanditaire et de la qualité de gérant (1). Des commanditaires, s'immisçant dans l'administration sous le voile d'un mandat ou d'un louage d'ouvrages, mettaient à la gérance un homme de paille, un valet (2), et renversaient par-là toutes les combinaisons de la commandite. Mandataires pour la forme, mais mandans quant au fonds, ils offraient au public ce plastron servile, tandis qu'eux, commanditaires, garantis par leur procuration d'emprunt, ils étaient les maîtres de l'affaire et les directeurs les plus actifs de l'opération. Amoindris en apparence derrière un mandat trompeur, ils avaient en réalité la haute main sur la gestion; ils en réglaient l'ensemble et les

(1) Analyse raisonnée des observations des tribunaux, p. 22.

(2) *Ibid.* V. aussi M. Merlin, *Questions de droit*, v^o *Société*, p. 564, col. 1.