

gestion ; parce que dans ces divers emplois le commanditaire ne représente pas comme gérant la maison commanditée. J'emploie les expressions quasi-législatives du conseil d'État : elles sont décisives.

436. Il suit de là que tout emploi quelconque dans les affaires de la société ne porte pas avec lui la preuve invariable d'une immixtion ; que le seul emploi envisagé par l'article 27 est celui qui constitue le commanditaire représentant de la société ; que dès lors il n'y a d'acte de gestion, dans le sens de ce même art. 27, que lorsqu'un mandat ou un louage d'ouvrages place le commanditaire en face des tiers et le rend l'intermédiaire de communications destinées à étendre au dehors le crédit de la société. — Ainsi le veut la raison ; ainsi l'entendait le Tribunat ; ainsi l'a décidé l'avis du conseil d'État précité. Si, dans les discussions forenses qui ont eu lieu sur le sens de l'article 27 (1), on eût fait plus d'attention à cet avis du conseil d'État, la doctrine aurait moins tâtonné, et l'on n'aurait pas élevé tant de doutes fâcheux sur le droit des commanditaires.

Aussi, je ne conçois pas que M. Pardessus ait enseigné d'une manière absolue que des facteurs ou commis de commerçans ne peuvent être admis à entrer dans le commerce de leur maître en qualité de commanditaires (2). Cette proposition pêche par trop de généralité ; elle est fautive en beaucoup de cas. Sans aucun doute, il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société d'assurances, exercerait les fonctions d'agent dans un port ; il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société de messageries,

(1) Le mot *forenses*, est peu usité. Mais il est commode, et je m'en sers à l'exemple des anciens auteurs, de d'Olive, par exemple.

(2) T. 4, n° 1030 : il est suivi par MM. Malpeyre et Jourdain, n° 254, et par la collection de M. Dalloz, t. 42, p. 432, n° 6.

serait le préposé, le représentant de cette société dans une ville. Ceux-là, en effet, font acte de gestion ; ils remplacent le gérant, ils traitent avec les tiers, ils s'emploient à augmenter le crédit de la société par leurs actes, par leurs recommandations, par leur travail extérieur. Mais le commis inconnu qui tient les écritures ; mais l'agent occupé loin des tiers, d'une manière quelconque ; mais l'auxiliaire préposé à des fonctions qui ne sont pas et ne peuvent pas être celles du gérant, tous ceux-là ne s'immiscent pas ; on ne peut pas dire qu'ils soient employés à ces affaires de la société dont le maniement constitue la gestion sociale.

Toute cette seconde partie de l'article 27 se réduit donc à ceci : c'est que pour qu'un associé commanditaire soit censé avoir participé à la gestion comme mandataire ou locateur d'ouvrages, il faut qu'il ait agi comme représentant de la société et qu'il se soit mis en relation avec les tiers par une délégation des fonctions attribuées au gérant ; sinon la loi ne s'inquiète pas de ses actes, et elle ne lui défend pas de prêter à la société une industrie qu'il pourrait aussi bien utiliser auprès d'autres entreprises : les tiers ne peuvent qu'y gagner. La société sera mieux servie, quand elle trouvera ses auxiliaires parmi des personnes intéressées à ses progrès.

437. Lorsque des faits d'immixtion sont allégués par des tiers, la preuve peut se faire par témoins (1). Cette proposition n'a pas besoin de plus amples démonstrations.

438. J'ai dit que la solidarité est la peine de l'imprudence ou de la fraude du commanditaire ; mais on ne pourrait aller jusqu'à déclarer commerçant de plein droit le commanditaire civil qui se serait immiscé ; ce serait

(1) *Suprà*, n° 163. M. Persil, art. 27, n° 2. M. Pardessus, t. 4, n° 1037.

ajouter à la loi (1). Je prie de recourir à un arrêt de la Cour royale de Bourges, que j'ai rapporté ci-dessus, n° 74; un propriétaire, un médecin, un avocat, qu'une faute ou un écart de zèle ont entraîné au delà de la limite de la commandite, n'est pas pour cela seul négociant; on ne peut pas dire sans distinction qu'il fait du commerce sa profession habituelle (art. 1 du Code de commerce). Il serait contraire à toutes les notions de la justice de lui imprimer inopinément une qualité qui, au grand préjudice de ses créanciers et de son épouse, entraînerait avec elle sa faillite!!

439. L'obligation de payer les dettes de la société s'étend à toutes celles qui ne sont pas encore acquittées au moment de l'immixtion et qui ont été contractées avant qu'elle n'ait eu lieu. — L'article 28 ne distingue pas (2). Une ventilation entre les dettes antérieures et les dettes postérieures eût donné lieu à mille difficultés. Pour satisfaire la logique, on eût brouillé toutes les affaires d'une société; d'ailleurs, plus la peine sera grave et rigide, plus elle retiendra les commanditaires et préviendra les fraudes que redoute la loi.

440. Reste à examiner sur cette matière une dernière question. Dans l'intérêt de qui a été prononcée la peine de l'immixtion? Est-ce dans l'unique intérêt des tiers? Ou bien les co-associés du commanditaire peuvent-ils aussi s'en prévaloir contre lui?

Jusqu'à présent les auteurs avaient pensé que les associés du commanditaire étaient sans droit (3).

(1) M. Persil, art. 28, n° 3. M. Pardessus, t. 4, n° 1037. *Contrà*, MM. Malpeyre et Jourdain, n° 260.

(2) M. Persil, art. 28, n° 4.

(3) M. Pardessus, t. 4, n° 1038.

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 261.

M. Persil, sur l'art. 28, n° 3. *Suprà*, n° 162: un cas où ceci se présente.

Mais le contraire a été décidé par un arrêt de la Cour royale de Paris du 9 janvier 1836 (1). Le général Damrémont avait commandité un sieur Chauvier pour l'exploitation d'une plâtrière. Mais Damrémont ne s'était pas renfermé dans la position de simple commanditaire. Des travaux avaient dû être faits par la société, et c'était Damrémont qui en avait fait l'adjudication d'après ses devis, en l'absence et sans le consentement de Chauvier; c'est lui qui en avait surveillé la direction, qui avait payé les ouvriers, et qui avait fourni et vendu à la société les matériaux dont elle avait besoin; dans ces circonstances, Chauvier demanda que Damrémont fût déchu de sa qualité de commanditaire et tenu solidairement envers lui des dettes auxquelles ces opérations avaient donné lieu. Les arbitres et la Cour royale lui accordèrent ses conclusions.

Je ne puis me rendre à cet arrêt. L'art. 28 du Code de commerce ne dit pas que l'associé qui s'est immiscé sera déchu de sa qualité de commanditaire; au contraire, il continue à l'appeler de ce nom: seulement, il veut qu'il soit obligé solidairement pour toutes les dettes et engagements de la société: ce qui est bien mettre l'associé en présence des tiers et le frapper d'une peine sévère dans l'intérêt de ces derniers. Et l'on en conçoit la raison: les tiers ont pu être trompés; les actes de l'associé coupable d'immixtion ont pu les induire en erreur et leur faire croire qu'il était associé pur et simple. Qu'il reste donc associé pur et simple, puisqu'il en a pris la couleur et les droits. Mais d'associé à associé, est-ce que l'erreur est possible? Le contrat n'a-t-il pas fixé les positions sans équivoque, sans sujet de méprise?

(1) Sirey, 36, 2, 134.

*Suprà*, n° 162.

n'a-t-il pas établi un commanditaire et un gérant ? Et de quoi donc ce dernier se plaindrait-il ? De ce que son co-associé a empiété sur ses droits ? Mais pourquoi n'a-t-il pas fait cesser cette usurpation ? n'en avait-il pas les moyens ? Et s'il ne l'a pas fait, ne serait-ce pas parce qu'il a approuvé des actes utiles et qui ont tourné au profit commun ?

L'art. 27 fournit un argument irrésistible contre la décision de la Cour royale. Il suppose que l'immixtion peut avoir lieu avec un mandat de gérant ; il fait peser sur le commanditaire la responsabilité et la solidarité. Or, je le demande, peut-il venir dans la pensée d'admettre que cette peine doive profiter au gérant qui a donné le mandat, qui a été l'instigateur et le complice de l'immixtion ?

Je crois donc que l'arrêt en question est un de ceux qui échappent parfois dans *ce grand abyme* de la Cour royale de Paris, comme disait Coquille du parlement (1).

441. Partant de là, on décidera que le commanditaire, qui aura été condamné à payer aux tiers des obligations solidaires, aura recours contre les gérans pour tout ce qui excède sa mise ; car il ne peut être tenu au delà.

442. On vient de voir quels principes dominent la commandite. On peut maintenant se faire une juste idée du rôle du commanditaire.

Quelques auteurs, s'arrêtant à l'écorce des choses, ont assimilé le commanditaire à un simple prêteur. M. E. Vincens nous apprend même que cette assimilation s'est produite au conseil d'État, qu'elle y a été proclamée hautement, sans rencontrer d'opposition (2). « Comme » on l'a entendu dire à un conseiller d'État fort distin-

(1) Sur Nivernais, t. 22, art. 5.

(2) Des sociétés par actions, p. 47.

» gué, le commanditaire *n'est qu'un prêteur*, auquel, au lieu d'un intérêt fixe, la société accorde une part dans les bénéfices qu'elle espère. »

J'en demande bien pardon à ce conseiller d'État fort distingué ; mais qu'il me permette de dire que, s'il est un administrateur habile, il est, en ceci, un jurisconsulte très-hasardeux ; il a laissé échapper une grave erreur ; il est tombé dans une fâcheuse confusion. Entre le prêteur et le commanditaire il y a tout un monde de distance ; c'est pourquoi nous avons étudié ci-dessus les monumens de la jurisprudence dans lesquels le prêt et la commandite se dessinent, tantôt avec leurs différences tranchées, tantôt avec de feints rapprochemens (1). Les casuistes qui crurent nécessaire d'inventer les trois contrats, pour dissimuler le prêt à intérêt sous les couleurs d'une société flanquée d'une assurance du capital et d'une vente des gains à espérer, se connaissaient mieux en jurisprudence que le conseiller d'État auquel applaudit M. E. Vincens. Si le prêt, défendu par les lois canoniques, eût été la même chose que la commandite autorisée par elles, on n'aurait pas eu besoin de tant de détours et de complications subtiles !!

Du reste, M. Vincens a reconnu ailleurs les différences du prêt et de la commandite (2) ; et j'éprouve une véritable surprise en voyant la doctrine du conseiller d'État cité par lui appuyée par un savant jurisconsulte, M. Cresp, professeur de droit commercial à Aix. Il est vrai que c'est seulement dans une consultation (3). On sait que, dans ces sortes de travaux, le zèle et l'entraîne-

(1) *Suprà*, nos 47, 49, 50.

(2) Législ. com., t. 1, p. 317, 318.

(3) P. 67. Cette consultation est, du reste, fort remarquable sous d'autres rapports. Je m'en servirai en plus d'une occasion. (Consult. pour les commanditaires de Loubon aîné.)

ment de la défense peuvent quelquefois conduire à des déviations.

443. Le commanditaire est donc un associé, non pas un associé ordinaire : *Per omnia socius non est*, disait l'arrétiste de la rote de Gênes (1); c'est un associé qui engage ses capitaux plus que sa personne et dont la responsabilité s'arrête à sa mise.

Mais, ceci accordé, le commanditaire n'en est pas moins associé. L'article 26 du Code de commerce le déclare en termes précis, et, sous son empire, il n'est plus permis d'élever des doutes sur une qualité si bien définie. Je conçois cependant la possibilité des méprises, à l'époque où la commandite se distinguait à peine de la participation, qui, ainsi que nous le verrons plus tard, n'a jamais été une société régulière; mais l'erreur n'est plus permise en présence d'une législation, qui classe la commandite parmi les vraies sociétés, et trace une si grande ligne de démarcation entre elle et la participation.

§ 3. *De la société anonyme.*

444. La société anonyme a quelques rapports avec la commandite; mais elle en diffère en un point essentiel : c'est que les capitaux associés et réalisés n'ont pas de représentans personnellement et indéfiniment responsables. Elle n'offre au public qu'un patrimoine pour garantie, et point de personnes obligées. L'être moral est une caisse sociale au delà de laquelle il n'y a pas d'individus débiteurs et contraignables (2).

445. Les dispositions organiques de cette société n'avaient jamais été codifiées avant le Code de commerce. Quoiqu'elle ne fût pas inconnue dans l'ancien régime, toutefois, l'ordonnance de 1673 ne s'en occu-

(1) Décis. 39, n° 9.

(2) *Suprà*, n° 168.

rait pas. Comme le gouvernement intervenait toujours dans la constitution des anciennes sociétés, que nous appellerions aujourd'hui compagnies anonymes, on les considérait comme l'œuvre de la puissance publique plutôt que comme l'ouvrage libre de la volonté des particuliers; c'est pourquoi on ne les classait pas au nombre des sociétés laissées à la disposition du public. Pour chaque société anonyme que les spéculations du commerce rendaient nécessaire, on faisait (si je puis parler ainsi) une loi spéciale qui lui donnait la vie. Ces sociétés, du reste, ne portaient pas la dénomination de sociétés anonymes; c'est le Code de commerce qui la leur a imposée. Dans l'ancienne jurisprudence, on donnait le nom de société anonyme à la société en participation et à la commandite dépourvue de raison sociale. Ces sortes de sociétés, en effet, n'avaient pas d'existence extérieure, et, par conséquent, pas de nom pour le public; mais le Code de commerce les a dépouillées de ce titre, au mépris de l'usage, si puissant dans le commerce. Faute de mieux, il s'en est emparé pour le donner exclusivement à cette autre société que l'ordonnance de 1673 laissait en dehors de ses dispositions, et qui, dans le droit, n'avait pas de qualification scientifique. En cela, le Code de commerce ne s'est pas montré inventif, et son peu d'égards pour la langue du droit jette des embarras fréquens dans la lecture des anciens auteurs qui ont traité des sociétés de commerce.

446. J'ai dit que, nonobstant le silence de l'ordonnance de 1673, l'histoire du commerce offrait des exemples de cette sorte de sociétés sur le modèle desquelles le Code de commerce a édifié sa société anonyme. En effet, les compagnies des Indes orientales et occidentales, et beaucoup de sociétés privilégiées (1), en

(1) Voyez notre préface.