

fait la dépense; d'où la conséquence que les actionnaires en avaient payé le prix en versant le montant de leurs actions, et qu'exiger un supplément pour couvrir ces dépenses, c'était en faire payer deux fois la valeur à la société (1). D'un autre côté, il est arrivé quelquefois que des directeurs ont voulu mettre à la charge de la société anonyme, qu'ils ont établie, les frais de fondation : cette prétention n'est pas toujours bien fondée. Le directeur a créé, sans aucun doute, la chose sur laquelle la société vient s'élever; mais n'a-t-il pas pour équivalent, des fonctions rétribuées avec opulence, et qui peuvent le conduire à la fortune? Est-il juste qu'il fasse payer des travaux préliminaires, dont il recueille le fruit, à la société, sans laquelle ils eussent été perdus?

478. A l'égard des tiers, la position est aussi singulièrement influencée par les circonstances. Tout ce qu'on peut dire, en principe, c'est que tous ceux des associés qui ont pris part à l'engagement, directement ou par suite d'une délégation, en sont tenus à l'égard des tiers (2). On rentre alors dans le droit commun. Quant aux associés, dont le nom est resté inconnu et qui n'ont pris aucune part directe ou indirecte à la gestion provisoire, je ne conçois pas que MM. Malpeyre et Jourdain veuillent en faire, de droit, des commanditaires (3); il est plus exact de dire que, régulièrement et en général, l'action des tiers ne peut les atteindre. Au reste, il faut recourir aux règles et aux distinctions que nous avons données *infra*, numéros 771 et suiv.

479. Tant que l'ordonnance n'est pas rendue, les

(1) Cassat. req., 1^{er} avril 1834.

D. 34, 1, 191.

S. 34, 1, 794.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, nos 437 et 279.

(3) *Loc. cit.* et n° 280.

droits des actionnaires sont éventuels; mais rien n'empêche de les vendre, comme une espérance. Si l'autorisation est refusée, les juges examineront les circonstances pour décider, s'il a été dans l'intention des parties de subordonner la vente à une condition résolutoire dans le cas en question, ou bien si elles ont voulu faire un forfait dont l'acheteur dût prendre les chances bonnes et mauvaises (1).

§ 4. De l'association en participation.

480. Outre les trois sociétés commerciales dont on vient de voir l'analyse, le Code de commerce reconnaît des associations en participation. Le négoce y trouve un puissant et fréquent moyen d'action; il y a peu d'opérations maritimes auxquelles la participation ne se trouve mêlée (2). Mal connue, en général, dans la pratique des tribunaux ordinaires, imparfaitement caractérisée par la plupart des auteurs (3), elle attirera notre attention spéciale. Nous tâcherons d'en rendre les principes plus sensibles et plus familiers.

481. La société en participation portait autrefois le nom de société anonyme; elle s'appelait ainsi, parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, *comme n'important en façon quelconque au public* (4).

Voici la description qu'en donne un auteur que son

(1) En ce dernier sens, arrêt de Lyon du 12 juin 1827. (*Repert. de droit comm.* de M. Patoni, t. 1, p. 118.)

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 281.

(2) V., par exemple, Émerigon, *Traité des contrats à la grosse*, ch. 12, sect. 8, t. 2, p. 591.

(3) *Infra*, nos 496, 497, 780, 781.

(4) Savary, t. 1, p. 368. *Junge Pothier*, n° 61.

expérience dans les matières de commerce avait fait appeler dans les conseils qui préparèrent la célèbre ordonnance de 1673 :

« Tout ce qui se fait en la négociation, dit Savary (1), » tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne » regarde que les associés, *chacun en droit soi*; de sorte » que celui des associés qui achète *est celui qui s'oblige* » et qui paie au vendeur; celui qui vend reçoit de l'acheteur. *Ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne; il n'y a que celui qui agit, qui est le seul obligé.* Ils le sont seulement réciproquement *l'un envers l'autre*, en ce qui regarde cette société. Il y en a qui » sont verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font » par lettres missives, que les marchands s'écrivent » respectivement l'un à l'autre, etc. »

Telle est aussi l'idée que Rogue nous donne de la participation : « Cette société ne se fait *sous aucun nom*; » chacun travaille de son côté, *sous son nom particulier.* » Ils se rendent réciproquement compte des profits ou » pertes qu'ils partagent (2). »

Mais pour mieux nous initier à la nature de cette association, mettons-la en action au milieu des combinaisons qui lui sont propres.

482. *Première combinaison.*

Un navire arrive d'Amérique à Bordeaux, chargé de marchandises. Un négociant de ce port envoie à son correspondant de Bayonne le détail de la cargaison et lui propose d'acheter avec lui une partie de café, qui, suivant toutes les apparences de la place, pourra être revendue avec de grands avantages, le priant de lui faire connaître, en cas d'affirmative, pour quelle part il dé-

(1) *Loc. cit.*

(2) T. 2, p. 237.

sire entrer dans cette spéculation. Le négociant de Bayonne répond qu'il accepte l'affaire pour un tiers, et qu'il entrera dans cette proportion dans les profits et pertes. Là-dessus, le négociant de Bordeaux achète la marchandise en son nom, et par-là se forme une association en participation, que l'on appelle aussi *compte en participation*, parce qu'elle se résout en un compte entre les deux négocians.

483. Dans cette position, il est clair que le négociant bordelais, qui aura acheté du maître du navire la partie de café, sera seul obligé envers lui; le négociant de Bayonne, au contraire, n'aura contracté aucune obligation; et si le Bordelais vient à faire faillite, le vendeur n'aura pas de recours contre son participant (1). Je reviendrai plus bas sur cette importante proposition (2).

Réciproquement, en cas de faillite du négociant de Bordeaux, le correspondant de Bayonne ne pourra disputer à ses créanciers personnels la marchandise achetée en participation. Il n'aura pas plus de droits que les autres et viendra avec eux au marc le franc (3).

484. Et comme une telle association n'intéresse pas le public (4) et qu'elle ne forme de lien qu'entre les deux associés, elle n'a pas besoin d'être enregistrée (5).

485. *Deuxième combinaison.*

Je me suis rendu adjudicataire de la ferme de l'octroi d'une grande ville; mais, pour me procurer des ressour-

(1) Pothier, n^o. 61 Rogues, t. 2, p. 238. Savary, t. 1, p. 368 e 369.

(2) *Infra*, n^o 494.

(3) Savary, p. 369.

(4) *Ibid.*, p. 369.

(5) *Ibid.* Rogues, t. 2, p. 239.

ces dont j'ai besoin, j'admets plusieurs capitalistes à participer, avec moi, aux profits et pertes, moyennant qu'ils me fournissent des fonds jusqu'à une certaine somme convenue. Du reste, cette participation doit demeurer inconnue; je suis seul obligé comme fermier de la ville; tous les actes se font en mon nom.

Une telle société est appelée participation par les auteurs (1), et ce n'est pas autre chose.

486. *Troisième combinaison* à peu près semblable à la précédente.

J'ai un intérêt au corps et cargaison d'un navire; je vous en cède une partie moyennant 6,000 fr. que vous me payez. L'expédition se fait, d'ailleurs, en mon nom; seulement, je m'oblige à vous faire part du produit net de l'opération, après avoir prélevé toutes dépenses et dettes. Ces sortes d'associations, très-fréquentes dans nos ports, sont des associations en participation; Émerigon leur donne ce nom (2).

487. *Quatrième combinaison*.

Deux marchands vont ensemble à une foire, et pour ne pas se nuire par une concurrence qui les ferait peut-être suracheter, ils conviennent de faire tous leurs achats en commun pour les partager ensuite. De fait, chacun d'eux achète séparément ce qu'il trouve d'avantageux; puis, tout est rapporté en une masse, et l'on fait les lots suivant la convention.

Cette manière d'acheter en commun est usuelle parmi les revendeurs de meubles qui se rencontrent fortuitement aux encans (3). Elle constitue une société en participation, que l'on a coutume d'appeler *moment-*

(1) Deluca, *De credito*, disc. 87, 88. *De regalib.*, disc. 94. *Infra*, n° 783 et 790.

(2) *Du contrat à la grosse*, ch. 12, sect. 8.

(3) C'était déjà l'usage du temps de Pothier, n° 64.

tanée, parce qu'elle ne dure que le temps nécessaire pour l'achat et pour la vente (1); elle se contracte verbalement, car elle est trop imprévue et trop rapide pour que l'écriture y trouve place (2).

488. *Cinquième combinaison*.

On trouve enfin la simple participation dans l'espèce suivante. Deux ou trois marchands, voyant que le blé est cher en France et bon marché à Odessa, conviennent que Pierre, l'un d'eux, ira dans cette ville pour faire un achat considérable de tant de sacs de froment, et pour envoyer ensuite ces grains dans le port de Marseille à Joseph, autre participant, chargé d'en faire la revente. Du reste, comme il ne s'agit que d'une seule affaire déterminée, ces marchands ne prennent pas de raison sociale. Un seul achète ce qui est convenu; un autre revend seul, et rend compte à ses associés, anonymes pour le public (3). Ces derniers ne sont pas engagés envers les vendeurs des fromens; ils n'ont pas agi collectivement. Celui-là seul qui a paru a contracté des obligations; les tiers ne connaissent pas les autres et ne peuvent de leur chef les rechercher.

489. Telles sont les combinaisons dans lesquelles se rencontre ordinairement la participation. L'ordonnance de 1673 n'en parlait pas, et ce silence était loin d'être un oubli du législateur; la participation lui avait paru trop étrangère à l'intérêt du public qu'il voulait protéger dans les vraies sociétés. Aussi continua-t-elle à

(1) Rogues, t. 2, p. 238.
Pothier, n° 61.

(2) *Ibid.*
Savary, p. 370.

(3) Savary, t. 2, p. 371.
Rogues, t. 2, p. 239.

être pratiquée (1), surtout dans beaucoup d'opérations maritimes, qui, alors comme aujourd'hui, se faisaient presque toujours en compte en participation (2).

Le Code de commerce, croyant être plus complet, a donné sur la participation deux articles qui font suite à l'organisation des sociétés; mais ces quelques mots sont insuffisans pour bien fixer le rôle qu'elle joue dans le droit commercial. Le législateur se borne à la distinguer des trois sociétés normales, la société collective, la société en commandite, la société anonyme; il ne lui donne pas le titre de société, mais celui d'association (3). Elle est relative, dit-il, à une ou plusieurs opérations de commerce; elle a lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participans (4). Tout cela, on l'a fait remarquer avec raison (5), n'en dit guère plus que le silence de l'ordonnance de 1673.

490. Cependant, une chose reste acquise: c'est que la participation n'est pas une vraie société; c'est que, par une continuation des idées qui régnaient sous l'ordonnance de 1673, on ne peut la ranger dans la catégorie des sociétés proprement dites. Elle est une nuance de la société, mais elle n'est pas la société pure. Nous dirons tout à l'heure pourquoi.

491. Les Romains connurent-ils cette nuance? Les empereurs Dioclétien et Maximien parlent d'une partici-

(1) Savary, *loc. cit.*

Rogues, *loc. cit.*

Bornier sur l'ordonn. de 1673.

(2) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 244.

(3) Art. 47.

(4) Art. 48.

(5) MM. Delamarre et Lepoitevin, *loc. cit.*

ipation à un bail de salines (1). Mais, au point de vue où ils étaient placés, ils n'avaient pas de raison pour la séparer de la société proprement dite, et pour ne pas lui en appliquer les principes (2).

492. C'est surtout en Italie que la sagacité des jurisconsultes insista sur les différences de la société pure et de la participation. Les participations étaient très-fréquentes en Italie; elles avaient lieu, non-seulement pour la plupart des spéculations maritimes, mais surtout pour la ferme des revenus publics. Un particulier se rendait adjudicataire de la ferme; c'était une affaire immense. Pour la conduire à bonne fin, en se donnant des auxiliaires, il admettait à y prendre part de grands et nombreux capitalistes (3), qui restaient inconnus du public, mais qui formaient une vaste réunion d'intéressés, tantôt appelés commanditaires, tantôt appelés participans. Ceci prouve combien se sont mépris les jurisconsultes modernes qui ont cru qu'autrefois les sociétés étaient toujours fort restreintes dans le nombre des associés. L'idée d'attirer dans les spéculations commerciales un nombreux concours de capitalistes est donc bien vieille et bien éprouvée par le temps! — Quoi qu'il en soit, ces capitalistes furent exposés de bonne heure à des recherches de la part des tiers qui avaient contracté avec le fermier; d'un autre côté, des dissensions s'élevèrent entre les bailleurs de fonds et les associés en nom.

Les jurisconsultes italiens, éveillés par ces complications d'intérêt, examinèrent donc la participation sous

(1) L. 3 C. *Pro socio.*

(2) V. le numéro suivant où Straccha dit que la participation est une invention de la pratique moderne.

(3) V. *Decis. rotæ Genuæ*, 14, n° 84, 85, et notre préface.

deux aspects, 1^o de participant à participant; 2^o du participant à l'égard des tiers.

493. Sous le premier rapport, la jurisprudence des tribunaux italiens offre de l'incertitude : tantôt les décisions traitent le participant en associé véritable et lui en attribuent les droits contre son co-associé; tantôt ils atténuent la qualité d'associé par la qualité prédominante de bailleur de fonds, de créancier prêteur. Écoutez Straccha dans ses savantes notices des arrêts de la rote de Gênes (1).

Il parle d'un certain Dominique Spinola qui avait donné des fonds à profit et perte à la maison Nicolas-Jean-Jacques et Paul de Aurià, sans se mêler de l'administration; la question était de savoir si Dominique Spinola avait action contre Nicolas qui n'avait pas administré. L'arrêtiste, voulant prouver que le bailleur de fonds ne doit pas souffrir de l'abstention d'un des associés, qualifie d'abord ce bailleur de fonds de *particeps commendans* (2); il accorde bien que la convention le faisait *socius lucri et damni* (3), mais il ne veut pas qu'il soit associé en tout: *non tamen per omnia socius est*. C'est un *particeps*, prout communiter appellatur (4), ayant beaucoup de ressemblance avec le déposant, ou le prêteur. Toutefois, le déposant et le prêteur reçoivent leur nom légal du droit civil: *qui duo contractus a jure recipiuntur* (5). Mais la participation a été introduite par la pratique: *participem verò sola introduxit praxis*; et il ne faut pas s'en étonner, car le maniement des affaires fait naître des combinaisons qui vont au delà des prévisions

(1) Décis. 39.

(2) V. le titre de ce chapitre.

(3) N^o 6.

(4) N^o 9.

(5) N^o 10.

et des formules du législateur: *Nec mirum, quandoquidem plura esse negotia, quàm à legislatoribus adinventata vocabula testatur Ulpianus* (1). Quoi qu'il en soit, le participant convient avec le déposant et le prêteur, en ce que ni les uns ni les autres ne peuvent administrer; que tous ont pour obligés ceux qui ont reçu, et qu'enfin ils ne peuvent être actionnés par les créanciers de ces derniers, ni actionner leurs débiteurs: *nec agere contra debitores, nec conveniri a creditoribus valent* (2). Il s'éloigne aussi de l'associé en ce que, dans la société, l'associé qui a laissé son co-associé s'abstenir ne peut le rechercher comme administrateur; tout ce qui s'est fait quant au mode d'administration est censé avoir été convenu entre tous. Mais comment ceci pourrait-il être opposé au participant qui n'administre pas?

La décision de la rote, rapportée par Straccha, fut basée sur ces idées. Elle accorda contre l'associé une action directe et actuelle, comme s'il eût administré et comme si Dominique Spinola était un simple créancier.

Dans une autre décision (3), l'arrêtiste revient là-dessus; mais son langage n'est déjà plus aussi absolu: il convient de l'identité qui existe, en principe, entre la société et la participation. « *Participem, seu eum qui habet partem in negotio dici proprie socium* » (L. *Cum in societates*, 3, C. *Pro socio*) (4), *ubi socius appellatur, ille qui participaverat in salinis* (5). » Mais, bien qu'il n'y ait pas de différence substantielle entre les associés et les participants, cependant on

(1) L. 4 D. *Prescript. verbis*.

(2) N^o 10.

(3) Décis. 44, n^{os} 22 et 129.

(4) Diocl. et Maxim.

(5) Ce texte porte en effet: « *Si patrem tuum salinarum societatem participasset.* »

est obligé de convenir que toutes les sociétés ne se ressemblent pas et qu'il y en a de différentes espèces (1).

Enfin, dans la décision 46, Straccha fait un pas de plus pour s'éloigner de l'arrêt Spinola. Il repousse toute différence entre l'associé et le participant : « Re- » *verà hæc duo nomina, SOCIUS ET PARTICEPS, in alio non* » *dissentiunt quam nomine. Effectu enim IN OMNIBUS con-* » *cordant (2)... Petens itaque Joannes, ut particeps, lucra* » *et suum capitale, debet reputari socius.* » Ici cependant de quoi s'agissait-il ? D'un certain Jean Grimaldi qui avait mis des fonds à profit et perte dans la société Étienne Cicala et Jean-Baptiste Grimaldi. Ce dernier seul avait administré. La rote décida que, comme associé, Jean Grimaldi avait action contre lui *in solidum* ; mais, à l'égard d'Étienne Cicala, elle pensa que celui-ci, n'ayant rien géré, ne pouvait être recherché qu'après avoir discuté l'associé administrateur, par argument de la loi 65, § 14, D. *Pro socio*, d'après laquelle l'associé en perte doit, avant tout, s'adresser à la caisse commune (ou à celui qui la gère), sauf, s'il y a insuffisance, à demander aux autres associés son indemnité. Remarquons-le bien : la loi précitée ne statue qu'entre associés. A l'égard des tiers, il n'en est pas de même ; les créanciers peuvent assigner solidairement les associés dont le nom fait partie de la raison sociale. « *Secus verò,* » dit Straccha, *quoad extraneos creditores cum dictâ* » *societate contrahentes, qui procul dubio habent* » *quemlibet socium, quorum nomen expressum est, obli-* » *gatum.* »

Jean Grimaldi, quoique participant, est donc considéré comme associé, vrai associé. On lui oppose la loi 65, § 14, qui regarde les associés entre eux. On tire

(1) N° 129.

(2) N° 1.

une profonde ligne de démarcation entre un prêteur, un déposant, un tiers en un mot, et lui.

Et cependant, dans la décision 39, la participation, envisagée d'un autre oeil, avait entraîné un résultat tout contraire. Le participant, assimilé, sous ce rapport, à un tiers, avait triomphé contre un associé qui n'avait pas administré !!

A mon avis toutefois, la bonne manière de décider est la dernière. Dans leurs rapports internes, les participants me paraissent être sur le pied d'associés ; la qualité d'associés leur convient mieux que toute autre.

494. Quant au second aspect, c'est-à-dire, au rapport des participants avec les tiers, je n'aperçois aucune variation dans la jurisprudence des tribunaux italiens, si intéressante à étudier pour tout ce qui tient aux rapports commerciaux. Toujours la participation est signalée, dans ses rapports avec les tiers, comme ne constituant pas les relations de la société : les tiers n'ont pas à argumenter d'une association qui ne s'est pas révélée ; ils n'ont pas d'action contre le co-associé avec lequel ils n'ont pas contracté, tandis que, dans la société, la dette contractée par l'un des associés pour le négoce commun oblige tous les autres. « *In casu societatis,* dit Deluca (1), *debitum ab uno socio, in causam negotii socialis contractum, obligat alterum, —* » et *è converso, exclusâ societate, ac positâ simplici ad-* » *missione ad participationem contrarium dicendum est.* » Cet auteur a souvent reproduit cette distinction (2) ; on la retrouve dans le discours 27 de son livre *De locatione et conductione* (3) ; elle éclate de toutes parts dans ses œu-

(1) *De credito*, disc. 87, n° 7.

(2) *Ibid.*, disc. 88, n° 4, *De credito*.

— disc. 91, n° 15, *De regulib.*

(3) N° 4.

vres. A travers les raisons vives et séduisantes dont elle étincelle, on remarque celle-ci : La société forme un corps ; la substance de l'affaire qui fait l'objet de la société réside en chacun des associés : *substantia in omnibus residet* (1). Mais la simple participation n'a pas cet effet ; elle n'engendre qu'une simple communication des gains et des pertes quand l'affaire est finie.

Casaregis, dont l'opinion est si puissante en droit commercial, fait aussi une différence sensible entre la participation et la société : les participans ne lui apparaissent pas comme de vrais associés. Et pourquoi ? par le motif donné par Deluca : parce que les participans ne sont pas coseigneurs de l'affaire (2). De là cette conclusion : « *Maxima est differentia inter socium et participem, et sic diversi in jure producuntur effectus, quorum præcipui sunt, ut participes non tenentur nisi ad ratam capitalis pro quo participant in negotio; neque ipsi agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent a creditoribus societatis.* »

Finalement, la rote de Gênes vient prêter son importante autorité à ce système. Elle veut qu'on ne confonde pas avec la société la participation, qui ne donne droit qu'à un compte et qui n'est qu'une affaire de participant à participant (3). Elle décide que les actions données aux tiers contre de vrais associés, tous coseigneurs d'une affaire, ne doivent pas être attribuées à ces mêmes tiers contre des participans, qui n'ont pas la maîtrise de l'affaire, dont les droits ne commencent à naître

(1) *De loc. cond.*, disc. 27, nos 4 et 5.

(2) *Non sunt socii, neque in jure formali, negotii considerantur condomini; sed solum sunt participes.* Disc. reg., n° 38.

(3) Décis. 14, n° 120.

que quand l'affaire est finie et se bornent à exiger un compte de profits et pertes (1).

495. Ainsi donc la nuance est bien réelle entre la participation et la société ; elle se résume à ceci : la société fait que toute l'affaire réside dans la personne de chaque associé ; que ce qui se fait au nom de l'un est censé fait au nom des autres ; que tout est commun, simultané, de même que dans un corps animé ce qui touche une des parties réagit sur tout l'ensemble. Au contraire, dans la participation, l'affaire est propre à celui qui agit ; elle est sienne, elle est individuelle. Seulement, quand l'opération est terminée, il y a à rendre un compte de profits et pertes.

En un mot, la société forme un corps moral ; la participation ne reconnaît que des individus.

L'importance de ces idées est grande ; nous en verrons plus tard l'utilité (2).

496. Quelques auteurs (3), voulant signaler les caractères par lesquels la participation marque son originalité, se sont enquis de la durée de l'opération, ou de l'unité de l'affaire, ou de ce qu'elle pouvait avoir de déterminé ou d'indéterminé, de présent ou de futur. M. Locré croit avoir tout dit avec ces paroles : « L'association en participation n'est qu'un *marché d'un moment*, relatif à quelque opération passagère, et en cela elle diffère de la société dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus (4). »

(1) Décis. 14, nos 56, 61, 86, 118, 119, 120.

Au surplus, voyez *infra*, n° 783, l'affaire Pallavicini.

(2) *Suprà*, n° 82. *Infrà*, n° 864.

(3) Entre autres MM. Malpeyre et Jourdain, nos 409 et 480. M. Pardessus, t. 4, n° 143 et suiv.

(4) Observations sur l'art. 47. *Junge* M. Persil fils, sur l'art. 47,