RELIURE J. NOBLECOURT
1996

Source BIU Cujas

COURS

DE

DROIT COMMERCIAL

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Source BIU Cujas

Don de Mme Tournyol du Clos mère
Ex libris Henri-Jean Tournyol du Clos,
agrégé des Facultés de droit, mort au champ
d'honneur

ERNEST THORIN, Éditeur

DU MÊME AUTEUR

MANUEL DE DROIT COMMERCIAL, 2e éd. (1890), 1 vol. in-8.. 10 »»

LE DROIT DANS LA FAMILLE. Etudes de droit rationnel et de droit positif, gr. in-8°, 1864..... 6 »»

COURS DE DROIT NATUREL OU DE PHILOSOPHIE DU DROIT. Paris, in-8°, 1870 (*épuisé*).

COURS DE DROIT COMMERCIAL, 4e édition, mise par des Suppléments au courant des Lois récentes. Paris, un très fort volume gr. in-8° (1890)..... 16 »»

DU DIES INCERTUS. Paris, brochure in-8°, 1885..... 2 »»

THÉORIE JURIDIQUE DU COMPTE COURANT, gr. in-8°..... 2,50

Imprimerie générale de Châtillon-sur-Seine. — M. PEPIN.

Source BIU Cujas

54582

COURS

DE

DROIT COMMERCIAL

PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PAR

A. BOISTEL

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

QUATRIÈME ÉDITION

Mise par des Suppléments au courant des Lois récentes

PARIS

ANCIENNE LIBRAIRIE THORIN ET FILS

LIBRAIRIE A. FONTEMOING, Éditeur

DU COMITÉ DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE

ET DE LA SOCIÉTÉ DES ÉTUDES HISTORIQUES

RUE LE GOFF, 4

1890

Source BIU Cujas

PRÉFACE.

J'ose espérer que le public voudra bien faire à cette nouvelle édition le même accueil qu'aux précédentes. Je n'ai rien négligé pour la rendre digne du même succès. Fidèle à la pensée qui m'avait tout d'abord fait prendre la plume, j'ai voulu que ce *Cours de Droit commercial* présentât aux étudiants l'exposé complet de ce qu'ils doivent savoir pour se dire parfaitement initiés à la législation commerciale française et pour passer un bon examen. J'ai voulu de plus qu'il fût pour le jurisconsulte et le négociant le guide sûr que l'on consulte toujours avec fruit, le livre sommaire que l'on conserve toujours sous sa main, sur son bureau, et où l'on est certain de trouver immédiatement le renseignement dont on a besoin et les moyens de se procurer facilement des informations plus approfondies. J'ai cru pouvoir offrir au public ces avantages sans diminuer l'intérêt scientifique de mon œuvre. Bien au contraire, l'analyse philosophique des principes, la clarté et la rigueur de la méthode permettent de placer chaque question à l'endroit même où l'on aura d'abord l'idée de la chercher. C'est ce que je me suis efforcé de faire ; et plusieurs juges compétents, maîtres de la science ou praticiens, jurisconsultes ou commerçants, ont bien voulu, me donner l'assurance que je n'avais pas trop mal réussi dans cette partie de ma tâche. Une table analytique très détaillée permettra, après un coup d'œil sommaire, de mettre immédiatement le doigt sur le siège de chaque matière ; et une table alphabétique fournit le moyen de retrouver les questions qui, par leur nature mixte, sont susceptibles d'occuper plusieurs places dans la synthèse générale du Droit commercial.

Outre de nombreuses corrections de détail tendant surtout à une meilleure exposition des matières, une amélioration très importante a été réalisée dès la seconde édition. Conformément au vœu émis par

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Source BIU Cujas

des lecteurs fort instruits des besoins de la pratique, j'ai cru devoir sous chaque solution citer l'opinion des auteurs qui l'ont admise, en même temps que je tenais parfaitement au courant les indications de jurisprudence, déjà fort appréciées dans ma première édition. Les notes, qui contiennent ces renseignements, faciliteront au lecteur les recherches ultérieures et les citations; elles permettront à ceux qui voudront approfondir une matière de trouver immédiatement dans des livres plus développés toutes les indications dont ils auront besoin: les détails pratiques, les travaux d'histoire et d'érudition, une exposition plus développée des discussions et des arguments. De plus ces notes compléteront utilement l'étude des questions controversées; car lorsque l'on étudie un sujet, il n'est pas indifférent de savoir si telle opinion est isolée ou consacrée par des autorités plus ou moins nombreuses, et de constater comment se groupent ces autorités sous les diverses questions.

Dans un intérêt de brièveté, je me suis abstenu en général de reproduire à côté des noms d'auteurs, le titre de leurs ouvrages, toutes les fois du moins qu'il n'y avait pas de confusion possible; un *répertoire bibliographique*, placé à la suite de cette préface, fournira sur ces ouvrages tous les renseignements nécessaires. Je me permets d'insister pour que mes lecteurs consultent aussi, à la suite de cette préface, l'*explication des signes et abréviations*; ils y trouveront l'indication de quelques autres procédés matériels employés pour éviter les redites, les phrases indifférent, et pour réduire le texte au plus strict nécessaire, sans porteratteinte à la clarté.

Si je me suis autant préoccupé d'obtenir la brièveté de la forme, c'est afin de pouvoir condenser plus de matériaux dans ce *Précis*, et d'en faire un ouvrage tout à fait complet. Quand je dis un ouvrage tout à fait complet, je n'ai pas la prétention insensée d'avoir résnmé tout ce qui a été écrit sur le Droit commercial, et d'offrir des solutions toutes prêtes pour toutes les questions qui peuvent se présenter dans la pratique. Un pareil travail est impossible, et une promesse de ce genre serait une tromperie pour le public; on ne saurait prévoir les innombrables combinaisons de faits qui peuvent se produire. Il faut même aller plus loin, et dire qu'aucun enseignement oral ou écrit ne peut fournir les moyens de résoudre tous les problèmes que les faits peuvent faire surgir. Une pratique assidue et une intelligence droite peuvent seules donner ce talent; car c'est de lui qu'il est vrai de dire : ce n'est pas une

Source BIU Cujas

science, c'est un *art*, *ars boni et æqui*. Ce qui est vraiment scientifique, ce qu'un livre de Droit peut et doit contenir, c'est avant tout l'exposition des principes, non pas de principes abstraits et purement théoriques, mais de ceux qui sont mis en jeu par les réalités de la pratique des affaires; ce sont les combinaisons diverses de ces règles, dans les cas qui peuvent faire naître un conflit apparent; ce sont enfin les conséquences les plus importantes de ces principes et de leurs combinaisons, ouvrant dans toutes les directions les voies que la pratique aura à suivre, lui donnant l'impulsion première, lui indiquant la route à tenir, et l'abandonnant ensuite aux lumières du bon sens et au sentiment des réalités. Telles sont les limites que je me suis volontairement posées dans cet ouvrage ; j'ai éliminé avec soin toutes les questions d'espèces: mais j'ai développé tout ce qui présente un intérêt général, tout ce qui peut fournir des applications fécondes. Loin de m'en tenir aux principes abstraits, j'ai cherché à descendre profondément dans la réalité des choses et à éclairer les règles par de nombreux exemples, choisis parmi ceux qui en montrent le mieux la portée. C'est dans les limites de ce cadre ainsi défini que je me suis efforcé de faire un travail complet.

Pour remplir mon programme, j'ai mis à contribution tout d'abord les auteurs qui en si grand nombre ont concouru, dans les temps anciens et modernes, à former la science du Droit commercial. Les notes reflètent en abrégé les résultats de cette immense élaboration scientifique, qui représente le travail accumulé de tant de générations. — J'ai puisé aussi à toutes les sources qui pouvaient m'apporter des notions précises sur la pratique des affaires commerciales, notions que j'ai voulu fondre avec les théories scientifiques, plus intimement qu'aucun ouvrage ne l'avait fait jusqu'ici. Je ne me suis pas borné à consulter les livres écrits sur la pratique commerciale, sur la comptabilité, sur le compte courant, sur les banques, sur les chèques, sur les bourses et toutes les opérations qui s'y font; j'ai pris des renseignements directs auprès des commerçants eux-mêmes toutes les fois que cela m'a été possible. Enfin j'ai trouvé tous ces éléments très excellemment mis en œuvre, dans les deux dernières sources d'informations dont il me reste à parler, la jurisprudence, et l'enseignement éminent de M. Rataud à la Faculté de Droit de Paris.

A raison du caractère essentiellement pratique et progressif du Droit commercial, la jurisprudence présente en cette matière une importance tout à fait spéciale. Ses décisions portent, en effet, toujours le cachet de

Source BIU Cujas

l'alliance la plus heureuse entre une connaissance sérieuse des vérités pratiques, et une science très profonde des principes du droit. C'est le résultat de l'excellente organisation de nos juridictions commerciales : chaque procès, éclairé à son début par des praticiens consommés, jugé en premier ressort par les magistrats consulaires qui vivent au milieu de la pratique des affaires, qui les font eux-mêmes journellement, vient se soumettre à une discussion plus scientifique devant les cours d'appel ; et lorsque, accompagné de tous ces éléments d'instruction, il arrive devant le contrôle régulateur de la Cour suprême, il a été tellement scruté de tous côtés, que la lumière s'est faite dans toutes ses parties, et que la décision dernière emprunte une très grande valeur à la fusion de tous ces éléments divers. La jurisprudence arrive ainsi à constituer un corps de doctrines, admirablement approfondi, et presque toujours très savamment construit dans son ensemble.

Enfin, c'est pour moi un bonheur, en même temps qu'un devoir de reconnaissance, d'exprimer ici tout ce que je dois à mon savant maître, M. Rataud, qui a transformé à Paris l'enseignement du Droit commercial, et qui se fait un plaisir de communiquer généreusement ses vues personnelles sur tous les points du droit, ainsi que les renseignements qu'il a su recueillir par ses recherches infatigables. Malheureusement, je n'ai pas pu citer M. Rataud autant que je l'aurais voulu, et cela pour deux raisons. D'abord, il y a des idées générales, des aperçus ingénieux qui éclairent toute une matière, qui inspirent toute une théorie, mais qu'on ne peut isoler de l'ensemble, et sous lesquels on ne peut mettre un nom. Ensuite, tant qu'un auteur n'a pas lui-même exprimé sa pensée par écrit, on n'est jamais sûr de la rendre exactement; on n'est pas certain que la marche des idées ne l'aura pas amené à en modifier quelque peu la formule. Enfin, celui qui voudrait la reproduire a souvent beaucoup de peine à distinguer dans ses souvenirs ce qui vient de l'auteur premier et ce qu'il y a ajouté par ses réflexions personnelles. Aussi, malgré l'autorité que le nom de M. Rataud eût donnée à un grand nombre de mes solutions, je n'ai pas osé le citer expressément de peur d'altérer sa pensée, et j'ai dû me contenter, à mon grand regret, de cette indication générale dont le lecteur, je l'espère, voudra bien se souvenir pour rendre à chacun ce qui lui est dû.

Source BIU Cujas

EXPLICATION DES SIGNES ET ABRÉVIATIONS.

aff.	affirmative (indique une décision dans le sens de l'affirmative sur une question controversée).
al.	alinéa.
arr.	arrêté.
art. (1).	article.
Cass.; cass.	Arrêt de la Cour de cassation *cassant* une décision judiciaire.
C. civ.	Code civil.
C. comm.	Code de commerce.
C. com. ital.	Code de commerce italien (2).
cf.	comparez.
ch.	chapitre
cons.	consultez.
Cons., Cons. d'Et.	Conseil, Conseil d'Etat.
C. P. ou C. pén.	Code pénal.
C. pr. ou C. pr. civ.	Code de procédure civile.
D. (3).	Dalloz.
D. P. (4).	Dalloz périodique.
Décr.	Décret.
etc. (5).	*et cætera.*
ex.	exemple.
h. l.	*hoc loco*, à l'endroit indiqué.
in fine.	à la fin.
infrà.	ci-dessous.
initio.	au commencement.
J. Bordeaux.	Mémorial de jurisprudence commerciale et maritime de Bordeaux (6).

(1) Les citations d'articles sans indication du code auquel ils appartiennent se réfèrent en général au code de commerce, sauf dans les cas où le contexte indique suffisamment qu'elles sont empruntées au code civil.

(2) Observation importante : Les numéros des articles cités jusqu'à la page 145, doivent être tous augmentés d'une unité : ils ont été pris sur une édition provisoire; le texte définitif, promulgué seulement le 31 octobre 1882, contient un article de plus dès le début.

(3) Cette indication toute seule se réfère au *Recueil alphabétique* de la collection de MM. Dalloz, intitulé *Jurisprudence générale.* Ainsi D., v° *Cassation,* n° 1403, signifie Dalloz, *Recueil alphabétique*, au mot *Cassation*, numéro 1403.

(4) Cette indication se réfère au *Recueil périodique* de MM. Dalloz. Ainsi D. P. 57. 2. 135, signifie : Dalloz périodique, volume 57, ou année 1357, 2e partie, page 135. Chaque volume de ce recueil présente en effet cinq parties, ayant chacune une pagination distincte.

(5) Ces mots, à la suite d'une citation d'arrêt, indiquent qu'il y a plusieurs autres arrêts dans le même sens. Ces arrêts sont toujours *plus anciens* que l'arrêt cité; car nous nous sommes fait une loi de citer le dernier arrêt, celui-ci permettant, au moyen des renvois qui sont dans tous les recueils, de retrouver tous les arrêts antérieurs.

(6) V., pour le mode de citation, la note 4 ci-dessus.

Source BIU Cujas

J. Mars.	Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille (Girod et Clariond) (1).
J. Nantes.	Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes (2).
J. Pal.	Journal du Palais (3).
jur.	jurisprudence.
jur. const.	jurisprudence constante.
L.	Loi.
LL.	Lois.
loc. cit.	*loco citato*, à l'endroit cité.
ll. citt.	*locis citatis*.
nég.	négative (décision dans le sens de la négative, sur une question controversée).
Ord.	Ordonnance.
p.	page.
p. ex.	par exemple.
❡.	indique une question controversée.
Rej.	Arrêt de rejet; arrêt de la Cour de cassation rejetant un pourvoi.
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation.
S. (4).	Sirey.
1re S., 2e S. (5).	1er Système, 2e Système.
sect.	section.
suprà.	ci-dessus.
t.	tome.
tit.	titre.
Trib.	jugement d'un tribunal civil.
Trib. comm.	jugement d'un tribunal de commerce.
v. ou V.	Voyez.
v°...	au mot...
§.	paragraphe.
(!).	Ce point d'affirmation indique dans les questions controversées le système adopté par l'auteur.

NOTA.

Dans les citations de jurisprudence, un nom de ville suivi d'une date indique un *arrêt* de la *Cour d'appel* de cette ville. Ainsi Paris, 19 février 1860, indique un arrêt de la Cour de Paris du 19 février 1860.

(1) Même observation.

(2) Même observation.

(3) Recueil général de jurisprudence, qui se confond maintenant avec le Sirey. V. la note suivante.

(4) Recueil de Sirey. Voyez la note 4, page précédente, pour la manière de citer ce recueil, qui est entièrement périodique.

(5) Le système adopté par l'auteur est accompagné d'un point d'affirmation (!). A défaut de ce signe, c'est le dernier des systèmes exposés. — Après l'énoncé de chaque système, les deux points (:) indiquent que là commence l'exposition des arguments de de ce système; les divers argument sont séparés par un point et virgule, suivi d'un trait (; —).

Source BIU Cujas

RÉPERTOIRE BIBLIOGRAPHIQUE

OU

TABLE ALPHABÉTIQUE DES OUVRAGES CITÉS EN ABRÉGÉ DANS CE VOLUME (1).

ALAUZET. Commentaire du code de commerce et de la législation commerciale, 2e édit. 1868-1871. 1 vol.

AMELINE. Sociétés en commandite par actions. 1868. 1 vol.

AUBRY et RAU. Cours de Droit civil français, 4e édit. 8 vol.

BEAUSSANT. Code maritime. 1840. 2 vol.

BÉDARRIDE. Commentaires sur les différents Titres du Livre 1er et sur les Livres II, III et IV du code de commerce.

— Commentaire de la Loi du 14 juillet 1867 sur les sociétés par actions, etc. 1871. 2 vol.

— Commentaire de la Loi du 14 juin 1865 sur les chèques. 1874. 1 vol.

— Commentaire de la Loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime. 1878. 1 vol.

BENEKCE. Traité des principes d'indemnité en matière d'assurance maritime et de grosse aventure, traduit de l'anglais par DUBERNAD. 1825. 2 vol.

BESLAY. Commentaire du code de commerce : — des Commerçants. 1867. 1 vol. ; — des Sociétés en commandite par actions. 1869. 1 vol.

BOILEUX. V. BOULAY-PATY.

BOITARD et COLMET-DAAGE. Leçons de procédure civile, 13e édit. 1879. 2 vol.

BONCENNE. Traité de la procédure civile, 2e édit. 1837-1844. 6 vol.

BONNIER. Traité des preuves, 4e édit. 1873. 2 vol.

BOULAY-PATY. Traité des faillites, réédité par BOILEUX. 1849. 2 vol.

— Cours de Droit commercial maritime. 1834. 4 vol.

— Traité des assurances et contrats à la grosse d'Emérigon mis en rapport avec le code de commerce. 1826. 2 vol.

BOZÉRIAN. La Bourse, etc. 2 vol.

BRAVARD Traité de Droit commercial, publié et continué par DEMANGEAT. 1862-1875. 6 vol.

— Manuel de Droit commercial, 7e édit. 1868. 1 vol.

(1) Ce répertoire ne comprend pas les ouvrages cités accidentellement et dont le titre est donné *in extenso* dans les citations. — Pour les ouvrages composés de plusieurs traités, ou, comme les dictionnaires ou répertoires, de plusieurs articles, le titre de chaque traité ou article est mentionné dans les premières citations relatives à chaque matière nouvelle, mais n'est généralement pas répété dans les citations suivantes.

Source BIU Cujas

BUCHÈRE.	Traité théorique et pratique des opérations de bourse 1877. 1 vol.
CARRÉ et CHAUVEAU.	Les lois de la procédure civile et administrative, 4e édit. 1862-1867. 9 tomes en 11 vol.
CAUMONT (Aldrick).	Dictionnaire de Droit maritime. 1867. 1 vol.
CAUVET. (J).	Traité des assurances maritimes. 1862. 2 vol.
CAUVET (Em).	Traité des assurances maritimes. 1879-1881. 2 vol.
CAUWÈS.	Précis d'économie politique; 2e éd. 1882-1883. 2 vol.
CHAUVEAU (Ad.).	V. CARRÉ.
COIN-DELISLE.	Commentaire analytique du code civil.
COLMET de SANTERRE.	V. DEMANTE.
DE COURCY.	Les sociétés anonymes. 1869. 1 vol.
—	Commentaire des polices françaises d'assurance maritime. 1874. 1 vol.
—	Questions de Droit maritime. 1877-1879. 2 vol.
—	Opuscules divers.
COURTOIS.	Traité élémentaire des opérations de bourse et de change, 8e édit. 1881. 1 vol.
CRESP.	Cours de Droit maritime, publié et complété par LAURIN. 1876-1883. 4 vol. parus.
CUBAIN.	Traité des droits des femmes. 1842. 1 vol.
CURASSON.	Traité de la compétence des juges de paix. 2 vol.
DA.	Du compte courant. 1877. 1 vol.
DAGEVILLE.	Commentaire du code de commerce. 1827. 4 vol.
DALLOZ.	Répertoire alphabétique ou jurisprudence générale.
DELABORDE.	Traité des avaries particulières sur marchandises. 1838. 1 vol.
DELAMARRE et LEPOITVIN (1re éd.).	Traité du contrat de commission. 1845-1855. 6 vol.
— (2e éd.).	Traité théorique et pratique de droit commercial. 1860-1861. 6 vol. (2e édit. refondue du précédent ouvrage) (1).
DELANGLE.	Commentaire sur les sociétés commerciales. 1843. 2 vol.
DELVINCOURT.	Cours de code civil. 3e édit. 1834. 3 vol.
—	Institutes du droit commercial français, 1834. 2 vol.
DEMANGEAT.	V. BRAVARD.
DEMANTE.	Cours analytique de code civil, continué par COLMET de SANTERRE. 1849-1880. 9 vol. parus.
DEMOLOMBE.	Cours de code Napoléon. 1874-1878. 30 vol. parus.
DESJARDINS (Arth.).	Traité de droit commercial maritime. 1878-1882, 3 vol. parus.
DESPREAUX.	Compétence des tribunaux de commerce. 1836. 1 vol.
DEVILLENEUVE et MASSÉ.	Dictionnaire du contentieux commercial, 6e édit. par DUTRUC. 1875. 2 vol.
DIETZ.	Du compte courant. 1 vol.
DROZ.	Traité des assurances maritimes. 1881. 2 vol.

(1) C'est à cette 2e édition que se réfèrent toutes nos citations toutes les fois qu'il n'y a pas d'indication contraire.

Source BIU Cujas

DUBERNAD.	V. BENECKE.
DUFOUR (Edm.).	Droit maritime. 1859. 2 vol.
DURANTON.	Cours de Droit français. 22 vol.
DUVERDY.	Contrat de transport, 2e édit. 1874. 1 vol.
DUVERGIER.	Collection complète des lois, décrets, etc. 1788-1882.
—	Traité de la vente. 2 vol.
—	Contrat de société. 1 vol.
ESNAULT.	Traité des faillites et banqueroutes. 1846. 3 vol.
ESTRANGIN.	Traité du contrat d'assurance de Pothier, annoté. 1810. 1 vol.
G. FABRE.	Des courtiers. 1882. 2 vol.
FEITU.	Traité du compte courant. 1873. 1 vol.
FENET.	Recueil des travaux préparatoires du code civil. 1836. 15 vol.
FOUREIX.	Traité des sociétés commerciales. 1856. 1 vol.
—	Des représentants de commerce. 1862. 1 vol.
FREMERY.	Etudes de Droit commercial. 1835. 1 vol.
FRESQUET.	Des abordages maritimes. 1869. 1 vol.
DE FRESQUET.	Précis du cours de Droit commercial maritime. 1871. 1 vol.
GADRAT.	Traité des faillites et banqueroutes, 2e édit. 1864. 1 vol.
GOUJET et MERGER.	Dictionnaire de Droit commercial, 2e édit. 1852. 1 vol. V. Ruben de Couder.
HELBRONNER.	Du compte courant. 1867. 1 vol.
HORSON.	Questions sur le code de commerce. 1829. 2 vol.
LAINNÉ.	Des faillites et banqueroutes. 1839. 1 vol.
LAROQUE-SAYSSINEL et DUTRUC.	Formulaire général des faillites et banqueroutes, 3e édit. 1877. 2 vol.
LAURIN.	V. CRESP.
LEHIR.	Annales du Droit commercial (annuel).
LEMONNIER.	Commentaire sur les principales polices d'assurance maritime. 1843. 2 vol.
LOCRÉ.	Esprit du code de commerce, 1re édit. 1815. 8 vol. — 2e édit. 1830. 4 vol.
—	Législation civile, commerciale et criminelle de la France (Travaux préparatoires). 31 vol.
LYON-CAEN et RENAULT.	Précis de droit commercial. 2 fascicules parus. 1879, 1882.
MALEPEYRE et JOURDAN.	Traité des sociétés commerciales. 1833. 1 vol.
MALLET.	L'hypothèque maritime. 1877. 1 vol.
MALLEVILLE.	Analyse raisonnée de la discussion du code Napoléon au Conseil d'Etat. 1821. 4 vol.
MARCADÉ et PONT.	Explication du code Napoléon. 12 vol.
MASSÉ.	Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil, 3e édit. 1874. 4 vol.
—	V. DEVILLENEUVE.
MATHIEU et BOURGUIGNAT.	Commentaire de la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867. 1868. 1 vol.

Source BIU Cujas

MERLIN.	Répertoire de jurisprudence, et Questions de Droit.
MOLINIER.	Traité de Droit commercial, 1 vol. paru. 1841.
MOLLOT.	Bourses de commerce, agents de change et courtiers. 1853. 2 vol.
MOREL.	Commentaire sur l'hypothèque maritime. 1875. 1 vol.
NAMUR.	Droit commercial avec renvoi à la jurisprudence belge. 1866. 2 vol.
NOBLET.	Du compte courant. 1848. 1 vol.
NOUGUIER.	Des lettres de change et des effets de commerce, 4e édit. 1875. 2 vol.
—	Commentaire des lois de 1865 et 1874 sur les chèques, 2e édit. 1874. 1 vol. (avec Espinas).
—	Des tribunaux de commerce, des actes de commerce, etc. 1844. 3 vol.
ORILLARD.	De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce. 1855. 1 vol.
PAIGNON.	Commentaire de la loi sur les sociétés en commandite par actions. 1856. 1 vol.
PARDESSUS.	Collection des lois maritimes. 1828-1845. 6 vol.
—	Cours de Droit commercial, 4e édit. 1856-1857. 4 vol.
PARIS.	Le Droit commercial français. 1854. 1 vol.
PAULMIER.	Etude sur l'hypothèque maritime. 1877. 1 vol.
PERSIL (J.).	Régime hypothécaire, 4e édit. 1833. 2 vol.
PERSIL fils (Eug.).	Des sociétés commerciales. 1833; — De la lettre de change. 1837; — Des assurances terrestres. 1834. — 3 vol.
— et CROISSANT.	Commentaire sur les achats et les ventes. 1838. 1 vol.
PONT.	V. MARCADÉ.
—	V. RODIÈRE.
RENOUARD.	Traité des faillites et banqueroutes, 3e édit. 1857. 3 vol.
RIVIÈRE.	Commentaire de la Loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés par actions. 1868. 1 vol.
—	Répétitions écrites sur le code de commerce. 1 vol.
RODIÈRE et PONT.	Traité du contrat de mariage. 1865-1869. 3 vol.
ROMIGUIÈRE.	Commentaire de la Loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions. 1861. 1 vol.
—	Commentaire de la Loi sur les sociétés à responsabilité limitée. 1863. 1 vol.
RUBEN de COUDER.	Dictionnaire de droit commercial (3e édition de Goujet et Merger) 1877-1881. 6 vol.
SAINT-NEXENT.	Traité des faillites et banqueroutes. 1844. 3 vol.
SARRUT.	Législation et jurisprudence sur le transport des marchandises par chemin de fer. 1874. 1 vol.
SEBIRE et CARTERET.	Encyclopédie du droit.
SIBILLE.	Jurisprudence et doctrine en matière d'abordage. 1853. 1 vol.
TEULET et CAMBERLIN.	Journal des tribunaux de commerce (annuel).
TOULLIER.	Droit civil français, 6e édit. 1846-1848, 14 vol.

Source BIU Cujas

TROPLONG.	Commentaires sur plusieurs titres du code civil. 27 vol.
VALETTE.	Explication sommaire du livre Ier du code Napoléon. 1859. 1 vol.
—	Cours de code civil ; 1er vol. in-12, 1873. 2e vol. in-8°, 1879.
DE VALROGER.	Commentaire du livre II du code de commerce. 1881-1883. 2 vol. parus.
VAVASSEUR.	Des sociétés en commandite par actions. 1856. 1 vol.
—	Traité des sociétés civiles et commerciales. 1878. 2 vol.
VAZEILLE.	Traités du mariage, des successions, donations et testaments, de la prescription.
VINCENS.	Exposition raisonnée de la législation commerciale. 1834. 3 vol.
ZACHARIÆ.	Cours de Droit civil français ; traduction de MASSÉ et VERGÉ. 5 vol., ou d'AUBRY et RAU. 8 vol.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

INTRODUCTION.

1. **L'utilité des études de Droit commercial** n'a pas besoin d'être démontrée de nos jours.

Les faits de commerce se mêlent tellement à toutes les opérations journalières de la vie, que personne ne peut se flatter de rester même pour peu de temps en dehors de leur domaine. Depuis le négociant, puissant ou modeste, qui vit presque uniquement dans ce milieu, jusqu'à l'humble consommateur qui va lui demander les choses nécessaires à son existence; depuis le grand capitaliste, usant largement des institutions de crédit et des ressources de la Bourse, jusqu'au petit rentier, cherchant à tirer le meilleur parti de ses maigres épargnes, tout le monde a besoin de connaître les lois qui président aux transactions commerciales.

Par la même raison, pareille nécessité s'impose au jurisconsulte qui, sans des études sérieuses de Droit commercial, ne peut espérer connaître à fond aucune partie du Droit.

2. **L'intérêt scientifique** se joint d'ailleurs à l'utilité pratique pour encourager à l'étude du Droit commercial.

D'abord c'est de toutes les parties de notre législation celle qui tient de plus près au Droit civil, dont elle n'est en quelque sorte qu'un rameau, ayant pourtant sa sève propre et ses lois particulières de développement. Les règles générales des *obligations* dominent tous les contrats dont la multiplicité constitue la vie même du commerce; les *sociétés* restant presque à l'état rudimentaire en Droit civil, ne prennent leur entier développement que dans le Droit commercial; le *mandat*, le *cautionnement*, la *solidarité*, s'y rencontrent à chaque pas; le droit pour les créanciers d'exercer les actions de leur débiteur, et celui de méconnaître les actes faits en fraude de leurs droits y trouvent mille applications intéressantes; enfin on ne saurait comprendre la *déconfiture*, ni étudier sérieusement les *droits des femmes mariées*, et la matière des *privilèges et hypothèques*, sans approfondir les règles de la faillite.

Un autre intérêt, non moins grand, du Droit commercial, c'est la simplification des formalités. On y voit les engagements les plus considérables et les plus délicats constatés avec toute leur force juridique par un écrit de quelques lignes, quelquefois au moyen de deux mots inscrits par un officier public sur son carnet. On y voit une nombreuse série d'obligations et de rapports

Source BIU Cujas

très compliqués se condenser en quelques phrases qui tiennent toutes sur une très petite feuille de papier (lettre de change, billet à ordre, chèque, warrant, lettre de voiture).

Enfin l'attrait de ces études est complété par le caractère essentiellement vivant et progressif des institutions commerciales. Lorsqu'on pénètre, comme cela est indispensable aujourd'hui, dans les détails de la pratique des affaires, on est émerveillé de tout ce que leur mécanisme a d'ingénieux et souvent de grandiose dans sa simplicité. Si l'on contemple avec un vif intérêt ces machines merveilleuses, employées par l'industrie pour faire avec une exactitude mathématique les travaux les plus délicats sous la main d'un simple ouvrier, c'est avec un charme encore plus vif qu'on étudiera ces ressorts cachés et ces leviers puissants qui permettent à un seul négociant de mettre en mouvement d'un bout du monde à l'autre, hommes et choses, crédit et capitaux, pour faire converger tout ce mouvement vers le point fixé d'avance par les nécessités de ses affaires. Que l'on admire le génie humain qui sait mettre en œuvre la matière avec tant de précision; mais que l'on réserve une admiration non moins profonde pour l'homme versé dans la *mécanique* des affaires, qui doit chaque jour organiser de toutes pièces une combinaison nouvelle pour parer à la variabilité infinie des circonstances, et qui n'a pas le droit de se tromper, exposé qu'il est à payer de sa fortune et de son honneur la moindre inexactitude dans le résultat final des opérations qu'il a voulu réaliser.

En présence de ces faits si originaux de la vie commerciale, en présence des progrès incessants de l'invention humaine dans cette sphère, le **rôle du jurisconsulte** s'élève et s'agrandit; celui-ci doit suivre ces progrès par un développement continu de la science. Il s'agit pour lui de faire la théorie juridique de ces rapports nouveaux, de ces contrats incessamment créés ou modifiés; il lui faut pour cela élargir les principes, en acquérir une vue plus haute et plus compréhensive, découvrir sous la variabilité incessante des formes la permanence des grandes vérités morales, analyser soigneusement l'essence de chaque chose, éliminer les accidents; éclairer la pratique sans gêner son essor; ramener ses écarts sans méconnaître ses conditions vitales, qui ne sont jamais, si l'on sait les comprendre, en désaccord avec les règles absolues du juste; et enfin résumer toutes les solutions patiemment élaborées dans une synthèse puissante, seule digne en dernière analyse du nom de *science*.

Les petits esprits en présence de l'infinie variété des *faits* tendent à croire qu'il n'y a plus de principes, et s'en remettent pour les solutions juridiques aux lumières vacillantes d'une conscience plus ou moins bien inspirée; mais les esprits vraiment philosophiques croient avec une foi inaltérable à l'unité de la vérité, à l'unité de la morale, à l'unité de la science; ils veulent trouver cette unité; et, puisqu'ils le veulent, avec le travail et l'aide de Dieu, ils la trouvent.

Dans cette introduction, nous consacrerons trois paragraphes à l'étude des trois sujets suivants : — 1° Rôle social et économique du commerce; caractères généraux de la législation commerciale; — 2° Origines et rédaction du Code de commerce; — 3° Autres éléments de la législation commerciale.

Source BIU Cujas

§ 1er

Rôle social et économique du commerce; caractères généraux de la législation commerciale.

3. **Rôle moral et social du commerce.** — Les études littéraires, si fécondes à d'autres points de vue pour l'éducation de la jeunesse, préparent peu à estimer le commerce et à apprécier justement son rôle social. L'antiquité classique dédaignait tout travail autre que le travail intellectuel ou le travail agricole; le commerce était laissé aux esclaves, aux affranchis, aux gens les plus humbles et aux étrangers. Il était en honneur seulement chez les peuples qui ne nous ont point laissé de littérature.

Les préjugés fondés sur les souvenirs de l'antiquité ont les plus fâcheuses conséquences pour notre société moderne notamment l'encombrement des carrières dites libérales, des places gouvernementales, du journalisme; l'envahissement de la politique par une foule de déclassés et d'inutiles (1).

Au contraire, le commerce a un rôle très grand et très noble. Au point de vue moral individuel, c'est une forme de la grande loi du travail : *Tu gagneras ton pain à la sueur de ton front.* Cette forme est déterminée par la loi économique de la division du travail : chacun, au lieu de produire tout ce qui lui est nécessaire, produit une seule espèce de valeur en grande abondance et se procure, par voie d'échange, tout ce dont il a besoin; il obtient ainsi une bien plus grande somme de jouissances que s'il produisait tout lui-même. Au point de vue moral général, et au point de vue de la loi de charité et du patriotisme, chacun concourt ainsi à produire pour la société tout entière une immense multiplication des richesses : chacun a infiniment plus de bien-être sans que personne soit dépouillé (2). Comme Bastiat l'a très bien montré, dans l'antiquité classique on ne connaissait qu'un moyen pour s'enrichir; il est élémentaire : c'était d'aller prendre la richesse là où elle se trouvait, de sorte que la fortune d'un individu ou d'un peuple ne pouvait s'établir que par la ruine d'autres individus ou d'autres peuples. Mais heureusement la civilisation moderne « *a changé tout cela* » : grâce à la division du travail entre les individus et les nations, chacun, en produisant beaucoup au delà de ses besoins, peut accroître indéfiniment ses satisfactions, et augmente en même temps la masse générale de biens, qui assure la prospérité matérielle de l'humanité (3).

Donc, il y a une grande dignité dans le commerce et dans le rôle du commerçant, à la condition qu'il ne voie pas seulement le lucre, qu'il comprenne les côtés élevés de sa profession, qu'il soit honnête, et n'exclue pas toute occupation ou préoccupation intellectuelle.

(1) V. plusieurs des petits pamphlets de Bastiat, notamment : *Baccalauréat et socialisme.* Œuvres complètes, t. IV, p. 442. Paris, Guillaumin, in-18, 1863.

(2) V. Bastiat, *Harmonies économiques*, ch. Ier, *Organisation naturelle.* Œuvres complètes, t. VI, p. 25.

(3) V. dans les petits pamphlets de Bastiat, celui porte le titre *Propriété et spoliation.* Œuvres complètes, t. IV, p. 394.

Source BIU Cujas

Entre les nations, le commerce est le plus puissant instrument de civilisation et le plus sûr garant de la paix.

4. **Place du commerce dans l'économie sociale et dans la législation.** — En économie politique (1) on distingue trois branches de la production ou de l'industrie : *Agricole* (comprenant l'industrie extractive que quelques-uns classent à part); *manufacturière*, et *commerciale*. L'industrie agricole fait naître les matières premières ; l'industrie manufacturière les transforme pour les adapter à nos divers besoins; l'industrie commerciale les transporte pour les faire arriver du producteur au consommateur.

Pour l'industrie agricole, le droit civil suffit en général, parce qu'elle suppose seulement les rapports fixes du propriétaire ou du fermier avec la terre, en y joignant quelques contrats très simples. Les opérations dont elle se compose se faisant lentement, on peut sans difficulté remplir toutes les formalités exigées par le droit civil pour la garantie des droits de tous.

Au contraire, pour les deux autres ordres de production, il faut un mécanisme plus souple, à raison de la multiplicité très grande des transactions et et du besoin qu'elles ont d'une grande rapidité. En effet, ces deux industries se fondent essentiellement sur la circulation des richesses : celle-ci est l'objet immédiat du commerce; pour l'industrie manufacturière, si ce n'est pas son objet immédiat, c'est la condition essentielle de son exercice, car il faut qu'elle appelle incessamment les matières premières et qu'elle déverse les produits fabriqués.

Le but de la législation commerciale est d'organiser ces modes de transaction plus rapides, déterminés depuis longtemps ou modifiés récemment par les usages et les besoins de la pratique.

5. **Caractères généraux de la législation commerciale.** — Comme nous venons de le voir c'était surtout le besoin d'une *célérité* beaucoup plus grande qui devait inviter le législateur à poser des règles spéciales pour les transactions commerciales. Mais à côté de la célérité, comme complément, souvent comme correctif, le commerce a aussi besoin d'un *crédit* bien plus fortement organisé qu'en droit civil, et d'une *sécurité* plus énergiquement garantie. C'est ce triple besoin que la législation commerciale est appelée à satisfaire; ce sont les moyens employés pour y pourvoir qui donnent à cette législation ses caractères essentiels (2).

La *célérité*, qui permet d'accumuler une foule d'opérations fructueuses dans une même journée, provoque des règles spéciales sur la formation, sur la constatation des contrats et sur la décision des controverses qu'ils peuvent soulever. Facilité de contracter à distance par quelques lignes échangées dans deux lettres, quelquefois par des formules encore abrégées par l'usage ; de contracter oralement en deux mots après quelques pourparlers très brefs, dans un local où l'on est sûr de se rencontrer à point nommé (la Bourse) ; facilité d'employer des agents intermédiaires (commissionnaires, courtiers, agents de change) sans se soumettre aux longneurs d'une procuration écrite ; facilité

(1) Cf. Massé, 11,

(2) V. Brav., *Dr. commerc.*, t. I, p. 26 et suiv.

Source BIU Cujas

de constater les contrats par la preuve testimoniale, ou par des écrits dispensés des formes du droit civil, de céder les créances par une courte mention sur le titre (titre à ordre) ou même par une simple remise de celui-ci (titre au porteur); enfin avantages d'une procédure abrégée et moins coûteuse. Tels sont en résumé les bienfaits de la législation commerciale dans ce premier ordre d'idées.

Le *crédit* est nécessaire au commerçant pour pouvoir multiplier ses opérations sans se heurter à chaque instant contre les limites nécessairement restreintes de ses capitaux personnels; il a besoin aussi, pour traiter rapidement les affaires, d'offrir à ses correspondants des titres capables, par les garanties dont la loi les entoure, d'appeler instantanément leur confiance. De là tous ces effets de circulation ou de crédit que la pratique moderne a tant développés, lettres de change, billets à ordre, récépissés, warrants, chèques, etc.; de là les facilités accordées pour le nantissement commercial; de là toutes ces institutions collaborant au même but par mille moyens différents : compte courant, assurances, sociétés, banques, bourses, magasins généraux, etc.

Enfin la *sécurité* est le complément indispensable des deux premiers avantages; que servirait en effet de faire vite, si l'on ne pouvait traiter sûrement? Et combien de temps vivrait le crédit, si la confiance des créanciers risquait toujours d'être trahie? A ce besoin répondent l'obligation pour les commerçants de tenir exactement des livres, pouvant porter témoignage contre eux au profit de leurs correspondants, et dans certains cas dévoiler tous les secrets, honorables ou non, de leurs affaires; l'obligation de publier leur contrat de mariage; la multiplication considérable de la solidarité dans les engagements commerciaux; et enfin les règles minutieuses et protectrices de la faillite, par lesquelles le législateur prend en main les intérêts de tous les créanciers d'un insolvable, et veille à ce que les mieux informés, les plus durs ou les plus favorisés ne se fassent pas payer au détriment des autres. Naguère encore la contrainte par corps, qui était de droit contre les débiteurs commerçants, ajoutait encore une sanction plus énergique à l'exécution de leurs obligations.

On conçoit donc facilement pourquoi, chez tous les peuples où le commerce a été développé, des règles spéciales ont été réservées dans les lois pour les transactions commerciales; et pourquoi au commencement de notre siècle ces règles spéciales avaient pris une importance assez grande pour que le législateur français leur ait consacré un Code entier, le *Code de commerce*. Ce Code lui-même est devenu insuffisant, depuis sa rédaction, il a dû être complété par une série de lois nouvelles qui présentent un développement presque égal au sien, et il appelle encore d'autres améliorations.

§ 2

Origines et rédaction du Code de Commerce.

6. Chez les anciens peuples de l'Orient, le commerce était très développé; et il y eut certainement des lois, coutumières ou écrites, qui s'y rapportèrent; mais nous n'en avons aucun vestige. Nous savons seulement que le prêt à la

Source BIU Cujas

grosse existait chez les Indous au douzième ou treizième siècle avant l'ère chrétienne; car il en est question dans les lois de Manou (1). Nous ne savons rien du droit commercial des Phéniciens, malgré la splendeur commerciale de Tyr et de Carthage.

En Grèce il y eut aussi beaucoup de commerce dans les colonies de l'Asie Mineure, dans les îles de la mer Egée, à Corinthe et surtout à Athènes. Mais, quant à la législation, nous n'avons quelques renseignements que sur le droit athénien. Et encore, les recherches sur cette législation sont très difficiles; il ne fut jamais codifié; presque aucun texte de loi ne nous est parvenu; il faut chercher les règles du droit dans les orateurs, dans les historiens et dans les poètes; elles y sont nécessairement très disséminées et souvent assez peu précises (2).

Après les conquêtes d'Alexandre, le commerce fleurit à Alexandrie, mais ne nous a laissé aucuns monuments juridiques. Rhodes aussi fut un grand centre commercial; mais la collection des *Lois rhodiennes* est un ouvrage apocryphe; c'est un recueil d'usages nautiques rédigé au bas empire (septième ou huitième siècle) (3). Et s'il y a au Digeste un titre *De lege Rhodiâ* (liv. 14, tit. 2), il est spécial à une matière particulière (*de jactu*).

Chez les Romains, peuple essentiellement soldat et agriculteur, le commerce était considéré comme vil et indigne d'un homme libre, laissé aux esclaves, aux affranchis et à des artisans presque tous étrangers. Le commerce maritime ne fut guère pratiqué, dans l'empire romain, que par les peuples conquis (4). Denys d'Halicarnasse dit que dans le recensement de l'an 280, on trouva 110,600 hommes sans compter les esclaves et les trafiquants, *étrangers domiciliés*, parce que le commerce n'était pas permis aux Romains. Cicéron a écrit au *De officiis* (1-42) : *Nec enim quidquam ingenuum habere potest officina; — Opifices omnes in sordidâ arte versantur; — Nolo eumdem populum imperatorem esse terrarum et portitorem.* — A partir de l'Empire, la cessation des guerres permit au commerce de se développer et les nécessités des approvisionnements de Rome appelèrent sur le commerce certaines faveurs du législateur : c'est ainsi que l'armement d'un navire marchand put être une cause d'exemption des charges publiques (5), et un moyen pour les Latins Juniens d'arriver à la cité (6). Néanmoins dans le Digeste, deux titres

(1) V. Will. Jones, *Institutes of Hindu law*, ch. VIII; art. 156, 157.

(2) V. Pardessus, *Collection de lois maritimes*, t. I, ch. I, et II. — V. plus spécialement les remarquables travaux de M. Caillemer, doyen de la Faculté de droit de Lyon, qui a publié diverses brochures sur des points spéciaux de la législation d'Athènes (Paris, chez A. Durand). Sur le droit commercial, v. surtout : — *Des institutions commerciales d'Athènes au siècle de Démosthènes (ibid.*, 1865), où l'on trouve des détails fort intéressants sur la législation relative aux étrangers, aux douanes, à l'*emporium* ou bourse, aux tribunaux commerciaux, — et *Lettres de change et contrat d'assurance* (*ibid.*, 1865). — V. aussi un mémoire sur les Trapézites, présenté à l'Académie des sciences morales et politiques par M. Koutourga, professeur d'histoire à l'université de Saint-Pétersbourg.

(3) Pard., *Lois maritimes*, t. I, p. 21-31, 209-223. Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 29.

(4) V. Bravard, t. I, p. 2 et 3.

(5) L. 3, *De vacatione munerum*, D. 50. 5; L. 5, § 3, *De jure immunitatis*. D. 50. 6.

(6) *Ulp. reg.*, tit. III, § 6. — V. sur ces points Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 7 et 8.

Source BIU Cujas

seulement traitent de matières véritablement commerciales, *de lege Rhodia de jactu* (l. 14, tit. 2), et *de nautico fænore* (l. 22, tit. 2. V. également au Code, l. 4, tit. 33). Deux autres s'occupent des précautions prises contre les détournements dont les trafiquants se rendaient coupables : *nautæ, caupones, tabularii ut recepta restituant* (liv. 4, tit. 9); *furti adversus nautas etc.* (liv. 47, tit. 5). Enfin il en est trois qui règlent les rapports entre les esclaves faisant le commerce et leurs préposants : *De exercitoria actione* (liv. 14, tit. 1), *De institoria actione* (liv. 14, tit. 3), et *De tributoria actione* (liv. 14, tit. 4); (V. égal. au Code, liv. 4, tit. 25); ces derniers titres confirment l'assertion des historiens que le commerce était réservé aux esclaves.

Pour la Gaule, la splendeur commerciale de Marseille remonte à une haute antiquité, mais elle n'a laissé aucun monument. Peut-être les usages déjà établis à l'époque romaine forment-ils la base du *Consulat de la mer* (v. *infra*, n. 9).

7. Au moyen âge, la suppression de l'esclavage produisit une tendance au développement rapide du commerce; mais les agitations de l'invasion barbare et des époques subséquentes entravèrent ce développement. Les rois de la première race, et surtout Charlemagne, firent de grands efforts en sa faveur; ce dernier prince établit des relations avec la Perse pour protéger le commerce français; fit des traités avec les souverains arabes, appela les savants étrangers; et donna aux transactions la sécurité en défendant efficacement son empire contre les Danois.

Après Charlemagne, la décadence recommença par suite des entraves innombrables à la circulation; des guerres privées continuelles; du dédain ou du brigandage des seigneurs; de la misère du peuple. Aussi le commerce terrestre resta presque nul jusqu'à l'émancipation des communes. Les Juifs seuls s'y livraient avec une certaine activité.

Le commerce maritime se conserva dans les ports de la Méditerranée et de l'Océan. Les croisades lui donnèrent une grande impulsion. Au début des temps modernes, il s'épanouit par suite des grandes inventions qui signalèrent cette époque : l'imprimerie, la boussole, la découverte du nouveau monde et du cap de Bonne-Espérance. Mais il se développa surtout hors de France; il jeta un grand éclat en Hollande, en Espagne, à Pise, à Gênes, à Venise. Nécessairement, le droit maritime se développa parallèlement. Il fut très longtemps purement coutumier; peu à peu les usages se trouvèrent constatés dans les statuts de plusieurs villes du littoral de la Méditerranée (1). C'est encore au droit maritime sous sa forme purement coutumière que se réfèrent les premiers monuments d'un caractère plus général dont nous avons à parler.

8. **Jugement ou rooles d'Oleron.** — L'époque de leur rédaction est inconnue; elle remonte au moins au onzième siècle. Une opinion très répandue est qu'ils furent promulgués par Eléonore de Guyenne au retour de la terre sainte (2), et reçurent leur nom d'une copie certifiée par un notaire ou

(1) En Italie, statuts de Trani (1063), de Pise (1160), de Venise (1255), de Gênes (plusieurs au quatorzième siècle); en Espagne, coutume de Valence (1250), ordonnance de Barcelone (1258); en France, statuts d'Arles (1150), de Montpellier (1223), de Marseille (1253). — V. Pardessus, *Lois maritimes*, t. IV et V.

(2) On se fonde sur l'autorité de Clairac, qui les édita en 1671 avec le droit maritime de Wisby et les recès de la Hanse, sous le titre : *Us et coutumes de la mer*.

Source BIU Cujas

greffier d'Oleron. Mais cette opinion a été savamment conbattue par Pardessus (1). Ils ont cinquante-six articles dont vingt-cinq paraisssent plus récents. C'est un résumé très concis des usages en vigueur dans les ports de l'Océan (2).

9. **Consulat de la mer.** — Sa date, son lieu de rédaction et la langue même où il était écrit sont incertains. Plus probablement, il parut entre 1343 et 1435, à Barcelone, et en langue catalane (c'est la langue du plus ancien exemplaire connu, imprimé en 1494) (3). Il a deux cent quatre-vingt-dix-sept chapitres (ou deux cent cinquante-deux suivant les exemplaires). C'est une espèce de Digeste contenant des maximes du droit en vigueur alors sur la Méditerranée. Il est assez complet, mais présente très peu d'ordre et de méthode. Il contient un mélange du droit romain, du droit grec byzantin, du droit rhodien et de celui des villes commerçant avec le Levant, notamment Marseille. Il a eu une très grande autorité dans le Midi et dans la Méditerranée, et même jusque dans le Nord, où il a été copié par les autres recueils.

10. **Table d'Amalfi.** — Amalfi est une ville de la province de Salerne en Italie, où était une cour de haute amirauté pour toutes les nations européennes; Constantinople même y envoyait. Martin Frescia parle, en 1570, de la *Table amalfitaine* comme ayant une grande autorité. Longtemps perdue, elle fut retrouvée en 1844 à la bibliothèque impériale de Vienne, et publiée à Naples, en 1845. Elle a soixante-six articles, les uns en latin, les autres en italien ancien, les autres en italien correct.

11. **Droit maritime de Wisby.** — Wisby est une ville de l'île de Gothland (Suède). C'était autrefois le marché le plus fréquenté de l'Europe septentrionale. Ce recueil a soixante-six articles en allemand. Il est presque tout emprunté au *Consulat de la mer* et aux *Rôles d'Oleron*. Il fut la législation de tout le Nord, notamment des Suédois et des Danois (4).

12. **Recès de la Hanse.** — La Hanse teutonique était une ligue de villes commerçantes de l'Allemagne septentrionale : d'abord Cologne, Lubeck, Dantzig; plus tard, près de soixante villes, parmi lesquelles même Bayonne, Bordeaux, La Rochelle. Les lois communes à toutes les villes qui faisaient partie de la ligue s'appellent *recès*. Ce mot vient de *recessus*, parce que ces règles étaient arrêtées au moment où les délégués, réunis à Lubeck, se séparaient. Beaucoup de recès, depuis 1369 jusqu'à 1572, contiennent des dispositions relatives au Droit commercial et surtout au Droit maritime. Mais le plus important et le plus complet est de 1591; il fut rédigé de nouveau, toujours à Lubeck, en 1614; cette nouvelle rédaction consista seulement dans un meilleur classement des matières (5).

13. **Guidon de la mer.** — C'est un ouvrage sûrement français, rédigé à

(1) V. Pardessus, *L. marit.*, t. I, p. 306, 307. Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 32.

(2) Les rôles d'Oleron ont été copiés avec des changements et des additions par plusieurs documents postérieurs : les *Partidas* de Castille; les *jugements de Damme* en Flandre; les *lois de Westcapelle* en Zélande; l'*Ordinantie* en Hollande; et les *lois de Wisby* dont nous parlons plus bas V. Pardessus, *L. marit.*, t. I, IV et VI. Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 33.

(3) V. Pardessus, *L. marit.*, t. II, p. 26. Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 36.

(4) V. Pardessus, *L. marit.*, t. I, p. 425 et suiv.

(5) V. Pardessus, *L. marit.*, t. II, p. 448 et suiv.

Source BIU Cujas

Rouen par un négociant inconnu, au seizième siècle. Il est très précieux surtout pour le contrat d'assurance. Il a été suivi presque en tout point par l'ord. de marine de 1681 (1).

14. Tous ces documents sont relatifs au Droit maritime. Il faut arriver jusqu'au seizième siècle pour trouver en France des documents de quelque importance qui se réfèrent spécialement au Droit commercial terrestre ; et ce ne sont pas des coutumes rédigées, mais des textes de lois proprement dites.

Après plusieurs ordonnances rendues contre les banqueroutiers (2), nous trouvons trois textes de la plus haute importance.

15. **Edit de novembre 1563** (Charles IX et L'Hospital), créant la juridiction consulaire et une bourse à Paris, complété par une *déclaration du* 28 *avril* 1565. — C'était une innovation pour la France quoiqu'il y eût déjà à Lyon une *conservation du commerce de Lyon*, et, dans quelques autres villes, des institutions analogues. Cette institution fut développée par les rois postérieurs.

Puis viennent les grandes ordonnances de Louis XIV, rendues sur l'initiative de Colbert (3).

16. **Ordonnance de 1673** *sur le commerce de terre*, appelé autrefois dans l'usage *code marchand*. — Elle est presque en totalité l'œuvre d'un ancien négociant, Savary, très influent dans la commission de rédaction. Elle se divise en douze titres, correspondant la plupart à ceux du code de commerce, avec beaucoup moins d'articles, cent quatre en tout. Elle offre une lacune regrettable sur les faillites et banqueroutes, pour lesquelles il n'y a pas plus de treize articles ; mais il faut se rappeler que plusieurs ordonnances s'en étaient déjà occupées (V. *suprà*, n. 14). Le Code a fait de nombreux emprunts à l'ordonnance.

Commentaires de l'ordonnance de 1673. — Ils ont une grande importance : car, souvent dans les travaux préparatoires du Code de commerce, quand on reproduisait une ancienne disposition des ordonnances, on ne la motivait pas, on se référait aux explications des anciens auteurs. Aussi ils sont souvent cités.

Le Parfait Négociant (1675), par *Jacques Savary*, de Douai (1622-1690). — Cet ouvrage a eu un succès immense : il est très complet, mais plutôt œuvre de pratique que de doctrine. Savary a publié aussi des *Parères*, recueil d'avis et consultations.

Jousse, contemporain et collègue de Pothier, a fait un ouvrage en forme de *Commentaire* de l'ordonnance, clair, simple, judicieux, mais peu approfondi ; il était très estimé et est souvent cité actuellement. — Il en est de même des *Commentaires* de *Bornier* et de *Boutaric*.

(1) V. Pardessus, *L. marit.*, t. II, p. 373 et suiv.

(2) Ord. 10 oct. 1536 (François Ier) ; ord. 1560 (Charles IX). Elles furent suivies d'autres ordonnances sur le même objet : Ord. 1579 (Henri III) ; édit mai 1609 (Henri IV).

(3) Efforts pour le développement de l'industrie et des sciences ; appel des étrangers : Van Robais pour la draperie fine ; Hindret pour la bonneterie ; Huyghens pour les mathématiques ; Winslow pour l'anatomie ; Cassini pour l'astronomie ; Rœmer pour la physique.

Source BIU Cujas

Pothier (1699-1772). *Commentaires* sur plusieurs matières de l'ordonnance : traités du contrat de change, du contrat de société. C'est ce qu'il y a de meilleur sur les matières qu'il a traitées.

Dupuy de la Serra. Sur les lettres de change (1693), est cité souvent avec grande estime par Pothier. Son ouvrage est souvent publié à la suite du *Parfait Négociant* de Savary.

17. **Ordonnance de 1681** *sur la marine*; non pas seulement sur le commerce maritime (1). — Elle est très longue, elle a cinq livres divisés chacun en titres nombreux, et généralement plus longs que ceux de l'ordonnance de 1673 : — I. Amirautés (quatorze titres). — II. Les gens de mer et les navires (dix titres). — III. Les contrats maritimes (onze titres). — IV. La police des ports (dix titres). — V. La pêche maritime (huit titres). Le deuxième et le troisième livre ont seuls servi de base aux dispositions du code de commerce sur le Droit maritime; le quatrième et le cinquième sont encore en vigueur pour la plus grande partie.

L'ordonnance de 1681 fut généralement adoptée en Europe. Elle est considérée comme le chef-d'œuvre législatif de Louis XIV.

Commentaires de l'ordonnance de 1681. — (V. notre observation sur ceux de l'ordonnance de 1673).

Valin, avocat, puis procureur du roi à La Rochelle (mort en 1765), a publié un commentaire en 1760, après quarante ans d'études. Ce commentaire a une très grande valeur; il était tenu en très grande estime par les rédacteurs du Code.

Emérigon (1725-1784), avocat au Parlement de Provence, puis conseiller à l'amirauté de Marseille, appelé la lumière du Midi, a donné également un commentaire de l'ordonnance de 1681 et surtout un *Traité des assurances*, justement considéré comme un ouvrage de premier ordre.

Pothier, traités sur diverses matières de l'ordonnance : contrats de louage maritime, prêt à la grosse aventure; *traité des assurances* (2).

Rédaction du code de commerce.

18. Les ordonnances, quoique modifiées ou completées par différents textes (3), étaient devenues insuffisantes par suite des progrès de la fortune mobilière, du développement et de l'activité plus grande du commerce.

(1) Il y avait eu déjà antérieurement en France des ordonnances relatives à la marine, mais toutes s'occupant exclusivement de matières de droit public et non de droit commercial privé. V. les ord. sur la navigation de 1573, 1584, 1629, 1673. C'est cette dernière qui a créé chez nous l'inscription maritime. — V. Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 24.

(2) Parmi les auteurs qui ont écrit hors de France sur le Droit commercial, on cite surtout les auteurs italiens, héritiers des traditions coutumières des grandes villes commerçantes de l'Italie. Les plus connus sont : Straccha, opuscules divers, Amsterdam, 1669; Scaccia, *De commerciis et cambiis*, Cologne, 1738; surtout Casaregis (1670-1737), divers *discursus*; édités à Venise, 1740.

(3) Sur le Droit maritime : Déclar. 1747 sur le privilège des ouvriers sur les navires; de 1779, sur les assurances; édit de 1776, et ord. 1781, sur les consulats en pays étranger; ord. 1784, 1786, sur la police de la navigation; ord. 1778, 1779, sur les prises. V. Pard., *Droit comm.*, t. I. Introd., p. 41. — Sur les Bourses et les agents de change : Règlement de 1720; arrêts du conseil, de 1724, 1781, 1785, 1786.

Source BIU Cujas

Dès 1787, une commission fut chargée de réviser les ordonnances et la législation commerciale. Ses travaux furent interrompus par la Révolution.

La révision fut reprise en vertu d'un arrêté des consuls du 13 germinal an XII (3 avril 1801). La rédaction du projet fut présentée le 4 décembre suivant; elle reproduisait, en général, les ordonnances, sauf les changements indiqués par l'expérience ou par les vœux des grandes places de commerce. Le 5 décembre un nouvel arrêté ordonna la communication de ce projet aux conseils et tribunaux de commerce, aux tribunaux d'appel et au tribunal de cassation. Les observations de ces différents corps furent imprimées; elles forment trois volumes in-8°. La commission révisa son travail, et publia ses motifs, en 1803, sous le titre de *Révision du projet de code de commerce.* Le projet ainsi modifié fut envoyé au conseil d'Etat où il fut oublié pendant longtemps.

Ce fut seulement en 1806, et sous l'influence de nombreuses faillites scandaleuses, qu'on donna suite à ce projet. La discussion fut commencée au conseil d'Etat le 4 novembre 1806; elle dura pendant un an et occupa soixante séances. Chacune des parties du futur Code passa par la même filière que les titres du code civil : communication officieuse au tribunat (sections de l'intérieur et de législation); nouveau travail en sections (intérieur et législation) au conseil d'Etat; puis, rédaction arrêtée en assemblée générale; présentation au Corps législatif par un conseiller d'Etat, chargé de faire l'exposé des motifs; communication officielle au tribunat; vœu d'adoption ou de rejet émis par le tribunat, et soutenu par deux tribuns devant le Corps législatif; et, enfin, vote par ce dernier. L'ensemble du projet avait été divisé en cinq projets distincts, comprenant chacun plusieurs titres ou un livre entier; et ils furent votés et promulgués séparément dans le courant de septembre 1807 (1). Mais l'effet de la promulgation fut retardé par la loi des 15-25 septembre 1807, art. 1, jusqu'au 1er janvier 1808, époque à laquelle toutes les parties du Code devinrent simultanément exécutoires. L'art. 2 de la même loi, comme l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII, abroge l'ancienne législation sur les matières dont le code de commerce s'est occupé. Nous aurons plus loin à déterminer la portée de cet article.

Une nouvelle rédaction officielle a été donnée par l'ord. du 31 janvier 1841. Elle n'a fait qu'enregistrer des modifications opérées par diverses lois, notamment celle de 1838 sur les faillites, et changer les dénominations officielles contenues dans le Code pour les mettre en harmonie avec le régime politique de l'époque.

Le *Code de commerce* compte six cent quarante-huit (648) articles, et est divisé en quatre livres, subdivisés eux-mêmes en titres, chapitres, sections et paragraphes.

Il a servi de modèle à tous les codes de commerce de rédaction moderne. La Hollande (1811), la Belgique (1830) et la Grèce (1835) l'ont pris intégralement; mais la Hollande l'a révisé en 1838, et la Belgique en a entrepris une révision complète; déjà tout le livre Ier a été remanié par une série de lois des 30 décembre 1867; 3, 5, 20 mai, 15 décembre 1872; 3, 18 mai, 30 juin

(1) Le 10 furent votés, et promulgués le 20, les titres 1-7 du livre Ier; les 11 et 21, le titre 8; les 12 et 22, le livre 3; les 14 et 24, le livre 4; et enfin, les 15 et 25, le livre 2.

Source BIU Cujas

1873 et le livre II par la loi du 21 août 1879. (1). Le *Code de commerce italien*, jusque dans son édition de 1865 était complètement calqué sur le nôtre dont il suivait toutes les divisions; il donnait seulement plus de développement à certaines matières. La refonte complète qui vient d'être terminée le 31 janvier 1882 et qui sera exécutoire à partir du 1er janvier 1883, suit encore la même division générale en quatre livres, mais il contient des modifications très importantes : la procédure de la faillite est complètement transformée, une place est faite dans le Code à plusieurs matières réglées chez nous par des lois spéciales, et même à des objets sur lesquels notre législation est muette, telles que la force probante des télégrammes, le contrat de report, le compte courant, toutes les formes d'assurances (2). L'Espagne (1830) et le Portugal (1833) ont suivi notre code en lui donnant beaucoup plus de développement. L'Allemagne, dans son *Code de commerce allemand* du 5 juin 1869, qui ne serait pas complet si on l'isolait de la *loi générale sur le change* de 1848, a imité sur beaucoup de points notre législation, et l'a profondément modifiée sur d'autres (3). L'Angleterre et les Etats-Unis n'ont pas de code; le Droit commercial y est régi par les usages et par quelques bills, notamment en Angleterre ceux sur les sociétés et les faillites (4).

§ 3

Autres éléments de la législation commerciale.

Ces éléments peuvent être classés en cinq catégories :

I. — **Lois postérieures qui ont modifié ou complété le code de commerce.**

19. Nous ne parlerons ici que des plus importantes, et nous les diviserons en trois groupes :

A. — *Refontes partielles.*

L. 28 mai-28 juin 1838, *sur les faillites et banqueroutes*, a remplacé tout le livre III du code de commerce.

L. 23 mai 1863, *sur le gage commercial et le privilège du commissionnaire*, a remanié le titre 6e du livre Ier pour y ajouter trois articles.

B. — *Modifications importantes.*

L. 17 juillet 1856, *sur les concordats par abandon*, modifie l'art. 541, en y introduisant quatre alinéas sur cette matière.

L. 17 juillet 1856 (autre que la précédente) *sur les sociétés en commandite par actions*; — L. 23 mai 1863, *sur les sociétés à responsabilité limitée*. Ces deux lois,

(1) Aj. L. 14 juin 1874, sur les assurances, qui doit former les titres X et XI du livre Ier du code de commerce. V. *Annuaire de législation étrangère*, 1873, p. 384; 1874, p. 336; 1875 p. 420, et 1880, p. 503.

(2) Consultez *Il nuovo diritto commerciale Italiano* da Alberto Marghieri. Napoli, 1882, 8°. Le *Code de la marine marchande* de 1865, notablement modifié en 1877 (v. *annuaire de lég. étr.* 1878, p. 345) ne contient que des règlements administratifs.

(3) V. Koch, *Allgemeines Landrecht fur die preussischen Staaten*, t. III, p. 183.

(4) Consult. *Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux États de l'Europe et de l'Amérique*, brochure par M. Lyon-Caen, 1876.

Source BIU Cujas

modifiant plusieurs règles du titre des sociétés sans toucher au texte, ont été abrogées par la L. du 24 juillet 1867, *sur les sociétés commerciales* embrassant toute la matière des sociétés, et contenant de nombreuses modifications au titre 3 du livre Ier, mais toujours sans en remanier le texte.

L. 18 juillet 1866, *sur les courtiers de marchandises*, supprimant leur monopole.

L. 21 décembre 1871 sur *l'élection des juges aux tribunaux de commerce*, modifiant les art. 618-621, avec nouvelle modification sur un point par la L. 5 déc. 1876.

C. — *Lois récentes sur des matières commerciales non traitées par le code.*

L. 28 mai 1858, *sur les négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux.*

L. 28 mai 1858 (Autre...) et L. 3 juillet 1861, *sur la vente publique de marchandises aux enchères et en gros*, lois complétées par trois décrets de 1863.

L. 23 mai 1865, *sur les chèques* (*Adde*, L. 19 février 1874, art 5 et s.).

L. 19 mai 1866, *sur la marine marchande*, remaniant la législation douanière.

L. 13 juin 1866, *sur les usages commerciaux.*

L. 22 juillet 1867, *sur la contrainte par corps*, supprimant cette voie d'exécution, qui était auparavant de droit commun en matière commerciale.

L. 10 décembre 1874, *sur l'hypothèque des navires.*

II. — **Législation antérieure au code.**

20. Elle a été abrogée expressément « *touchant les matières sur lesquelles il est statué par le code,* » L. 15 sept. 1807, art. 2. — Mais l'application de cet article ne doit pas être exagérée : il y a des matières que le Code a traitées très incomplètement, dont il n'a réglé que quelques points, on ne peut pas dire qu'il ait *statué* sur elles, qu'il forme sur elles un *statut* complet ; il faut bien, pour les réglementer recourir à la législation antérieure. Telle est, par exemple, la matière des Bourses de commerce, des agents de change et des courtiers, auxquelles on applique diverses lois de l'époque intermédiaire, notamment l'arrêté du 27 prairial an X. — En sens inverse certains auteurs (1) vont trop loin en admettant qu'il faut appliquer les anciennes lois dans toutes les matières autres que celles « sur lesquelles le Code ne laisse rien à désirer ». Lorsque le code a traité un sujet dans toutes ses parties essentielles une lacune sur un ou quelques points de détail n'autorise pas à revenir aux lois antérieures et à les appliquer comme un texte actuellement en vigueur.

III. — **Usages ou coutumes.**

21. En théorie générale, on reconnaît que l'usage ou la coutume peut établir des règles de droit, parce que la coutume est l'expression du consentement universel dans la nation.

Les usages, pour avoir une autorité en droit, doivent réunir les trois caractères suivants (2). Ils doivent être : — 1° *Constants*, c'est-à-dire être appliqués sans divergence à tous les cas semblables dans toute la région où l'on prétend qu'ils existent. Cette condition n'empêche pas qu'on ne distingue, au point de vue de l'extension des usages, les usages *généraux* appliqués dans

(1) Locré, *Esp. du C. de comm.*, av.-propos, p. 7, et Alauzet, n. 9.
(2) V. Delam. et Lepoitvin, t. I, n. 285.

Source BIU Cujas

toute la France, et les usages *locaux* existant spécialement dans une région limitée, comme une province, ou même une place de commerce. — 2° *Multipliés*. Il ne suffit pas qu'on ne signale aucune divergence dans l'application de l'usage, il faut en outre que les cas où il a été appliqué soient assez nombreux pour qu'on ne puisse pas douter du consentement général donné à la règle qu'il consacre. — 3° *Anciens*. Il faut qu'ils aient duré un certain temps, pour que ce même consentement puisse avoir existé.

22. Mais *quelle est au juste l'autorité juridique de l'usage?* La question est complexe; il faut distinguer la sphère dans laquelle on veut l'appliquer (1).

1° *Pour interpréter les conventions.*

L'usage a une autorité absolue, si elles ne sont pas claires (car il ne peut aller contre une volonté formelle), et si la loi positive est muette. C'est ce que reconnaissent en droit civil les art. 1159 et 1160, C. civ., et il faut appliquer *a fortiori* cette règle en matière commerciale par les raisons que nous allons donner tout à l'heure ; c'est aussi l'intention probable des parties.

2° *Pour suppléer à la loi ou l'interpréter.*

On ne peut pas non plus contester, croyons-nous, qu'ici le devoir du juge ne soit de se conformer à l'usage : il ne peut se refuser de juger (C. civ., art. 4) ; dès lors en l'absence d'un texte ou en cas d'obscurité de la loi, il ne peut mieux prendre sa solution ailleurs que dans l'usage. M. de Portalis, dans le discours préliminaire du projet de code civil, consacre cette autorité de l'usage: « Mais, » dit-il, « à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi (2). » — Il faut appliquer à plus forte raison cette doctrine au droit commercial, qui a été avant tout et longtemps coutumier (3) ; le Code a eu surtout pour but de fixer les usages; et on n'a pas eu l'intention de supprimer ceux qu'on ne reproduisait pas ; — en outre la L. 15 sept. 1807, art. 2, en abrogeant l'ancienne législation sur les matières dont le Code s'est occupé, ne comprend pas dans son énumération les usages, tandis que l'article 7 de la L. du 30 ventôse an XII les énumère en ce qui concerne le droit civil ; — l'article 1873, C civ., réserve expressément l'application des usages commerciaux en matière de société, et il paraît bien être simplement un témoin de la théorie générale de nos codes sur ces usages ; — enfin un avis du Conseil d'Etat du 13 déc. 1811 (approuvé le 22, mais pourtant non inséré au bulletin des lois) porte : « Les tribunaux doivent juger les questions particulières qui se présentent, suivant leur conviction, d'après le droit commun et *les usages du commerce.* » (4)

La règle que nous venons de poser trouvera surtout son application pour les institutions nouvelles, inconnues ou peu développées lors de la rédaction du code de commerce ; ainsi le compte-courant, ainsi les chèques avant la loi de 1865 qui les a réglementés.

(1) *Sic* Delam. et Lepoitv., t. I, n. 262 et suiv. Massé, n. 83.

(2) Locré, *Législation civile commerc., etc.*, t. I, p. 259, n. 11. Fenet, t. I, p. 471 ; il faut lire également les pages 469 et 470.

(3) V. Frémery, p. 12 et suiv. Delam. et Lepoitv., n. 26, 266.

(4) En ce sens, Req. 1er déc. 1875 D. P. 77. 1, 450. Req. 30 déc. 1879, D. P. 85. 1. 108 (motifs). — V., pour plus de détails, notre travail sur l'autorité de l'usage sous le titre d'*Etude de droit maritime*, dans la *Revue générale de législation*, t. III (1879), p. 176 et s.

Source BIU Cujas

Q. Mais ce point une fois admis, il reste encore une question à examiner : *la violation d'un usage établi peut-elle donner ouverture à cassation?* Il faut remarquer d'abord que les juges du fait sont souverains pour constater cet usage, car c'est un point de fait, qui peut même être prouvé par témoins (1). — Mais si, en le constatant, ils s'en sont écartés, *quid juris?* — 1er S. *Il y a lieu à cassation* : — l'usage a en droit commercial la même autorité que la loi ; — il n'a de valeur que par l'autorité du législateur ; donc en le violant on viole la loi ; — il a la force d'une convention tacite ; or la cour de cassation annule en vertu des art. 1134, 1156 C. civ. les décisions qui ne donnent pas effet aux conventions des parties (2). — 2e S. *Il n'y a pas lieu à cassation* (!) : La Cour de cassation a été instituée pour assurer l'application de la loi, pour maintenir l'unité de la *législation;* mais dans cette institution, le législateur n'a voulu protéger que la loi écrite, il n'a pas eu la pensée de rendre invariables, ni uniformes, des usages qu'il n'a pas cru devoir consacrer expressément, et qui par leur nature résistent à cette fixité ; — pour nous l'usage a une autorité propre qui n'est pas fondée sur celle du législateur ; il suffit qu'il n'ait pas été proscrit par la loi positive (3) ; — il n'y a pas de texte que l'on puisse dire violé quand un usage est méconnu ; — l'usage ne se confond pas non plus avec la convention tacite des parties : il est possible que celles-ci l'aient ignoré, ou aient tacitement entendu s'en écarter (4).

Ce dernier système doit être admis en principe. Mais il faut excepter le cas où les lois auraient renvoyé expressément à l'usage ; dans ce cas, ce serait violer la loi que de ne pas se conformer à l'usage (5).

3° *Pour contredire la loi ou l'abroger.*

Trois points nous paraissent hors de doute : c'est que l'usage ne peut rien, ni contre les principes généraux du droit, ni contre une loi d'ordre public, ni contre celle qui prohibe formellement la pratique qui est devenue un usage (6). Dans ces cas la volonté du législateur est trop formelle pour que la volonté inconsciente de la nation, qui constitue l'usage, puisse triompher sur elle. Nous appliquerons cette observation, par exemple, à la loi limitative du taux de l'intérêt (L. 3 sept. 1807).

Q. Mais en dehors de ces deux cas, c'est-à-dire *si la loi est impérative ou permissive, l'usage peut-il abroger la loi* (7)? J'écarte sur ce point toute discussion théorique et toute argumentation tirée du droit romain ou de l'ancien droit français (8). Le fait de la codification, qui s'est produit chez nous au commencement du siècle, change et précise les données du problème. Il s'agit de

(1) Delam. et Lepoitv., 1er édit., t. I, p. 656.

(2) Delam. et Lepoitv., t. I, n. 566 ; Lyon-Caen et Renault, n. 52.

(3) V. notre article déjà cité : *Revue générale de législation, etc.*, t. III, (1879) p. 161 et suiv.

(4) Cass. 14 août 1817. D., v° *Cassation*, n. 1403, et v° *Effet de commerce*, n. 244.

(5) Massé, n. 83.

(6) Delam. et Lepoitv., t. I, n. 264. Massé, n. 83. Ly.-C. et R. n. 51. Cass. 14 mai 1852. D. P. 52. 1. 509, etc.

(7) La question nous paraît être la même pour les deux catégories de lois ; car la permission constitue un droit pour celui qui veut en user. Il s'agit donc, dans les deux cas, de refuser un droit formellement reconnu par la loi.

(8) Consult. Dalloz, v° *Lois*, n. 529 et suiv.

Source BIU Cujas

savoir quelle a été, sur ce point, la volonté de nos législateurs modernes.

Ier S. *L'usage ne peut actuellement abroger une loi* : — les rédacteurs de nos codes ont voulu fixer la législation, la rendre parfaitement claire, nette et précise pour tous, et écarter pour cela toute autre source de droit ; — M. Portalis (*Disc. prélim. du projet de code civil*) admet l'usage, mais seulement pour régler les détails dans lesquels le législateur n'a pas pu entrer (1) ; il dit : « A défaut de texte précis... un usage ancien... tiennent lieu de loi » (2) ; — le système adverse distingue ce qui, aux yeux du législateur, est d'ordre public ou ne l'est pas ; mais cette distinction est impossible à faire ; si le législateur ordonne, il ne gêne ainsi la liberté que pour une raison majeure ; s'il permet il consacre une liberté que nous n'avons pas le droit de violer (3).

2o S. *L'usage peut abroger la loi* (!) : — Si l'on doit chercher la solution dans l'intention du législateur, voici ce qu'on lit dans le discours préliminaire du projet de code civil, qui est la préface de tous nos codes et qui, rédigé par Portalis est signé par les quatre rédacteurs Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Malleville : « Les lois conservent leur effet tant qu'elles ne sont point abrogées par d'autres lois *ou qu'elles ne sont point tombées en désuétude*. Si nous n'avons pas formellement autorisé le mode d'abrogation par la désuétude ou le non-usage, c'est qu'il eût peut-être été dangereux de le faire. Mais peut-on se dissimuler l'*influence* et l'*utilité* de ce concert indélibéré, de cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même » (4). Ces paroles, qui ont passé trop inaperçues, nous paraissent aussi formelles que possible, et répondre péremptoirement à tout ce qu'on pourrait dire sur l'esprit de nos législateurs ; — quant à la difficulté de distinguer ce qui est d'ordre public et ce qui ne l'est pas, on fait chaque jour cette distinction pour appliquer aux conventions l'article 6 du C. civ. ; il n'y a rien de plus difficile ici (5). — Nous ne nous servons pas d'un argument, souvent donné (6), et tiré du silence de la L. 15 sept. 1807, art. 2, qui, à la différence de la L. 30 ventôse an XII, art. 7, n'abroge pas les usages. Cet argument n'est nullement concluant dans notre question ; car il ne pouvait s'agir que d'abroger les usages déjà existants ; on ne peut rien induire pour les usages postérieurs au code. De plus, quand même on assimilerait ces deux classes d'usages, les anciens usages *contraires au code*, s'ils ne sont pas abrogés expressément, le sont tacitement par suite de cette contrariété même ; or, pour les nouveaux, il ne

(1) Locré, *Législation civile comm., etc.*, t. I, p. 257, n. 9 ; Fenet, t. I, p. 469.

(2) Locré, *ibid.*, t. I, p. 259, n. 11 ; Fenet, t. I. p. 471.

(3) Cass. 11 juill, 1855. D. P. 56. 1. 9, etc. — Toullier, t. VIII, n. 74-78 ; t. XIII, p. 542, et suiv. Foucart, *Dr. administratif*, I, 88. Zachariæ, § 23. Demolombe, t. I, n. 35, 130. Aubry et Rau, 4e éd. n. 29 ; t. I, p. 56. — Consult. Req. 30 déc. 1878, D. P. 80. 1. 108 (motifs).

(4) Locré, *ibid.*, t. I, p. 269, n. 27. Fenet, t. I, p. 479.

(5) Bourges, 23 mai 1840, S. 41. 2. 97, etc.— Delam. et Lepoitv., t. I, n. 27, 266. Favard, *Rép.*, vo *Désuétude;* Duranton, t. I, n. 107, 108. De Courcy, *Questions de Dr. marit.* t. I, p. 12 et suiv. Trolley, *Cours de dr. admin.* t. I, p. 21 ; Ly.-C. et R., n. 51. V. également notre article déjà cité : *Rev. gén.* t. III (1879), p. 164 et suiv.

(6) V. Massé, n. 83.

Source BIU Cujas

s'agit, bien évidemment, dans notre question, que de ceux qui sont contraires au code ; donc l'argument ne porte à aucun point de vue.

23. **La preuve de l'usage** sur un point donné se fait par témoins, par les attestations des commerçants, et surtout par les *parères* des Chambres de commerce, c'est-à-dire par des délibérations constatant les règles coutumières sur le point en litige (1).

La *L. du* 13 *juin* 1866 a eu pour objet de constater législativement un certain nombre d'usages généraux ; notamment pour les ventes commerciales sur les conditions, tares, etc. On a indiqué l'intention de continuer ce travail pour d'autres matières commerciales. C'est une œuvre utile, dût-elle n'arriver jamais à être complète, comme le reproche M. Troplong (2) à toute tentative de ce genre.— La L. de 1866 respecte toutes les conventions particulières contraires. Mais elle ne permettrait pas d'invoquer un usage local contraire ; ceci a été dit lors de la discussion de la loi, et le législateur a pris soin de n'insérer dans la loi que les usages tout à fait généraux. Nous étudierons cette loi à propos des ventes commerciales.

IV. — **Droit commun ou code civil.**

24. **Q.** *Est-il applicable comme* **droit-loi**, *c'est-à-dire sous peine de cassation, dans le silence du code de commerce ?*

1er S. *Non* : — Le droit commercial se suffit à lui-même avec la coutume et l'équité ; — art. 1107, *in fine*, C. civ. : « Les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ; » donc, les rédacteurs mêmes du code civil ont écarté son application en matière commerciale ; — M. Tronchet, dans la discussion de l'art. 1601, C. civ., a déclaré que les règles du code civil ne s'appliquaient pas au commerce (3) ; et cela a été dit aussi dans le discours préliminaire du code de commerce (4). — Donc, dit-on, on n'appliquera le code civil que si ses solutions sont conformes à l'intérêt du commerce ; il ne vaudra que comme droit naturel et à raison des règles de droit naturel qu'il contient ; sauf toutefois lorsque le code de commerce y renvoie expressément (v. art. 18 ; art. 92, 95 anciens), ou lorsque le code civil pose des principes d'ordre public (5).

2e S. *Oui* (!) : — En rédigeant le code civil on a admis seulement qu'il *pourrait* y avoir des règles spéciales au commerce ; c'est là tout le sens de l'art. 1107, *in fine*, et des paroles prononcées dans les travaux préparatoires du code civil et du code de commerce ;—en effet, l'art. 1107, dans son dernier alinéa, réserve à la fois les règles du code civil sur les contrats spéciaux et les règles du droit commercial sur les matières du commerce ; or, puisque cette disposition n'empêche pas qu'on n'applique les règles générales du titre des contrats lorsque les titres spéciaux du code civil sont muets, elle ne peut pas empêcher non plus qu'on n'applique ces règles générales lorsque le code de commerce ne dit rien ; — si le code civil nous dit en quelques

(1) Consult. Montpellier, 6 févr. 1849, D. P. 49. 2. 122.
(2) *Nantissement*, préface, p. VIII et IX.
(3) Locré, *Législation civile, comm., etc.*, t. XIV, p. 54.
(4) Locré, *Législation civile, comm., etc.*, t. XVII, p. 50, 52, 53.
(5) Delam. et Lepoitv., t. I, n. 15-24, 31 ; t. IV, n. 9, p. 14 et suiv.

Source BIU Cujas

endroits que ses règles ne s'appliquent pas en tout point aux matières commerciales, (v. art. 1153, 1341, 1873, 2084), c'est qu'en général elles s'y appliquent; d'autre part, le code de commerce renvoie plusieurs fois aux règles du code civil (art. 18, art. 91 nouveau, 4e al., ancien art. 92 et nouvel art. 94, 2e al.), et on a déclaré maintes fois dans les travaux préparatoires que le code de commerce ne faisait que suppléer au code civil (1); — l'avis du conseil d'Etat des 13-22 déc. 1811, cité plus haut (n. 22), pose aussi en principe qu'on doit suivre les règles du code civil, dans le silence du code de commerce; — cela a été dit expressément à propos d'une loi spéciale, mais dans les termes les plus généraux et les plus formels, v. l'exposé des motifs de la L. du 23 mai 1863, sur le gage commercial (D. P. 63. 4. 74, note no 10); — enfin la conclusion du premier système mènerait à l'arbitraire le plus complet (2).

Mais ce dernier système ne doit pas être appliqué aveuglément et d'une manière trop absolue : le Droit commercial peut s'écarter du Droit civil, non seulement en vertu de textes formels, mais encore par des dérogations implicites, fondées sur diverses raisons. C'est ainsi qu'on admet ou qu'on peut admettre en matière commerciale (nous nous réservons de discuter à sa place chaque point en particulier) (3): — la preuve testimoniale au-dessus de 150 fr., même en dehors des ventes que vise l'art. 109, C. com. (v. art. 1341, C. civ.); — la mise en demeure même sans écrit; — la non-nécessité des doubles dans les conventions synallagmatiques (cf. 1325, C. civ.); — la possibilité d'une date certaine en dehors des conditions de l'art. 1328, C. civ. (4); — la validité de la vente de la chose d'autrui, etc. Au contraire, avant la loi de 1863, le système que nous avons admis entraînait la conséquence que les formalités du Droit civil étaient nécessaires pour la constitution du gage commercial. (5).

25. **Q.** *Dans quel ordre faut-il faire figurer les usages et le droit civil?* Je pense qu'il faut consulter d'abord les usages, et recourir seulement ensuite au droit civil : en effet, nous ne parlons que d'un usage qui serait spécial aux matières commerciales; or, *specialia generalibus derogant.* Sans doute, l'avis du conseil d'Etat, cité plus haut, énumère ces deux sources du droit dans l'ordre inverse; mais rien ne montre qu'il y ait là quelque chose d'intentionnel (6). Cette doctrine ne s'appliquera, bien entendu, que dans les cas où l'usage peut l'emporter sur la loi, et non dans les cas cités plus haut (n. 22, 3o), où il doit rester impuissant contre elle (7).

(1) Locré, *Législation civile, comm., etc.*, t. XVII, p. 2, 4, 135, 145, 146.

(2) Req. 19 févr. 1873, D. P. 73. 1. 301, etc. Locré, *Esprit du C. comm.*, av.-propos, p. IV. Massé, n. 1440-1442. Bédarride, *Achats et ventes*, n. 11. Alauzet, n. 7, 8, 9, 1011, 1012. Dufour, *Dr. marit.*, t. I, p. 68 et suiv. Demangeat sur Bravard, t. II, p. 402. Helbronner, *Compte courant*, n. 3. Lyon-Caen et Renault, n. 46.

(3) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, p. 647; t. II, p. 76.

(4) Douai, 19 fév. 1866, D. P. 66. 5. 375.

(5) Cass. 19 juin 1860, D. P. 60. 1. 249, etc.

(6) Troplong, *Rev. de législ.*, t. XVI, p. 70, 71. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, p. 651. Lyon-Caen et Renault, n. 51. La Cour de cassation (26 mai 1868, D. P. 68. 1. 471) fait passer d'abord le droit civil; mais, dans l'espèce, il s'agissait d'un usage local, et l'une des parties était étrangère à la localité.

(7) V. une réserve analogue dans Dufour (*Dr. marit.*, n. 31), qui cite dans le même sens plusieurs passages de Casaregis. It. Lyon-Caen et Renault, n. 51.

Source BIU Cujas

V. — **L'équité.**

26. On dit souvent que la juridiction consulaire doit juger toujours *ex æquo et bono;* que les juges n'ont pas besoin de connaître le droit; et on argumente de ce qu'il n'y a pas de ministère public près des tribunaux de commerce; on cite aussi ces paroles de Cambacérès : « Les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité (1). »

Cette doctrine est vraie lorsqu'il s'agit de l'interprétation des actes, parce que le style commercial est souvent peu précis, que beaucoup de choses sont sous-entendues comme allant plus ou moins de soi. (2). Ici l'équité se rapproche beaucoup de la coutume. Il en est de même lorsqu'il s'agit de la preuve des transactions, pour laquelle les juges ont la plus grande latitude; du reste, l'art. 109, *in fine*, admet toujours la preuve testimoniale, et par suite, les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353).

Mais jamais on ne peut, au nom de l'équité, aller contre les prescriptions formelles de la loi : — l'équité est souvent trompeuse; elle s'inspire souvent d'une étude incomplète des intérêts en présence; — les jugements commerciaux sont susceptibles d'un recours en cassation; donc, les juges ne peuvent impunément s'écarter de la loi; — si l'on n'a pas établi le ministère public auprès d'eux, c'est seulement pour ne pas le leur présenter comme un régent incommode, et parce qu'on a craint, dans les magistrats, une rigidité de principes juridiques qui ne serait pas tempérée par une connaissance suffisante des usages et des affaires commerciales; — les paroles que l'on cite de Cambacérès ne se référaient nullement aux règles que devrait suivre le juge commercial, elles s'adressaient au législateur, que le Consul invitait à ne pas trop entrer dans les réglementations de détail.

27. Les **législations étrangères** peuvent enfin fournir des comparaisons utiles, et même des indications précieuses sur les points que notre législation n'a point réglés (3).

Nous abordons maintenant l'étude du code de commerce. Dans cette étude, nous nous efforcerons autant que possible de suivre l'ordre du Code. Nous ne nous écarterons de cet ordre que dans les cas où la méthode et la facilité des explications l'exigeront. Dès à présent, nous avons à annoncer une transposition de ce genre : nous étudierons le livre III du Code, relatif aux faillites, avant le livre II, qui s'occupe du commerce maritime. Cette transposition est usuelle dans les cours; elle est fondée sur le caractère tout spécial du Droit maritime, qui forme un ensemble à part, tandis que la faillite se lie intimement avec les matières du premier livre. C'est bien ainsi que les ordonnances de Louis XIV avaient considéré les choses, puisque la matière de la faillite était comprise dans l'ordonnance de 1673, tandis que le Droit maritime était réservé pour l'ordonnance de 1681. Les rédacteurs du code de commerce ont aussi procédé dans l'ordre que nous nous proposons d'adopter, car le livre III a été voté le 12 septembre 1807, tandis que le livre II ne l'a été que le 15 du même mois.

(1) Delam. et Lepoitv., t. I, n. 29.
(2) Massé, n. 84.
(3) V. Dufour, *Dr. marit.*, n. 32. Lyon-Caen et Renault, n. 44.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

LIVRE PREMIER.

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

---

28. Dans ce premier livre, la division qui paraît le mieux répondre à la pensée du législateur, et qui respecte le plus l'ordre des articles, est celle-ci : *Première partie, Des personnes en droit commercial*, comprenant l'étude des commerçants, de leurs obligations professionnelles, tenue des livres et publicité à donner à leur régime matrimonial, et enfin des sociétés considérées comme des personnes intellectuelles (titres 1-4); — *Deuxième partie, Des contrats en droit commercial* (titres 5-8). Au début de cette seconde partie, nous dirons quelques mots de la propriété commerciale, dont la réglementation spéciale n'a pas assez d'importance pour faire l'objet d'une division à part.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

PARTIE PREMIÈRE.

DES PERSONNES EN DROIT COMMERCIAL.

TITRE PREMIER.

DES COMMERÇANTS.

Ce titre se divisera en quatre chapitres : — 1° Des actes de commerce; — 2° Qui est commerçant; — 3° Auxiliaires des commerçants; — 4° Habilitation des incapables à faire le commerce.

CHAPITRE PREMIER.

DES ACTES DE COMMERCE.

29. Cette matière, vu son importance, mérite d'avoir une place à part et de ne pas être traitée accessoirement, comme nous serions obligé de le faire au cours de notre titre. D'ailleurs, elle est utile pour l'étude de beaucoup d'autres matières. Enfin, elle nous offre l'occasion d'approfondir et d'étendre immédiatement l'idée générale et sommaire que nous avons prise du commerce.

Aux yeux de l'économiste, le rôle du commerce est de faire circuler les biens, de rapprocher les produits (naturels ou manufacturés) du consommateur, qui les consomme définitivement ou les emploie à une nouvelle production.

Au point de vue juridique, les agissements du commerçant sont caractérisés par ce fait que les biens ou valeurs ne font que passer entre ses mains; il n'entend pas acquérir sur eux des droits définitifs, mais seulement des droits transitoires ; ces droits mêmes ne sont que secondaires dans ses préoccupations : son objet essentiel est de *spéculer sur le passage* de ces biens entre ses mains. Il n'acquiert pas les biens parce qu'ils lui conviennent, pour les avoir, mais pour gagner sur leur placement. (1).

(1) V. conf. Beslay, *Des commerçants*, n. 10.

Source BIU Cujas

Cette circulation incessante des valeurs, qui est l'instrument de la spéculation, explique le besoin d'une *célérité* très grande dans les transactions, et justifie la place qui est faite aux actes de commerce comme objets du Droit commercial, puisque cette législation spéciale a précisément pour but d'organiser cette *célérité*, en même temps que le *crédit* et la *sécurité* plus grande, qui en sont le complément indispensable. V. *supra*, n. 5.

Ce caractère explique aussi pourquoi il n'y a dans le code de commerce aucune partie correspondant au livre II du code civil, aux droits que l'on peut avoir sur les choses. Les diverses variétés de droits consacrés au code civil suffisent, et au delà, aux besoins du commerce. Il y a seulement, dans l'énumération des biens, quelques éléments spéciaux au droit commercial, comme la propriété du nom, d'une maison de commerce, des dessins, des marques de fabrique Nous aurons à en dire quelques mots au commencement de notre seconde partie.

C'est encore par suite de l'idée générale indiquée ci-dessus qu'on doit considérer comme commerçants tous ceux qui font des affaires non pour eux-mêmes, mais pour tout venant, en gagnant par le fait de leur interposition.

30. Nous définirons donc ainsi un acte de commerce : *Un acte est commercial pour la personne qui le fait, lorsqu'elle n'entend être qu'un* **intermédiaire spéculant** *sur la transmission de la valeur qui fait l'objet du contrat* (1). — Ce qui est caractéristique, c'est cette position d'*intermédiaire spéculant* prise par une personne. Il y a là, avant tout, une question d'intention ; nous verrons comment on pourra la prouver en justice.

On dit souvent que les actes de commerce consistent à *acheter pour revendre* (2); c'est là leur aspect le plus ordinaire; mais cette formule ne les comprend pas tous. C'est ce que montre évidemment l'art. 632, dont le premier alinéa vise l'achat pour revendre, tandis que les alinéas suivants énumèrent ensuite six autres catégories d'actes de commerce. Nous reviendrons bientôt sur ce point (3).

31. **Intérêts de la distinction** *des actes commerciaux ou non.* — D'abord, ils confèrent la qualité de commerçant quand ils sont habituels (v. ci-dessous, ch. II). — En dehors de cela, et à l'égard de toute personne : — 1° Ils donnent lieu à la compétence *ratione materiæ* des tribunaux de commerce (art. 631); — 2° La preuve peut en être faite par les modes commerciaux (art. 109 ; v. tit. 7, ch. 1er) ; — 3° Ils sont soumis aux règles établies par les usages commerciaux (v. tit. 7, ch. 2e) ; — 4° Les droits d'enregistrement sont notablement atténués (L. 11 juin 1859, art. 22 et 23 ; v. *ibid.*) ; — ajoutons comme conséquences moins immédiates : — 5° Le gage jouit de certaines facilités en matière commerciale (a. 91 et suiv) ; — 6° Le taux légal de l'intérêt y est de 6 0/0 au lieu de 5 0/0 en matière civile ; — 7° Le crime de faux est puni plus sévèrement en écriture de commerce (C. pén., art. 147).

(1) Beslay, *ibid.*, n. 4. Alauzet, n. 11.

(2) Massé, n. 3, 10, 947.

(3) Il y a des auteurs qui repoussent toute définition, et réduisent le rôle de l'interprète à commenter l'énumération faite par le Code d'après les données de l'utilité pratique : Nouguier, *Tribunaux de comm.*, t. 1. p. 368. Labbé, dans Sirey, 68. 2. 329, note. Lyon-Caen et Renault, n. 68. *It.*, M. Vernier, au Corps législatif, séance du 4 mai 1863 (*Monit.* du 5).

Source BIU Cujas

32. **Enumération des actes commerciaux** *d'après la loi* (art. 631-633, 638). — Cette énumération se trouvait au projet de code dans l'art. 2; elle a été renvoyée à la matière de la compétence des tribunaux de commerce (1). On a suivi en cela l'ordonnance de 1673, qui n'avait pas dû s'occuper des actes de commerce à propos des commerçants; car, dans notre ancien droit, la condition ordinaire, sinon essentielle (2), pour être commerçant, était d'appartenir à une corporation ou maîtrise. Aussi l'ordonnance traitait la matière des corporations au titre 1er; nous en disons quelques mots dans notre chapitre III.

L'énumération des articles 632 et suivants est limitative (3); sans pourtant que cela puisse nous empêcher d'appliquer des analogies évidentes à certains actes non prévus par la loi.

Toutes les questions relatives à la définition des actes de commerce, sont des questions de droit soumises à la censure de la cour de cassation (4). L'existence des conditions légales dans tel ou tel cas particulier est appréciée souverainement par les juges du fait (5).

Il y a trois catégories d'actes de commerce; ils feront l'objet d'autant de sections : — 1° Actes commerciaux par leur nature; — 2° Actes commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire, théorie d'après laquelle l'acte accessoire doit être caractérisé par l'acte principal auquel il se rattache; — 3° Actes présumés commerciaux par l'autorité de la loi. — C'est une division analogue à celle des immeubles : par nature, par destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent (deux catégories qui ne font qu'une en notre matière), et par détermination de la loi.

SECTION PREMIÈRE.

ACTES COMMERCIAUX PAR LEUR NATURE.

33. Ce sont ceux auxquels s'applique directement la définition que nous avons donnée. — Nous rencontrerons seulement dans cette section quelques actes commercialisés par la loi, en dehors de cette définition, et pour des motifs d'utilité générale. Ces actes rentreraient plus exactement dans notre troisième section; mais nous ne les séparerons pas pour ne pas scinder des

(1) Locré, *Législ. civile, comm etc.* t. XVII. p. 114 et s., t. XX, p. 219.

(2) Beaucoup d'auteurs en font une condition essentielle : V. Orillard, *Compét. des trib. de comm.*, n. 138. Bédarride, *Juridictions comm.*, n. 18. Molinier, p. 110. Mais Boslay (*Des commerçants*, n. 192) fait observer que cela n'est pas tout à fait exact, puisqu'il y avait des endroits et des professions où il n'y avait pas de maîtrise (V. *infrà*, n. 60). La démonstration de ce point d'histoire a été faite par Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrecht*, t. I, p. 328, note 2.

(3) Cass. 15 mai 1815; Paris, 13 janv. 1816. Locré, t. IV, p. 86. Troplong, *Sociétés*, n. 317. Delangle, *Sociétés*, n. 26, 313. Malepeyre et Jourdain, *Sociétés*, p. 3 et 4. Orillard, *Compétence des trib. de comm.*, n. 243. Bravard, t. VI, p. 729. — *Contrà* : Dalloz, v° *Compét. comm.*, n. 46. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, p. 347.

(4) Cass. 29 avril 1868, D. P. 68. 1. 312.

(5) Req. 13 mars 1878, D. P. 78. 1. 311.

Source BIU Cujas

matières analogues. Nous trouverons aussi quelques applications isolées de la *théorie de l'accessoire* qui domine toute la deuxième section.

Art. 632. La loi répute acte de commerce : — tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ; — toute entreprise de manufacture, de commission, de transport par terre ou par eau ; — toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ; — toute opération de change, banque et courtage ; — toutes les opérations des banques publiques ; — toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers ; — entre toutes personnes, les lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place.

Les actes commerciaux par leur nature, énumérés par la loi, peuvent se ranger sous quatre genres : — 1° Spéculations sur les marchandises ; — 2° Spéculations sur certains louages d'ouvrages ; — 3° Spéculations sur les capitaux ; — 4° Spéculations relatives aux transports maritimes.

§ 1er

Spéculations sur les marchandises.

I. — Achat de denrées et marchandises pour les revendre.

V. art. 632, 1er al.

34. « *Achat pour revendre* », c'est-à-dire achat fait avec l'intention de revendre ; il faut que la revente soit le *but principal* de l'achat. C'est l'intention qui est essentielle ici, comme cela résulte d'ailleurs de notre définition. Ainsi ne serait pas commercial l'achat d'objets pour les garder ou les consommer, quand même on les revendrait bientôt après, soit pour profiter d'une occasion, soit parce qu'on s'en est dégoûté (1).

Il faut en outre la pensée d'une *spéculation* dans l'achat et la revente : de tout temps la spéculation a été considérée comme de l'essence du commerce ; et le Code n'a certainement pas voulu exclure cette condition (2). Cela doit faire déclarer non commercial : — l'achat de tonneaux par un vigneron pour vendre son vin, quoique les tonneaux soient revendus avec le vin ; car on ne spécule pas sur les tonneaux (3) ; — même l'achat du vin pour le mélanger, afin de rendre plus marchand celui que l'on produit (4) ; — l'achat de couleurs par un artiste-peintre (5) ; — ou l'achat de

(1) Pardessus, n. 12. Delam. et Lepoitv., t. I, n. 35. Bravard, t. VI, p. 226, et Demangeat, t. VI, p. 336. Ly. Caen et Ren. n. 78.

(2) Req. 13 mars 1878, D. P. 78. 1. 311. — Pardessus, n. 12. Bravard, t. I, p, 48 ; t. VI, p. 226. Beslay, *Commerçants*, n. 46.

(3) Pardessus, n. 13. Molinier, n. 16, 19. Orillard, *Compétence etc.*, n. 270. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, p. 361. Alauzet, n. 2966 et 3026. Bravard, t. I, p. 50, 51, et Demangeat, t. VI, p. 332. Ly. C. et Ren. n. 81.

(4) Bordeaux, 12 juillet 1848, D. P. 49. 2. 108.

(5) Paris, 5 mai 1855, D. P. 56. 2. 19. — Locré, t. IV. p. 111. Demang. sur Brav. t. VI, p. 332. Ly. C. et Ren. n. 82.

Source BIU Cujas

terre par un sculpteur (1).—Il en est ainsi lors même que la revente est l'objet principal de l'opération, si celle-ci reste étrangère à tout esprit de lucre Par exemple, c'est un comice agricole achetant des bestiaux pour en encourager l'élevage (2); c'est un manufacturier achetant des objets de première nécessité pour les revendre à ses ouvriers au prix coûtant (3). C'est aussi le cas des sociétés coopératives de consommation (V. *infrà*, n. 334).

Comment se prouvera l'intention de revendre en spéculant? Si c'est un commerçant qui achète, cette intention est présumée, pourvu qu'il s'agisse des marchandises de son commerce; mais non s'il achète pour ses besoins personnels (art. 638, 1er al., *in fine*). Si c'est un non-commerçant, ce sera à son adversaire de prouver l'intention (4). Et dans le doute, l'acte sera considéré comme civil (5). Sur cette question les juges du fait sont souverains (6).

Q. *La revente qui suit l'achat est-elle aussi commerciale?* Le marchand de couleurs a fait acte de commerce en achetant des couleurs en gros, fait-il encore acte de commerce en les revendant en détail? — 1er S. *Non* : l'art. 632, 1er al., ne parle que de l'achat; et le silence du législateur sur la vente n'est pas ici une omission, car il y pensait; il en parle dans l'art. 632, 4e al., dans l'art. 633, dans l'art. 638 (7). — 2e S. *Oui* (!) : toute personne non prévenue le pensera; — c'est la contre-partie de l'achat, le complément de la spéculation; — arg. de l'art. 638, 1er al. qui déclare non commerciale la *vente* de ses récoltes par le propriétaire ou fermier; ce qui suppose bien que la vente peut être comme l'achat un acte de commerce (8).

Il faut généraliser cette disposition de l'art. 632, 1er al., et l'appliquer à l'échange, à la location : ainsi serait commercial l'achat pour louer (même al.), la location pour sous-louer, etc. (9).

Nous comprendrons donc dans cet alinéa, comme le dit M. Bravard, *toute acquisition à titre onéreux dans un but de spéculation* (10).—Mais il faut que l'acquisition soit à titre onéreux; celui qui reçoit une donation, eût-il l'intention de spéculer sur ce qu'il reçoit, ne fait pas acte de commerce (11).

35. Par *a contrario* de l'art. 632, 1er al., il ne faut pas considérer comme

(1) Lyon, 13 mai 1881, D. P. 82. 2. 54, etc. — Locré, *ibid.* Demangeat, *ibid.* Pardessus, t. I, p. 17. Ly. C. et Ren. n. 82.

(2) Paris, 21 juin 1875, D. P. 76. 2. 189.

(3) Paris, 14 nov. 1864. — Ly. C. et Ren. n. 80.

(4) Cass. 21 avril 1852, D. P. 54. 5. 447. — Molinier, n. 17 et 18. Massé, n. 965. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, p. 361 et suiv. Bédarride, *Juridictions comm.*, n. 203. Bravard, t. VI, p. 226, et Demangeat, t. VI, p. 336. Ly. C. et Ren. n. 79.

(5) Poitiers, 7 janv. 1856. D. P. 56. 2. 84.

(6) Req. 13 mars 1878, D. P. 78. 1. 311.

(7) Locré, t. IV, p. 98. Delamarre et Lepoitv., t. I, n. 40. Coin-Delisle, *Contr. par corps*, p. 76.

(8) Pardessus, n. 20. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, p. 356. Orillard, *Compét. des trib.*, n. 300. Vincens, t. I, p. 123. Bédarride, *op. cit.*, n. 212. Bravard, t. VI, p. 226, et Demangeat, t. VI, p. 337. Alauzet, n. 2965. Ly. C. et Ren. n. 87.

(9) Molinier, n. 12. Massé, n. 12 et 2660. Bravard, t. VI, p. 226-227. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, p. 353. Dalloz, v° *Acte de comm.*, n. 27. Ly. C. et Ren. n. 69, 84, 85, 86.

(10) Bravard, t. I, p. 47-48; t. VI, p. 225, et Demangeat, t. VI, p. 323.

(11) Bravard, t. VI, p. 225.

Source BIU Cujas

commercial l'achat qui n'a pas pour but une vente, comme celui d'un objet que l'on veut garder, consommer ou donner à un tiers ; ni la vente qui n'a pas été précédée d'un achat, comme celle d'un objet que l'on a produit complètement par son travail ou par la culture. L'art. 638, 1er al., prend soin de nous le dire :

Art. 638, 1er al. Ne seront point de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son crû, les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier.

Par conséquent on ne doit pas ranger parmi les actes de commerce :

La vente de ses récoltes par le propriétaire ou le fermier, quoiqu'ils aient acheté ou loué la terre pour en revendre les produits ; s'ils ont peut-être une pensée de spéculation, il est toujours vrai qu'ils ne revendent pas ce qu'ils ont acheté (1). Cette solution s'appliquera — lors même que le producteur tiendrait une boutique pour la vente de ses produits (2) ; — lors même qu'il ferait subir à ses récoltes une certaine transformation, pourvu que celle-ci ne soit qu'un accessoire ; par exemple s'il fait du vin avec le raisin, ou même s'il le distille (3) ; ou même encore s'il fait du sucre avec ses betteraves (4), sauf à voir, en fait, si la raffinerie n'est pas une seconde entreprise parallèle ou même l'entreprise principale.

... Ni les achats et ventes de bestiaux destinés à utiliser les terres (5) ; sauf à établir en fait que le trafic des bestiaux était le principal (6).

... Ni l'exploitation d'une mine, v. L. 21 avril 1810, art. 22 (7) ; — ou d'une carrière (8) ; — ou d'une saline (9) ; — lors même que l'exploitant n'en serait que le locataire (10) ; — ou qu'il se livrerait à des opérations accessoires, qui présenteraient le caractère commercial, si elles étaient isolées ; comme le traitement des minerais, la fabrication d'agglomérés (11).

(1) Cass. 26 juin 1867, D. P. 67. 1. 224. Massé, n. 21. Beslay, *Des commerçants*, n. 13-16. Ly. C. et Ren. n. 76.

(2) Beslay, *op. cit.*, n. 123-124. — *Contrà* : Massé, n. 22.

(3) Trib. Bruxelles, 11 déc. 1852, D. P. 54. 5. 122. — Pard., n. 11. Bravard, t. VI, p. 232, et Demang., t. VI, p. 345. Ly. C. et Ren. n. 90 — Massé, n. 21, 22, admet cette solution pour le vin, mais non pour les produits de la distillation.

(4) Req. 12 mai 1875, D. P. 76. 1. 320. — Pardessus, n. 35. Bédarride, *Juridiction comm.*, n. 352. Alauzet, n. 3024. Orillard, *Compétence, etc.*, n. 304. Beslay, *Des comm.*, n. 51 et suiv. Ly. C. et R. n. 90. — *Contrà :* Massé, n. 22. Bravard, t. VI, p. 232, et Demang., t. VI, p. 345.

(5) Crim. rej. 27 juill. 1878, D. P. 79. 1. 389. — *Contrà* : Massé, n. 22.

(6) V. Rouen, 9 août 1861 D. P. 61. 5. 9. — V. solutions semblables ou analogues : Pardessus, n. 14. Locré, t. IV, p. 106. Orillard, *Compét.*, n. 272. Beslay, *Commerçants*, n. 54. Alauzet, n. 3026. Ly. C. et R. n. 85.

(7) Cass. 31 janv. 1865, D. P. 65. 1. 390. — Beslay, *Commerçants*, n. 52. Ly. C. et R. n. 89, 90.

(8) Bordeaux, 23 nov. 1854, D. P. 55. 5. 7. — Ly. C. et R. n. 89.

(9) Trib. de comm. d'Aix, 7 juin 1858, D. P. 58. 5. 12. — Ly. C. et R. n. 89.

(10) Paris, 22 fév. 1848, D. P. 54. 5. 11. — *Contrà* : Caen, 17 déc. 1847, D. P. 48. 5. 4.

(11) Lyon, 13 févr. 1878, D. P. 79. 2. 99. — Ly. C. et R. n. 90.

Source BIU Cujas

Il suit de là qu'une opération peut très bien être commerciale pour l'une des deux parties en présence sans l'être pour l'autre. Ainsi le marchand de vin qui achète du vin à un vigneron fait un acte de commerce, tandis que le vigneron n'en fait pas un (1).

36. « *Denrées et marchandises* », ajoute l'art. 632, 1er al. Cela comprend d'abord toute espèce de meubles corporels, même les animaux, fussent-ils remisés pour quelque temps sur un fonds (2), et les arbres, qui restent meubles lors même qu'ils ont été mis en pépinière (3).

Cela comprend aussi les meubles incorporels; on ne saurait en douter puisque la loi déclare commerçants les banquiers et agents de change, dont les opérations portent exclusivement sur ce genre d'objets (4). — Donc serait commercial l'achat d'un fonds de commerce pour le revendre (5). Si on l'achète pour le garder et l'exploiter, la nature de l'acte soulève une question que nous examinerons avec la théorie de l'accessoire à notre section 2me (n. 50). En tout cas, l'acheter pour en faire une donation n'est pas faire un acte de commerce (6).

Cette même formule paraît bien exclure les *immeubles;* aussi l'on admet généralement que les spéculations sur les immeubles ne sont pas des actes de commerce : — Cette distinction est traditionnelle et corroborée par le sens naturel des mots *denrées et marchandises* dans l'art. 632 ; — l'idée du commerce a toujours entraîné l'idée de circulation, de transport et les économistes le définissent par là ; or, le transport n'est pas possible pour les immeubles, quoiqu'ils soient susceptibles d'une circulation intellectuelle par une série de translations de propriété ; — cette circulation requiert beaucoup moins de célérité ; elle n'a pas besoin des formes expéditives du commerce ; ils ne peuvent être dissimulés aux créanciers; les garanties spéciales de la faillite sont donc moins nécessaires contre celui qui spécule sur les immeubles ; — l'art. 639, 2° fournit un argument de texte : la L. 16-24 août 1790, tit. 4, a. 5, relativement à la compétence des tribunaux civils, parlait séparément des actions mobilières et immobilières, tandis que l'a. 639, 2°, pour la compétence des tribunaux de commerce, ne reproduit que la partie relative aux actions mobilières (7).

D'où, ne serait pas commerciale : — une société fondée pour des achats et

(1) Molinier, n. 29. Orillard, *Compét.*, n. 245, Nouguier, *Des trib. de comm.*, t. I, p. 350. Bravard, t. I, p. 51, et Demang., t. VI, p. 322. Ly. C. et R. n. 87, 97.

(2) Rouen, 9 août 1861, D. P. 61. 5. 9.

(3) Toulouse, 23 mai 1845, D. P. 45. 2. 157 ; Aix, 7 avril 1859, D. P. 59.5. 9.

(4) Cass. 26 août 1868, D. P. 68. 1. 439 ; Req. 15 juin 1874, D. P. 75. 1. 158, etc. — Pardessus, n. 9. Molinier, n. 20. Massé, 1386 et suiv. Alauzet, 2967. Ly. C. et R. n. 72.

(5) Demang. sur Brav., t. VI, p. 380. Alauzet, n. 2968.

(6) *Contrà* : Rouen, 25 juin. 1877. D. P. 78. 2. 41.

(7) Cass. 4 juin 1850, D. P. 50. 1. 163 ; Paris, 15 fév. 1868. D. P. 68. 2. 208, etc.—Pardessus, n. 8. Molinier, n. 14. Orillard, *Compétence, etc.*, n. 187, 285, 286. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, n. 360. Dageville, t. V, p. 14. Malep. et Jourd., *Sociétés*, p. 9. Massé, n. 1382. Bravard, t. I, p. 47; t. VI, p. 225. Alauzet, n. 2971. Labbé, dans Sirey, 1868. 2. 325. Pont, *Sociétés*, t. 1, n. 106. Ly. C. et R. n. 73, 74.—En sens contraire : Aix, 5 août 1868, D. P. 68. 2. 209, etc.;— Ollivier, *Rev. prat.* 1856, t I, p. 241. Ruben de Couderc, *Dict.* v° *Acte de commerce*, n. 91. Demangeat sur Brav., t. VI, p. 323 et suiv. Beslay, *Commerçants*, n. 107. Garsonnet, *Revue critique*, 1869, p. 325 et suiv.

Source BIU Cujas

ventes de terrains ; par exemple la Société immobilière (1) ; — ni la location, par le propriétaire, d'une maison garnie (2) ; à moins qu'elle ne soit habituelle et principale, auquel cas on a pu juger que le mobilier est le principal et non pas la maison ; — ni la location d'un immeuble pour le sous-louer (3).

Mais serait commercial comme portant en réalité sur un objet mobilier : — l'achat d'une coupe de bois ou de foin sur pied (4) ; — d'une maison à démolir (5). Quant à la location d'un canton de pêche, nous dirons qu'elle n'est pas un acte de commerce, parce qu'on a pas acheté le poisson, celui ci étant chose *nullius*, et par conséquent non susceptible d'être acheté (6).

Q. Quid *de l'achat des terrains pour les revendre bâtis* ? Pour nous, c'est une question de fait ; il faut voir sur quoi on a principalement spéculé. Est-ce surtout sur la plus-value des terrains auxquels des constructions, même relativement peu considérables, donneront beaucoup de valeur (exemple : création de villas avec jardins) ? L'opération ne sera pas commerciale. Elle le sera si l'on a surtout spéculé sur les opérations de construction ; l'opération rentrera alors dans une entreprise de manufactures (*infra*, n. 40), l'achat et la revente des immeubles n'étant que l'accessoire (7).

37. « *Soit après les avoir travaillées et mises en œuvre* » (art. 632, 1er al.). Cette disposition comprend l'industrie proprement dite, qui sans doute ne fait pas sa fonction principale de la circulation des marchandises, mais pour laquelle cette circulation est une condition essentielle de son fonctionnement, puisqu'elle doit incessamment appeler les matières premières et évacuer les produits fabriqués ; il est vrai pour l'industriel, comme pour le commerçant, que les marchandises ne font que passer entre ses mains ; qu'il les acquiert, non pour les garder, mais pour spéculer sur leur placement ; il est vrai aussi que ses opérations ont besoin de la même célérité et des mêmes facilités que le commerce proprement dit (8). D'ailleurs l'industrie serait aussi comprise dans le deuxième alinéa de notre article.

II. — **Entreprises de fournitures** (V. art. 632, 3e al.).

38. C'est la promesse de fournir une quantité de marchandises, soit en une fois, soit en plusieurs livraisons, soit plus souvent encore à certaines périodes régulières pour un temps plus ou moins long (ex. fourniture de pain, de viande à un lycée, à un régiment). L'opération est avant tout, pour l'entrepreneur, une série d'achats ou locations pour revendre ou relouer.

(1) Paris, 15 fév. 1868, D. P. 68. 2. 208.

(2) Rej., 30 avril 1862, D. P. 62. 1. 351. — Ni même l'achat de meubles pour garnir la maison : Paris, 24 févr. 1877, D. P. 78. 5. 10.

(3) Paris, 15 juill. 1861. D. P. 61. 5. 9, etc. — Al. 2972.

(4) Lyon, 7 déc. 1854, D. P. 55. 5. 7. Nîmes, 28 août 1874, D. P. 76. 5. 10. — Molinier, n. 14 et 15. Nouguier, *Des trib. de comm.*, t. I, p. 361. Bédarride, *Jurid. comm.*, n. 210, 211, 221. Demang. sur Brav., t. VI, p. 328. Alauzet, n. 2971. Ly. C. et R. n. 75.

(5) Alauzet, *ibid.* Ly. C. et R. n. 75.

(6) *Sic :* Paris, 31 mai 1869. D. P. 70. 2. 183.—*Contrà* : Toulouse, 27 juillet 1860, D. P. 60. 2. 154.

(7) Aussi la jurisprudence donne des solutions diverses : non-commercialité, Paris, 15 fév. 1868 D. P. 68. 2. 208, etc. Bravard, t. I, p. 179 ; commercialité, Cass., 2 arrêts, 3 fév. 1869, D. P. 69. 1. 160 ; Lyon, 8 déc. 1870, D. P. 71. 2. 143 ; Paris, 10 juill. 1873, D. P. 76. 5. 10, etc. — V. Ly. C. et R. n. 104.

(8) Cf. Beslay, *Commerçants*, n. 12.

Source BIU Cujas

§ 2

Spéculations sur certains louages d'ouvrage et d'industrie.

39. En principe, le louage d'ouvrage n'est pas un acte de commerce ; car celui qui promet de faire un ouvrage offre ce qu'il a ou ce qu'il peut faire avec ses propres ressources ; il n'est pas intermédiaire entre les besoins de l'un et l'offre d'un autre (1) ; il ne spécule pas sur le passage de quelque valeur entre ses mains ; il stipule seulement une rémunération pour ce qu'il peut produire lui-même. Tel est le fait d'un médecin, d'un chirurgien, d'un dentiste, d'un artiste, d'un homme de lettres (2), d'un auteur (3).

Mais il en est autrement, et l'acte devient commercial, lorsque l'on reloue avec spéculation le travail d'ouvriers qu'on emploie, ou lorsqu'un louage de travail individuel se combine, dans une certaine mesure, avec l'achat pour revendre. Ainsi, un ouvrier ou un artisan ne fait pas acte de commerce, s'il ne travaille que sur des matières fournies par d'autres (4), quand même il fournit ses outils et même quelques objets accessoires ; par exemple un tailleur à façon qui fait quelques menues fournitures de mercerie (5). Mais il en serait autrement, s'il fournissait la matière première, quand même il ne l'achèterait qu'au fur et à mesure de ses commandes (6) ; — ou s'il employait quelques ouvriers ; car alors il sert d'intermédiaire pour la recherche et la fourniture de leur travail, et en retire les profits, en compensation des risques de pertes qu'il éprouverait s'il n'avait pas assez d'ouvrage pour les employer. (7). On admet que l'emploi d'un seul aide ou apprenti ne rendrait pas l'artisan commerçant; ce n'est là qu'un accessoire peu important, et cela ne change pas la nature de l'acte principal.

Voyons les applications faites par le Code.

I. — **Entreprise de manufacture** (V. art. 632, 2e al.).

40. Ces mots comprendraient l'industrie en général, si elle ne rentrait pas déjà dans le premier alinéa.

Ils comprennent de plus le manufacturier qui se borne à transformer la matière d'autrui : il spécule sur le loyer de ses machines et du travail de ses ouvriers. Par exemple, un teinturier à façon, un imprimeur sur étoffes, et même l'imprimeur de livres (8).

(1) Cf. Beslay, *op. cit.*, n. 18 et suiv.

(2) Beslay, *op. cit.*, n. 19 et suiv., 36.

(3) Pardessus, n. 11. Demang. sur Brav., t. VI, p. 331. Alauzet, n. 2966. Beslay, n. 36.

(4) Beslay, n. 37. Alauzet, n. 2991. Ly. C. et R. n. 83.

(5) Pardessus, n. 35. Alauzet, n. 2991. Ly. C. et R. n. 83. — *Contrà* : Bédarride, *Jur. comm.*, n. 37 et suiv.

(6) Massé, n. 19. Bédarride, n. 37. Beslay, n. 37. — *Contrà* : Alauzet, n. 2991.

(7) Cass. 8 août 1867, D. P. 67. 1. 41. — Pardessus, n. 35. Massé, n. 20.

(8) Cela ne s'appliquerait pas à l'auteur-éditeur d'une revue littéraire (Lyon, 22 août 1860, D. P. 61. 2. 72) ou d'un recueil de jurisprudence (Paris, 25 mai 1855, D. P. 56. 2. 275), ou surtout d'un ouvrage isolé (Colmar, 9 déc. 1857, D. P. 58. 2. 23); car, dans tout ceci, on ne gagne que sur son travail, et l'on ne met pas à la disposition du

Source BIU Cujas

Cette même disposition comprend aussi celui qui se charge de constructions ou autres travaux sur le terrain d'autrui et qui spécule sur la main-d'œuvre et sur les matériaux. Cette solution est admise généralement lorsqu'il fournit les matériaux (1). — Elle est contestée lorsqu'il ne fournit que la main-d'œuvre. On argumente en sens contraire, de la suppression du mot *constructions* dans notre alinéa sur la demande de certains tribunaux d'appel, tandis que ce mot a été conservé dans l'art. 633 pour les constructions maritimes (2). Mais cette suppression peut avoir eu pour but uniquement de laisser la question en suspens ; et le silence seul du législateur ne peut conduire à rejeter une solution entièrement conforme aux principes. — Quant à celui qui construit sur un terrain acheté pour le revendre bâti, nous en avons parlé ci-dessus (n. 36).

Sous ce chef se place encore le propriétaire qui ferait subir à ses récoltes des manipulations industrielles assez importantes pour que l'industrie dût être considérée comme la partie principale, ou au moins comme une seconde entreprise parallèle à la première. Car, si ce propriétaire ne spécule pas sur les matières premières, il spécule sur ses machines et sur la main-d'œuvre. Telles pourraient être, suivant les cas, une sucrerie à côté d'une exploitation de betteraves, une filature à côté d'une culture de lin (V. *suprà*, n. 35) (3) ; une usine métallurgique annexée à l'exploitation d'une mine, surtout si l'on achète une partie des minerais traités (4).

II. — **Entreprises de commission et toute opération de courtage** (V. art. 632, 2e et 4e al.).

41. Le mot *courtage* comprend aussi les opérations de l'agent de change, qui ne diffèrent de celles du courtier que par leur objet (5). — Le commissionnaire et le courtier sont tous deux des mandataires commerciaux et salariés : le commissionnaire agissant ordinairement en son nom propre ; le courtier s'entremettant seulement entre les parties pour les faire contracter. Tous deux sont essentiellement *intermédiaires* salariés, et rentrent par là dans notre définition. On pourrait hésiter à voir dans leurs actes la *spéculation*, c'est-à-dire l'espoir de grands profits compensant de grands risques. Mais ils sont rému-

public des moyens qu'on aurait été se procurer ailleurs. Mais serait commerciale l'exploitation d'un journal spéculant sur des annonces ou réclames (Trib. com. Marseille, 24 janv. 1870, D. P. 70. 3. 76), et celle d'un recueil de jurisprudence si la rédaction est entièrement confiée à des jurisconsultes rémunérés en proportion du travail qu'ils fournissent, Paris, 2 juillet 1880. D. P. 80. 2. 226.

(1) Req. 2 fév. 1869, D. P. 69. 1. 370, etc. — Locré, t. IV, p. 111, 112. Orillard, *Compét.*, n. 309. Nouguier. *Trib. de comm.*, t. I, p. 418. Molinier, n. 41. Demangeat sur Brav., t. VI, p. 346. Alauzet, n. 2980. Ly. C. et R. n. 104. — *Contrà* : Carré, *Compétence*, t. II, n. 516. Pâris, n. 148. Cardot, *Revue de dr. comm.*, 1864, p. 187.

(2) Nancy, 22 mars 1876, D. P. 77. 2. 176, etc. — Locré, t. IV, p. 111, 112. Molinier, n. 41. Demang., *l. c.* Alauzet, *l. c.* Ly. C. et R. n. 102, 103.

(3) Req. 27 nov. 1871, D. P. 72. 1. 92, etc.

(4) Req. 1er juillet. 1878, D. P. 79. 1. 218.

(5) Req. 25 juill. 1864, D. P. 64. 1. 389. — Alauzet, n. 12. — Mais le client qui vend des titres par l'intermédiaire d'un agent de change ne fait pas par là même un acte de commerce, s'il ne les a pas achetés pour les revendre (Lyon, 2 avril 1870, D. P. 71. 5. 8).

Source BIU Cujas

nérés à tant pour cent des opérations qu'ils font; et s'ils veulent ne pas perdre leurs peines, ils sont plus intéressés que personne au calcul de la fluctuation probable des cours, dans leur propre intérêt et dans celui de leur clientèle. On peut donc dire très exactement qu'ils *spéculent sur leur entremise*; et par là ils rentrent dans notre définition générale (V. *suprà*, n, 29, 30) (1). Du reste, la loi en faisant de leurs opérations des actes de commerce, a été déterminée aussi par des raisons d'analogie; car ils passent leur vie à faire des actes de commerce et de spéculation; sans doute, c'est pour autrui; mais il importait que ceux qui traitent avec eux trouvassent la célérité et la sécurité qu'offrent les lois commerciales.

La loi qualifie de commerciale *toute entreprise de commission;* il s'ensuit qu'un acte isolé ne serait pas commercial, du moins entre le commissionnaire et le commettant (2). Au contraire, d'après le 4e alinéa, *toute opération de courtage* est commerciale; par conséquent, un acte isolé de courtage serait un acte de commerce. Il n'y a pas de raison bien satisfaisante à donner de cette différence (3). On peut dire que le Code a voulu sanctionner par les rigueurs de la loi commerciale (notamment la contrainte par corps), le monopole, alors absolu, des courtiers, en menaçant de ces rigueurs tous ceux qui s'immisceraient dans leurs fonctions (4).

III. — **Entreprise de transport** (V. art. 632, 2e al.).

42. Ceci rentre directement dans la définition économique du commerce. Nous trouvons aussi le caractère, distinctif pour nous, d'*intermédiaire spéculant;* l'entrepreneur spécule sur le louage des chevaux, voitures, bateaux, etc.

Un acte isolé de transport ne serait pas commercial, quand même il serait salarié. Si le voiturier loue le service de son attelage, il ne l'a pas acheté *pour* le louer. Exemple : un cultivateur allant au marché et se chargeant de commissions sur son parcours (5).

IV. — **Entreprises d'agences, bureaux d'affaires** (V. art. 632, 3e al.).

43. Ces entreprises consistent à s'offrir au public pour faire pour lui ses affaires de tel ou tel genre, suivre des procès, fournir des renseignements, des places, etc. Ces industriels spéculent quelquefois sur le travail de leurs employés, sur leurs relations, sur la réunion des affaires qui leur permettent d'économiser du temps. D'ailleurs ils *spéculent* toujours *sur leur entremise* (V.

(1) V. Al. n. 12.

(2) Cette distinction, qui résulte des termes de la loi, est admise par Bravard, t. VI, p. 230, 231, et Demangeat, t. VI, p. 349; ainsi que par Alauzet, n. 2977. Ly. C. et R. n. 105. Elle est rejetée par Delam. et Lepoitv., t. II, n. 29; *it.* Douai, 31 janv. 1876. S. 76. 1. 296.

(3) Vincens, t. I, p. 129. Alauzet, n. 2973. Ly. C. et R. n. 105.

(4) *Sic* Bravard, t. VI, p. 230. Si l'on objecte que les actes de courtage illicite étant nuls (arrêté 27 prairial an X, art. 7) ne peuvent autoriser des poursuites commerciales, il faut répondre que cette nullité, ne pouvant être invoquée par celui qui s'est immiscé dans les fonctions de courtier, ne peut le soustraire aux rigueurs de la loi. Demang. sur Bravard, t. VI, p. 371.

(5) Pardessus, n. 38. Orillard, *Compét.*, n. 324. Nouguier, *Trib. de comm.*, t. I, p. 212. Bédarride, n. 258. Bravard, t. VI, p. 230. Alauzet, n. 2978. Ly. C. et R. n. 106.

Source BIU Cujas

suprà, n. 29, 30) (1). Enfin, un dernier motif du classement de ces entreprises, c'est la défiance contre ceux qui les exploitent, et le désir de les soumettre aux mesures rigoureuses de la loi commerciale, contrainte par corps, faillite, etc. (2). — L'*entreprise* seule est commerciale, mais non une opération isolée. La commercialité existe lors même que les opérations que ces entrepreneurs font pour autrui ne seraient pas en elles-mêmes des actes de commerce (3).

Les agréés près les tribunaux de commerce ne rentrent à aucun point de vue sous ce chef, quoiqu'on l'ait soutenu : leur profession ne saurait être qualifiée d'entreprise; ils ne spéculent sur rien ; on ne rémunère que leur travail et leur capacité personnelle; et, enfin, ils ne suscitent aucun des dangers qui ont appelé l'attention du législateur. (4).

V. — **Etablissements de ventes à l'encan** (V. art. 632, 3e al.).

44. Ce sont des *intermédiaires*, donnant une plus-value aux marchandises par l'affluence des acheteurs habitués, et spéculant sur leur installation, le travail des employés et leur clientèle. En outre, ils sont souvent dépositaires de valeurs considérables; on a voulu assurer au public, contre eux, des moyens coërcitifs.

VI. — **Etablissements de spectacles publics** (V. art. 632, 3e al.).

45. Il n'en était pas question dans l'ord. de 1673; c'est qu'alors les frais accessoires étant peu considérables, c'était principalement un louage de service. Aujourd'hui, pour le directeur, cette entreprise consiste surtout en achats et locations pour sous-louer (Trav. prép. : Obs. de la cour de Paris. Locré, *Esprit du code de commerce*, tom. VIII, p. 290).

Cela comprend les spectacles ou exhibitions de tous genres; les cafés-concerts, les bals publics (5); mais non un acte isolé, comme un concert donné par un artiste (6).

Q. *Les artistes employés par le directeur font-ils acte de commerce?* Nous dirons non : — ils ne sont pas intermédiaires, mais producteurs originaux; — ils gagnent seulement sur leur travail; — s'ils participent à une entreprise commerciale, ils n'y prennent pas part en leur nom, et ne font aucune spéculation, pas plus que les commis d'un marchand, ou les ouvriers, contre-maîtres, etc., d'un industriel (7).

Q. Malgré cela, *ne peuvent-ils être soumis à la compétence commerciale pour leurs*

(1) *Sic* Alauzet, n. 2982.

(2) *Sic* Pardessus, n. 41. Ly. C. et R. n. 107.

(3) Req. 8 nov. 1876. D. P. 76. 1. 134.— Pardessus, n. 42. Vincens, t. I, n. 134. Orillard, n. 339. Nouguier, t. I, p. 429. Bédarride. n. 269. Alauzet, n. 2982. Ly. C. et R. n. 107.

(4) Trib. civ. Rouen, 27 juill. 1876. D. P. 77. 3. 53; *Contrà :* trib. civ. Rouen, déc. 1876, D. P. 77. 5. 210. — On peut pour d'autres raisons les soumettre néanmoins à la compétence commerciale : V. Riom, 27 fév. 1878, D. P. 78. 2. 153. — V. au Livre 4e *infrà* n. 1463.

(5) Pardessus, n. 46. Orillard, n. 347. Nouguier, t. I, p. 442. Bédarride, n. 281. Bravard, t. VI, p. 231, et Demang., t. VI, p. 363. Alauzet, n. 2984.

(6) Molinier, n. 47. Demang. sur Bravard, t. VI, p. 363.

(7) Paris, 1er mars 1877, D. P. 78. 2. 108. avec de nombreuses divergences. — Pardessus. n. 46. Molinier, n. 49. Troplong, *Sociétés*, n. 342. Demangeat sur Brav., t. VI, p. 365. Beslay, n. 27. Alauzet, n. 2984. Ly. C. et R. n. 110.

Source BIU Cujas

contestations avec leurs patrons? La question est tout autre : il s'agit de savoir s'ils rentrent dans les termes de l'art. 634, 1°, soumettant à la juridiction commerciale les actions contre les *facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs.* — 1er S. *Non* : — Ils ne sont pas compris dans le sens ordinaire des termes de l'art. 634; — si l'on invoque contre eux cet article, il faudra leur accorder le privilège établi au profit des commis, par l'art. 549, 2e al.; or, le plus souvent on recule devant cette conséquence (1). — 2me S. *Oui* (!) : — L'esprit de l'art. 633 et son énumération très large, sont tout à fait généraux; l'article veut comprendre tous ceux dont le travail concourt à la production; — et je n'hésiterais pas à entendre de même l'art. 549, 2e al. : s'il y a des artistes à gros appointements, qui n'excitent pas une grande commisération, l'infiniment grande majorité peut invoquer les raisons d'humanité qui ont motivé la concession d'un privilège aux commis et ouvriers (2).

§ 3

Spéculations sur les capitaux.

(Voir art. 632, 4e al.).

46. **Toute opération de change.** — Il y a : — 1° *le change manuel* ou *change des monnaies*, dans lequel on change une monnaie d'une certaine nature contre une monnaie d'une autre nature; c'est essentiellement un achat pour revendre dans lequel la monnaie est la marchandise; aussi une opération, même isolée, serait commerciale (3); — 2° *le change tiré*, qui consiste à faire payer une somme dans un lieu différent de celui où l'on a reçu la valeur correspondante; il équivaut à un transport d'argent qu'il évite; il constitue une opération commerciale parce que celui qui reçoit la valeur ne la reçoit que pour la faire parvenir sous forme d'argent à sa destination, et qu'il perçoit un salaire pour cela; il joue donc le rôle d'intermédiaire spéculant. Nous expliquerons cela plus complètement au titre 8e (V. not. n. 712, 844).

Il faut rapprocher de ces opérations, tout achat de valeurs pour les revendre : par exemple d'effets publics (4); d'actions industrielles (5). — Et le fait qu'il y aurait eu jeu ne changerait pas la nature de l'opération : — un contrat ne change pas de nature parce que l'une des parties n'a pas l'intention d'exécuter exactement ses obligations; — il y a toujours achat pour revendre avec une pensée de spéculation; — le juge de l'action est juge de l'exception; on ne comprendrait pas que le tribunal de commerce fût obligé de se

(1) Paris, 1er mars 1877, D. P. 78. 2. 108, etc. — Demang. sur Brav., t. VI, p. 366. Ly. C. et R. n. 111.

(2) Montpellier, 20 déc. 1874, D. P. 77. 5. 6, etc., etc. — Orillard, n. 250. Nouguier, t. I, p. 443. Bédarride, n. 285. Alauzet, n. 2984.

(3) Demangeat sur Brav., t. VI, p. 337. — *Contrà :* Bédarride, n. 287.

(4) Paris, 22 nov. 1852, D. P. 54. 5. 10. Req. 4 juill. 1881. D. P. 82. 1. 104. — Alauzet, n. 2967. — C. com. ital. a. 3, 1°.

(5) Béd. *Jurid. comm.* n. 218. Nouguier. t. I, p. 374. — V. comme applications de la règle, combinée avec quelques autres données : Lyon, 7 janv. 1881, D. P. 81. 2. 153; Req. 4 juill. 1881, D. P. 82. 1. 104, etc, etc. — C. com. ital. a. 3, 5°.

Source BIU Cujas

dessaisir dès que le fait de jeu serait allégué, sauf à être saisi de nouveau si le tribunal civil avait décidé qu'il n'y avait pas eu jeu (1).

47. **Les opérations de banque.** — Le banquier cherche des fonds à ses risques et périls, et spécule sur leur location, qui se produit sous forme de prêt à intérêt, d'escompte, etc. — Le particulier qui ferait des spéculations de ce genre ferait acte de commerce. — Mais celui qui se bornerait à payer l'intérêt des fonds qu'il reçoit, et à faire des placements également à intérêt, ne ferait pas, par là même, acte de commerce, s'il ne s'offrait pas à tous comme un intermédiaire, s'il ne spéculait pas sur cette offre d'argent au public, et s'il ne prenait aucun droit de commission (2). Les notaires font souvent des opérations de ce genre.

Toutes les opérations des banques publiques (V. art. 632, 5e al.). Mêmes raisons que pour les banques privées; mais on aurait pu hésiter, à cause de leur caractère public.

§ 4

Spéculations relatives aux transports maritimes.

Art. 633. La loi répute pareillement actes de commerce : — Toute entreprise de construction, et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure; — Toutes expéditions maritimes; — Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements; — Tout affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse; — Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer; — Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; — Tous engagements de gens de mer, pour le service de bâtiments de commerce.

48. Le premier des actes de commerce énuméré par l'art. 633, « *l'entreprise de construction de bâtiments* » de mer ou de rivière, est commercial au même titre que les entreprises de manufactures dont parle l'art. 632 (*suprà*, n. 40); l'entrepreneur spécule sur les matériaux et sur la main-d'œuvre.

Les autres actes se rattachent directement ou indirectement aux transports maritimes; or nous avons démontré plus haut que les entreprises de transport sont essentiellement commerciales, puisque l'entrepreneur spécule au moins sur le loyer de ses instruments de transport et de ses préposés. Tous les actes nécessaires pour cette entreprise deviennent dès lors commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire que nous allons développer à la section 2. C'est pour cela que l'art. 633 comprend dans son énumération d'abord « toutes expéditions maritimes, » puis « les achats, ventes, reventes » de navires, et les « achats ou ventes d'agrès, apparaux et avitaillements » nécessaires pour ces expéditions; le louage des gens de mer; « l'affrétement ou nolissement » qui est le louage du navire pour effectuer un transport; enfin les « emprunts à la grosse et les assurances » par lesquels l'entrepreneur couvre les risques de son navire.

(1) Aix, 16 juill. 1861; *Contrà* Aix, 6 mai 1861, D. P. 63. 2. 71. Lyon, 26 mai 1877, D. P. 78. 2. 93.

(2) Nancy, 30 déc. 1848, D. P. 50. 2. 90.

Source BIU Cujas

La loi met aussi sur la même ligne les engagements de ceux qui traitent avec les entrepreneurs dans ces divers contrats. En effet, d'ordinaire, ceux qui leur achètent ou leur vendent des navires sont des constructeurs ou des entrepreneurs comme eux; ceux qui leur vendent des agrès, apparaux, avitaillements sont des marchands de ces objets; les expéditeurs qui leur confient des marchandises sont des commerçants faisant faire le transport dans l'intérêt de leur commerce, et c'est dans le même intérêt qu'ils assurent leurs marchandises et empruntent à la grosse sur elles; enfin le prêteur à la grosse s'associe dans une certaine mesure aux risques de l'entreprise en prenant une part des profits et en subissant une partie des pertes, et l'assureur de profession sert en réalité d'intermédiaire entre les divers assurés, puisqu'il s'arrange pour solder les sinistres des uns avec les primes versées par ceux qui n'ont rien perdu, et il spécule sur son entremise qui lui procure des bénefices. Quant aux gens de mer, si leur engagement est déclaré commercial, c'est évidemment pour soumettre à la juridiction consulaire leurs contestations avec ceux qui les emploient, comme le fait expressément l'art 634, 1°, pour les commis des marchands.

Mais si les solutions de la loi se justifient en général, elles peuvent dans certains cas se trouver contraires aux principes qui paraissent dominer toute la matière, dans l'esprit même du législateur. Ainsi un navire peut être acheté comme bateau de plaisance par un individu non commerçant, les avitaillements peuvent être vendus par un agriculteur qui les a produits lui-même, une expédition de colis peut être faite par un particulier qui, s'en allant au loin, veut faire transporter ses bagages ou son mobilier, ces actes alors ne sont pas l'accessoire d'opérations commerciales. — **Q.** *Faudra-t-il néanmoins les considérer comme commerciaux?* — Ier S. *Oui* : — l'énumération de l'article 633 est absolue, comme l'indique le mot *tout* répété à chaque alinéa; — il y a là une présomption de la loi qui n'admet pas la preuve contraire : — enfin on cite dans ce sens les observations de la Cour de Paris dans les travaux préparatoires (1). — 2e S. *Non* (!) : — il n'apparaît pas que le législateur ait voulu poser dans l'art. 633 des règles absolues, lors même qu'elles contrediraient les principes; il a seulement statué *de eo quod plerumque fit;* — il n'y aurait aucun motif pour établir ici des règles spéciales; et l'on doit croire que le législateur n'a voulu que ce qui est raisonnable; — pour admettre une présomption légale absolue, il faudrait un texte bien formel; or l'art. 633 ne l'est pas; le mot *réputé* qu'il emploie est le même dont se sert l'article 632, et il n'empêche pas qu'on n'interprète ce dernier article à la lumière des principes; — quant aux observations de la Cour de Paris, rien ne prouve qu'on ait voulu y faire droit (2).

SECTION II.

ACTES COMMERCIAUX EN VERTU DE LA THÉORIE DE L'ACCESSOIRE.

49. L'accessoire suit le sort du principal; c'est une règle qui a de nombreuses conséquences juridiques. Appliquée à la classification des actes en com-

(1) Locré, t. IV, p. 140-141. — Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n, 34, 35.
(2) Orillard, n. 464. Bédarride, n. 317. Aldrick Caumont, *Dictionnaire de dr. comm*

Source BIU Cujas

merciaux et non commerciaux, elle signifiera qu'*un acte fait par un commerçant dans l'intérêt de son commerce devra être traité comme commercial*, bien qu'il ne réunisse pas en lui-même les caractères que nous avons précisés dans notre première section. Le Code applique cette idée au moins à deux reprises différentes. D'une part, l'art. 638, 2e al., décide que les billets souscrits par un commerçant sont présumés faits pour son commerce, et, comme tels, sont de la compétence des tribunaux de commerce. D'autre part, l'art. 632, 6e al., et l'art. 631, 3°, déclarent commerciales toutes obligations entre commerçants; mais cette formule, trop générale, est restreinte par l'art. 638, 1er al., qui en exclut les achats faits par un commerçant pour son usage personnel; de sorte que l'achat de vin à un marchand de vin par un boulanger ne sera pas commercial (1). Dans les travaux préparatoires on a très bien expliqué que les deux dispositions devaient se combiner pour amener à cette solution. Le Code veut donc dire seulement que les obligations entre commerçants sont commerciales, *si elles concernent leurs commerces respectifs.*

18. Mais *faut-il pour cela admettre d'une manière générale la théorie de l'accessoire* et poser en principe que tout acte fait par un commerçant pour son commerce est par là même commercial? Par exemple, l'achat d'une voiture pour transporter ses produits, quoiqu'il n'y ait aucune spéculation dans cet acte même; les engagements relatifs aux voyages qu'il ferait pour son commerce; les annonces publiées dans les journaux ou par voie d'affiches; les installations ou réparations des magasins ou du mobilier commercial, l'achat de machines, de charbon, etc., etc. — 1er S. *Non* : — la loi ne pose nulle part ce principe; — Jousse le repoussait sous l'ord. de 1673, tit. 12, a, 4. (2). — 2e S. *Oui* (!) : — dans le 1er système on ne saurait donner une explication rationnelle des art. 631, 3°; 632, 6e al., et 638; — d'abord l'art. 638, 2e al., applique très nettement notre théorie aux engagements par billets; s'ils sont faits pour le commerce, ils sont commerciaux quelle que soit leur forme (il y a même présomption qu'ils sont faits pour le commerce quand leur auteur est commerçant; nous parlerons plus loin de cette présomption). Quelle raison y aurait-il d'admettre cette règle pour les billets, et de la rejeter pour les autres engagements (3)? — ensuite, si l'on veut appliquer à la lettre les art. 631, 3°; 632, 6e al., et 638, 1er al., on arrive à la fois à une extension et à une restriction tout à fait irrationnelles de la commercialité des actes : Tous les engagements entre commerçants seront commerciaux, excepté les achats qu'ils feront pour leur usage particulier; voilà ce que disent ces articles. Mais ne faut-il pas comprendre, dans cette exception, non seulement les achats faits pour leur *consommation*, mais encore tous ceux qui ne se réfèrent pas à leur commerce : comme l'achat d'une maison de campagne, d'instruments aratoires, etc., de commerçant à commerçant (4)? Il n'y a aucun motif rationnel pour distinguer ces deux sortes d'actes, et dans les travaux préparatoires on

etc., v° *Acte de commerce*, n. 5. Demang. sur Brav., t. VI, p. 386 et suiv. Alauzet, n. 3004. Ly C. et R. n. 116.

(1) Orléans, 9 mars 1852. D. P. 52. 2. 219.

(2) V. Locré. *Espr. du C. comm.*, 1re édit., t. VIII, p. 252, 253.

(3) Poitiers, 20 mars 1877, D. P. 77. 2. 100. — Ly. C. et R. n. 118. — *Contrà :* Paris, 11 août 1871, D. P. 75. 2. 38. Massé, n. 969.

(4) Demang. sur Brav., t. VI, p. 404.

Source BIU Cujas

a prévu expressément le cas où un négociant achète des glaces pour sa maison de campagne (1); — dès lors, on arrive à corriger les art. 631 et 632 et à admettre la formule négative comprise dans notre théorie : c'est-à-dire que, même entre commerçants, ne seront pas commerciaux les engagements qui ne concernent pas leur commerce. — Passons au côté positif de la formule : un acte fait par un commerçant et concernant son commerce sera commercial pour lui, s'il est passé avec un commerçant; cela est indubitable (art. 631, 3°, et 632, 6e al.); — dira-t-on qu'il ne sera pas commercial s'il est passé avec un non-commerçant? Comment? Le même acte, fait par la même personne en vue du même but, sera commercial ou non pour cette personne, suivant la qualité de celui avec lequel elle contractera! J'achète pour mon commerce un camion, un comptoir, à un marchand de ces objets, je fais acte de commerce; je les achète à un non-commerçant, je ne fais pas acte de commerce! Ceci est absolument inadmissible; — enfin, en raison, celui qui achète pour son commerce fait bien un acte de commerce; s'il n'y a pas spéculation dans cet acte même, le résultat de cet acte entre dans toutes ses spéculations, car cette dépense doit avoir pour effet de lui permettre de fournir ses produits plus avantageusement, et elle doit entrer dans le calcul de ses prix de revient et du taux auquel il peut fournir ses marchandises (2).

Cette décision devrait être maintenue, lors même que l'opération relative au commerce aurait pour objet un immeuble (3).

Il faut ajouter que les contrats faits par le commerçant sont toujours, sauf preuve contraire, présumés faits pour son commerce (art. 632, 6e al.; 631, 1°; 638, 2e al.) (4). Et cela s'applique même aux engagements purement verbaux (5).

50. Les art. 631, 1°, et 632, 6e al., entendus comme nous venons de le dire, s'appliqueront sans difficulté aux obligations contractuelles, relatives au commerce de l'obligé. Q. *Mais s'appliqueront-ils aux obligations nées d'une autre source, telle que le quasi-contrat, le délit, le quasi-délit?* La négative a été soutenue et jugée (6). Mais l'affirmative nous paraît certaine, car les art. 631, 1°, et 632, 6e al., ne distinguent pas; l'art. 631, 1° se sert même du mot *engagements*, qui est celui qu'emploie le code civil dans la rubrique du titre 4 du livre III, relatif aux obligations dont nous parlons (7).

Voici quelques applications : — Parmi les quasi-contrats, la gestion d'une

(1) Locré, *Espr. du C. comm.*, 1re édit., t. VIII, p. 253.

(2) Rennes, 1er mai 1877, D. P. 79. 2. 98. — Pardessus, n. 17. Nouguier, t. I, p. 393 et suiv. Orillard, n. 257 et suiv. Molinier, n. 38. Massé, n. 968. Demangeat sur Brav., t. VI, p. 345, 403. Alauzet, n. 2947, 2948, 2999. Ly. C. et R. n. 122. — La L. belge réputé actes de commerce : « Toutes obligations *des commerçants*, à moins qu'il ne soit prouvé qu'elles aient une cause étrangère au commerce » (a. 2, dern. al.). C'est une très bonne formule de notre théorie. Le Code italien (a. 4) est beaucoup plus vague.

(3) Exemples : la construction d'une usine, Req. 28 janv. 1878, D. P. 78. 1, 461; l'achat d'une mine par une usine métallurgique, Grenoble, 27 nov. 1879, D. P. 82. 2. 17. — *Contrà :* Rouen, 28 nov. 1856, D. P. 57. 2. 98. Locré, 2e éd. t. IV, p. 106. Alb. Desjardins, *Rev. crit.* t. 24 (1864), p. 216 et s. Ly. C. et R. n. 123.—V. C. com. ital. a. 3, 3°.

(4) Alauzet, n. 2947, 2948.

(5) Poitiers, 20 mars 1877, D. P. 77. 2. 100, etc. — Ly. C. et R. n. 118.

(6) Lyon, 6 mars 1855, D. P. 56. 5. 93.

(7) *Sic:* Alauzet, n. 1062; sauf pour le délit.

Source BIU Cujas

affaire commerciale (1); la répétition de l'indû par suite d'une erreur dans un compte-courant commercial (2). — Parmi les délits : la concurrence déloyale (3), l'usurpation de nom ou d'enseigne (4). On pourrait être tenté d'ajouter la violation de la propriété des brevets d'invention et des marques de fabrique; mais les lois du 25 juillet 1844, art. 34, et du 23 juin 1857, art. 16, ont soumis expressément ces questions à la juridiction civile. — Parmi les quasi-délits : l'abordage en mer ou en rivière (5). — Sur cette question des délits ou quasi-délits commerciaux, la jurisprudence a longtemps admis une formule beaucoup trop large. Suivant de nombreux arrêts (6), un délit serait commercial par cela seul qu'il aurait été commis entre commerçants à l'occasion de faits de commerce. Pour nous, nous exigerions que le fait ait causé un dommage au commerce de la victime, et que le dommage soit le résultat d'un acte du commerce de l'auteur du délit; imitant la formule de la loi Aquilia en Droit romain, nous dirions qu'il faut qu'il y ait *damnum datum mercaturâ et mercaturæ*. A ces conditions seulement, on pourra dire que la faute a le caractère commercial (7).

Q. *Le cautionnement d'une obligation commerciale est-il commercial?* Non, en principe; car la caution intervient ordinairement par bienfaisance, et il est reconnu qu'elle peut être tenue autrement que le débiteur principal (8); et cela, même s'il s'agissait d'une caution solidaire (9). Sans doute, l'art. 637 donne une règle différente pour les coobligés en matière de billet à ordre; mais il est spécial à cet ordre d'idées (V *infrà*, n. 843).

Exceptions à ce principe : — 1° *Pour l'aval* donné pour garantir le paiement d'une lettre de change (V. art. 141-142) (10). C'est un cautionnement, mais lors même qu'il est donné par acte séparé, il se réfère toujours à un contrat qui est commercial, non seulement quant à lui-même, mais encore quant à tous ses accessoires (cf. art. 637, 7e al. et ci-après n. 52). — 2° *Pour le cautionnement intéressé*, à titre onéreux; par exemple, celui donné par un banquier moyennant salaire (11).

(1) Alauzet, n. 2960.

(2) Lyon, 10 juin 1874, *Droit* du 17 octobre. — Orillard, n. 197. Alauzet, n. 2960.

(3) Douai, 11 juin 1868, D. P. 69. 2. 18. — Ly. C. et R. n. 124. — *Contrà :* Bed. n. 400.

(4) Req. 26 fév. 1845. D. P. 45. 1. 191. — Alauzet, n. 2958.

(5) Req. 1er avril 1874, D. P. 75. 1. 466; Rouen, 7 août 1877. D. P. 78. 2. 151. — *Sic :* Bédarride, n. 88. Ly. C. et R. n. 124. — Demangeat sur Bravard, t. VI, p. 384, et Alauzet, n. 2959, l'admettent pour l'abordage en mer, en vertu de l'art. 216 C. comm., et le repoussent pour l'abordage en rivière.

(6) Pau, 4 mars 1873, D. P. 75. 2. 221; Req. 9 juill. 1873, D. P. 75. 1. 465; Paris, 18 fév. 1874, D. P. 75. 2. 223; Grenoble, 21 janv. 1875. D. P. 75. 2. 222; Cass. 11 juillet 1877, D. P. 78. 1. 123; Pau, 31 mai 1878, D. P. 80. 2. 80.

(7) V., pour plus de détails, les notes dont nous avons accompagné dans Dalloz plusieurs des décisions rapportées à la note précédente. Un arrêt de Paris, 18 janv. 1870, D. P. 70. 2. 173, se rapprochait beaucoup de notre doctrine. — Elle a récemment été consacrée très expressément par un arrêt d'Orléans, 27 avril 1881, D. P. 82. 2. 24; il y est dit qu'il faut « un acte du commerce et portant préjudice au commerce. »

(8) Paris, 26 juill. 1876, D. P. 77. 2. 141. — Ly. C. et R. n. 128.

(9) Rej. 16 mai 1866, D. P. 66. 1. 299.

(10) Cass. 21 avril 1869, D. P. 69. 1. 407. — Nouguier, t. II, p. 326. Orillard, n. 231. Alauzet, n. 3001. Ly. C. et R. n. 128.

(11) Req. 31 janv. 1872, D. P. 72. 1. 253. — Mêmes auteurs.

Source BIU Cujas

Q. *L'achat ou la vente d'un fonds de commerce pour l'exploiter* (1) *est-il commercial?* Dans ces actes, on cède habituellement trois choses simultanément : la clientèle, les marchandises en magasin et le bail des lieux occupés par le commerce; mais la vente de la clientèle est le principal et l'essentiel: les deux autres choses peuvent ne pas figurer dans l'opération. — Au point de vue de l'achat pour revendre, nous répondrions négativement; car des trois choses achetées, deux au moins, la clientèle et le bail, ne sont pas achetées pour être revendues immédiatement, et nous venons de dire que la clientèle est la chose principale et caractéristique (2). Sans doute, en achetant son fonds, le commerçant espère le revendre quand il se retirera; mais il ne l'achète pas *pour* cela, il l'achète pour le garder et l'exploiter (3). — Mais au point de vue de la théorie de l'accessoire, il faut répondre affirmativement : — c'est le premier ou le dernier acte de la profession: l'achat est l'acte absolument nécessaire pour pouvoir l'exercer; l'espoir de vendre est non moins nécessaire pour que le commerçant s'y engage; — en se référant à l'art. 632, 6e al., c'est une obligation entre commerçants qui ne saurait rentrer à aucun titre dans l'exception de l'art. 638, 1er al., *in fine* (4).

51. En terminant, rappelons les applications de cette théorie de l'accessoire que nous avons vues dans la première section : nous l'avons appliquée dans la question relative aux manipulations industrielles que le cultivateur peut faire de ses produits (n. 35, 40), dans celle relative aux achats de terrains pour les revendre bâtis (n. 36); nous l'avons vue appliquée par l'art. 633 pour qualifier divers contrats maritimes (n. 48). Nous l'avons invoquée dans le sens de la non-commercialité pour l'ouvrier qui fait de menues fournitures en travaillant sur la matière d'autrui (n. 39); il faudrait l'appliquer aussi au médecin (de campagne, par exemple) qui vendrait des remèdes à *ses* malades seulement; ce n'est là que l'accessoire de sa profession, qui n'est pas commerciale (5); et au maître de pension qui, avec l'instruction, fournit le vivre et le coucher à ses élèves (6).

SECTION III.

ACTES COMMERCIAUX PAR L'AUTORITÉ DE LA LOI.

52. Ces actes sont commerciaux en vertu d'une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire. Ils le sont entre toutes personnes. Ce sont :

Les lettres de change (v. art. 632, 7e al.). Il y a ici, avant tout, une

(1) Nous avons déjà dit que si on l'achetait *pour* le revendre sans l'exploiter, ce serait un acte de commerce (V. n. 36).

(2) Alauzet, n. 2968, caractérise l'opération par la partie qui porte sur les marchandises, lesquelles sont achetées pour être revendues. Tel est aussi le point de vue de la Cour de Cassation dans Req. 8. mars 1880, D. P. 81. 1. 261.

(3) Req. 24 avril 1861, D. P. 61. 1. 256.

(4) Paris, 7 fév. 1870, D. P. 71. 2. 43, et 30 juill. 1870, D. P. 71. 2. 16. — Molinier, n. 21. Massé, n. 1390. Bédarride, n. 214. Demang. sur Bravard, t. VI, p. 330. Ly. C. et R. n. 123.

(5) Rennes, 20 janv. 1859, D. P. 59. 5. 11. — Alauzet, n. 2966. Ly. C. et R. n. 81.

(6) Req. 21 mars 1864, D. P. 64. 1. 252. — Alauzet, *ibid.* Pardessus, n. 15. Demangeat sur Brav., t. VI, p. 331. Ly. C. et R. n. 81.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Source BIU Cujas

fiction introduite par l'autorité de la loi. C'est là le lieu de faire ressortir les mots du commencement de l'article; « la loi *répute* actes de commerce... » Sans doute, d'après son origine, la lettre de change se réfère à un contrat de change qui est un acte de commerce (art. 632, 4e al., *suprà*, n. 46). Mais le motif réel de cette disposition était d'assurer à sa vaste circulation, qui équivaut à celle de la monnaie, les sécurités de la loi commerciale, notamment la contrainte par corps, lorsqu'elle existait; et cela, sans que celui qui reçoit une lettre de change soit obligé de connaître tous les signataires. Aussi tout signataire, même n'ayant pas fait, en signant la lettre, un contrat de change, sera tenu commercialement (1).

C'est une question de savoir si les autres *remises d'argent de place en place*, comme le billet à domicile, sont aussi commerciales d'une manière absolue. Toute la question dépend du sens qu'il faut donner au mot *ou* dans l'art. 632, 7e al. Nous l'examinerons à propos du billet à domicile, à la fin du titre de la lettre de change (livre Ier, tit. 8, n. 844).

53. Rappelons aussi ici les hypothèses de notre première section, où nous avons vu la loi intervenir de son autorité pour rendre un acte commercial. Nous l'avons vu pour les entreprises de commission, les actes de courtage (n. 41), les entreprises d'agences ou bureaux d'affaires (n. 43). Ces opérations, en elles-mêmes, n'auraient pas toujours le caractère d'actes commerciaux par leur nature; la loi les caractérise absolument comme tels, par des motifs d'utilité et de sécurité publique.

CHAPITRE II.

COMMENT ON DEVIENT COMMERÇANT.

Deux sections : — 1° Conditions nécessaires pour être commerçant; — 2° Restrictions à la liberté de devenir commerçant.

SECTION PREMIÈRE.

CONDITIONS NÉCESSAIRES POUR ÊTRE COMMERÇANT.

54. **Intérêts de la question** *de savoir si une personne est commerçante.*

I. *Prérogatives des commerçants,* au nombre de cinq : — 1° Compétence spéciale des tribunaux de commerce (art. 631), offrant plus de célérité, plus de connaissance des affaires commerciales; — 2° Ils sont électeurs et éligibles à ces tribunaux (art. 620) et aux chambres de commerce; — 3° Ils peuvent invoquer leurs registres, comme preuve, avec certaines distinctions (art. 12 et suiv.; C. civ., art. 1329); — 4° Ils sont dispensés du bon et approuvé dans leurs billets (C. civ., art. 1326; v. au titre 7e, *infrà*, n. 440); — 5° Ils peuvent emprunter à 6 % (L. 3 sept. 1807).

II. *Obligations et charges spéciales* des commerçants : — 1° Tenue des registres (v. titre 2e); — 2° Publicité spéciale à donner à leur régime de mariage (v. titre 4e); — 3° Présomption que leurs billets sont faits pour leur commerce, et par là même commerciaux (art. 638, 2e al.); et que les obligations entre

(1) Bravard, t. VI, p. 227.

Source BIU Cujas

deux commerçants sont aussi commerciales (art. 631, 1°, et 632, 6e al. — V. *suprà*, n. 49); — 4° Impossibilité de faire cession de biens (art. 541); — 5° Soumission aux règles de la faillite, et possibilité d'être punis des peines de la banqueroute, simple ou frauduleuse, en cas de cessation de paiements; — 6° Soumission à la contrainte par corps de droit commun, pour toute dette supérieure à 200 fr. ; mais ce cas de contrainte par corps a été supprimé par la L. du 22 juillet 1867; — 7° Obligation de payer patente; mais cette obligation n'est pas absolument spéciale aux commerçants, elle est imposée à d'autres professions (L. du 25 avril 1844).

Qui est commerçant?

Art. 1. Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

55. Il faut deux conditions :

1° *Faire des actes de commerce.* Nous croyons devoir préciser en disant : *faire des actes commerciaux par leur nature.* Car il est évident qu'un acte accessoirement commercial ne peut conférer la qualité de commerçant, puisqu'il suppose que son auteur est déjà commerçant. Et d'autre part, il est admis que l'habitude de tirer des lettres de change (seul acte commercial par l'autorité de la loi) ne confère pas non plus cette qualité (v. *infrà hoc n°* .) — Pour l'énumération de ces actes, voyez au chapitre premier (1). Peu importe d'ailleurs que l'on fasse ces actes par soi-même ou par un mandataire; car les actes faits par le mandataire sont censés faits, non pas par lui, mais par le mandant. Le mandant sera donc commerçant et non le mandataire (2).

2° *En faire sa profession habituelle.* Pour nous, contrairement à l'opinion de plusieurs auteurs, ces deux mots n'expriment qu'une seule condition. L'*habitude* de faire des actes de commerce est, en principe, le point essentiel et suffisant; la *profession*, sans l'habitude actuelle, peut cependant suffire, comme nous le montrerons plus loin.

Il faut l'*habitude.* Un seul acte pourrait rendre son auteur justiciable du tribunal de commerce, mais ne le rendrait pas commerçant (cette qualité produit bien d'autres effets; v. *suprà*, n. 54) (3). Il suffit, d'ailleurs, que le tribunal, pour déclarer une personne commerçante, constate des actes nombreux

(1) Seul de tous les auteurs, Beslay, *Des commerçants*, n. 84, soutient qu'il ne faut pas puiser dans l'art. 632 l'interprétation des mots *actes de commerce*, contenus dans l'art 1er.

(2) Massé, n. 956. — C'est pour cette raison que les directeurs et administrateurs des sociétés anonymes ne sont pas commerçants; car ils ne sont que des mandataires de la société (L. 24 juill. 1867 a. 22, 1er al.; *infrà*, n° 308). Pourtant ils sont électeurs et éligibles aux tribunaux de commerce depuis la L. 21 déc. 1871, a. 618, 628, modifiés par cette loi : tout en leur donnant ces droits, on a constaté dans le rapport qu'ils n'étaient pas commerçants. — Beslay seul, n. 102, ne veut pas admettre que celui qui n'est pas en nom, mais *pour le compte* duquel d'autres font le commerce, soit commerçant.

(3) Bravard, t. I, p. 52, 53. Alauzet, n. 14.

Source BIU Cujas

de commerce; il n'est pas nécessaire qu'il les caractérise expressément comme constituant une habitude (1).

On ajoute souvent qu'il faut, outre l'habitude, la *profession*; et l'on cite, à l'appui de cette exigence, le cas d'un propriétaire de terres qui aurait l'habitude de règler avec tous ses fermiers et locataires au moyen de lettres de change. Il ferait, dit-on, habituellement des actes commerciaux, et cependant, personne n'admet qu'il devienne commerçant pour cela; c'est qu'il ne fait pas profession de faire des lettres de change; donc, dit-on, il faut, outre l'habitude, la profession (2). Nous acceptons l'hypothèse et sa solution pratique (3); mais nous l'expliquerons autrement, en disant, comme nous l'avons fait plus haut, qu'il faut qu'il s'agisse d'un acte commercial par sa nature. Il est naturel de croire que l'art. 1er a pris dans ce sens le mot *actes de commerce*; et cette manière d'expliquer les choses nous paraît plus simple et plus conforme aux idées communes : pour tout esprit non prévenu, l'habitude constitue la profession, la profession résulte de l'habitude; il n'y a pas deux choses différentes sous ces deux mots.

On pourrait objecter aussi l'exemple des comptables de deniers publics, qui font habituellement des actes commerciaux, opérations de change, de banque; dont les billets sont soumis à la compétence commerciale (a. 634, 2o), et qui certainement ne sont pas commerçants (4). Il faut répondre que ces opérations sont l'accessoire d'une profession non commerciale (V. n. 51).

Il n'est pas nécessaire que les actes de commerce constituent la profession unique de leur auteur, ni même la *profession principale* : car ce dernier mot, qui était dans le projet, a été effacé dans la discussion au Conseil d'État (5), mais il faut qu'ils constituent une profession distincte. — Ces actes produiront leur effet, lors même que leur auteur aurait une autre *profession incompatible* avec celle de commerçant (V. *infrà*, section 2) (6).

Il n'est pas nécessaire non plus qu'il y ait une profession ostensible, notoire : le mot *notoirement* a été aussi retranché dans les travaux préparatoires, au Conseil d'État (7).

Q. Mais d'autre part, *la profession publique sans l'habitude suffirait-elle pour rendre commerçant?* On a ouvert une boutique, on y a placé des marchandises, mis une enseigne, fait des annonces; on attend les acheteurs, on a fait quelques actes de commerce seulement; est-on devenu commerçant? Con-

(1) Rej. 19 déc. 1850, D. P. 50. 1. 122.

(2) Brav., t. I, p. 54. Ly. C. et R. n. 141.

(3) V. Rouen, 27 août 1877, D. P. 78. 2. 148.—D'autres auteurs, acceptant aussi la même solution pratique, l'expliquent par l'absence de spéculation chez l'auteur de ces lettres de change : V. Pardessus, n. 79; Massé, n. 955; Alauzet, n. 15. Cette explication n'est pas bonne, car la spéculation est en général une condition pour qu'il y ait un acte commercial en lui-même; mais son absence ne saurait être invoquée ici, puisque la loi a absolument imposé le caractère d'acte de commerce à la lettre de change. Une fois l'acte reconnu commercial, il ne faut pas une nouvelle spéculation pour qu'il confère, par l'habitude, la qualité de commerçant.

(4) Pardessus, n. 79. Massé, n. 960. Bravard, t. I, p. 55. Alauzet, n. 15.

(5) Locré, *Lég. civ. etc.* t. XVII. n. 299. — *Sic :* Bravard, t. I, p. 57; Alauzet, n. 13.

(6) Paris 2 fév. 1855, D. P. 55. 5. 77; Paris, 5 mai 1877, *Droit* du 26 sept. — Pardessus, n. 77. Bravard, t. I, p. 55 et suiv. Alauzet, n. 13. Ly. C. et R. n. 143.

(7) Locré, *Législ. civ. etc.* t. XVII, n. 249.

Source BIU Cujas

traignable par corps lorsque la contrainte par corps était possible, susceptible d'être mis en faillite, obligé de publier son régime de mariage, etc.? — 1er S. *Non* : — l'intention seule ne peut donner la qualité de commerçant; l'art. 1er exige des faits (1). — 2e S. *Oui* (!) : — le commerce étant libre de nos jours (V. à la section 2e), la volonté d'être commerçant suffit pour qu'on le devienne, à la seule condition de réaliser, autant qu'on le peut, les circonstances de fait voulues par la loi; — or ici on fait tout ce qu'on peut en prennant une profession qui est destinée à devenir habituelle ; on ne peut pas forcer les acheteurs à venir; — les termes de l'art. 1er sont suffisamment satisfaits lorsque la profession doit devenir très prochainement habituelle (2).

56. Le *paiement de la patente* est indifférent au point de vue qui nous occupe, comme aussi son absence (3). En effet, même en droit, on peut être patenté sans être commerçant (exemple : avocats, notaires, médecins, L. du 22 mai 1850, art. 16, tableau G); et on peut être commerçant sans être patenté (exemple : ouvriers sans compagnon ou apprenti, même avec enseigne et boutique, travaillant sur des matières à eux appartenant: L. du 4 juin 1838, art. 11, et L. du 2 juillet 1862, art. 3). De plus, en fait, on peut très bien ne pas payer la patente quoiqu'on la doive, parce qu'on aura échappé aux recherches des agents du fisc, et réciproquement la payer sans la devoir, par suite d'une erreur de ces mêmes agents.

57. Comment prouvera-t-on les faits qui confèrent la qualité de commerçant? De toutes les manières possibles, même et surtout par témoins, et conséquemment par les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353); car celui qui a intérêt à faire cette preuve n'a pas pu se procurer un titre écrit (C. civ., art. 1348). — Le juge a toute latitude pour les constater et pour en apprécier la portée (4); et sa décision, toute de fait, ne peut donner matière à cassation (5).

58. En droit, les conditions que nous venons d'étudier sont essentielles pour avoir la qualité de commerçant. Mais, en fait, cette qualité ne peut-elle pas être attribuée à une personne en vertu d'autres circonstances? Les circonstances pour lesquelles la question a pu être soulevée sont au nombre de deux :

1o *La prise de cette qualité dans un acte judiciaire* ou *extrajudiciaire* ne donne-t-elle pas un droit acquis aux parties à être traitées comme si cette qualité était réelle (6)? — Elles y auraient intérêt, principalement à trois points de vue : pour la contrainte par corps (autrefois), pour la faillite, pour la compétence des tribunaux de commerce. Or, ces trois points nous paraissent être des matières d'ordre public, sur lesquelles le consentement des parties ne peut déroger à la loi. Pour la contrainte par corps, l'art. 2063, C. civ., est formel. Pour la faillite, cela nous paraît résulter de tout l'ensemble de la lé-

(1) Delam. et Lepoitv., t. I, n. 39. Massé, 949-951. Beslay, n. 61. Alauzet, n. 30.

(2) Pardessus, n. 78. Orillard, n. 113. Bravard. t. I, p. 57-58. Ly. C. et R. n. 149.

(3) Bravard, I, p. 63. Beslay, n. 163 et suiv. Ly. C. et R. n. 137.

(4) Pardessus, n. 79. Bravard, t, I. p. 53. Beslay, n. 60, 165 et suiv., avec beaucoup de détails. Alauzet, n. 17.

(5) Alauzet. *ibid.*

(6) *Oui :* (implicitement) Troplong, *Soc.*, t. I, n. 331.

Source BIU Cujas

gislation; elle est organisée dans l'intérêt de tout le monde. Pour la compétence des tribunaux de commerce, tout le monde admet que, s'ils sont saisis d'une affaire qui au fond est civile, il y a incompétence *ratione materiæ* proposable en tout état de cause. Sur ce dernier point, et en présence d'une convention contraire à la réalité des choses, voici comment on peut concilier les opinions et les décisions, en apparence contradictoires, qui se sont produites : cet aveu constitue une présomption qui permet de saisir le tribunal de commerce et imposera la preuve contraire à celui qui a fait l'aveu; mais celui-ci peut toujours faire cette preuve, et, cette preuve faite, le tribunal devra se dessaisir (1).

Pour d'autres conséquences plus secondaires et qui sont d'intérêt privé, comme les facilités accordées pour la preuve à l'égard des commerçants, on pourrait admettre que celui qui s'est déclaré commerçant ne pourrait pas empêcher son adversaire d'user de ces modes de preuve contre lui.

2° *L'autorité de la chose jugée.* Ici la question change de face; nous sommes en présence d'une présomption de la loi, d'ordre et d'intérêt public, qui n'admet jamais la preuve contraire (art. 1351, C. civ.); il nous paraît donc impossible de se soustraire à la solution résultant d'un jugement passé ainsi en force de chose jugée. Mais cet effet sera purement relatif; il faudra, pour qu'il puisse être invoqué, que la cause nouvelle présente avec la première toutes les identités exigées par l'art. 1351, C. civ. — Il y a seulement une réserve à faire pour la contrainte par corps : il est constant en jurisprudence que le moyen tiré de l'illégalité de la contrainte par corps peut être proposé en tout état de cause et même devant la Cour de cassation (2). Quant à l'incompétence *ratione materiæ* la jurisprudence respecte absolument l'autorité de la chose jugée, lorsque l'exception a été proposée devant les premiers juges et écartée par eux (3).

Même dans les cas où s'appliquerait l'autorité de la chose jugée pour ou contre la qualité de commerçant, il faudrait encore faire une restriction : il faut que dans la cause nouvelle, on ne puisse pas alléguer que depuis le précédent jugement on est devenu ou on a cessé d'être commerçant; car les faits peuvent à tout instant modifier la situation sur ce point.

Si une personne avait été plusieurs fois condamnée comme commerçante, ces jugements pourraient être invoqués, même par des tiers qui y auraient été étrangers, pour prouver l'habitude de faire des actes de commerce. Mais alors, ils ne seraient plus invoqués avec l'autorité absolue de la chose jugée, les nouveaux juges seraient libres d'apprécier leur valeur pour former leur conviction dans le nouveau procès (4).

(1) Cass. 14 juin 1865, D. P. 67. 1. 293. — Pardessus, n. 79. Orillard, n. 154. Nouguier, t. I, p. 313. Massé, n. 951. Bédarride, n. 51. Beslay, n. 125 et suiv. Alauzet, n. 26 et suiv. Ly. C. et R. n. 150. — Mais si les faits contraires ne sont pas articulés, le tribunal ou la cour ne sont pas obligés de les rechercher d'office; et s'ils ne l'ont pas fait, la cassation est impossible, car la Cour de cassation n'a pas les éléments de fait nécessaires à sa décision sur ce point. Cass. 19 mars 1866, D. P.. 66. 1. 166.—V. Beslay, n. 142 et suiv., 173.

(2) Cass. 18 juin 1866, D. P. 66. 1. 330.

(3) Rej. 18 juillet 1861, D. P. 62. 1. 86.

(4) Orillard, n. 157. Beslay, n. 147, 171. Alauzet, n. 30. — On peut à cet égard dis-

Source BIU Cujas

SECTION II.

RESTRICTION A LA LIBERTÉ DE DEVENIR COMMERÇANT.

59 Il y avait anciennement les *corporations*, *jurandes* ou *maîtrises*; c'est-à-dire que chaque métier était organisé en corporation fermée (1). Pour faire le commerce, il fallait être reçu *maître;* pour cela il fallait avoir passé par l'*apprentissage* (stage très long et très cher, qui soumettait à un servage très dur envers les maîtres); puis par l'état de *compagnon*, ouvrier gagnant; et avoir présenté un *chef-d'œuvre*, un travail remarquable dans l'état où l'on voulait devenir maître, soumis à l'acceptation des officiers de la communauté. Enfin les formalités de réception étaient très coûteuses.

Ces règles avaient pour but de limiter le nombre des maîtres et d'éviter la concurrence, au grand détriment des ouvriers qui n'étaient pas assez riches pour solder l'apprentissage, puis la maîtrise, et du public consommateur, qui payait tout plus cher faute de concurrence.

Il y avait souvent, en outre, des règles spéciales ayant pour but d'exclure tous autres que les fils des maîtres ou les maris de leurs veuves. Les femmes étaient exclues absolument de ces corporations à tous les degrés.

Tout cela était complété par la réglementation de la profession, des méthodes de fabrication, des qualités des marchandises, etc., rendant impossible toute initiative privée, tout progrès dans les procédés, tout abaissement des frais de production et des prix de vente. Cela nuisait autant aux maîtres qu'au public, en les rendant esclaves des officiers de la corporation, qui pouvaient incessamment les poursuivre pour des contraventions réelles ou supposées.

60. L'origine immédiate des corporations remonte à saint Louis; elles furent organisées par Étienne Boileau, prévôt des marchands, mais sans les abus qui les corrompirent plus tard. Tout le monde y pouvait entrer, et il n'y avait que quelques règlements utiles pour assurer les bonnes méthodes.

Mais bientôt il y eut une sorte de coalition des maîtres pour faire fermer les corporations et augmenter les règlements restrictifs, et l'on arriva peu à peu à tous les abus que nous avons signalés. La connivence de l'État était achetée en lui demandant la confirmation des règlements moyennant finance, sous le prétexte que le droit au travail émanait du roi. Cette confirmation était renouvelée et payée à chaque nouveau règne.

Aussi les rois multiplièrent-ils les corporations autant qu'ils le purent. Henri III (déclaration de 1581) en établit partout où il n'y en avait pas encore, et assujettit à la maîtrise non seulement les ouvriers, mais les artisans, et plus tard les marchands (édit de 1597). Le nombre des corporations fut encore

cuter l'influence des décisions civiles sur le criminel ou réciproquement. V. Beslay, n. 148 et suiv.

(1) Consulter sur cette matière : Renouard, *Brevets d'invention*, 1re partie, ch. II. J. Simon, *Revue des Deux-Mondes*, 1er sept. 1859. Ch. Perrin, *De la richesse dans les sociétés modernes* t. II, liv. VI, ch. VIII. Alex. Chevalier, dans la *Revue d'économie charitable* de 1863-1864. Levasseur, *Histoire des classes ouvrières*, 2 vol. 8o.

Source BIU Cujas

augmenté en 1673. Et enfin on créa, dans leur sein, des offices destinés à être vendus.

Les critiques ne leur manquèrent pas; Colbert et Louvois eux-mêmes en signalèrent les inconvénients, mais sans pouvoir y remédier. Elles furent surtout en butte aux attaques des économistes du dix-huitième siècle.

Enfin Turgot les fit abolir par l'*édit de février* 1776, accompagné d'un très bel exposé des motifs. Mais les parlements résistèrent avec ténacité à l'enregistrement de l'édit; et il fallut, pour l'obtenir du parlement de Paris, un lit de justice tenu en mars 1776. Le principal motif de cette résistance, c'est qu'il fallait remplacer le revenu produit par les corporations, et que l'on créait pour cela l'impôt foncier, qui allait atteindre surtout la noblesse, le clergé et les gens de robe.

L'édit tomba avec Turgot et fut révoqué en août 1776. Mais les corporations, modifiées lors de leur rétablissement, n'eurent plus qu'une vie éphémère. Elles furent définitivement abolies par la L. 2-17 mars 1791, art. 7.

61. Dans l'art. 1er du projet de Code, on consacrait la liberté du commerce, en disant : *il est libre à toute personne de faire le commerce.* Au conseil d'État, on fit observer que ce principe serait plutôt à sa place dans un code politique, consacrant les droits publics, que dans un code de droit privé. On ajoutait, d'ailleurs, qu'il y avait encore des restrictions à cette liberté, des professions incompatibles avec celle de commerçant; et que, par conséquent, la formule proposée pouvait induire en erreur.

De nos jours des esprits sérieux ont proposé le rétablissement des corporations, pour permettre aux commerçants de s'entendre sur leurs intérêts communs; mais en proscrivant toutes les anciennes restrictions, tout ce qui tendait autrefois à consacrer un privilège, un monopole. Des études ont été faites dans ce sens surtout à la *Société d'économie sociale* (1).

D'ailleurs il existe actuellement dans plusieurs villes et pour plusieurs professions des *syndicats* ou *chambres syndicales*, créés pour la défense commune des intérêts professionnels et qui rendent à peu près les mêmes services que les anciennes corporations sans les abus; qui notamment réunissent des renseignements utiles à tous, et (ce qui est plus remarquable au point de vue juridique) sont acceptés amiablement comme arbitres par les commerçants, heureux de trouver dans ces juges des connaissances professionnelles, qu'ils ne pouvaient espérer rencontrer dans les tribunaux de commerce (2).

Professions incompatibles avec celle de commerçant.

62. Il est à noter que la sanction ne consiste pas à empêcher que l'on ne devienne commerçant, quand on exerce ces professions. Bien au contraire, on doit tenir plus que jamais aux rigueurs de la législation commerciale, contre ces personnes qui violent la loi. La sanction n'est pas non plus (du moins en général) la nullité des actes de commerce faits malgré ces prohibitions. Cette sanction est autre; ce sont des peines professionnelles (3).

(1) V. Alb. Gigot, *Bulletin de la Soc. d'écon. sociale*, janvier 1867, p. 11; etc.

(2) V. pour plus de détails : Cauwès, *Précis d'éco. pol.* t. II, n. 864, et suiv.

(3) Pardessus, n. 76. Vincens, t. I, p. 142. Massé, n. 981. Bravard, t. I, p. 65. Beslay, n. 100, 172. Alauzet, n. 19.

Source BIU Cujas

Voici les personnes à qui il est interdit de faire le commerce :

Les ecclésiastiques, en vertu seulement des lois de l'Église, et sous peine des censures spirituelles ;

Les magistrats (ord. 1560, art. 109 ; édit de mars 1765) ; — sanction : les peines disciplinaires de la L. du 20 avril 1810, art. 49 et suiv. ;

Les avocats (décr. 14 déc. 1810, art. 18 ; ord. 20 nov. 1822, art. 42) ; — sanction : la radiation du tableau ;

Les avoués (en l'absence de texte, cette interdiction se fonde sur l'analogie, et sur les traditions de la profession) ; — peines disciplinaires ;

Les notaires (ord. 4 janvier 1843, art. 12) ; — peines disciplinaires (*ibid.* art. 13) ;

Les huissiers, du moins pour certains commerces (décr. 14 juin 1813, art. 41) ;

Les consuls, élèves-consuls, et chanceliers des consulats (ord. 3 mars 1781, tit. I, art. 20 ; arr. 2 prairial an XI, art. 22 ; ord. 20 août 1833, art. 34) ;

Les officiers et administrateurs de la marine (ord. 31 octobre 1784, tit. 14, art. 19 ; arr. 2 prairial an XI, art. 122) ;

Les agents de change et courtiers (C. com., art. 85 ; v. au tit. 5e ci-dessous).

63. Il y a, en outre, des **interdictions relatives** ne portant que sur certains commerces, certaines affaires, ou sur certains lieux :

Fonctionnaires quelconques pour les entreprises dont ils ont la direction, ou les affaires dont ils doivent ordonnancer le paiement (v. la règle et la sanction C. P., art. 175) ; motif : la crainte de les mettre entre leur intérêt et leur devoir ;

Commandants militaires, préfets et sous-préfets, pour les grains et boissons, dans l'étendue de la circonscription où ils ont autorité (v. C. P., a. 176) ; — motif : éviter les abus de pouvoir et les accaparements.

Pour ces dernières interdictions, à la différence des autres, on admet généralement que la sanction sera la nullité au moins relative au profit de ceux avec qui le fonctionnaire aura traité. Si l'on admet la nullité, nous pensons, avec plusieurs auteurs, qu'elle doit être absolue, comme toutes celles qui sont fondées, non sur la protection d'un droit privé, mais sur un intérêt public (1). Si la partie qui a contracté avec le fonctionnaire est de bonne foi, elle aura droit à des dommages intérêts de la part de celui-ci. Mais cela se présentera rarement, car elle connaîtra généralement la qualité du fonctionnaire, et verra s'il se borne à acheter des quantités de marchandises en rapport avec ses besoins. Du reste, le cas ne s'est jamais présenté dans la pratique.

On peut ajouter l'interdiction pour les agents forestiers de faire le commerce des bois. Ord. 1er août 1827, a. 31.

64. Il y a encore d'autres restrictions, résultant indirectement de diverses institutions :

Monopoles de l'État, fermant à toute exploitation particulière les productions qui en sont l'objet : postes, télégraphes, poudres, tabacs, allumettes chimiques.

(1) *Sic*, à la condition du moins que les deux parties fussent de mauvaise foi : Delam. et Lepoitv., t. I, n. 48. Alauzet, n. 22. Ly. C. et R. n. 157, note 1.

Source BIU Cujas

Professions monopolisées au profit de particuliers, d'où sont exclus tous ceux qui n'ont pas obtenu de concession par l'État : — celle de maître de poste (L. 19 frimaire et 1er prairial an VII); — chemins de fer : — et récemment encore l'imprimerie et la librairie, pour lesquelles un brevet était nécessaire (L. 21 oct. 1814; pour les imprimeurs : Décr. 5 février 1810; ord 6 avril 1834; Décr. 22 mars 1852; pour la librairie : Décr. 17 février 1852). Ces professions sont redevenues libres depuis le Décr. 10 septembre 1870; elles étaient encore soumises à une déclaration au ministère de l'intérieur ; cette dernière formalité a été supprimée par la nouvelle *loi sur la presse* du 30 juill. 1881, a. 1er. Il ne reste plus que l'obligation pour l'imprimeur de mettre son nom sur toute publication sortie de ses presses (art. 2. de la loi de 1881).

65. Il ne faut pas considérer comme des restrictions à la liberté de devenir commerçant :

Les conditions de capacité exigées pour certaines professions, comme pour les pharmaciens;

Ni *les précautions imposées* pour l'intérêt public, par exemple aux bouchers, aux boulangers; aux établissements dangereux et insalubres (Décr., 15 oct. 1810);

Ni *les mesures de police préventive*, comme l'autorisation exigée pour les spectacles, les cabarets, pour certaines entreprises sur la voie publique.

CHAPITRE III.

AUXILIAIRES DES COMMERÇANTS.

Deux Sections : — 1° Quels sont les auxiliaires des commerçants; — 2° Quels sont leurs droits; ou répartition entre les divers intéressés des bénéfices de chaque entreprise.

SECTION PREMIÈRE.

QUELS SONT LES AUXILIAIRES DES COMMERÇANTS.

66. Il importe de bien les distinguer des commerçants, car bien qu'ils prennent part à leurs opérations et fassent habituellement des actes de commerce, ils n'ont pas la qualité de commerçants, avec toutes ses conséquences. Pourquoi cela? C'est qu'ils ne sont que mandataires, et que dans notre droit moderne le mandataire n'est pas censé agir lui-même (1), c'est le mandant qui est censé agir par son intermédiaire, et sur qui retombent toutes les conséquences de ses actes, c'est donc le mandant seul qui est commerçant (2).

Il y a deux catégories d'auxiliaires qu'il faut distinguer parce qu'ils ne sont pas traités également par la loi : — 1° les *commis*, qui existent surtout dans le commerce proprement dit, et font surtout un travail intellectuel; — 2° les *ouvriers*, qui existent surtout dans l'industrie, et font un travail manuel.

67. 1° *Commis*. Les uns travaillent seulement à l'intérieur, comme un teneur de livres, un caissier; — les autres traitent avec le public, en achetant ou en

(1) Massé, n. 15. Beslay, n. 73. Ly. C. et R. n. 146.

(2) V. *suprà*, n. 55. Beslay, n. 102, n'admet pas cette seconde partie de notre proposition.

Source BIU Cujas

vendant, soit sur place, soit comme commis-voyageurs (1); en général ils sont exclusivement mandataires pour les achats seuls ou pour les ventes seulement; — les autres enfin, sont à la tête d'une maison, d'une succursale, faisant toutes les opérations commerciales, sans pourtant devenir commerçants, car ils les font pour autrui. Le nom technique de ces derniers est celui de *facteurs* (2).

Tous les commis ont un privilège établi par l'art. 549; c'est le développement de l'art. 2101, 4°, C. civ.; mais il est restreint à six mois d'appointements au lieu d'un an.

68. Ils sont aussi soumis à la *compétence commerciale*, sans pour cela devenir commerçants (on sait que cette qualité a bien d'autres effets en dehors de la compétence) :

Art. 634. Les tribunaux de commerce connaîtront également : — 1° Des actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait seulement du trafic du marchand auquel ils sont attachés.

Cette compétence s'applique d'abord sans difficulté aux actions des tiers contre eux; c'est à ces actions que se réfèrent le plus naturellement les termes de l'art. 634, 1°. Mais ces actions seront rares, car ils ne sont que mandataires et obligent leurs patrons sans s'obliger eux-mêmes. Elles se rencontreront pourtant; s'ils ont commis, à propos du trafic de leur patron, quelque faute personnelle les engageant envers les tiers; et s'ils sont des facteurs, préposés à un magasin, et seuls connus du public, qui suit leur foi.

La même compétence s'appliquera aussi, quoique cela ait fait un peu plus de difficulté, aux actions intentées contre eux par leurs patrons : le texte de l'art. 634 est tout à fait général.

69. Q. Mais si au lieu d'être défendeurs, ils sont demandeurs, *peuvent-ils poursuivre leurs patrons devant les tribunaux de commerce?* — 1er S. *Non* : Le texte du code ne comprend pas ce cas, et il est important, car l'ordonnance de 1673 (tit. 12, art. 5) était au contraire tout à fait générale (3). — 2e S. *Oui* (!) : Le code ne l'a pas dit parce que cela résultait des principes généraux, le patron défendeur ayant fait acte de commerce; — la raison est la même que dans le cas formel de l'art. 634; il faut les mêmes connaissances spéciales pour juger ces litiges (4).

Q. *Peuvent-ils aussi les poursuivre devant les tribunaux civils*, s'ils le veulent? Ont-ils l'option entre les deux juridictions. *Nota* : la jurisprudence la donne au non-commerçant qui poursuit un commerçant (Voir n. 1467). — 1er S. *Non:* ils ne peuvent pas argumenter, comme le non-commerçant ordinaire, de ce que, s'ils étaient défendeurs, ils ne pourraient être poursuivis que devant les tribunaux civils (v. ci-dessus). — 2e S. *Oui* (!) : aucun texte ne leur enlève cette faculté, qui est de droit commun; on ne peut donc la leur refuser, surtout puisqu'il s'agit de sortir de la compétence exceptionnelle pour rentrer dans la compétence normale (5).

(1) V. C. com. ital. a. 376, 377.

(2) V. C. com. ital. a. 366-375, où ils sont appelés *institori*.

(3) Il y a eu en ce sens plusieurs arrêts, mais tous antérieurs à 1839.

(4) Req. 20 mars 1865, D. P. 66. 1. 268. Dijon, 1er avril 1874, D. P. 75. 2. 81, etc. - Brav. *Manuel*, p. 708; Nouguier, *Trib. de comm.* t. II, p. 75 et suiv; Bed. *Jurid. comm.* n. 328; Al. n. 3008.

(5) Req. 22. fév. 1859, D. P. 59. 1. 268; Orléans, 9 mars 1869, D. P. 69. 2. 55.

Source BIU Cujas

70. 2° *Ouvriers.* Il faut comprendre sous ce nom les contre-maîtres ou chefs d'atelier, quoique ceux-ci aient une surveillance qui représente un travail intellectuel; leurs fonctions se réfèrent toujours au travail manuel, et ils sont payés habituellement à la semaine, comme les ouvriers; or, nous allons voir que le mode habituel de paiement a une importance pour différencier le privilège des commis et celui des ouvriers.

Ils ont, comme les commis (même art. 549), un privilège qui se rattache aussi à l'art. 2101, 4° C. civ. ; mais il est beaucoup plus réduit; il n'est établi que pour les salaires dus pendant *un mois* seulement : la loi a considéré qu'ils sont habituellement payés à des intervalles beaucoup plus rapprochés que les commis, habituellement toutes les semaines, tandis que les commis sont payés par mois; leur position ne leur permet pas d'attendre et de laisser longtemps l'arriéré s'accumuler; il est donc peu probable que leurs salaires leur soient dus pour plus d'un mois, et les créanciers de la faillite n'ont pas pu s'attendre à plus que cela.

Ils sont, en outre, obligés d'avoir des *livrets*, et les patrons sont obligés d'y inscrire l'époque de leur entrée et de leur sortie (L. du 22 juin 1854, et décr. du 20 avril 1855). C'est une mesure de police générale, de sûreté intérieure, de garantie pour les patrons, et aussi de crédit pour les ouvriers, dont les livrets sont les états de services. Leur suppression, qui a été demandée, serait uniquement à l'avantage des mauvais ouvriers, dont on ne pourrait plus si facilement reconnaître les allures irrégulières. Il est défendu d'y inscrire aucune annotation favorable ou défavorable à l'ouvrier (L. 1854, art. 8); on n'a pas voulu que l'ouvrier fût obligé de témoigner contre lui-même par son livret. D'ailleurs, les patrons trouvent dans le livret des indications suffisantes sur les allures régulières ou non des ouvriers, et sur les maisons où ils peuvent avoir des renseignements.

71. Pour leurs contestations avec leurs patrons, ils ont une juridiction particulière, les *conseils des prud'hommes*, tribunal spécial, correspondant aux justices de paix, composé moitié de patrons, moitié d'ouvriers, en nombre rigoureusement égal. Dans certains conseils, suivant les besoins locaux, on représente spécialement les chefs d'ateliers, aussi en nombre égal. Le texte en vigueur sur cette matière est la L. du 1er juin 1853 (1) : les prud'hommes patrons sont nommés par les patrons; les prud'hommes ouvriers par les ouvriers.

Ces conseils n'existent que là où des décrets spéciaux en ont institué et pour les industries qui y sont dénommées. L'institution a lieu sur l'avis de la Chambre de commerce d'où dépend la localité, et du conseil d'État.

Il y a le *bureau général*, qui est le conseil proprement dit, le tribunal jugeant au contentieux. Il tient ses audiences au moins une fois par mois; il faut la présence au moins de deux patrons et deux ouvriers, avec le président ou le vice-président, nommés autrefois par le chef de l'État, mais aujourd'hui depuis le 12 fév. 1880, par les membres du Conseil, réunis en assemblée générale. Il décide en dernier ressort jusqu'à 200 francs, et au delà, sauf appel au tribunal de commerce.

(1) La première institution des prud'hommes fut faite à Lyon par la L. 8 mars 1806; elle fut étendue par décrets du 20 février et du 30 août 1810. Il y a eu plusieurs remaniements complets de la législation sur cette matière.

Source BIU Cujas

Il y a ensuite le *bureau particulier*, qui est un tribunal de conciliation. Il siège au moins une fois par semaine. Il faut la présence d'un patron et d'un ouvrier.

Dans les endroits où il n'y a pas de conseils de prud'hommes, leurs contestations avec leurs patrons sont de la compétence du juge de paix (L. 25 mai 1838, art. 6, 3e al.). L'application de cette règle ne fait pas difficulté lorsque les ouvriers sont actionnés par les commerçants qui les emploient. Mais dans le cas contraire Q, *les ouvriers peuvent-ils à leur choix assigner leurs patrons devant le tribunal de commerce.* — 1re S. *Oui* : de droit commun, le non-commerçant peut toujours, s'il le veut, assigner le commerçant devant le tribunal de commerce; la loi de 1838 n'a pas dérogé à cette règle (1). — 2e S. *Non* (!) : en admettant que de droit commun le non-commerçant puisse actionner le commerçant à son choix devant la juridiction civile ou commerciale, la loi de 1838 a établi en notre matière une compétence spéciale pour rapprocher les juges des justiciables et diminuer les frais; ces motifs s'appliquent quel que soit le rôle joué par les deux parties; — si elle a bien pu pour ce motif déroger à la compétence des tribunaux civils (qui est de droit commun), lorsque les ouvriers sont défendeurs, elle a aussi bien pu déroger, lorsqu'ils sont demandeurs, à la compétence commerciale (qui est une compétence exceptionnelle); — le texte de l'art. 5, § 3, a bien formellement visé les deux cas, en parlant « des contestations relatives aux engagements *respectifs* des gens de travail... et de ceux qui les emploient..., des maîtres et de leurs ouvriers »; — enfin l'article, en ajoutant « sans qu'il soit dérogé aux lois et règlements relatifs à la juridiction des prud'hommes », montre bien chez le législateur la pensée de prévoir absolument toutes les hypothèses (2).

SECTION II.

RÉPARTITION DES BÉNÉFICES ENTRE LES DIVERS INTÉRESSÉS.

72. **Notions économiques.** — Cette répartition se fait toujours par les mains du chef de l'entreprise ou patron.

Il faut rétribuer :

1° Le *capital*, au moyen d'un *intérêt*, consistant dans une somme fixe, déterminée à tant pour cent, et payée aux bailleurs de fonds, soit simples prêteurs, soit associés dans l'affaire. Dans toute entreprise, il faut à la fois un *capital fixe*, immobilisé dans des installations, machines, outils, voitures, bêtes de somme, etc.; et un *capital circulant*, destiné à se renouveler sans cesse par les achats et reventes de marchandises, et qui doit être d'autant plus considérable que l'intervalle qui sépare l'achat de la revente est plus long;

2° Le *travail* des ouvriers par un *salaire*. Nous allons insister tout à l'heure sur ce point:

(1) Poitiers, 20 fév. 1851, D. P. 52. 2. 129.

(2) La jurisprudence est en très grande majorité dans ce sens : V. Nancy, 2 juillet 1873, D. P. 74. 2. 77, et la note.

Source BIU Cujas

3° Le *travail de l'entrepreneur* par un *salaire* également; mais un salaire plus fort que celui de l'ouvrier, parce que ce travail est bien plus considérable, plus absorbant; qu'il exige de beaucoup plus grandes capacités intellectuelles, et un apprentissage beaucoup plus long et plus coûteux. Souvent ce salaire est confondu avec les profits dont nous allons parler; mais un entrepreneur qui veut voir clair dans ses affaires doit en tenir compte; car s'il ne trouve pas dans son entreprise des profits en plus de la valeur de son travail, augmentée de l'intérêt de ses capitaux, mieux vaudrait pour lui s'employer ailleurs au service d'autrui; il n'aurait pas les risques que nous allons indiquer;

4° Enfin le surplus forme le *profit* de l'entrepreneur qui rémunère les *risques* qu'il a courus. Ces risques résultent de la possibilité des erreurs ou des surprises dans la spéculation la mieux conduite et la plus prudente; erreurs bien faciles à commettre, puisque la spéculation, essentielle au commerce, consiste à prévoir des besoins futurs et à s'approvisionner en conséquence. Le profit est une assurance contre ces pertes. Il doit nécessairement être réalisé dans toute entreprise qui veut vivre; car on peut poser comme un axiome que toute entreprise qui ne sera pas combinée pour donner des profits en temps normal succombera à la moindre crise.

Le profit, s'il y a association, est partagé entre les associés sous forme de *dividende* qui leur est payé en plus de l'intérêt de leur argent, et qui est toujours compensé par des risques de perte sur le capital et les intérêts, risques auxquels ne sont pas exposés les simples prêteurs (V. au titre des sociétés).

73. **Détermination des salaires** (1). — Le taux des salaires, comme toute espèce de prix, est fixé par le rapport de l'offre et de la demande du travail. L'offre de travail, qui fait baisser les salaires augmente, en raison du nombre des ouvriers et de leurs besoins. La demande, qui les fait hausser, augmente avec le nombre des patrons qui cherchent des ouvriers. Elle augmente, en somme, avec l'abondance du capital : — soit du capital de chaque entreprise, car celle-ci sera disposée à payer plus cher, et, en outre, perdant plus par le chômage, elle aura plus d'intérêt à s'assurer des ouvriers à tout prix plutôt qu'à s'arrêter; — soit du capital général de la nation, car, plus il y a de capitaux disponibles, plus on crée d'entreprises et plus on demande de travail. La demande sera plus vive encore, si le capital est groupé en quantités considérables dans les mêmes mains; car, dans ces conditions, il s'emploie toujours plus utilement.

Donc, il n'y a pas d'antagonisme naturel entre le capital et le travail; les ouvriers ont intérêt à voir le capital augmenter, soit dans la société en général, soit dans les entreprises de leur état. Le capital ne fait pas concurrence au travail; c'est le travail, qui fait concurrence au travail.

74. **Forme des salaires**. — Les salaires sont nécessairement fixes, déterminés d'avance sans être appelés à varier avec le succès ou l'insuccès de l'entreprise. C'est tant par heure, par jour; par mois; — ou bien tant par objet produit; ce qu'on appelle le travail aux pièces. — Cette fixité est imposée

(1) Consult. Cauwès, *Précis*, n° 802 et suiv.

Source BIU Cujas

par la nécessité pour l'ouvrier, qui n'a pas d'épargne, de vivre au jour le jour, par l'impossibilité où il est d'attendre, de subir les mortes saisons, et de courir la chance de ne rien gagner pendant longtemps et même de travailler en pure perte, sauf à avoir plus tard tous les profits de l'entreprise.

Il est possible seulement d'associer dans une certaine mesure le travail aux bénéfices, en combinant un salaire fixe un peu réduit avec une part proportionnelle aux bénéfices de l'entreprise. L'ouvrier peut ainsi gagner plus en se prêtant mieux au succès de l'affaire, et le patron profite aussi de cette activité plus grande (1).

Parmi les deux modes de fixation des salaires, au temps ou aux pièces, le second est de beaucoup préférable partout où il est possible. L'ouvrier gagne beaucoup plus en utilisant mieux son temps, l'expérience l'a démontré; le patron y gagne aussi en obtenant une production plus abondante, plus régulière et plus économique ; et la société en tire profit des deux côtés.

Les aspirations des ouvriers les portent à devenir entrepreneurs eux-mêmes; c'est ce qu'on a appelé l'émancipation du travail, la suppression de l'intermédiaire du patron, la suppression du capital, etc. Mais ils y trouveront toujours la plus grande difficulté, même en usant aussi largement que possible de l'association. Le seul moyen auquel se ramènent tous ceux qui ont quelque chance de réussir, c'est de devenir capitalistes eux-mêmes par l'*épargne*. L'épargne est souvent le seul élément de différence entre le petit bourgeois (employé à 1,200 francs, qui vit dans les privations avec sa famille) et l'ouvrier à 6, 8 et 10 francs par jour (1,800, 2,400, 3,000 francs par an), qui dépense tout ce qu'il gagne. Pour arriver à l'épargne, un des moyens les plus heureux sont les sociétés coopératives, dont nous parlerons plus tard au titre des sociétés.

75. **Débats relatifs aux salaires** entre les ouvriers et les patrons.

Causes qui limitent les concessions possibles. Le *minimum normal* des salaires est ce qui est nécessaire à l'ouvrier pour vivre avec sa famille. Malheureusement, ils descendent quelquefois plus bas, par suite de la mauvaise concurrence que se font les ouvriers, lorsque, en vue de certaines jouissances, ils se précipitent sur certains métiers, surtout ceux des villes, en laissant les autres manquer de bras (2). — Le *maximum normal* est ce qui peut être concédé sans élever les prix de revient trop haut pour que l'entreprise trouve des débouchés, et qu'elle laisse, en outre, un salaire et un profit à l'entrepreneur; car, sans cela, celui-ci ferait mieux de fermer son usine. — Ce sont là des limites normales; mais exceptionnellement, dans un moment de crise par exemple, on peut les franchir pour quelque temps, avec l'espoir d'y revenir bientôt.

Les armes des deux parties, dans leur lutte sur ce point, sont les *coalitions* et les *grèves*, soit des patrons pour fermer les ateliers, soit des ouvriers pour refuser de travailler. Elles sont réglementées par la L. 25 mai 1864, modifiant les art. 414, 415, 416, C. P. (V., dans les codes, sous ces articles).

Les lois du 17 juin et du 6 octobre 1791 (tit. II, art. 19-20) punissaient la simple entente, même non suivie d'effet, contrairement aux règles ordinaires

(1) V. pour les détails et la discussion des procédés, Cauwès, n. 876 et suiv.
(2) V. Cauwès, n° 831 et suiv.

Source BIU Cujas

du droit pénal. — La L. 22 germinal an XI revint au droit commun et n'édicta plus de peine que lorsqu'il y avait exécution ou tentative d'exécution. — De même le code pénal de 1810 et la loi de 1849.

La loi de 1864 enlève à la coalition son caractère de délit. La grève volontairement concertée est regardée comme l'exercice légitime de la liberté du travail. Seulement, cette loi punit sévèrement les manœuvres frauduleuses et les violences; alors ce n'est plus l'exercice légitime d'une liberté, c'est une atteinte à la liberté des ouvriers qui voudraient travailler. On avait proposé d'aller plus loin, de rechercher si les causes de la coalition étaient justes ou injustes. Ce système n'était pas criticable en théorie, car l'exercice d'une liberté n'est légitime qu'autant qu'il tend à un but juste. Mais on y a renoncé dans la pratique, car il eût été arbitraire : il n'y a pas d'éléments certains, autres que la libre discussion des intérêts, pour fixer à un moment donné le taux normal des salaires. — La L. de 1864, art. 2, déclare s'appliquer non seulement aux ouvriers industriels, mais aussi aux ouvriers agricoles dans leurs discussions avec les propriétaires ruraux ou les fermiers.

Il y a encore bien des abus fréquents et difficiles à empêcher, des manœuvres frauduleuses et des menaces qui échappent à la répression. Le meilleur moyen d'y remédier, c'est d'éclairer les ouvriers, d'abord sur les nécessités économiques auxquelles obéit le taux des salaires, et ensuite sur les conditions de fait où se trouve à un moment donné leur industrie. C'est le but que doivent se proposer les patrons. — Un remède utile et pratique, qui, sans éviter tout le mal, peut l'atténuer beaucoup, consisterait à imposer aux deux parties un certain délai (un mois, par exemple) entre les demandes formulées et la cessation du travail. Ce délai permettrait aux deux parties de s'éclairer mutuellement; il aurait pour lui l'analogie de ce qui se passe dans les louages d'ouvrage et même dans les louages de choses, où l'on ne peut rompre le contrat qu'en se prévenant un certain temps d'avance. Il faut espérer que cette règle passera bientôt dans notre législation. Déjà il a été jugé, à bon droit, que la liberté accordée par la loi de 1864 n'empêche pas qu'on ne soit obligé de respecter les contrats librement formés et les intervalles d'usage entre l'annonce d'un départ et la cessation du travail, par exemple, une huitaine franche (Conseil des prud'hommes de Saint-Étienne, 30 janvier 1869, D. P. 70. 3. 16; neuf décisions conformes).

CHAPITRE IV.

HABILITATION DES INCAPABLES A FAIRE LE COMMERCE.

76. Le Code s'occupe de deux catégories d'incapables : le mineur (art. 2, 3, 6) et la femme mariée (art. 4, 5, 7). Nous aurons à parler, de plus, de l'interdit et de l'individu pourvu d'un conseil judiciaire; nous en traiterons dans un appendice à la section du mineur.

SECTION PREMIÈRE.

DU MINEUR ÉMANCIPÉ.

Deux paragraphes : — 1° Habilitation du mineur à faire le commerce; — 2° Capacité du mineur commerçant.

Source BIU Cujas

§ Ier

Habilitation du mineur à faire le commerce.

77. La position du commerçant est très grave; elle exposait naguère encore à la contrainte par corps; elle expose à la faillite et à la banqueroute. On ne pouvait laisser le mineur la prendre sans précautions.

Dans l'ancien droit, il n'y avait pas de protection suffisante pour le mineur : l'ordonnance de 1673, art. 6 (1), le réputait majeur pour les actes de son commerce, mais sans fixer la manière dont il pouvait devenir commerçant. Il y avait une limite d'âge de vingt ans pour être reçu maître dans les corporations; mais là où il n'y avait pas de maîtrises ou dans les rares professions restées libres, il n'y avait pas de limite. Ce danger fut généralisé par l'abolition des maîtrises.

Au code civil, il y avait déjà une restriction, car l'a. 487 exigeait implicitement l'émancipation.

Lors de la rédaction du code de commerce, on discuta pour savoir si l'on permettrait au mineur de devenir commerçant (2). On l'admit par respect pour le code civil, qui impliquait cette permission; et aussi parce qu'il pouvait y avoir souvent un intérêt très légitime, par exemple pour continuer le commerce de son père, pour prendre celui de sa femme, pour se faire une position en vue d'un prochain mariage. On a fait de plus remarquer que le plus souvent le mineur ferait le commerce en société avec un majeur, car sans cela il ne pourrait pas attirer la confiance du public (3). Mais on prit des précautions pour obvier aux dangers.

Art. 2. Tout mineur émancipé de l'un et de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui voudra profiter de la faculté que lui accorde l'article 487 du Code civil, de faire le commerce, ne pourra en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce : 1° s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou par sa mère, en cas de décès, interdiction ou absence du père, ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal civil; 2° si, en outre, l'acte d'autorisation n'a été enregistré et affiché au tribunal de commerce du lieu où le mineur veut établir son domicile.

Quatre conditions : — 1° Emancipation; — 2° Age de dix-huit ans; — 3° Autorisation; — 4° Publicité de l'autorisation.

78. 1° *Emancipation* (cf. art. 487, C. civ.). Elle est nécessaire pour qu'il ait d'abord une capacité suffisante de droit commun; l'autorisation ne lui permettrait pas, à elle seule, de disposer de ses revenus (M. Berlier, au conseil d'État, 4 novembre 1806), ce qui serait éminemment utile pour son commerce; il faut que la confiance de sa famille appelle celle du public.

(1) V. Jousse sur cet article, et Savary, t. I, p. 266. — Sur le droit antérieur à l'ordonnance de 1673, consult. Massé, n. 1035. Beslay. n. 281. — La L. belge, a. 8, et le Code italien, a. 11, organisent en outre la continuation par le père ou le tuteur d'un commerce dévolu au mineur. C'est une très heureuse innovation.

(2) V. la discussion du système actuel dans Beslay, n. 276 et suiv. V. aussi Massé, n. 1036.

(3) Disc. de M. Cretet (Locré, *Législation civ., etc.*, t. XVI, p. 128).

Source BIU Cujas

L'émancipation par mariage suffirait très bien (art. 476, C. civ.) (1).

Faute d'émancipation préalable, l'autorisation serait nulle. Aussi il aurait été bon de faire publier l'acte d'émancipation comme l'autorisation; car, faute de cela, les tiers devront demander au mineur, avant de contracter, la preuve de son émancipation; et les retards qu'on voulait éviter par la publicité (v. *infrà* au 4°) se produiront. On peut admettre que les parties auront la faculté de la faire enregistrer et afficher avec l'autorisation.

La mention de l'émancipation dans l'acte d'autorisation ne couvrirait pas son absence. On l'a prétendu en alléguant que cette déclaration fausse est un délit et que le mineur n'est pas restituable contre ses délits (C. civ., art. 1310) (2). Mais il faut répondre, avec l'art. 1307, C. civ., que la simple déclaration de capacité par le mineur ne fait pas obstacle à sa restitution; or, c'est bien notre hypothèse; — cela se concilie avec l'art. 1310, parce que cette seule déclaration n'est pas un *dol*, une manœuvre frauduleuse; — d'ailleurs, ici, la faute est autant celle des parents que celle du mineur; — enfin les tiers, avertis de la minorité par l'acte d'autorisation, ne peuvent s'en prendre qu'à eux de n'avoir pas demandé l'acte d'émancipation (3). — Il en serait autrement si l'on avait employé des manœuvres frauduleuses pour tromper l'autre partie sur le fait de l'émancipation (4).

79. 2° *Age de dix-huit ans.* C'est une seconde condition distincte de la première, car le mineur peut être émancipé à quinze ans par ses père et mère (C. civ , art. 477); et la femme peut être émancipée au même âge par le mariage.

L'autorisation accordée avant cet âge serait nulle et ne vaudrait pas même après qu'il aurait été atteint. En effet, ayant été nulle *ab initio*, elle ne peut pas commencer plus tard à produire son effet; — les tiers, en la voyant publiée, la sachant nulle, n'ont pas dû en tenir compte; — la continuation du commerce au vu de ses parents ne peut pas être considérée comme une autorisation tacite; car nous allons voir que l'autorisation doit être expresse.

80. 3° *Autorisation.* Par le *père* d'abord.

Puis *par la mère*, en cas de décès, interdiction ou absence du père. — Pas de difficulté en cas d'absence proprement dite, déclarée. — Mais *quid pendant la période de présomption d'absence?* Nous admettrons que la mère peut donner seule l'autorisation parce qu'elle a en elle la plénitude de l'autorité paternelle (C. civ., art. 372, 148), entravée seulement par l'autorité prépondérante du père quand il est là, mais reprenant toute sa force dès que le père ne peut manifester sa volonté (analogie de l'art. 149, C. civ.) (5). — Aussi nous l'admettrons même en cas de simple éloignement du père, pourvu qu'il doive être assez prolongé pour qu'on ne puisse pas attendre le retour sans inconvénients.

(1) Massé, n. 1037. Beslay, n. 208. Et cela même après la mort du conjoint : Beslay, n. 208.

(2) Pard., n. 58. Massé, n. 1053.

(3) Pard., n. 61. Pâris, *Dr. commerc.*, n. 304. Beslay, n. 266. Alauzet, n. 47.

(4) Alauzet, n. 47.

(5) Dalloz, v° *Commerçant*, n. 139. — D'après Pard., n. 57, et Pâris, n. 263, il faudrait à la mère l'autorisation du conseil de famille. D'après Alauzet, n. 52, l'autorisation ne pourrait être donnée au mineur dans ces cas.

Source BIU Cujas

Q. Quid *si le père (ou la mère) survivant n'est pas tuteur?* Nous dirons qu'il pourra néanmoins donner l'autorisation, car c'est là un acte de la puissance paternelle restée au père, et non de la tutelle (1).

Après le père et la mère, vient immédiatement le *conseil de famille* avec la nécessité de l'homologation du tribunal. C'est le *tribunal civil* qui est compétent : — le code le dit; — le mineur n'est pas encore commerçant lors de l'autorisation; — il s'agit de changer sa capacité, ce qui est éminemment une question de droit civil; — il faut tenir compte, non seulement de l'opportunité de faire le commerce, mais surtout de l'ensemble de la position sociale du mineur, et pour cela le tribunal civil présente plus de garanties.

L'autorisation doit être *préalable*, dit le Code; donnée tardivement elle serait sans effet pour les actes antérieurs, qui resteraient entachés de nullité (2). — Il s'ensuit qu'elle doit être *expresse*; car une autorisation tacite ne peut être que postérieure aux actes, puisqu'elle résulte de ce qu'on a connu ces actes et qu'on y a adhéré (3). Donc elle ne peut pas résulter de ce que le mineur aurait fait le commerce au su de ses parents; ni même de l'autorisation donnée par le conseil de famille de vendre ses immeubles pour faire face à ses engagements et se livrer avec plus d'avantages au commerce (4).

Aucune forme n'est prescrite pour cette autorisation. Tout le monde est d'accord qu'elle doit être donnée par écrit. On ne peut en douter puisqu'elle doit être enregistrée et affichée (5). — Mais cet écrit est-il assujetti à quelques formalités? Si l'autorisation est donnée par le conseil de famille, il n'y a pas de difficulté; car le procès-verbal du juge de paix, président, est un acte authentique. Si elle émane des père ou mère, elle pourra être donnée par acte notarié, ou par-devant le juge de paix, ou au greffe du tribunal de commerce. *Pourra-t-elle être donnée sous seing privé?* On en a douté pour deux raisons : — 1° Cet acte n'aurait pas date certaine à l'égard des tiers (6). Mais il la recevra par l'enregistrement au greffe du tribunal, exigé pour la publicité (v. *infrà* au 4°); — 2° Il ne fait pas foi de l'écriture, qui peut toujours être niée et qui pourrait bien, en réalité, ne pas être du prétendu signataire. Mais on remédiera à cet inconvénient en exigeant la légalisation. Avec ces précautions, l'acte sous seing privé pourra parfaitement suffire (7).

La loi n'exige pas la spécialité de l'autorisation pour un commerce déterminé; elle pourrait donc être générale (8). Mais elle pourrait aussi être spéciale, et des parents prudents ne donneront qu'une autorisation de ce genre; l'art. 3 permettant de la donner pour un acte, il est évident qu'on peut la donner pour un commerce exclusivement déterminé (9).

(1) Pâris, n. 264, 265. Dalloz, v° *Commerçant*, n. 138. Alauzet, n. 50. Ly. C. et R. n. 164, note 1. — *Contrà :* Molinier, n. 145.

(2) Pard., n. 61. Bravard, t. I, p. 75. Alauzet, n. 45.

(3) Pard., n. 58. Bravard, t. I, p. 75.

(4) Bourges, 26 janv. 1828, D., v° *Commerçant*, n. 137, 142.

(5) Pard., n. 58. Brav., t. I, p. 75. Alauzet, n. 43. Ly. C. et R. n. 164. — Beslay, n. 213, et Bioche, *Dict. de procéd. civ. et comm.*, donnent une formule pour cet acte.

(6) Pard., n. 57.

(7) Pâris, n. 277. Béd., n. 87. Massé, n. 1039. Brav., t. I, p. 74. Alauzet, n. 43. Ly. C. et R. n. 164.

(8) Caen, 11 août 1828, D., v° *Commerçant*, n. 143.

(9) Massé, n. 1041. Brav., t. I, p. 73. Beslay, n. 214 et suiv. Alauzet, n. 46.

Source BIU Cujas

Q. *L'autorisation pourrait-elle être donnée en vue d'une association du mineur avec son père?* — 1er S. *Non* : *Nemo auctor esse potest in rem suam*; le père est trop intéressé; il pourrait vouloir s'associer son fils pour s'assurer ses capitaux dont il aurait grand besoin (1.) — 2e S. *Oui* (!) : l'autorisation n'est pas nécessaire directement pour l'association; cette autorisation donne la capacité générale de faire le commerce, et comme conséquence de s'associer avec d'autres personnes (v. *infrà*, n. 88); on n'aura donc pas l'inconvénient de voir le père jouer dans le même acte les deux rôles opposés, en son nom personnel d'une part, au nom de son fils d'autre part; celui-ci, une fois autorisé à faire le commerce, traitera librement avec son père; — quant aux motifs que le père peut avoir; il faut répondre que la loi a confiance en lui, que toutes les autorisations données par lui peuvent avoir des dangers; par exemple, il pourrait n'autoriser son fils à faire le commerce que pour lui placer des marchandises dont il ne pourrait pas facilement se défaire; pour couvrir le déficit d'un frère avec lequel il l'associerait; et dans ces cas on ne pourrait annuler l'autorisation; — enfin, ce qui nous paraît décisif, dans les travaux préparatoires, sous l'art. 2, on s'est déterminé à permettre au mineur de devenir commerçant, parce qu'il pouvait souvent y avoir un intérêt légitime; et entre autres exemples de cet intérêt, on citait le cas « où il devient l'*associé* ou l'héritier de son père » (2).

Si le père avait donné cette autorisation dans un but frauduleux, elle pourrait être annulée dans ses rapports avec son enfant, au moins à titre de réparation civile. Mais cette nullité ne pourrait nuire aux tiers qui auraient traité de bonne foi avec l'enfant autorisé (3); sauf pour l'avenir la révocation de l'autorisation.

81. 4° *Publicité de l'autorisation.* — Par enregistrement et affiche : enregistrement au greffe du tribunal; affiche dans l'auditoire (4).

Le but est de dispenser le mineur d'avoir à faire preuve de sa capacité, auprès de tous les tiers, avec lesquels il voudrait traiter. Ceux-ci, prévenus par la publicité, pourront contracter librement avec lui; on évitera ainsi des délais qui rendraient impossibles les opérations commerciales.

C'est au tribunal de commerce que doit être publiée l'autorisation; et au tribunal de commerce *du lieu* où le mineur veut établir son domicile (art. 2), et non du lieu où il avait auparavant son domicile. C'est là que les parties intéressées à la connaître la trouveront le plus facilement.

82. Q. *L'autorisation pourrait-elle être révoquée?* D'après le code civil (art. 485), l'émancipation peut être retirée au mineur, dont les engagements auront été réduits. Il ne peut s'agir là que des engagements civils; car les en-

(1) Douai, 16 août 1869, D. P. 70. 2. 88, etc. — Demang. sur Brav., t. I, p. 152. Alauzet, n. 150. Ly. C. et R. n. 169. — Si l'on se range à ce système, il est impossible d'admettre que l'autorisation de la mère ou du conseil de famille puisse suppléer à ce qui manque à celle du père. Alauzet, *ibid. Contrà :* Pâris, n. 266. Pont, *Soc.* n. 827.

(2) Massé, n. 1047. Béd., n. 90. Beslay, n. 228 et suiv.

(3) Beslay, n. 234. — *Contrà :* Massé, n. 1037, 1230.

(4) L'affiche devrait rester apposée pendant un an; argument d'analogie de 872, Pr.: Pardessus, n. 57. Molinier, n. 150. Alauzet, n. 44. Ly. C. et R. n. 165. — M. Paris, n. 286, est seul à soutenir qu'elle doit subsister jusqu'à la majorité du mineur.

Source BIU Cujas

gagements commerciaux ne peuvent pas l'être (C. civ., art. 487; C. com., art. 6.) Ce retrait de l'émancipation ferait tomber l'autorisation; et le mineur perdrait sa capacité de faire le commerce — On a cependant soutenu que cette conséquence de l'art. 485, C. civ., ne devait pas être appliquée à notre matière; parce que, dit-on, les tiers doivent compter sur une position fixe et seraient lésés par ce retrait de l'autorisation; parce que le mineur dont les engagements civils ont été réduits peut être parfaitement capable et parfaitement sage dans son commerce; et on argumente de ce que l'art. 2 exige bien l'émancipation pour qu'on *devienne* commerçant, mais non pour qu'on *reste* commerçant quand on l'est (1). Mais il faut répondre que les tribunaux qui apprécient la réductibilité des engagements tiendront compte de l'intérêt des tiers; et, d'autre part, que le retrait de l'émancipation sera soumis aux mêmes conditions de publicité que l'autorisation : le code n'en ayant pas parlé, il nous est bien permis, en argumentant par analogie, de n'admettre le retrait que sous ces conditions; — il est bien peu probable que le mineur qui a donné lieu à la réduction de ses engagements civils ne donne lieu à aucun reproche dans sa gestion commerciale; — l'art. 2 exige l'émancipation pour « faire le commerce »; donc aussi bien pour le continuer que pour le commencer (2).

Q. *Ne pourrait-on même pas révoquer directement l'autorisation?* Cela pourrait être très utile, s'il n'y avait pas lieu à l'application de l'art. 485, C. civ., soit que le mineur n'eût pas contracté d'engagements civils excessifs, soit qu'il fût émancipé par mariage, auquel cas le retrait de l'émancipation n'est pas possible; et si d'ailleurs il avait fait preuve d'une inexpérience ou d'une incapacité évidente à faire le commerce. — Nous admettrons la possibilité de cette révocation : — toute autorisation est révocable, pourvu qu'on respecte les droits acquis; ainsi les parents qui ont consenti au mariage peuvent retirer leur consentement avant que le mariage ne soit célébré; ainsi le mari qui a autorisé sa femme à faire le commerce peut, d'après l'opinion commune, retirer son autorisation (3). — Des auteurs disent qu'il faudra s'adresser aux tribunaux pour obtenir cette révocation (4); nous ne l'admettrions pas en principe, en nous fondant sur les analogies que nous venons de citer. Mais on pourrait y recourir par voie contentieuse, s'il y avait dans ce retrait un abus de la puissance paternelle.

Il faudra que ce retrait ait la même publicité que l'autorisation (5).

83. **Sanction de ces formalités.** — Il résulte évidemment du texte de l'art. 2 que si ces formalités n'ont pas été remplies, le mineur n'a pas pu devenir commerçant, et qu'aucune des conséquences de cette qualité ne pour-

(1) Beslay, n. 222 et suiv.

(2) Pard., n. 58, Orillard, *Compét.*, n. 105. Nouguier, *Des trib. de comm.*, p. 249. Molinier, n. 157. Dalloz, v° *Commerçant*, n. 159. Béd., n. 96. Massé, n. 1042. Bravard, t. I, p. 86. Alauzet, n. 54. Ly. C. et R. n. 166.

(3) Pâris, n. 81. Demolombe, *De la minorité*, t. II, n. 352, 356. Brav., t. I, p. 87. Alauzet, n. 55. Ly. C. et R. n. 166. — *Contrà :* Molinier, t. I, n. 157. Béd., n. 94. Massé, n. 1042. Beslay, n. 261 et suiv. — La révocation est organisée par la L. belge, a. 5, et le Code italien, a. 14.

(4) Brav. et Demol., *ibid.* Demante, t. II, n. 258.

(5) Brav. et Demol., *ibid.* Ly. C. et R. n. 166.

Source BIU Cujas

rait lui être appliquée, lors même qu'il demanderait lui-même qu'on les lui appliquât :—sans doute en général les nullités qui protègent un incapable sont purement relatives et ne peuvent pas être invoquées contre lui par les tiers capables; mais cette règle ne s'applique qu'aux *actes* faits par l'incapable, et non pas aux qualifications ou aux fonctions qu'il a pu vouloir se faire attribuer; il est indubitable que si un mineur avait été choisi comme tuteur ou comme membre d'un conseil de famille, toute personne pourrait lui contester cette qualité; de même s'il a voulu devenir commerçant sans remplir les formalités nécessaires, toute personne pourra prétendre qu'il ne l'est pas devenu;—la qualification de commerçant ne dépend pas de la volonté des parties (V. *supra*, n° 58) : de même qu'il ne pourrait pas, en remplissant les formalités de l'art. 2, devenir commerçant, s'il n'est pas dans les conditions de l'art. 1er, s'il ne fait pas réellement le commerce (1), de même il ne pourrait pas l'être à aucuns égards sans avoir rempli les formalités de l'art. 2 (2).

Les conséquences de cette doctrine sont les suivantes : 1° Le mineur ne peut être mis en faillite (3); 2° Ni condamné comme banqueroutier (4); 3° Le tribunal de commerce ne sera pas présumé compétent pour les actions dirigées contre lui (5); 4° Le taux de l'intérêt civil pourra seul être dû par lui (6); 5° Il n'était pas contraignable par corps avant 1867 (7); 6° Il y a plus de doute pour savoir s'il doit la patente; un arrêt du conseil d'État, du 27 février 1866, l'impose à un mineur *non émancipé*, associé à son père.

84. Il reste une question toute différente à examiner, c'est celle de la valeur des *actes* faits par le mineur dans l'exercice de son commerce; pour ceux-ci, il n'y a qu'à appliquer les principes de droit commun; ils seront entachés d'une nullité relative comme dans tous les cas où des formalités sont exigées pour la protection d'un incapable (8). Donc, cette nullité pourra être invoquée seulement par le mineur ou ses représentants; elle sera susceptible de ratification par le mineur dûment autorisé ou devenu majeur; elle se prescrira par dix ans à partir de la majorité (art. 1304). Elle peut être demandée quand même le mineur n'aurait pas été lésé, comme on l'admet généralement toutes les fois que les formalités protectrices n'ont pas été remplies (9).

Si le mineur était réellement émancipé, mais qu'une des autres conditions ait manqué, ses engagements commerciaux pourront être ou annulés par le tribunal civil ou seulement réduits comme excessifs (C. civ., art. 484, 2e al.). On a soutenu le contraire en alléguant que ses engagements ne peuvent être

(1) Pâris, n. 470. Beslay, n. 239. Alauzet, n. 84.

(2) Cass. 6 août 1862, S. 64. 1. 172; Nîmes, 5 novembre 1863, S. 63. 2. 256. — Beslay, n. 252, 260.

(3) Amiens, 7 janv. 1853, D. P. 54. 2. 9; trib. comm. Nantes, 2 déc. 1863, D. P. 64. 3. 16. — Alauzet, n. 48. Beslay, n. 252. Ly. C. et R. n. 176.

(4) Aix, 26 janv. 1876, D. P. 78. 5. 112. — Alauzet, n. 48. Ly. C. et R. n. 176.

(5) Nîmes, 5 nov. 1863, D. P. 63. 2. 256, etc. Besançon, 23 juin 1870, *Droit* du 9 juillet. — Ly. C. et R. n. 176.

(6) Cass, 6 août 1862, D. P. 62. 1. 375.

(7) Beslay, n. 252. Ly. C. et R. n. 175.

(8) Lyon, 6 juin 1845.

(9) Dijon, 8 janv. 1845, D. P. 45. 2. 80. Ly. C. et R. n. 175. — *Contrà* : Riom, 27 juill. 1858, D. P. 59. 2. 216.

Source BIU Cujas

traités comme des engagements civils, alors qu'on les annule comme commerciaux, parce que, dit-on, il y a là une qualité indivisible; le mineur a voulu contracter un engagement commercial ou ne pas être obligé du tout (1). Mais il faut répondre que la réductibilité de l'engagement ne dépend pas en soi du caractère civil, et non commercial, de cet engagement, l'art. 484, 2e al., ne dit rien de semblable; ce qui est vrai seulement, c'est que les engagements commerciaux *valables* ne sont pas plus réductibles qu'annulables; mais cela ne préjuge rien pour les engagements commerciaux entachés de nullité (2).

Les actes faits par le mineur non autorisé seront nuls, lors même qu'il se serait fait passer pour commerçant, car la simple déclaration de l'incapable ne peut le relever de son incapacité (art. 1307, C. civ., v. *suprà*, no 78) (3). Il n'en serait autrement que s'il y avait eu dol proprement dit, manœuvres frauduleuses pour tromper l'autre contractant (C. civ., art. 1310) (4); mais il ne faudrait pas aller jusqu'à exiger un crime ou un délit caractérisé, pour rendre le mineur responsable (5).

85. Art. 3. La disposition de l'article précédent est applicable aux mineurs même non commerçants, à l'égard de tous les faits qui sont déclarés faits de commerce par les dispositions des articles 632 et 638.

Cet article sera rarement appliqué dans la pratique; on ne voudra pas remplir ces formalités longues et pénibles, pour aboutir à faire un seul acte de commerce. — La sanction serait, sans aucun doute possible, la nullité purement relative de l'acte fait sans ces formalités (V. au no précédent).

§ 2.

Capacité du mineur commerçant.

Nous l'étudierons : 1o pour les actes commerciaux; 2o pour les actes civils.

86. I. — **Pour les actes commerciaux**. Il est tout à fait assimilé à un majeur : art. 2; et C. civ., art. 487 et 1308 (6). Il s'ensuit que ses actes ne seront pas rescindables pour lésion (C. civ., art. 1308), ni réductibles pour excès (C. civ., art. 484) (7); que la prescription courra contre lui (8). — Cet article donne la même règle pour un *artisan* qui s'oblige pour son art; cette capacité appartiendrait donc même au mineur, simple ouvrier, non commerçant et non autorisé expressément, qui traiterait, par exemple, pour un achat d'outils, de matières premières, pour un louage d'ouvrage ou de services (9).

(1) Beslay, n. 257.
(2) V. Massé, n. 1034.
(3) Massé, n. 1053. Beslay, n. 265. Ly. C. et R. n. 174.
(4) Beslay, n. 261. Ly. C. et R. n. 174.
(5) Beslay, n. 263, 264. — *Contrà :* Pard., n. 61.
(6) Ord. 1673, art. 6.
(7) Brav., t. I, p. 78. Massé, n. 1033, 1056.
(8) Massé, n. 1052.
(9) Jousse, sous l'art. 6 de l'ord. Boileux, C. civ., t. I, p. 356. Massé, n. 1054.

Source BIU Cujas

Le mineur commerçant est capable pour *son* commerce seulement : l'art. 487, C. civ., dit : « pour les faits relatifs à *ce* commerce »; et l'art. 1308 : « à raison de *son* commerce »; Jousse disait que sa capacité est non générale, mais spéciale (1). — Sa capacité doit ainsi être limitée au commerce qu'il exerce en fait, lors même qu'il aurait eu une autorisation générale. — Il suit de cette règle qu'il ne pourrait, par exemple, cautionner la dette d'un autre commerçant (2), à moins que ce ne fût dans l'intérêt de son commerce, comme s'il cautionnait son associé, ou s'obligeait à la garantie solidaire en endossant une lettre de change (3).

87. Comment établira-t-on que la cause de l'engagement est commerciale? En général il s'agira d'un contrat synallagmatique qui portera en lui-même la preuve de sa cause. Le doute sera seulement possible pour les emprunts et les billets souscrits par le mineur commerçant. Pour répondre à la question, il faut distinguer si la cause est ou n'est pas indiquée dans le billet.

1° *La cause n'est pas indiquée dans le billet.* Q. *A qui incombe la preuve que cette cause se réfère ou ne se réfère pas au commerce du mineur?*—1er S. *C'est au mineur à prouver que le billet ne concerne pas son commerce* : le créancier présente son titre qui doit, comme toutes les conventions, être présumé valable jusqu'à preuve contraire; si le mineur veut le repousser par l'exception tirée de sa minorité, il faut qu'il prouve qu'il est dans le cas où cette exception peut être invoquée par lui, c'est-à-dire que l'engagement ne concernait pas son commerce; — personne ne voudrait traiter avec un mineur commerçant, si l'on était obligé de faire cette preuve très difficile; la protection de la loi se retournerait donc contre lui; — enfin le créancier a pour lui la présomption de l'art. 638, 2e al. : « Les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce » (4). — 2e S. *C'est au créancier à prouver que le billet concernait le commerce du mineur* (!) : — s'il est vrai qu'en règle générale les conventions sont présumées valables, c'est aussi la règle générale que celles faites par un mineur sont présumées nulles; et cette règle est vraie même pour le mineur commerçant; celui-ci n'a pas acquis une capacité générale; sa capacité est seulement spéciale pour ce qui concerne son commerce; par conséquent il se défend suffisamment en invoquant l'exception de minorité; et c'est au créancier à prouver, sous forme de réplique, qu'on était dans le cas spécial de la capacité; — quant à l'argument tiré de l'art. 638, il est impossible d'appliquer ici la présomption de cet article, car il ne règle qu'une question de compétence, en supposant un acte dont la validité n'est pas contestée; or ici il s'agit d'une question beaucoup plus grave, celle de la validité, et l'on sait que les présomptions ne peuvent pas s'étendre par analogie; — nos lois ne reculent pas devant une certaine atteinte au crédit de ceux qu'elles veulent protéger; cette atteinte est l'effet nécessaire de toute incapacité; d'ailleurs nous verrons bientôt que le créan-

(1) Jousse, *ibid.* Bornier, *ibid.* Toubeau, p. 355.

(2) Jousse, *loc. cit.* — Pard., n. 62. Brav., t. I, p. 79. Massé, n. 1060.

(3) Massé, n. 1060.

(4) Cass. 23 mars 1857, D. P., 57. 1. 126. — Duranton, t. II, n. 483. Toullier, t. XII, n. 249. Marcadé, sous l'art. 220. Demol., *Minorité*, t. II, n. 342. Valette, *Explication sommaire du C. Nap.*, p. 341. Pardessus, t. I, n. 62. Mol., n. 154, 179. Demang. sur Brav., t. I, p. 82. Beslay, n. 243 et suiv. Ly. C. et R. n. 171.

Source BIU Cujas

cier peut, par une précaution très simple, se garantir contre le danger de cette preuve difficile; — Cambacérès, dans les travaux préparatoires (Locré, t. XVII, p. 140-141), impose cette preuve au créancier hypothécaire, invoquant l'art. 6 ci-après; il y a la plus grande analogie entre l'emprunt et l'hypothèque : tous deux ne sont valables que s'ils ont pour objet le commerce du mineur (1).

2° Q. *Si la cause est indiquée dans le billet, quel sera l'effet de cette déclaration?* — 1er S. *Elle fera preuve complète contre le mineur* :— si elle est fausse, elle constitue un délit de sa part; or il n'est pas restituable contre ses délits (C. civ., art. 1310); — il faut bien, dans l'intérêt même du mineur, que le créancier ait un moyen de se procurer un titre indiscutable; sans cela personne ne voudrait traiter avec lui. — 2e S. *Elle ne prouvera pas contre le mineur* : — on ne peut appliquer ici l'art. 1310, C. civ., cette fausse déclaration est peut-être un dol, mais ne constitue pas un délit caractérisé; le créancier commet une imprudence en se fiant à cette déclaration; d'ailleurs l'art. 1307, C. civ., nous met en garde contre cette interprétation de l'art. 1310 en expliquant que « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à sa restitution »; or la déclaration qui nous occupe est tout à fait analogue à celle que vise expressément cet art. 1307; — les créanciers civils exigeraient toujours cette déclaration, ce qui mettrait à néant son incapacité en matière civile. — 3e S. *Elle créera du moins contre le mineur une présomption de commercialité et aura pour effet de rejeter sur lui le fardeau de la preuve* (!) : — sans doute si le mineur était pleinement incapable sa déclaration serait annulée par l'art. 1307; mais il n'a qu'une demi-incapacité; il a une capacité spéciale, mais complète, pour les actes de son commerce; la loi, en lui donnant cette capacité, n'a pas pu vouloir lui en rendre l'usage impossible, ce qui arriverait si les tiers qui traitent avec lui ne pouvaient au moins s'exonérer du fardeau de la preuve; la logique du Code veut donc qu'on lui reconnaisse au moins une capacité suffisante pour faire cette déclaration; — ce troisième système n'a pas, comme le premier, l'inconvénient d'anéantir son incapacité civile, parce que, même après cette déclaration, le mineur, en faisant la preuve que l'acte ne concernait pas son commerce, pourra le faire annuler (2).

Ce troisième système doit, suivant nous, être admis, et de plus être étendu même au cas où le billet ne contiendrait pas une déclaration du mineur, si ce billet a une forme commerciale, soit essentiellement commerciale, comme la lettre de change, soit seulement habituellement commerciale, comme le billet à ordre; car l'emploi de cette forme doit être considéré comme une déclaration tacite faite par le mineur commerçant. Il faut remarquer à l'appui de cette opinion que l'art. 114, C. com., ne frappe de nullité que les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants, ce qui parait indiquer (sans que l'article soit bien formel, nous l'avouons) que les lettres de change tirées par un mineur négociant sont en principe considérées comme vala-

(1) Béd., t. I, n. 159. Brav., t. I, p. 81. Massé, n. 1044. — L'argument de l'art. 638 est repoussé même par plusieurs partisans du 1er syst. : Duranton, t. XIV, n. 253. Toullier, t. XII, n. 250. Al. n. 80.

(2) Les auteurs ne sont pas très précis sur cette question : V. Massé, n. 1044. Brav., t. I, p. 82 *in fine*. Al. n. 80.

Source BIU Cujas

bles. On voit que, si nous repoussons l'application de l'art. 638, 2e al., à toute espèce de billet souscrit par un mineur commerçant, nous admettons cette application à la lettre de change et au billet à ordre, sauf toujours la preuve contraire (1). — Cette preuve contraire, toujours possible contre le preneur qui a contracté avec le mineur, et aussi contre les tiers-porteurs qui auraient connu la minorité, ne devrait pas être admise contre les tiers-porteurs qui auraient ignoré cette minorité; les principes spéciaux à lettre de change et au billet à ordre s'y opposent (V. *infra*, nos 740 et 757).

Enfin il faut remarquer que si l'emprunt, constaté par le billet, était réellement destiné au commerce du mineur, celui-ci ne serait pas admis à invoquer la nullité de son obligation, en alléguant que l'argent aurait été employé à un autre usage que celui auquel il était destiné (2).

88 Q. *Le mineur commerçant peut-il contracter seul une société de commerce?* Quoique la question soit fort discutée, nous admettons sans hésiter l'affirmative : sans doute cet acte peut être grave; mais il ne l'est pas plus que beaucoup d'opérations commerciales qui lui sont certainement permises; par exemple, la promesse de livrer annuellement une certaine quantité de marchandises pendant plusieurs années consécutives (3).

Il peut ester en jugement, compromettre et transiger sur les contestations commerciales.

II. — **Pour les actes civils.**

89. Anciennement, en l'absence d'aucun texte, il avait toute latitude, sauf la nécessité de prouver que l'acte était fait pour son commerce. A raison du doute qu'aurait pu faire naître chez certains juges ce silence du texte, et à raison de la difficulté de la preuve, Jousse (4) conseillait de prendre les formes ordinaires, exigées pour les mineurs.

Le Code est plus restrictif :

Art. 6. Les mineurs marchands, autorisés comme il est dit ci-dessus, peuvent engager ou hypothéquer leurs immeubles. — Ils peuvent même les aliéner, mais en suivant les formalités prescrites par les articles 467 et suivants du Code civil.

Il ne peut jamais aliéner seul ses immeubles. Mais cette précaution est assez inefficace, car il peut seul s'engager indéfiniment, et ses créanciers pourront saisir tous ses biens, même ses immeubles; alors le conseil de famille, pour éviter des frais, sera obligé de consentir à la vente, et on ne les sauvera pas. M. Berlier avait déjà signalé ce vice de la loi au conseil d'État (5).

(1) Cass. 23 mars 1857, D. P. 57. 1. 126. — Pard., n. 62. Dageville, t. I, 21, 34. Pâris, n. 300. Béd., n. 165. Al. n. 80. Massé, n. 1044.

(2) Beslay, n. 248.

(3) Caen, 11 août 1828, D., *Jur, gén.*, v° *Commerçant*, n. 153. Molinier, n. 155. Pâris, n. 303 *ter*. Béd., n. 89. Beslay, n. 226. Al. n. 149. Massé, n. 1046. — *Contrà* : Delangle, *Soc. comm.*, n. 58. Malepeyre et Jourdain, p. 12. Demol., *Mariage*, t. II, n. 297; *Minorité*, t. II, n. 343. Brav. et Demang., t. I, p. 149. Ly. C. et R., n. 169. Pont, *Soc.*, n. 825.

(4) Sous l'art. 6 de l'ordonnance. V. également *Valin*. Cout. de La Rochelle, n. 24; t. I, p. 611. En Italie le mineur commerçant avait capacité même pour les actes civils : Casaregis, *Disc.* 181, n. 4.

(5) V. Locré, *Législ. civ., comm.*, t. XVII, p. 142.

Source BIU Cujas

Mais il peut les engager et les hypothéquer. Les *engager*, c'est-à-dire les donner à antichrèse; mais cela sera peu fréquent. — Ordinairement, pour hypothéquer, il faut pouvoir aliéner. Mais on a considéré ici que c'était un moyen de crédit souvent indispensable; qu'en autorisant le mineur à emprunter pour son commerce, il serait bien dur de l'obliger à laisser dormir une valeur qui pourrait lui être très utile; l'hypothèque laisse l'espoir de conserver l'immeuble, ce qui n'a pas lieu dans l'aliénation; enfin, l'aliénation d'un immeuble demande toujours du temps; il n'y a pas beaucoup d'inconvénients à exiger l'autorisation qui ne retardera rien; il n'en est pas de même pour l'hypothèque.

C'est au créancier hypothécaire ou antichrésiste à prouver que la cause est commerciale : Cambacérès l'a dit dans les travaux préparatoires (1), et, en effet, le contrat d'emprunt ne porte jamais sa cause en lui-même. Cette preuve sera difficile; aussi le créancier devra prendre l'une des précautions suivantes, indiquées déjà par Savary : obliger le mineur à rapporter quittance de l'emploi des fonds empruntés; ou se faire charger lui-même de payer directement les tiers; ou constater, dans l'acte d'emprunt, la remise des marchandises en échange des fonds. Ces précautions auront des inconvénients pour la célérité des opérations, mais elles sont nécessaires.

Le créancier ayant reçu hypothèque valable pourra saisir et faire vendre à l'échéance, sans discuter préalablement le mobilier. On n'appliquera pas ici l'art. 2206, C. civ. C'est la conséquence de ce que le mineur commerçant est, dans les limites de sa capacité, assimilé à un majeur (2).

90. Le droit d'hypothéquer appartiendra-t-il à un mineur autorisé à faire un acte isolé de commerce (art. 3)? Nous dirons *non* : — il n'y a plus les mêmes raisons; il peut demander en même temps les deux autorisations; — l'art. 6 donne cette faculté aux « *mineurs marchands* » seulement (3). On a objecté à ce dernier argument que l'article 3 n'étant pas dans le projet de Code, l'art. 6 ne pouvait pas viser le cas dont nous parlons (4); mais il faut répondre que l'art. 6 n'a pas été modifié même après l'introduction dans le Code de l'art. 3, et que la première des raisons ci-dessus subsiste toujours.

Appendice. — *De la capacité de l'interdit et de celui qui a un conseil judiciaire.*

91. 1° *De l'interdit.* — Nous parlerons à la fois de l'interdit judiciaire et de l'interdit légal; car, dans le silence de l'art. 29, C. pén., il faut les assimiler en général quant à leur incapacité.

Le tuteur le représente, comme le mineur simple; il ne peut évidemment faire le commerce pour lui; les raisons sont les mêmes.

L'interdit ne pourrait pas non plus les faire dans ses intervalles lucides, car la loi attache à l'interdiction une présomption absolue d'incapacité pendant toute sa durée; cette institution a été précisément créée chez nous pour

(1) V. Locré, *ibid.*, t. XVII, p. 140-141.

(2) Pardessus, n. 60. Delvincourt, t. II, p. 4. Mol., n. 156. Brav., t. I, p. 78. Alauzet, n. 82. Massé, n. 1059. Ly. C. et R., n. 167.

(3) Brav., t. I, p. 88, Al. n. 83. — Aix, 17 janv. 1823.

(4) Beslay, n. 444 et suiv. Ly. C. et R., n. 173.

Source BIU Cujas

qu'on n'eût pas à prouver qu'on n'était pas dans un intervalle lucide au moment où l'acte en question a été fait (1).

92. 2° *Celui qui a un conseil judiciaire.*

Il résulte des art. 499 et 513, C. civ., qu'il ne peut s'obliger ni aliéner sans l'assistance de son conseil. Le commerce est impossible dans ces conditions, puisqu'il faut, à toute minute, pouvoir faire une convention (2). D'autre part, le conseil judiciaire ne peut pas donner une autorisation générale; nulle part la loi ne lui donne ce droit, qui serait une abdication pure et simple de sa part. On objecte que celui qui a un conseil judiciaire va être moins capable que le mineur émancipé, ce qui n'a pas lieu d'ordinaire. Mais il faut répondre que son incapacité fondée sur une autre cause, son état mental, peut être sur certains points, plus grave, quoiqu'elle le soit moins sur d'autres (3).

Mais il pourrait faire des actes isolés de commerce avec l'assistance de son conseil (4). On a soutenu le contraire (5), en objectant que si ces actes devenaient habituels et professionnels, il faudrait déclarer cet individu commerçant, ce que nous venons de repousser. La réponse est que notre doctrine ci-dessus se fonde sur l'impossibilité reconnue par tous les auteurs de faire des actes de commerce assez fréquents avec l'assistance du conseil; que nous ne pouvons donc nous laisser arrêter par une supposition irréalisable; — qu'en tout cas cet individu pourrait être traité comme ayant fait le commerce, mais qu'il n'aurait pas eu pour cela, et surtout qu'il n'aurait pas dans l'avenir, la capacité générale de faire le commerce; c'est là tout ce que nous avons soutenu.

Il ne peut contracter une société de commerce, car ce contrat implique un engagement général (6).

SECTION II.

DE LA FEMME MARIÉE.

93. Rappelons tout d'abord que les femmes, filles ou veuves sont pleinement capables de faire le commerce. Il y a seulement deux restrictions à cette capacité : — elles ne peuvent entrer à la Bourse (arrêt du Cons. 24 sept. 1724; ord. 1er thermidor an IX; arrêté 27 prairial an X, art. 1er); — elles ne peuvent prendre part à l'élection des juges des tribunaux de commerce (C. comm., art. 618-620, dans toutes leurs rédactions successives).

Quant aux femmes mariées, leur incapacité de faire le commerce résulte de l'incapacité générale où elles sont de s'obliger et d'aliéner sans l'autorisation

(1) Al. t. I, p. 51. Ly. C. et R., n. 160. Massé, n. 1094, avec une note reproduisant l'ancien droit sur ce point. — Delam. et Lepoitv. t. I, n. 55. et Bravard, t. I, p. 67, refusent d'assimiler l'interdit légal à l'interdit judiciaire.

(2) Demolombe, t. VIII, n. 761, Beslay, n. 270. Massé, n. 1101. V. aussi Brav., t. I, p. 69.

(3) Cass. 3 déc. 1850, D. P. 51. 1. 42; Paris, 22 déc. 1862, S. 63. 2. 3, après des divergences. — Al. n. 38. Beslay, n. 271 et suiv. Ly. C. et R., n. 160.

(4) Angers, 10 fév. 1865, D. P. 65. 2. 63. — Ly. C. et R., n. 160.

(5) Alauzet, n. 38.

(6) Lyon, 29 mai 1872, D. P. 73. 2. 19. Pont, *Soc.*, n. 825.

Source BIU Cujas

de leur mari (C. civ., art. 217 et suiv.). Et cette incapacité générale a pour motif, à la fois le respect dû à l'autorité maritale et la protection que la femme a cherchée en se mariant (1).

Deux paragraphes comme pour le mineur : — 1° Habilitation de la femme mariée à faire le commerce ; — 2° Capacité de la femme mariée commerçante.

§ Ier

Habilitation de la femme mariée à faire le commerce.

Art. 4. La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.

94. Cette disposition est conçue dans le même esprit que les règles du Code civil que nous venons de rappeler; mais elle en diffère cependant en deux points très importants : — 1° l'autorisation donnée par le mari est ici générale, pour tous les actes du commerce, contrairement à la prohibition de l'art. 223, C. civ. ; — 2° cette autorisation peut être tacite, contrairement à la règle de l'art. 217, C. civ. ; c'est ce qui résulte du mot *consentement* que l'on a mis à dessein dans notre art. 4, au lieu du mot *autorisation;* on a voulu consacrer l'ancien droit, où cette règle avait déjà été posée pour que le mari ne pût tromper les tiers, en laissant sa femme faire le commerce, en profitant de sa bonne fortune, et en arguant plus tard de son incapacité pour ne pas exécuter ses obligations; c'est ce qui a été admis après discussion dans les travaux préparatoires (2).

C'est pour la même raison qu'aucune formalité, aucune publicité n'est exigée; l'exercice du commerce sous les yeux du mari fait présumer l'autorisation (3). Seulement il faut remarquer que si la femme ne fait ainsi que quelques actes isolés de commerce, sans en faire sa profession habituelle, elle ne devient certainement pas commerçante; et par suite les actes isolés qu'elle a faits ne sont pas même valables, car elle n'est plus dans le cas spécial où elle est dispensée de l'autorisation expresse de son mari (4).

Le consentement peut être général ou spécial pour un commerce déterminé. S'il est tacite, il sera toujours naturellement spécial.

Il est nécessaire sous quelque régime que les époux soient mariés, quoique ce parti soit beaucoup plus grave pour le mari sous le régime de communauté (art. 5, et C. civ., 220, v. *infrà* au § 2e). Il l'est même pour la femme séparée de biens, quoique celle-ci ait la libre administration de son patrimoine, car les actes du commerce sont des actes d'aliénation et non d'adminis-

(1) V. tous les ouvrages sur le code civil, et Brav., t. I, p. 89 et suiv.

(2) Jur. unanime, v. D. *Jur. gén.*, v° *commerçant,* n. 164. Req. 17 janv. 1881. D. P. 81. 1. 225. — C. com. ital. a. 12.

(3) Req. 17 janv. 1881. D. P. 81. 1.225.—Pard., n. 63. Orillard, n. 106. Béd., n. 107. Vincens, t. I, p. 228. Cubain, *Droit des femmes*, n. 588. Brav., t. I, p. 92. Al. n. 61. Massé, n. 1109. Ly. C. et R., n. 180.

(4) Brav., n. 91. Massé, n. 1112.

Source BIU Cujas

tration (1). Enfin il l'est encore, lors même que la femme serait marchande avant son mariage; seulement la continuation du commerce au vu et au su du mari constituerait une autorisation suffisante.

95. ❦. *En cas de refus du mari, la justice peut-elle autoriser la femme?* — Il y a une grande controverse sur cette question; mais il faut mettre certains points hors du débat. — D'abord, s'il y a régime de communauté, il est impossible que rien supplée au consentement du mari, car celui-ci se trouvera obligé par les actes de sa femme; il ne peut être obligé sans son consentement. — Sous les régimes sans communauté et dotal sans paraphernaux, ces obligations, si elles s'exécutaient sur la pleine propriété des biens de la femme, porteraient atteinte à l'usufruit du mari et à son pouvoir d'administration; et il ne peut être ainsi dépouillé sans avoir consenti. On peut soutenir qu'elles ne s'exécuteraient que sur la nue propriété des biens de la femme; mais alors celle-ci ne pourrait plus faire le commerce, n'ayant plus aucun crédit. — Il faut donc supposer que la femme mariée sous l'un de ces deux régimes fait le commerce uniquement avec des capitaux d'emprunt, ou que, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux, ou enfin qu'elle est séparée de biens.

1er S. *La justice peut autoriser la femme* : — C'est le droit commun consacré par les art. 217, 218 et 219, C. civil; — le mari peut refuser arbitrairement, peut-être par haine pour sa femme, surtout s'il est séparé judiciairement; — au moment de la rédaction du Code, la femme avait la ressource du divorce, qui lui rendrait sa liberté de contracter; elle ne pourrait plus aujourd'hui la reprendre par aucun moyen (2).

2e S. *Elle ne le peut pas* (!) : — l'art. 4 exige le *consentement* du mari; or, si une autorisation peut se suppléer, un consentement, l'adhésion de la volonté, ne se supplée pas; — les art. 217 et suiv., C. civ., ne s'appliquent qu'à des cas où le mari aurait à donner une autorisation spéciale (art. 223); ici il s'agit de donner une autorisation générale; il n'y a aucune analogie; — l'art. 4, C. com., ne parle pas du tout de l'autorisation de justice, et ceci est significatif à côté de l'art. 2, où, pour le mineur, la loi prévoit avec soin tous les divers cas qui peuvent se présenter et indique les personnes qui devront consentir dans ces divers cas; — dans les travaux préparatoires on a admis formellement que le consentement du mari serait essentiel (3), et si l'on n'a pas changé le texte de l'art. 4, c'est qu'on a jugé qu'il était suffisant pour consacrer cette solution; on a admis seulement que la justice pourrait autoriser la femme à *continuer* le commerce, lorsque le mari voudrait retirer arbitrairement son autorisation; alors les mêmes raisons n'existent plus (v. *infrà*, n. 96); — cette décision est beaucoup plus grave pour le mari : le commerce entraîne des relations suivies de sa femme avec le public; autrefois il entraînait la contrainte par corps; il peut entraîner encore la faillite et la banqueroute où le nom du mari serait compromis; le mari ne peut être exposé à ces risques sans son consentement; les considérations morales priment ici les con-

(1) Alauzet, n. 59.

(2) Grenoble, 27 janv. 1863, D. P. 63. 5. 38; Trib. civ. Saint-Étienne, 16 janv. 1880, D. P. 82. 1. 225.

(3) Cambacérès, séance du 3 janv. 1807; Locré, t. XVII, p. 152.

Source BIU Cujas

sidérations d'intérêt; — enfin, en raison, la justice est ici beaucoup moins compétente : lorsqu'il s'agit d'un acte isolé, elle peut en apprécier avec quelque certitude les conséquences et y reconnaître un avantage assuré; cela est impossible lorsqu'il s'agit de prendre un commerce : avec la plus grande prévoyance et en supposant la plus grande capacité chez le futur commerçant, il est impossible d'être assuré, même moralement, du succès; tant de mauvaises chances peuvent se mettre à la traverse! Il y a donc nécessairement un risque redoutable, auquel le ménage ne peut être exposé que d'un commun accord (1).

Il faudrait cependant un tempérament : si, par hasard, il y avait abus manifeste de la puissance maritale, comme si le mari, ne pouvant ou ne voulant fournir des aliments à sa femme qui serait dans le besoin, refusait de l'autoriser à faire le commerce; car toute chance vaut mieux que la certitude de mourir de faim. Alors la justice pourrait intervenir, car l'abus d'un pouvoir n'est pas l'exercice d'un droit, et elle pourrait autoriser la femme. Mais il y a loin de cette doctrine à celle qui admet que la justice puisse habituellement et normalement se substituer à l'autorité du mari.

Quid *si le mari ne pouvait pas consentir?* Par exemple, s'il était absent ou interdit. — La question est très différente de celle que nous avons examinée plus haut : — d'abord le mari ne fait pas opposition au parti qu'on veut prendre; on peut croire qu'il y consentirait, s'il le pouvait : la justice ne peut être obligée de respecter une autorité qui n'existe plus, au moins en fait; — ensuite il y a peut-être nécessité pour faire vivre la famille; — en tout cas il faut qu'une autorité se prononce sur le parti à prendre; dans un pareil cas de nécessité, lorsque nos lois n'ont pas donné de solution, il faut se décider par l'analogie la plus prochaine; or l'analogie des art. 217 et suiv., surtout celle de l'art. 222, sans être complète, est ici la plus prochaine qu'on puisse trouver, il faut donc s'y référer; donc, nous admettrions alors l'autorisation par la justice (2).

D'un autre côté, rien ne s'oppose à ce qu'on admette le tribunal à autoriser, malgré le mari, des actes isolés de commerce; il n'y a aucun article qui reproduise pour ceux-ci les exigences de l'art. 4, comme le fait l'art. 3 pour les formalités de l'art. 2, relativement au mineur: — la décision est ici beaucoup moins grave, et on peut avoir les éléments de l'appréciation; — il s'agit ici, non plus d'une autorisation générale, mais d'une autorisation spéciale; nous rentrons donc complètement dans l'analogie des art. 217 et suiv. (3). — Si le mari autorise lui-même de pareils actes isolés, il faudra, suivant le droit commun, son consentement dans l'acte ou par écrit (C. civ., art. 217).

(1) Trib. de Lyon, 16 janv., 13 mars 1869, D. P. 69. 3. 29. Lyon, 14 janv. 1872, *Droit* du 19 févr. 1873. Pard., n. 63. Mol., n. 143. Béd., n. 113. Cubain, *Dr. des femmes*, n. 588. Pont, *Contr. de mariage*, t. II, n. 800. Demol. t. IV, n. 248. Aub. et Rau, t. V, § 472. Brav., t. I, p. 93 et suiv. Beslay, n. 304 et suiv. Al. n. 66. Massé, n. 1113. Ly. C. et R., n. 185.

(2) Duranton, t. I, n. 378. Marcadé sur l'a. 220. Molinier, n. 187. Dalloz, v° *commerçant*, n. 177. Béd., n. 122. Al.n. 65. Massé, n. 1114. L. Belge, a. 9, 2e al. Comp. C. com. ital., a, 12, 3e al. — *Contrà :* Pâris, n. 338. Nouguier, t. I, p. 262. Demolombe, *Mariage*, t. II, n. 248. Brav., t. I, p. 96. Ly. C. et R., n. 185.

(3) Trib. Lyon, 16 janv., 13 mars 1869. D. P. 69. 3. 29.

Source BIU Cujas

96. Le mari peut révoquer son consentement : l'art. 4 ne dit pas que la femme ne peut pas *devenir* commerçante sans le consentement de son mari; il dit qu'elle peut *être* commerçante sans ce consentement; donc, il faut que ce consentement persiste pour qu'elle puisse rester commerçante; le mari ne peut abdiquer son autorité (1).

Il peut le révoquer lors même qu'il aurait été donné dans le contrat de mariage, car son irrévocabilité porterait atteinte à la puissance maritale, et la clause serait nulle à ce titre (C. civ., a. 1387) (2).

Mais nous admettrions que la femme, si elle est séparée de biens, ou si elle a des paraphernaux, ou si, n'étant pas commune, elle fait le commerce avec des capitaux d'emprunt, pourra recourir à la justice pour faire maintenir l'autorisation : — on l'a admis dans les travaux préparatoires (3); — les raisons d'appréciation morale, qui n'avaient pas arrêté le mari, ne sont probablement pas graves, et, si sa conviction a changé sur ce point, il peut facilement exposer ses raisons au tribunal; — enfin, on a, par l'expérience du passé, les éléments d'une appréciation plus certaine (4). — D'ailleurs, si des faits nouveaux se produisaient après la décision du juge, le mari pourrait toujours revenir à la charge.

Il faudra qu'il donne une publicité à sa révocation, sous peine de ne pouvoir l'opposer aux tiers de bonne foi (5). Il la publiera par des insertions et une affiche dans l'auditoire du tribunal de commerce (6). Mais ces moyens n'étant pas indiqués par la loi, et aucune présomption de connaissance par les tiers n'y étant attachée, la révocation de l'autorisation ne pourrait être invoquée contre les tiers qui en fait ne l'auraient pas connue, quoiqu'elle eût été publiée (7).

En tout cas la révocation n'aurait pas d'effet rétroactif et la femme aurait le droit de finir et de liquider les opérations commencées (8).

97. Quid *si les époux sont mineurs?*

Si c'est la femme : frappée d'une double incapacité, elle devra cumuler les conditions de l'art. 2 et de l'art. 4 (9).

(1) Bordeaux, 12 nov. 1873, S. 74. 2. 193. — Pard., n. 64. Locré, *Espr. du C. com.*, t. I, p. 27 et suiv. Toullier, t. XIII. n. 257. Cubain, *Dr. des femmes*, n. 586, 587. Brav., t. I, p. 109. Al. n. 59. Massé, n. 1115. — C. com. ital. a. 14 avec certaines précautions.

(2) Pard., n. 64. Massé, n. 1115.

(3) Locré, *Législ civ. com., etc.*, t. XVII, p. 152, 155, 156, 157.

(4) Pard., n. 64. Locré, *Espr. du C. com.*, t. I, p. 28. Mol., n. 169. Dageville, t. I, p. 29. Dall., n. 181. Orillard, n, 70. Demol. t. IV. n. 324. Béd., n. 114. Brav., t. I, p. 109. Al. n. 67. Ly. C. et R., n. 186. — *Contrà :* Nouguier, t. I, p. 257, n. 5. Pâris, n. 404. Beslay, n. 309 et 310. Massé, n. 1115.

(5) Trib. comm. Périgueux, 24 mai 1853, D. P. 54. 1. 175. Cass. 23 juill. 1853, S. 53. 1. 193. — Ly. C. et R., n. 186.

(6) Pard., n. 64. Dageville, t. I, p. 31. Molinier, n. 168. Pâris, n. 410. Brav., t. I, p. 109. Beslay, n. 312. Al. n. 63. Massé, n. 1116.

(7) Beslay, n. 312. Ly. C. et R., n. 186.

(8) Massé, n. 1117.

(9) Paris, 20 févr. 1872, Rev. de Teulet et Camberlin, 1872, p. 259. Pard., n. 63. Dageville, t. I, p. 30. Molinier, n. 165. Delvincourt, t. II, p. 7, note 3. Duranton, t. II, n. 476. Vazeille, n. 330. Orillard, n. 168. Pâris, n. 398. Nouguier, *trib. de com.*, t. I.

Source BIU Cujas

Si c'est le mari : il ne peut pas autoriser seul, puisqu'il ne peut pas seul faire le commerce, et que la nécessité de son autorisation a aussi pour but de protéger la femme. Entre les divers systèmes proposés et dont l'examen rentre plutôt dans le droit civil, nous admettrons qu'il l'habilitera avec le concours de la justice : les deux intérêts de l'autorité maritale et de la protection pour la femme, seront ainsi sauvegardés; car, dans la théorie du code civil, c'est la justice seule qui a pouvoir pour protéger la femme à défaut de mari (v. art. 221, 222, 224) (1).

La sanction des exigences de la loi sera la nullité relative des actes, où elles n'auront pas été respectées. Voyez ce que nous avons dit à propos du mineur, sur la portée et les conséquences de cette nullité (n. 84 et 85).

§ 2

Capacité de la femme mariée commerçante.

I. — Pour les actes commerciaux.

Art. 5, 1er al. La femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce; et, audit cas, elle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux.

98. Cet article reproduit l'art. 220, 1er al., C. civ. — La femme a toute latitude pour les actes de commerce; et elle était, avant 1867, contraignable par corps. Mais sa capacité est spéciale pour *son* commerce (art. 5; C. civ., art. 220, 1426). Les conséquences de cette spécialité sont les mêmes que pour le mineur; il en est de même quant à la preuve que les obligations se réfèrent à son commerce. Nous renvoyons à ce que nous avons dit à ce propos (v. n. 87 et 88) (2).

Il y a cependant une différence avec le mineur, une limite à sa capacité; c'est que la femme ne peut ester en justice sans une autorisation spéciale : — l'art. 215, C. civ., est formel; — ce fait est plus grave pour le nom du mari; — il est facile de donner l'autorisation; le temps ne presse pas comme pour les actes de commerce (3). — Ici la justice pourra autoriser la femme à défaut du mari; — car il ne s'agit que d'une autorisation spéciale; et l'hypothèse de la femme commerçante étant directement visée par l'art. 215, C. civ., il serait

p. 10. Béd., n. 119. Brav., t. I, p. 90. Beslay, n. 299 et suiv. Al. n. 60. Massé, n. 1114. Ly. C. et R., n. 181. — *Contrà :* Req. 3 août 1859, D. P. 59. 1. 419 (motifs). Cadrès, *modif. des disp. du C. civ.*, p. 29.

(1) *Sic.* Beslay, n. 317. Ly. C. et R., n. 182.— *Contrà : — autorisation par les parents du mari :* Vazeille, t. II, n. 331. Dall., v° *commerçant*, n. 175. Orillard. n. 167. L. belge, a. 9, 5e al.;—*autorisation par la justice seule :* Pard., n. 63. Mol., n. 164. Duranton, t. I, n. 478. Dall., v° *commerçant*, n. 177. Béd., n. 121. Massé, n. 1114; — *la femme ne pourra pas être autorisée dans ces circonstances :* Nouguier, t. I, p. 292. Al. n. 64.

(2) Même renvoi dans Brav., t. I, p. 97. Beslay, n. 347. Al. n. 85. Massé, n. 1119.

(3) Pard., n. 70. Delvincourt, t. II, p. 8, note 9. Béd., n. 127. Brav., t. I, p. 100. Al. n. 68. Massé, n. 1123, 1124. — Cette différence est critiquée comme peu fondée, par Valette, *Cours de Code civ.*, t. I, p. 349; Ly. C. et R., n. 190. — *Contrà :* C. com. ital. a. 13.

Source BIU Cujas

difficile d'admettre que l'art. 218 ne se réfère pas aussi à ce cas. — Si la femme est demanderesse, elle devra s'adresser au *tribunal civil* du domicile du mari (C. pr., art. 861). Si elle est défenderesse, le *tribunal de commerce* saisi du principal sera compétent ponr l'autoriser; car aucun article ne réserve pour cela une compétence exclusive au tribunal civil; bien au contraire l'art. 218, C. civ., dit simplement *le juge* en général, tandis que pour l'autorisation de passer un acte l'art. 219 spécifie le tribunal compétent (1).

Mais la femme marchande peut sans autorisation spéciale faire des actes extra-judiciaires, même par huissier; par exemple un protêt.

Q. *Peut-elle contracter une société sans une nouvelle autorisation?* On admet généralement que non : — cela est beaucoup plus grave pour le mari, à raison des rapports incessants qu'elle aura avec ses associés; — l'autorisation du mari, qui n'est pas solennelle et est souvent tacite, doit naturellement être restreinte aux conséquences immédiates et prévues du commerce que la femme exerçait au moment où elle a été donnée (2).

II. — Pour les actes civils.

Art. 7. Les femmes marchandes publiques peuvent également engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. — Toutefois leurs biens stipulés dotaux, quand elles sont mariées sous le régime dotal, ne peuvent être hypothéqués ni aliénés que dans les cas déterminés et avec les formes réglées par le Code civil.

99. 1er al. « *Aliéner* » seules : c'est plus que le mineur : — la femme a en elle-même une capacité suffisante, et l'autorité du mari est assez sauvegardée par l'autorisation générale qu'il a donnée, et que du reste il peut toujours retirer. — Il faut, pour user du droit qui lui est conféré par l'art. 7 : 1° que la femme soit majeure; sans cela elle retomberait sous la règle de l'art. 6; 2° que son aliénation ait une cause commerciale (V. ce que nous avons dit à l'égard d'une règle analogue pour le mineur, n° 89); 3° qu'elle soit autorisée à faire le commerce; si elle était autorisée à faire un acte isolé de commerce, il n'en résulterait pas pour elle la faculté d'aliéner et d'hypothéquer même en vue de l'opération autorisée (3).

2me al. La loi excepte les immeubles dotaux puisqu'ils sont inaliénables, même avec le consentement du mari. — En disant : « *stipulés* dotaux », la loi se sert d'une formule trop étroite ; la règle s'appliquerait aussi à ceux qui sont *tacitement* dotaux, comme ayant été donnés dans le contrat de mariage (C. civ., art. 1541). — Ils sont non seulement inaliénables pendant le mariage, mais même insaisissables pour toute dette contractée pendant la même période.

(1) Cass., 17 août 1813. S. 1813. 1. 444; Cass. 21 fév. 1853, Paris, 9 janv. 1857 (*Journ. des trib. de comm.*, n. 987, p. 219, et n. 2060, p. 152. Zachariæ, t. III, p. 329. Demolombe, *Mariage*, n. 266. Beslay, n. 435. Massé, n. 1124.

(2) Lyon, 28 juin 1866. D. P. 66. 2. 224.—Pard., n. 66. Mol., n. 176. Demol. *Mariage*, n. 297. Delangle, *Sociétés*, n. 56. Béd., n. 125. Malep. et Jourd., *Sociétés*, n. 13. Brav., t. I, p. 149, Alauzet, n. 151. Ly. C. et R., n. 189. Pont, *Soc.*, n. 826.—*Contrà :* Pâris, n. 432. Cadrès, p. 41. Demang. sur Brav., t. I, p. 149. Massé, n. 1121. Comp. C. com. ital. a. 13, 2e al.

(3) Beslay, n. 464.

Source BIU Cujas

III. — **Effets contre le mari des actes faits par la femme marchande.**

100. L'art. 5, 1er al., *in fine*, nous dit qu'elle « oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux »; les art. 220 et 1426, C. civ., avaient déjà donné la même règle. Ces dispositions ont laissé bien des points obscurs, notamment dans le cas où les époux sont mariés sous un régime autre que celui de communauté.

D'abord sous le *régime de communauté*, la loi est formelle; le mari est tenu intégralement des dettes de sa femme, et la communauté en est également tenue. C'est la conséquence de ce que le mari est tenu de toutes les dettes que la femme contracte avec son autorisation (C. civ., art. 1419). — Mais quel est le motif de cette disposition? Sans pouvoir examiner à fond cette question si délicate qui appartient au droit civil, nous dirons que, suivant nous, cette règle se fonde sur l'idée suivante, à la fois pratique et rationnelle :—la règle générale en matière d'obligations est que toute personne qui s'oblige oblige tous ses biens (a. 2092 C. civ.); or la femme a actuellement un droit de copropriété très réel (1) sur la moitié indivise de la communauté; n'est-il pas rationnel d'admettre que le mari, en l'autorisant à s'obliger, l'autorise par là même à engager toute sa fortune, même cette part de communauté? — cela doit s'admettre d'autant plus facilement que le mari en autorisant sa femme à faire le commerce doit avoir voulu lui donner les moyens de le faire sérieusement, d'offrir à ses créanciers une surface suffisante pour que son obligation soit efficace et qu'elle trouve du crédit; or si l'on ne pouvait poursuivre la femme commune que sur la nue-propriété de ses propres, les créanciers auraient un gage à peu près irréalisable pendant le mariage, cette nu-propriété se vendrait mal au grand détriment non seulement des créanciers, mais aussi de la femme. Si la femme engage sa part dans la communauté, comme cette part n'existe pas à l'état distinct, comme elle ne pourrait être saisie séparément (cf. a. 2205. C. civ.), il a fallu donner aux créanciers le droit de poursuivre toute la communauté sous peine de rendre leur gage illusoire; — et ensuite, il fallait bien leur permettre de poursuivre aussi le mari, puisque c'est une règle du droit civil que toutes les dettes de la communauté peuvent être poursuivies contre le mari. — Nous dirons donc que la femme commerçante autorisée oblige directement toute sa fortune y compris sa part dans la communauté, et indirectement, par voie de conséquence, par des raisons de droit civil, oblige l'ensemble de la communauté et son mari (2). Cette solution nous permettra de résoudre la question suivante.

Q. *L'obligation du mari, dans ce cas, est-elle commerciale?* La question présente peu d'intérêt depuis l'abolition de la contrainte par corps; car il faut bien admettre que les créanciers commerciaux de la femme pourront prouver leurs créances par les modes commerciaux, lors même qu'ils recourent contre le mari; c'est ce qui devrait être admis pour la caution d'une obliga-

(1) On est généralement d'accord aujourd'hui pour admettre que la femme commune a un droit actuel dans la communauté et non une simple espérance, et pour repousser l'adage de Pothier : *Mulier non est propria socia, sed speratur fore*, comme inexact, même dans l'ancien droit.

(2) Aubry et Rau, 4e éd. t. V, p. 160, note 94.

Source BIU Cujas

tion commerciale, quoique l'engagement de cette caution soit certainement civil. Il ne reste donc que la question de compétence. — Nous admettons que l'obligation du mari n'est pas commerciale :— en effet les actes de commerce ne se font pas pour lui, ni en son nom; c'est la femme seule qui fait le commerce; sans doute, il est derrière elle, mais, s'il peut être atteint, c'est uniquement par des raisons de droit civil; — il est caution solidaire, si l'on veut, de sa femme; mais la caution solidaire, le débiteur solidaire même, peut être « obligé différemment de l'autre au paiement de la même chose » (C. civ., art. 1201); il peut donc être tenu civilement, quoique le codébiteur ou le débiteur principal soit tenu commercialement; — le fait que les bénéfices du commerce lui profitent n'entraîne pas non plus le caractère commercial de son obligation; car un prêteur avec part dans les bénéfices, un commis intéressé, ne font pas acte de commerce (1).

100 *bis*. Sous le *régime de la communauté d'acquêts*, nous admettrons la même solution que sous le régime de la communauté légale : — au point de vue du texte, « il y a communauté » (C. com., art. 5; C. civ., art. 220); — au point de vue des règles générales de ce régime, le mari s'oblige toujours en autorisant sa femme à s'obliger civilement; — enfin, au point de vue rationnel, il y a aussi entre les époux ce fonds commun où leurs intérêts sont confondus, dont la femme est copropriétaire, et qu'il est juste d'offrir en gage à ses créanciers.

Au contraire dans le *régime de séparation de biens*, il n'y a aucune des raisons sus-indiquées pour rendre le mari responsable (2). Il en est de même sous le régime dotal, si la femme fait le commerce avec des valeurs paraphernales.

La question est plus douteuse pour les *régimes sans communauté* et *dotal*. Nous admettons que le mari n'est pas responsable des obligations de sa femme commerçante : — le texte nous ferait défaut pour le rendre responsable, car *il n'y a pas communauté;* (3) — les analogies aussi, car sous ces régimes il ne s'oblige pas en autorisant la femme à s'obliger civilement; — et enfin la raison, car si le mari détient tout ou partie de la fortune de sa femme, comme usufruitier ou administrateur, il la détient en vertu d'un droit propre et exclusif, la femme n'a rien à prétendre contre lui, si ce n'est le droit d'un nu-propriétaire vis-à-vis d'un usufruitier étranger; en s'obligeant elle engagera aux tiers la nue-propriété de ses biens dotaux; il n'y a aucune raison pour que, même autorisée du mari, elle en engage l'usufruit qui a absolument cessé de lui appartenir; (4) — mais, dit-on, si le mari profite des béné-

(1) *Sic*. Delam. et Lepoitv., t. I, n. 68. Mol., n. 184. Demolombe, *Mariage*, t. II, n. 313. Brav., t. I, p. 102 et suiv. Al. n. 75. Massé, n. 1132. Ly. C. et R., n. 194. — *Contrà :* Delvincourt, t. I. p. 167, note 6; t. II, p. 6, note 5. Pâris, n. 459.

(2) Al. n. 69. Massé, n. 1131.

(3) *Sic* : Bourjon, *Dr. commun de la France*, t. I, p. 585.

(4) Si pourtant on avait négligé de faire l'inventaire ou un état exact des biens de la femme, ses créanciers pourraient saisir la nue-propriété de tous les biens du mari; puisque leur gage s'y trouverait confondu par la faute des époux. — D'un autre côté, la femme obligerait la pleine propriété des fonds, qui seraient directement engagés dans son commerce, lors même qu'ils proviendraient de capitaux soumis primitivement à l'usufruit de son mari (V. infrà, n. 100 *ter*).

Source BIU Cujas

fices faits dans le commerce par sa femme n'est-il pas juste qu'il en subisse les pertes (1)? Nous répondrons d'abord d'une manière générale que l'équité ne demande pas cela : un prêteur avec part dans les bénéfices, un commanditaire, profitent des bénéfices indéfiniment, quelle que soit leur importance et ils ne peuvent pourtant pas être poursuivis au delà du capital restreint qu'ils ont exposé dans la société, ils ne peuvent même pas être obligés de rapporter les bénéfices perçus dans les années prospères (V. *infra*, n° 200, 210, 212) (2). — Mais il convient d'insister un peu sur ce point.

Le mari sous ces régimes profite-t-il des bénéfices du commerce de sa femme? A nos yeux les bénéfices du commerce ne sont jamais des fruits, et n'appartiendront pas au mari lors même que le fonds de commerce serait un bien dotal et soumis à l'usufruit du mari (sur ce point v. le n° suivant). Ils ne doivent jamais être considérés comme des fruits du capital engagé : — en effet les profits de l'entreprise doivent sans doute rémunérer le capital, mais ils représentent aussi les produits du travail de l'entrepreneur et les risques de l'entreprise (V. *suprà*, n. 72); on ne saurait donc les traiter uniquement comme des fruits; — on ne pourrait leur attribuer ce caractère qu'en considérant l'industrie de la femme comme un capital et les bénéfices comme des fruits de ce capital; or cette analyse, conforme peut-être aux données de l'économie politique, est en désaccord avec le sens usuel des mots et avec celui que leur donne le législateur; ce capital, s'il y en a un, n'est pas perpétuel, il s'épuise rapidement; ses produits n'ont pas la périodicité ordinaire des fruits; — l'art. 1498 distingue très nettement les fruits des biens et les produits de l'industrie des époux; sans doute il les fait tomber les uns et les autres dans la communauté d'acquêts, mais il a senti le besoin pour cela d'indiquer les produits de l'industrie par une mention formelle; il faut en conclure que, dans les autres cas (C. civ., art. 1530 et 1549) où il ne parle que des fruits, il a entendu exclure les produits de l'industrie des époux (3). — Si la femme a retiré de son commerce des fonds provenant des bénéfices, ils forment un capital qui pourra être soumis au droit de jouissance, du mari, si les stipulations du contrat de mariage le comportent. Mais en tous cas le mari sera tenu de le rendre à la dissolution du mariage (4).

100 *ter*. Pour appliquer les solutions qui viennent d'être données, il sera souvent important de déterminer en fait avec quel capital la femme fait le négoce, et à qui appartient le fonds de commerce qu'elle exploite. Ces deux questions offrent aussi en elles-mêmes un intérêt juridique considérable.

Avec quel capital la femme peut-elle faire le commerce? Si elle est séparée de biens, ou si, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux, pas de

(1) Pard., n. 68. Béd., n. 133. Orillard, n. 172. Duranton, t. II, n. 480. Delvincourt, t. I, p. 147. Massé, n. 1131.

(2) Beslay, n. 398 et suiv. Ly. C. et R., n. 196. — *Contrà* : Trib. civ. Seine, 17 déc. 1869, *Droit*. du 18 décembre.

(3) Pard., n. 68. Mol., n. 183. Brav., t. I, p. 105 et suiv. Al. n. 72, 73. Massé, n. 1131. Demante, t. I, n. 302 bis, VI. — *Contrà* : Delvincourt, t. II, p. 6. Duranton, t. XV, n. 259, 295. Orillard, n. 172. Pâris, n. 452. Béd., n. 133.

(4) Comp. Toullier, t. XII, n. 254. Brav., t. I, p. 105 et suiv. Pard., n. 68. Mol., n. 183. Al., n. 72, 73. Massé, n. 1131.

Source BIU Cujas

difficulté; car, autorisée de son mari, elle a la libre disposition de tout ou partie de sa fortune; elle peut employer cette partie libre dans son commerce, et elle l'engage à ses créanciers lorsqu'elle contracte. — Mais sous les autres régimes, le mari a au moins la jouissance et l'administration de tous ses biens; où trouvera-t-elle des fonds libres pour faire le commerce? Trois moyens sont possibles.

1° Le mari pourra lui abandonner la libre disposition du capital nécessaire à son commerce, le lui prêter; et c'est très habituellement ce qu'il fera. Cet abandon n'a rien de contraire aux règles du code civil : — il ne porte pas atteinte aux droits du mari comme chef du ménage (C. civ., art. 1388); car c'est un abandon restreint qui n'empêche pas le mari de diriger l'ensemble du patrimoine de sa femme; — d'autre part, cela n'est pas contraire à l'immutabilité des conventions matrimoniales, à raison toujours du caractère restreint de cette mesure; — les art. 1577 et suiv. permettent à la femme séparée de biens de donner à son mari le mandat d'administrer tout ou partie de ses biens, quoique, d'après le contrat de mariage, il ne dût pas avoir cette administration; si ce changement ne porte pas atteinte à l'immutabilité des conventions matrimoniales, le changement inverse ne saurait y porter atteinte. — Souvent ce prêt du mari à sa femme sera tacite; la quotité du capital prêté se déterminera d'abord par les livres de la femme (1); et ensuite par les valeurs engagées en fait dans le commerce, employées en marchandises, en installations, se trouvant dans la caisse spéciale de la maison de commerce, ou déposées au compte de la femme chez son banquier.

2° Le capital nécessaire au commerce, pourra provenir d'un emprunt fait à un étranger. Ce prêt sera fait alors expressément ou tacitement à la condition que le mari n'aura ni l'administration ni la jousissance directe de ce capital. Et cette condition est licite; car on admet très généralement qu'on peut mettre une condition de ce genre dans une donation; il n'y a pas de raison pour ne pas l'admettre dans un prêt. Du reste cette situation ne peut s'établir qu'avec l'assentiment du mari; car, à supposer que l'emprunt puisse se faire avec la seule autorisation de justice, le mari pourra toujours révoquer l'autorisation de faire le commerce (*Suprà*, n. 96).

3° Enfin les fonds du commerce peuvent provenir d'une commandite. Cette société ne pourra être contractée qu'avec l'autorisation du mari (V. *Suprà*, n. 98). Comme elle constituera une personne morale distincte de celle de la femme, le capital échappera nécessairement à l'administration et à la jouissance du mari.

Dans toutes les hypothèses et sous tous les régimes le capital engagé par la femme dans son commerce sera pour la pleine propriété le gage de ses créanciers commerciaux; car dans les cas même où d'après les principes il devrait être commun ou grevé de l'usufruit du mari, celui-ci doit être nécessairement réputé avoir renoncé à arguer contre eux du droit de jouissance, qui pouvait faire obstacle au droit de poursuite des créanciers de la femme. Il cessera d'être le gage des créanciers du mari ou de la com-

(1) Et le mari pourra la forcer à en tenir sous peine d'une révocation de son autorisation. Al. n. 73.

Source BIU Cujas

munauté, qui pourront seulement exercer la créance du mari contre sa femme à raison du prêt (1).

La seconde question posée plus haut est celle de savoir *à qui appartiendra le fonds de commerce?* Il appartiendra certainement à la femme seule, s'il est acheté et exploité avec des capitaux dont la femme avait l'administration et la jouissance (biens paraphernaux, régime de séparation de biens). — Au contraire, il sera toujours commun dans le régime de communauté légale; car tout meuble acquis à la femme, à titre onéreux ou gratuit, tombe nécessairement dans la communauté. — Dans les autres régimes (sans communauté, dotal, communauté d'acquêts), si le fonds de commerce a été acheté au nom de la femme, nous admettrons qu'il lui sera propre, lors même que les deniers auraient été fournis par le mari; celui-ci a pu prêter les fonds à sa femme qui lui en devra la restitution, et c'est ce qui a été voulu par les époux.

Ce bien, qui sera propre à la femme, sera soumis à la jouissance de la communauté ou du mari, dans les cas de communauté d'acquêts ou de régime sans communauté. Sous le régime dotal, nous donnerons la même solution, nonobstant l'argument qu'on pouvait tirer de l'art. 1553; nous entendons cet article comme ayant seulement voulu proscrire l'inaliénabilité de l'immeuble acquis des deniers dotaux.

Appendice : *Position de la femme dont le mari fait le commerce.*

Art. 5, 2e al. Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari; elle n'est réputée telle que lorsqu'elle fait un commerce séparé.

101. Dans l'ancien Droit elle n'était marchande que quand elle faisait *marchandise séparée et* **autre** *que son mari* (Cout. de Paris, art. 235). Actuellement, il suffit que son commerce soit séparé, mais non pas autre. Elle pourrait donc faire un commerce du même genre que son mari, pourvu que la boutique, les magasins, tous leurs intérêts commerciaux restassent absolument distincts (2).

Si elle détaille les marchandises de son mari, elle n'est considérée que comme son mandataire ou son commis; elle ne s'oblige pas du tout et n'oblige que lui (3). Il en est ainsi pour tous les actes qu'elle peut faire dans le commerce de son mari, comme de signer les factures, même les effets de commerce et les endossements (4). Elle n'a pas besoin pour cela d'un mandat exprès; elle est présumée avoir un mandat tacite de son mari (5). — Mais ce mandat est restreint aux actes ordinaires du commerce; il n'est pas illimité.

(1) Consultez : Savary, par. 34, quest. 3. Pard. n. 69. Mol. n. 183. Pâris, n. 456. Béd. n. 137, Beslay, n. 372 et suiv., Al. n. 70, 71. Massé, n. 1133 bis. Ly. C. et R., n. 195.

(2) Pard., n. 65. Nouguier, t. I, p. 263. Sebire et Carteret, n. 302. Béd., n. 140. Beslay, n. 423.

(3) Cass. 19 janv. 1881, D. P. 82. 1. 63. — Pot., *Contrat de change*, n. 28. et *Puiss. du mari*, n. 20. Pard., n. 65. Orillard, n. 174. Sebire et Carteret, n. 316. Béd., n. 145. Beslay, n. 415. Massé, n. 1140, 1133.

(4) Lyon, 5 fév. 1881. D. P. 81. 2. 192.

(5) Delvincourt, t. I, p. 80, note 3. Toullier, t. II, n. 640. Duranton, t. II, n. 484. Vazeille, t. II, n. 334. Orillard, n. 174. Massé, n. 1140.

Source BIU Cujas

Si la femme faisait des actes qui excéderaient les bornes d'un mandat ordinaire, elle n'obligerait pas son mari (1). On a aussi jugé que si elle reste souvent seule à la tête de son établissement et en a la direction commerciale pendant de fréquentes absences de son mari, elle participe personnellement au commerce et se trouve obligée; car les tiers ont suivi sa foi (2). Mais cette solution dépend d'une question que nous devons examiner plus au long.

102. Q. *La femme peut-elle former une société commerciale avec son mari?* Nous supposons résolues deux questions de pur Droit civil que nous ne pouvons discuter ici; nous admettons : 1° que tous les contrats sont permis entre époux, sauf ceux que la loi leur interdit formellement (C. civ., art. 1595); 2° que la femme est valablement habilitée par son mari seul, lors même qu'il s'agit de contracter avec lui (3). Même en admettant cela, deux systèmes principaux sont encore en présence : — 1er S. *Non :* — une société entre les époux serait nécessairement une dérogation aux conventions matrimoniales et devrait être annulée aux termes de l'art. 1395, C. civ. ; car elle modifierait la communauté d'intérêts existant entre eux, ou elle en créerait une, quoique le contrat de mariage l'exclût; elle ajouterait ou retrancherait aux pouvoirs du mari sur les biens de sa femme, et pourrait même donner à la femme des pouvoirs d'administration très étendus sur les biens du mari ou de la communauté; tous effets contraires aux règles du code civil; — les art. 5 C. comm., et 220 C. civ., supposant qu'elle collabore avec son mari, ne veulent pas qu'elle soit considérée comme commerçante; il faut, pour l'être, qu'elle fasse un commerce *séparé;* ils font bien entendre qu'elle ne s'oblige jamais elle-même en s'occupant du commerce de son mari; ils montrent bien qu'elle ne peut pas être son associée; car si un autre que la femme faisait de pareils actes, on ne présumerait pas un mandat, on présumerait une société, et ce collaborateur se trouverait obligé personnellement envers les tiers (4). — 2e S. *Oui (!)* : — une société universelle pourrait sans doute porter atteinte dans un sens ou dans l'autre au contrat de mariage; et si une société commerciale était combinée entre époux de manière à créer un pareil effet, elle devrait certainement être annulée; mais une société commerciale ordinaire (fût-ce même une société en nom collectif) avec un objet déterminé, avec des apports restreints, n'empiète nullement sur le régime matrimonial; — les deux classes de stipulations ont des domaines tout à fait différents; les pouvoirs du mari associé-gérant sur le fonds social ne sont pas les mêmes que les pouvoirs du mari comme tel sur la communauté ou sur les biens de sa femme, et les deux classes de pouvoirs peuvent très bien s'exercer concurremment et distinctement; d'ailleurs le mari peut très bien recevoir le mandat de gérer les biens paraphernaux de la femme dotale, ou ceux de sa femme séparée de biens (C. civ., art. 1577 et suiv.); — la femme, même associée-gérante du fonds social, ne portera aucune atteinte aux droits qui appartiennent au mari comme chef (C. civ., art. 1388); — une société de

(1) V. Al. n. 77.

(2) Req., 11 janv. 1869, D. P. 69. 1. 208.

(3) Sur ces deux points, V. Demolombe, *Du mariage*, n. 231-241.

(4) Cass. 27 janv. 1875, D. P. 75, 1. 297; Dijon, 22 déc. 1875, D. P. 76. 5. 102. — Paris, n. 432 *ter*. Massé, n. 1267.

Source BIU Cujas

ce genre est possible même sous le régime de communauté légale, car la femme peut y mettre en pleine propriété quelqu'un de ses immeubles propres, et, si elle est associée en nom, elle offre aux créanciers sociaux la garantie de toute sa fortune personnelle ; elle est obligée envers eux, même en cas de renonciation à la communauté ; — à plus forte raison en sera-t-il de même dans les régimes où elle a plus de propres, ou bien en cas de séparation de biens totale ou partielle ; l'association commerciale ne serait impossible que dans le cas de communauté universelle, ou plutôt elle y serait inutile ; — les art. 5 C. comm., et 220 C. civ., ne disent nullement qu'une *société expresse* entre époux soit impossible ; ils disent seulement qu'une *société tacite* ne se présumera pas aussi facilement qu'entre étrangers, et cela est juste parce qu'il existe déjà entre eux une communauté d'intérêts autrement réglée par le contrat de mariage, parce qu'il arrive très souvent que la femme aide son mari sans vouloir être son associée et sans que les tiers suivent sa foi ; enfin parce qu'en l'absence de toute stipulation sur les apports, il serait difficile de poser les bases de cette société tacite sans en faire une société universelle, et par conséquent sans porter atteinte au contrat de mariage (1). — Cette difficulté ne serait même pas une impossibilité absolue, et à l'égard des tiers, si la femme avait appelé leur confiance et s'ils avaient suivi sa foi, elle pourrait être traitée comme obligée solidairement à l'égal d'un associé (2).

Il résulte *à fortiori* de notre doctrine que la femme pourrait parfaitement avoir un intérêt dans une entreprise où son mari en aurait aussi un (3).

(1) Amiens, 3 avril 1851, D. P. 51. 2. 221. — Delsol, *Rev. prat.*, t. I, p. 433. V. Mol., n. 177. Demang. sur Brav., t. I, p. 153. Al. n. 152. Pont, *Soc.*, n. 35 et suiv. 827.

(2) Pard., n. 65. Beslay, n. 420 et suiv. — *Contrà :* Mol., n. 177. Bed., n. 138. Massé, n. 1267.

(3) Req. 11 janv. 1869, D. P. 69. 1. 208.

Source BIU Cujas

TITRE II.

DES LIVRES DE COMMERCE.

103. Après avoir traité des commerçants, le Code s'occupe de deux de leurs obligations : celle de tenir des livres, objet de notre titre, et celle de publier leur contrat de mariage, objet du titre IV que nous en rapprocherons. Leurs autres obligations (v. *suprà*, n° 56) sont traitées par le Code à propos des matières auxquelles elles se réfèrent ; sauf l'obligation de payer patente qui, dans les travaux préparatoires, a été renvoyée aux lois fiscales et administratives, c'est-à-dire à la L. 25 avril 1844 fondamentale sur cette matière. Disons seulement sur ce sujet que la patente se compose d'un *droit fixe* calculé d'après la population du lieu et la nature du commerce (art. 3), et d'un *droit proportionnel* gradué suivant l'importance des locaux qui y sont affectés (art. 8).

Nous diviserons ce titre en trois chapitres : — 1° Quels livres on doit tenir et comment ; — 2° Force probante des livres ; — 3° Notions de comptabilité.

CHAPITRE PREMIER.

QUELS LIVRES ON DOIT TENIR ET COMMENT.

Art. 8. Tout commerçant est tenu d'avoir un livre-journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives, les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossement d'effets, et généralement tout ce qu'il reçoit et paie, à quelque titre que ce soit ; et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison : le tout indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables. — Il est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit, et de copier sur un registre celles qu'il envoie.

Art. 9. Il est tenu de faire, tous les ans, sous seing privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et de le copier, année par année, sur un registre spécial à ce destiné.

104. La tenue des livres est d'une nécessité pratique impérieuse pour quiconque veut voir clair dans ses affaires et savoir ce qu'il fait et où il va. Elle fut longtemps usitée avant d'être imposée par la loi (1). L'ordonnance de

(1) A Rome, les simples particuliers tenaient très exactement leurs registres ; c'étaient les *nomina transcriptitia* avec l'*acceptum* et l'*expensum* analogues à notre *doit* et *avoir* ; ils avaient aussi les *arcaria nomina*, ou livre de caisse. V. Straccha, part. II, n. 51.

Source BIU Cujas

1673, tit. XI, art. 11, y obligeait les commerçants sous la menace de la banqueroute frauduleuse, qui était la mort. Cette sanction était d'une rigueur outrée, et, comme elle était facultative pour le juge, elle ne fut pas appliquée et tomba bientôt en désuétude (1). — Aujourd'hui le législateur fait de la tenue des livres une obligation absolue; il la considère comme intéressant l'ordre public : c'est grâce à elle, qu'on a pu accorder pour la preuve des opérations commerciales toutes les facilités qu'exigeait la rapidité de ces opérations (V. *infra*, tit. 7, ch. 1er) ; elle seule rend possible, en cas de faillite, la connaissance exacte des droits de tous les intéressés et leur règlement équitable. La *sanction* est dans l'art. 586, 6° : on s'expose à être puni comme banqueroutier simple en cas de faillite ; de plus on ne pourra justifier sa faillite, et on obtiendra difficilement le bénéfice de l'excusabilité ; enfin on ne pourra faire preuve en justice (v. *infrà*, au chap. 2). Ajoutons que le commerçant qui ayant tenu des livres les soustrairait à ses créanciers, quand il est en faillite, serait condamné comme banqueroutier frauduleux (art. 591). L'altération des écritures est punie par le Code pénal, a. 147.

« *Tout commerçant.* » Il faut et il suffit qu'on soit commerçant. Donc, n'y est pas obligé celui qui fait des actes isolés de commerce sans devenir commerçant. Mais y est obligé celui-là même dont le commerce est peu important; celui aussi qui ne sait pas lire et écrire, car il peut avoir un teneur de livres qui viendra travailler au moins quelques heures dans la journée ou même dans la semaine, pour tenir sa comptabilité en ordre. On ne ferait d'exception que pour de très petits commerces dont les bénéfices seraient absorbés en grande partie par cette obligation. — Les étrangers, faisant le commerce en France, y sont soumis; car cette règle doit être considérée comme une loi de police et de sûreté (C. civ., a. 3).

Trois livres sont obligatoires : le livre-journal, le livre des copies de lettres, le livre d'inventaires.

105. I. — **Le livre-journal**. C'est le livre principal et fondamental. Il doit relater à leur date et par articles séparés toutes les opérations du commerçant.

L'art. 8, 1er al., détaille les obligations sur ce point :

« *Les opérations de son commerce* » : Achats, ventes, paiements faits ou reçus ; « *négociations, acceptations ou endossements d'effets* ». Pour les marchands de détail, on n'exige pas qu'ils mentionnent toutes les menues ventes, qu'ils font souvent par milliers dans une journée, il suffit d'une seule mention en bloc pour toutes les ventes d'un jour.

« *Ses dettes actives et passives* » : c'est-à-dire ses créances et ses dettes, même celles purement civiles. Toutes, même les civiles, ont un grand intérêt en cas de faillite. Ces mentions permettront de dresser le bilan et d'avoir une liste

Savary, 1re partie, liv. III. ch. IV. V. surtout l'étude fort intéressante de M. Gide sur le contrat *litteris*, qui signale dans ces *nomina* les traits d'une comptabilité en partie double très savante (*Revue de législation française et étrangère*, n° d'avril 1873). — Les registres tenus par les *argentarii* avaient une force probante presque égale à l'authenticité dans notre droit (L. 10, § 1; L. 4, *De edendo*, D. 2. 13).

(1) V. Jousse, sous l'a. 11.

Source BIU Cujas

complète des créanciers pour les convocations et répartitions à faire en cas de faillite.

« *Tout ce qu'il reçoit et paie à quelque titre que ce soit* ». Par exemple les aliénations et acquisitions faites en dehors de son commerce, spécialement en matière immobilière; — même ce qu'il acquiert ou aliène en vertu d'actes à titre gratuit : dot de sa femme reçue, dots fournies à ses filles, successions échues, donations faites ou reçues (1); même les opérations extraordinaires ou celles qu'il ferait pour un tiers (2).

« *La dépense de sa maison* ». Il suffit, d'après la loi, d'une simple *énonciation* en bloc une fois par mois; on y résume tout ce qu'on a pris pour cet objet pendant le mois. On peut aussi prendre de temps en temps des sommes rondes, qu'on porte au livre-journal à la date où on les prend. — Ces indications sont importantes; car des dépenses excessives peuvent donner lieu à la banqueroute simple (art. 585, 1°).

« *Indépendamment des autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables* ». Ils ne sont pas indispensables au point de vue légal, mais ils le sont souvent au point de vue pratique, si l'on veut voir clair dans ses affaires. Beaucoup de livres sont usités; citons seulement : — le *brouillard*, cahier moins soigné qui prépare le livre-journal; on y mentionne toutes les opérations au moment même où elles se font, pour les reporter ensuite avec plus de soin et de netteté au journal; — le *grand-livre*, où sont coordonnées les mentions qui se trouvent pêle-mêle au journal d'après les hasards de leur date, où l'on ouvre notamment un compte à chaque correspondant pour retrouver facilement sa situation active et passive; — le *livre de caisse*, où l'on porte toutes les espèces entrées ou sorties, pour pouvoir vérifier à tout moment ce que l'on doit avoir en caisse.

Il y a d'autres livres obligatoires dans certaines professions, par exemple, pour les entrepreneurs de transport, un registre des colis qui leur sont confiés (art. 102 et C. civ. a. 1785); pour les maisons de prêts sur gage, un registre des sommes prêtées et des objets déposés (C. P., a. 411); pour les changeurs, un registre des noms des propriétaires des espèces et des matières d'or et d'argent qu'ils achètent, etc. (L. 19 mai 1791, chap. 9, art. 5. (3). Ces obligations sont tout à fait indépendantes de celles que nous étudions, et ont des sanctions spéciales.

106. II. — **Livre des copies de lettres**. On doit copier les lettres qu'on envoie et mettre en liasse celles qu'on reçoit (art. 8, 2e al., *suprà*). Leur conservation est importante, car elles contiennent bien des choses qui ne peuvent pas être portées au livre-journal, notamment les conditions des engagements, et l'accomplissement de ceux-ci. — On doit copier même les lettres à destination de la ville où elles sont écrites; quoique la pratique soit contraire, la loi est tout à fait générale (4). — La lettre doit être copiée en entier et non pas résumée; si elle était résumée, le registre ne serait pas régulier (5).

(1) V. Locré, *Législ. civ.* etc., t. 17, p. 251, 349.
(2) Rennes, 24 déc. 1835, S. 36. 2. 205. — Al. n. 88.
(3) Sur la portée de cette disposition, V. Paris, 19 fév. 1875, D. P. 75, 2. 158.
(4) Bordeaux, 18 mai 1829. — Alauzet, n. 90.
(5) Pâris, n. 513. Alauzet, n. 90.

Source BIU Cujas

On se sert habituellement, aujourd'hui, de la *presse à copier* qui donne une exactitude rigoureuse, et empêche que des erreurs ne soient commises ou corrigées en recopiant. Elle ne permet pas de remplir exactement les conditions de l'art. 10; ainsi il y aura nécessairement des blancs, car on ne peut copier qu'une lettre par page; souvent même on ne copie qu'un seul chiffre écrit à la main au milieu d'un circulaire imprimée, avec le nom du destinataire. Mais si le texte du Code n'est pas satisfait, son esprit l'est suffisamment : il suffit qu'on ne puisse pas après coup copier de nouvelles lettres en profitant des blancs.

Ces règles doivent être appliquées maintenant aux télégrammes (1). Les livres ne pourraient pas être considérés comme régulièrement tenus, s'ils ne contenaient copie des dépêches envoyées, et si l'on n'avait pas conservé celles qui ont été reçues.

107. III. — **Livre des inventaires**. On doit y copier l'inventaire qui doit être fait tous les ans (art. 9. *suprà*). Cet inventaire présente deux particularités : — 1° il est sous seing privé (art. 9), contrairement à la règle générale pour tous les autres inventaires dont parle la loi; il faut et il suffit qu'il soit signé par le commerçant qui le dresse, ou par tous les gérants de la société, s'il s'agit d'une société (2); — 2° il comprend même les immeubles (art. 9).

Il se compose de deux parties : — 1° Une sorte de *bilan* ou résumé sous forme de tableau, de la situation active et passive du commerçant, et du résultat des opérations de l'année précédente, le bénéfice brut, les frais, le bénéfice net. Dans cette partie, doit être porté tout l'actif, même l'actif immobilier; — 2° Un état estimatif de toutes les marchandises en magasin et des effets en caisse, état nécessaire pour établir la situation. Cette seconde partie, beaucoup plus longue à faire et beaucoup plus volumineuse que la première, a donné son nom à l'ensemble de cette rédaction. — Chaque objet doit y être porté pour sa valeur vénale actuelle sous peine de faux (3); il est même souvent prudent de porter une valeur plus faible, pour éviter les surprises résultant d'une baisse possible des marchandises.

« *Année par année* ». L'ordonnance n'exigeait l'inventaire que tous les deux ans (a. 8), et il pouvait être fait sur feuilles volantes. — Actuellement beaucoup de maisons dépassent les prescriptions de la loi et font leur inventaire tous les six mois. Il n'y a pas d'époque fixée par la loi dans le courant de l'année; on le fait ordinairement pendant la morte-saison, parce que les commis ont plus de temps à y consacrer; s'il n'y a pas de morte-saison, il est plus simple de prendre la fin de l'année civile.

L'inventaire est un contrôle continuel, qui empêche ou rend beaucoup plus difficile la fraude rétroactive dans le livre-journal; car, si on l'altérait, ses résultats ne cadreraient plus avec les inventaires.

Formalités de la tenue des livres.

108. Toutes ces formalités ont pour but d'en assurer l'exactitude et la sincérité.

(1) La L. belge (15 déc. 1872, a. 16), et le C. com. ital., a. 28, sont formels sur ce point.

(2) Delangle, *Sociétés*, n. 657. Pâris, n. 518. Alauzet, n. 95.

(3) Cr. cass., 25 août 1853. S. 54. 1. 149.

Source BIU Cujas

109. 1° **Formalités intrinsèques.**

Art. 10. 3e al. Tous seront tenus par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge.

« *Ni transports en marge* », pas même pour corriger des erreurs ou pour constater l'acquittement de l'obligation mentionnée. La correction doit se faire par un nouvel article du journal à la date où on s'en aperçoit; par exemple : *pour rectification d'une erreur commise dans le prix de telle vente à telle date, tant;* on met seulement un renvoi en marge de l'article à rectifier. L'acquittement de l'obligation se constate par un nouvel article porté à sa date.

Q. *Ces registres doivent-ils être nécessairement rédigés en français?* — On l'a soutenu (1); mais nous ne l'exigerons pas : — nulle part la loi n'a posé cette règle; — les livres des commerçants n'ont absolument aucun caractère officiel qui justifie cette exigence; — beaucoup de petits commerçants peuvent ne connaître que le patois ou la langue de leur pays (2).

110. 2° **Formalités extrinsèques** *ou tenue générale des registres.*

Art. 11, 1re disp. Les livres dont la tenue est ordonnée par les articles 8 et 9 ci-dessus seront cotés, paraphés et visés soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou un adjoint, dans la forme ordinaire et sans frais.

D'abord il résulte évidemment de cet article et des articles voisins que toutes les écritures doivent être tenues sur des registres reliés; des feuilles volantes ne satisferaient aucunement aux prescriptions de la loi et n'auraient aucune force probante (3).

Les formalités de l'art. 11 doivent être remplies avant qu'on ne se serve des registres.

« *Cotés* », c'est-à-dire que chaque page est numérotée, et, à la dernière, on indique à côté du numéro que c'est la dernière page. Le tout pour empêcher des additions ou suppressions de pages.

« *Paraphés* » à chaque page à côté du numéro, pour rendre impossible la substitution d'une page à une autre.

« *Visés* ». Le visa est un petit procès-verbal, signé par le magistrat qui fait l'opération, constatant l'accomplissement des formalités et la destination déclarée du registre.

« *Soit par un des juges des tribunaux de commerce, soit par le maire ou son adjoint* ». On a voulu faciliter autant que possible l'accomplissement de ces formalités.

« *Sans frais* », quoique ce soit un travail imposé à ces magistrats en dehors de leurs fonctions ordinaires. — La L. 28 avril 1816, a. 73, exige l'enregistrement du visa, et le paiement d'un droit fixe d'un franc (droit augmenté comme les autres droits d'enregistrement. V. not. L. 28 févr. 1872, a. 4).

(1) Dall., v° *commerçant*, n. 239. Ly. C. et R., n. 213. — Code espagnol, art. 54.

(2) Molinier, n. 15. Pâris, n. 540. Alauzet, n. 91. — Le Code allemand, art. 32, exige seulement qu'ils soient rédigés en une langue vivante.

(3) Molinier, n. 215. Pâris, n. 526. Al. n. 97. Massé, n. 2542. Ly. C. et R., n. 211. — Code allem., art. 32.

Source BIU Cujas

Autrefois, les registres, pour être ainsi cotés, devaient être sur papier timbré (L. 13 brumaire an VII, art. 12). Cette nécessité a été supprimée par la L. 20 juillet 1837, pour enlever tout intérêt à l'inaccomplissement de ces formalités; et le produit de cet impôt a été remplacé par trois centimes additionnels au principal des patentes (centimes plus que doublés par la L. 23 juill. 1872, a. 2).

Art. 10, 1er et 2e al. Le livre-journal et le livre des inventaires seront paraphés et visés une fois par année. — Le livre de copies de lettres ne sera pas soumis à cette formalité.

C'est une formalité différente du visa de l'art. 11. Elle a lieu sur le registre déjà en train, et chaque année. C'est la constatation de l'état du registre et de l'endroit où s'arrêtent les écritures à un moment donné. Cela a pour but de rendre tout faux, toute intercalation ou suppression encore plus difficile; surtout d'empêcher qu'on ne recopie un registre entier sur un volume qu'on aurait fait viser d'avance et gardé en réserve, et cela afin d'intercaler, de supprimer ou d'altérer certains articles.

Cela n'est pas exigé pour le copie de lettres : il y a pour lui moins de danger de falsification, car les originaux qui ont dû être gardés par les correspondants contrôlent toujours les copies.

111. En pratique, ces formalités sont très souvent négligées, même depuis que la L. de 1837 a supprimé toute difficulté pécuniaire. Les tribunaux tolèrent ces abus malgré ses graves inconvénients et malgré la volonté très certaine du législateur de couper court à cette négligence, autrefois générale (v. art. 13, et travaux préparatoires). Ils admettent les livres à faire preuve quand ils sont honnêtes et réguliers dans les écritures. Un jugement motivé seulement sur de pareils livres devrait être cassé; mais comme l'art. 109, combiné avec l'art. 1353, C. civ., admet toujours la preuve par les présomptions de l'homme, la Cour de cassation décide avec raison que ces livres forment au moins une présomption qui, jointe aux autres éléments de la cause, peut entraîner la conviction du juge (1).

Temps pendant lequel on doit les conserver.

Art. 11, 2e disp. Les commerçants seront tenus de conserver ces livres pendant dix ans.

112. On n'a pas voulu trop encombrer les maisons de commerce.

Les dix ans doivent être comptés depuis la clôture des registres, et non depuis le moment où ils ont été commencés. Autrement les traces des dernières opérations disparaîtraient au bout d'un très petit nombre d'années (2). — C'est un délai préfix, n'admettant aucune des causes d'interruption ou de suspension de la prescription.

Du reste, on peut les conserver plus de dix ans, et, si on les produit, ils

(1) Req., 26 juill. 1869, D. P. 71. 1. 216. V. aussi Req., 23 juill. 1873, D. P. 74. 1. 102. — Bonnier, *Preuves*, n. 773. Ly. C. et R., n. 214.

(2) Pard., n. 85. Mol., n. 217. Pâris, n. 547. Béd., n. 326. Alauzet, n. 99. — C. all. a. 33. C. com. ital. a. 25.

Source BIU Cujas

auront autant de force probante qu'auparavant (1). Et même, s'il est démontré qu'ils existent, on peut être obligé à les produire (2).

On a prétendu tirer de notre article une prescription générale de dix ans en matière commerciale; parce qu'il y aurait impossibilité de se défendre après ce délai. Mais une prescription ne peut pas s'établir par une simple induction; il faut un texte formel; et d'ailleurs on n'est pas obligé de détruire ses registres au bout de dix ans; on peut très bien les conserver si l'on juge qu'ils peuvent encore être utiles (3). Seulement les juges ne devront admettre qu'avec une grande réserve la preuve contre un commerçant qui déclarerait avoir détruit ses livres après dix ans, si cette déclaration paraît sincère; il devrait alors, sinon légalement, du moins en fait, être assimilé au défendeur non commerçant, et la liberté qu'ont les juges de se décider par les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353, et C. com., art. 109) leur permettrait de suivre cette assimilation.

CHAPITRE II.

FORCE PROBANTE DES LIVRES DE COMMERCE.

Trois sections : — 1° Preuve en faveur du commerçant; — 2° Preuve contre lui; — 3° Manière de les consulter.

SECTION PREMIÈRE.

PREUVE EN FAVEUR DU COMMERÇANT.

Il faut encore ici sous-distinguer : — 1° Si l'adversaire n'est pas commerçant; — 2° Si l'adversaire est commerçant.

§ 1er

Si l'adversaire n'est pas commerçant.

113. En principe, ils n'ont pas d'autorité : art. 12 : « *entre commerçants* », et C. civ., art. 1329. Mais cet art. 1329 ajoute : « *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment* ».

Q. *Qu'est-ce que cela veut dire?* — 1er S. : *Cela permet aux parties de déférer le serment décisoire* : — c'est le droit commun; c'est ainsi que M. Bigot-Préameneu a entendu l'article dans l'exposé des motifs (4). — 2e S. : *Cela permet au juge de déférer le serment supplétoire* (!) : — sans cela cette disposition serait

(1) Rouen, 10 nov. 1817, S. 18. 2. 68.

(2) Dijon, 29 févr. 1876, D. P. 76. 2. 94.— Pâris, n. 549. Béd., n. 2[illegible]7. Delam. et Lep., t. I, n. 187. Al. n. 99. Ly. C. et R., n. 213.

(3) Horson, quest. 4. Brav. t. I, p. 128. Al. n. 100. Ly. C. et R., n. 213. — Beaucoup de Codes suppriment la difficulté en obligeant à conserver les livres pendant les trente ans requis pour la prescription : Code port. a. 223; C. holl. a. 9; C. espagn. a. 55.

(4) Vazeille, *Prescription*, n. 551. Chardon, *Traité du dol et de la fraude*, n. 145. Curasson, t. I, n. 42. Pâris, n. 566. Al. n. 103, 104.

Source BIU Cujas

inutile; surtout on ne comprendrait pas la restriction indiquée par le mot « *sauf* », puisque, avec ou sans registre, on peut toujours déférer le serment décisoire; — on a pu très bien admettre que, si les livres sont très réguliers, on puisse regarder la demande comme n'étant pas totalement dénuée de preuve (C. civ., art. 1367, 2°), surtout en considérant que les commerçants ne sont pas dans l'usage de rédiger des actes pour constater les opérations de leur commerce; — dans l'ancien droit on l'admettait (v. Pothier, *Oblig.*, 4e partie, chap. 1er, n° 719); — M. Bigot a constaté l'application possible du serment décisoire; il n'a pas exclu le supplétoire (1)

Le juge pourrait déférer le serment à l'une ou à l'autre des parties; en pratique, c'est toujours au commerçant qu'il le défère.

Cette doctrine ne s'appliquerait qu'aux opérations du commerce du commerçant; elle ne devrait pas être appliquée aux créances purement civiles qu'il prétendrait avoir (2).

Q. *Permettraient-ils d'admettre la preuve testimoniale?* — 1er S. : *Oui : — à fortiori* du serment, qui est plus grave (3).—2e S. : *Non* (!) — le code civil est plus rigoureux pour la preuve testimoniale que p ur le serment supplétoire : car l'art. 1367 exige seulement que la demande ne soit pas dénuée de preuve; tandis que l'art. 1347 exige que le commencement de preuve par écrit « *émane de celui à qui on l'oppose* »; or, ce n'est pas le cas ici (4).

§ 2

Si l'adversaire est commerçant.

114. Alors les registres font preuve complète.

Art. 12. Les livres de commerce, régulièrement tenus, peuvent être admis par le juge pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.

Cela est contraire à la règle ordinaire, d'après laquelle nul ne peut se créer un titre à soi-même C'est que la célérité des opérations commerciales ne permet pas d'exiger que les commerçants rédigent des actes en forme pour les constater, et que les deux registres se contrôlent mutuellement. Si, étant tous deux réguliers, ils se contredisent, alors ils s'annulent et il faut chercher d'autres éléments de preuve. Si l'un des deux adversaires n'a pas de livres réguliers, c'est sa faute de s'être mis dans ce cas; il est sous le coup de la sanction de son obligation.

(1) Req., 22 juill. 1872, D. P. 72. 1. 110.— Merlin, Rép, v° *Preuve*, sect. II, § 2, art. 2, n. 5. Malleville, art. 1329. Delvincourt, *Code civil*, t. II, p. 67, note 5. Toullier, t. VIII, n. 268; t. IX, n. 70. Duranton, t. XIII, n. 620. Bonnier, *preuves*, n. 779. Pard., n. 257. Dageville, t. I, p. 59. Vincens t. I, p. 272. Delam. et Lep., t. I, n. 258. Brav., t. I, p. 130. Massé, n. 2490. Ly. C. et R., n. 615.

(2) Vincens, t. I, p. 273. Brav., t. I, p. 131. Al. n. 104. Aubry et Rau, 4e éd., t. VIII, § 757, note 2. Ly. C. et R., n. 615.

(3) Toullier, t. VIII, n. 269, et t. IX, n. 70. Béd., n. 256.

(4) Cons. l'arrêt du 22 juillet 1872, cité à la note 1. — Pâris, n. 568. Al. n. 105. Massé, n. 2491. Bonnier, *preuves*, n. 777. Aubry et Rau, § 757, p. 270. Ly. C. et R., n. 615.

Source BIU Cujas

Seulement cette preuve est toujours facultative pour le juge (1), comme l'explique formellement l'art. 12, lors même que les livres seraient parfaitement réguliers, car le juge peut toujours former sa conviction par tous les moyens possibles (C. com., a. 109, et C. civ., a. 1353); et la preuve contraire serait toujours admise (2). Celui-là même qui n'aurait pas de livres réguliers ne serait pas nécessairement condamné sur les livres de son adversaire, s'il pouvait les combattre par d'autres moyens (3).

Art. 13. Les livres que les individus faisant le commerce sont obligés de tenir, et pour lesquels ils n'auront pas observé les formalités ci-dessus prescrites, ne pourront être représentés ni faire foi en justice, au profit de ceux qui les auront tenus; sans préjudice de ce qui sera réglé au livre des Faillites et banqueroutes.

Mais les juges peuvent tenir tel compte qu'ils veulent de livres irréguliers, surtout si l'adversaire n'en a pas, et notamment pour corroborer d'autres preuves; car ils peuvent former leur conviction par les présomptions de l'homme (art. 109, et C. civ. art. 1353) (4).

L'art. 12 n'admet cette preuve complète « *qu'entre commerçants, pour faits de commerce* ». Ces deux conditions doivent être réunies. Il faut que chacun des deux ait fait acte de commerce dans l'opération : — on l'a dit dans les travaux préparatoires; pour l'exprimer, on a supprimé entre les deux membres de phrase la conjonction *et* qui pouvait faire croire à une alternative; — de plus, puisque le négociant qui achète pour ses besoins personnels n'est pas obligé de porter cet achat dans un article spécial sur ses livres, il ne pourrait pas opposer ses livres à son adversaire qui, lui, a fait acte de commerce; le motif de la règle n'existe donc pas dans ce cas (5). — Mais il n'est pas nécessaire que ce soit pour fait de *leur* commerce. Si l'un d'eux a acheté pour revendre des objets dont il ne fait pas habituellement le commerce, il a dû mentionner l'opération sur ses livres; l'adversaire peut donc lui opposer les siens.

SECTION II.

PREUVE CONTRE LE COMMERÇANT.

115. Ils font preuve contre lui, quel que soit son adversaire même un non-commerçant (6), malgré la règle ordinaire que nul ne peut être obligé de faire preuve contre lui-même (V. l'art. 1330, C. civ.). — Cet article ajoute que son adversaire ne peut les diviser : en retenir ce qui est favorable à ses pré-

(1) C. com. ital. a. 51.

(2) Pard., n. 260. Al. n. 106. Massé, n. 2488. Ly. C. et R., n. 617.— *Contrà :* Delam. et Lep., t. I, n. 162 et suiv.

(3) Del. et Lep., t. I, n. 185. Bonnier, *preuves,* n. 630. Al. n. 109. Massé, n. 2500. — *Contrà :* Toullier, t. VIII, n. 383.

(4) Req., 26 juill. 1869, D. P. 71. 1. 216.

(5) Orléans, 9 mars 1852, D. P. 52. 1. 219. — Delvincourt, t. II, p. 917, note 6. Pâris, n. 576. Béd., n. 250. Al. n. 102. Bonnier, *preuves*, n. 775. — *Contrà :* Massé, n. 2495. — Pardessus (n. 258) hésite.

(6) Pâris, n. 634. Al. n. 114.

Source BIU Cujas

tentions, par exemple une obligation constatée en sa faveur, et repousser ce qui y est défavorable, par exemple le paiement également constaté. Vouloir s'en servir ainsi, cela aurait été abuser de la règle que les livres ne peuvent pas faire preuve pour le commerçant. Mais cette indivisibilité n'a lieu que pour un même chef de demande (1).

Ils font preuve contre leur auteur, lors même qu'ils sont irrégulièrement tenus :—il ne peut être admis à invoquer sa propre négligence pour s'exonérer; et les irrégularités n'empêchent pas que la mention qui est écrite ne soit exacte; — l'art. 1330, C. civ., s'exprime d'une manière absolue, sans aucune restriction; l'art. 13. C. comm., indique la même pensée (2). — Il ne peut même faire preuve contre ses propres livres, car ils constituent un aveu (3). — Les juges, du reste, apprécient dans quelle mesure ils doivent en tenir compte (4); ils peuvent aussi décider, en vertu d'autres éléments, que le paiement a eu lieu, quoiqu'il ne soit pas mentionné sur des livres irréguliers (5).

Cette force probante appartient aux mentions portées sur les livres, lors même qu'elles auraient été écrites par un autre que par leur propriétaire; fussent-elles même écrites par son adversaire. Il y a présomption qu'il a consenti à laisser porter la mention; sauf preuve d'une fraude (6).

116. On peut forcer le commerçant à les produire; même par la menace d'une peine pécuniaire (7). — Mais si un non-commerçant en a tenu bénévolement, on ne peut le forcer à les produire; on reste alors sous l'empire de la règle générale que l'on n'est pas obligé de faire preuve contre soi-même.

Un tiers étranger au procès, bien qu'il soit commerçant, ne peut être obligé de produire ses livres; la loi n'établissant aucune obligation de ce genre (8).

Relativement aux livres *non obligatoires*, tenus par les commerçants, la question est plus délicate. La Cour de cassation admet qu'on peut les forcer à les produire, pourvu qu'il soit constant qu'ils existent; ce sont, dit-elle, des développements ou des annexes du livre-journal qui est obligatoire (9). Nous ne saurions sans un texte précis admettre cette obligation qui est exceptionnelle; ces annexes du livre-journal ne sont pas le livre-journal lui-même, et n'auraient certainement pas à d'autres égards la même force probante (10). Seulement le juge pourrait induire du refus de production, une présomption contre celui à qui on la demande (a. 109 et C. civ. 1353).

Il y a une autre sanction à l'obligation pour le commerçant de produire ses livres :

(1) Ansaldus, *Disc. legal*, n. 150. — Al. n. 107. Bonnier, *preuves*, n. 778. Ly. C. et R., n. 613.
(2) Brav.. t. I, p. 133.
(3) Al. n. 107. Massé, n. 2493.
(4) Req., 10 déc. 1862, D. P. 64. 1. 130.
(5) Cass., 20 mars 1869, D. P. 69. 1. 239.
(6) Pot., *oblig*. n. 757. — Alauzet, n. 102. Bonnier, *preuves*, n. 777.
(7) Caen, 24 juin 1828. S. 30. 2. 157.
(8) Paris, n. 609. Del. et Lepoit., t. I, n. 178. Al. n. 112.
(9) Req., 4 mars 1873, D. P. 73. 1. 302. — Al. n. 108. Ly. C. et R. n. 224.
(10) Paris, n. 612.

Source BIU Cujas

Art. 17. Si la partie aux livres de laquelle on offre d'ajouter foi refuse de les représenter, le juge peut déférer le serment à l'autre partie.

Mais il faut que l'adversaire offre d'ajouter foi aux livres s'ils sont représentés. Et d'ailleurs l'admission de serment est toujours facultative pour le juge. — Celui à qui on défère le serment n'a pas le droit de le référer (C. civ., art. 1368) (1).

SECTION III.

MANIÈRE DE LES CONSULTER.

Il y a deux manières : 1° la représentation ; 2° la communication.

117. 1° **La représentation ;** c'est la production du livre ouvert dans un endroit déterminé, sans que personne ait le droit de le feuilleter. Elle peut toujours être ordonnée : *offerte* (art. 16) par l'auteur des registres ; *requise* (même art.) par son adversaire ; ou *ordonnée d'office* (même art.).

Art. 15. Dans le cours d'une contestation, la représentation des livres peut être ordonnée par le juge, même d'office, à l'effet d'en extraire ce qui concerne le différend.

Celui qui requiert la représentation des livres de son adversaire n'est pas obligé d'offrir d'y ajouter foi ; il peut se réserver d'en contrôler la valeur, et même de les combattre par d'autres preuves : — l'ord. de 1673, a. 10, exigeait qu'il s'engageât à y ajouter foi, mais nos lois modernes n'ont pas reproduit cette exigence (v. not. C. civ., art. 1330), et on ne peut imposer sans texte cet engagement ; — sans doute l'art. 17, C. comm., suppose qu'on offre d'ajouter foi aux livres, mais cette offre donne alors à celui qui la fait un avantage de plus, c'est la possibilité du serment supplétoire, si le juge le veut (2).

La représentation ordonnée d'office est une dérogation au droit commun, d'après lequel en principe le juge ne peut ordonner que ce que demandent les parties (3).

Cette preuve est toujours facultative pour le juge qui peut déclarer que sa conviction est formée suffisamment par les autres éléments de la cause (4).

118. 2° **La communication ;** c'est la remise du registre avec la faculté de le compulser en entier. Cette mesure est beaucoup plus grave ; car elle permet de pénétrer dans toutes les affaires du commerçant, dans les secrets de ses opérations, de sa clientèle. Aussi, lorsque avant l'ord. de 1673 on l'ordonnait très facilement, le commerçant aimait souvent mieux perdre son procès que de communiquer ses livres (5) ; depuis cette ordonnance (tit. 3, a. 9), la communication n'est admise que dans les cas où elle est formellement autorisée par la loi (6).

(1) Al. n. 115.

(2) Locré, *Esp. du C. com.*, t. I, p. 64. Dageville, t. I, p. 66. Toullier, t. VIII, n. 388. Béd., n. 303. — *Contrà :* Vincens, t. I, p. 272. Pâris, n. 616. Nouguier, t. I, p. 292. Al. n. 117.

(3) Brav., t. I, p. 132.

(4) Req. 10 août 1875, D. P. 77. 1. 110. — Al. n. 113. Bonnier, *preuves*, n. 773.

(5) Savary, *Parf. nég.* t. 1. p. 285.

(6) Paris, 3 mai 1874, D. P. 77. 2. 45, etc.

Source BIU Cujas

Art. 14. La communication des livres et inventaires ne peut être ordonnée en justice que dans les affaires de succession, communauté, partage de société, et en cas de faillite.

Dans ces affaires, il est nécessaire de connaître l'ensemble des opérations du commerçant. De plus la communication n'a plus les mêmes inconvénients, soit parce qu'elle a lieu entre cointéressés, soit parce que, les opérations étant terminées, le secret n'est plus utile. — Elle est toujours facultative pour le juge (1).

Il a été jugé que la remise des registres à un expert, avec faculté de les compulser, mais seulement pour en extraire ce quiest utile à la cause, est une représentation toujours possible et non une communication (2); de même pour le dépôt au greffe, afin qu'ils soient consultés par les juges seuls (3). — Ces solutions nous paraissent inadmissibles; c'est une atteinte au secret auquel a droit chaque commerçant; la seconde surtout doit être rejetée si l'on songe que les juges sont des commerçants en exercice, qui peuvent être les concurrents du propriétaire des registres (4).

La communication de certains registres peut en outre être exigée de certains commerçants par les agents des contributions directes pour établir l'assiette des droits de patente : L. 29 mars 1872, a. 6. et Décr. 15 déc. 1875, a. 4.

119. Si les registres sont éloignés, on peut se dispenser de les faire transporter :

Art. 16. En cas que les livres dont la représentation est offerte, requise ou ordonnée, soient dans des lieux éloignés du tribunal saisi de l'affaire, les juges peuvent adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce du lieu, ou déléguer un juge de paix pour en prendre connaissance, dresser un procès-verbal du contenu, et l'envoyer au tribunal saisi de l'affaire.

Cela n'est possible que pour la représentation. Pour la communication, quand elle peut et droit être ordonnée, on ne peut éviter de faire voyager les registres.

CHAPITRE III.

ÉLÉMENTS DE COMPTABILITÉ.

120. La connaissance de la comptabilité est importante, non seulement pour ceux qui doivent la pratiquer comme les commerçants, les agriculteurs (la tenue de la comptabilité en partie double est exigée de ceux qui veulent concourir pour la prime d'honneur); mais encore pour ceux qui peuvent avoir à étudier les comptes d'autrui : notaires, avoués, avocats, juges, conseillers jugeant en appel des tribunaux de commerce. Aussi nous donnerons, non seulement les indications sommaires nécessaires pour en comprendre le mécanisme, mais toutes les notions pratiques suffisantes pour en suivre tous les détails après un peu d'étude (5).

Il y a la comptabilité en *partie simple* et la comptabilité en *partie double*.

(1) Paris, 2 mai 1874, D. P. 77. 2. 45.
(2) Cass., 22 fév. 1848, S. 48. 1. 262.
(3) Bordeaux, 6 janv. 1875, S. 76. 2. 40, etc.
(4) Béd., n. 300. Al. n. 120. Ly. C. et R., n. 226.
(5) V. Courcelle-Seneuil, *Manuel des entreprises*, p. 233 et suiv.

Source BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

COMPTABILITÉ EN PARTIE SIMPLE.

121. **Rédaction du livre-journal.** — Chaque page du livre-journal porte une marge à gauche, et, à droite, des colonnes pour les francs et les centimes. Chaque opération fait l'objet d'un *article* ou *partie*. Chaque article commence par la date qui occupe toute une ligne et est placée entre deux filets horizontaux. Une seconde ligne est consacrée à l'indication de celui qui devient créancier ou débiteur par suite de l'opération lorsqu'elle n'a pas lieu au comptant ; sous cette forme : *Doit Pierre, Avoir Paul.* Sur la troisième ligne et les suivantes au besoin, on met le détail de l'opération, en en faisant ressortir le montant dans la colonne des francs et centimes (V. le modèle A) (1).

Règle : Toutes les valeurs doivent être appréciées en argent, et en une même monnaie. Cela est nécessaire pour qu'elles puissent s'additionner ensemble. Si l'on fait des opérations en monnaies étrangères, on a une colonne plus intérieure pour la somme exprimée en cette monnaie, et dans la colonne des francs et centimes on l'exprime en monnaie française.

Le livre-journal est insuffisant pour celui qui veut voir clair dans ses affaires, car tout y est simplement par ordre de date, sans aucune classification méthodique, et il serait difficile d'y retrouver une opération. Il faudra classifier les matériaux. On aura toujours au moins un *livre de caisse ;* un registre des *effets à recevoir;* un registre des *effets à payer,* ou *carnet d'échéances ;* un registre des *marchandises* en magasin, ou *livre des numéros,* ou *comptes-matières ;* enfin un registre pour ouvrir un compte à chacun de ses correspondants. Ce dernier est le **grand-livre**, sur lequel nous devons insister (2).

122. **Forme des comptes au grand-livre.** — Pour chaque compte on prend une page divisée en deux colonnes ou deux pages en regard, dont l'ensemble s'appelle *folio* (pour la suite de nos explications, nous supposerons qu'on a adopté cette dernière forme). — On écrit en haut sur les deux pages le nom et l'adresse de celui à qui le compte est ouvert ; et de chaque côté sur la même ligne, en grosses lettres les mots *Doit* à l'extrême gauche et *Avoir* à l'extrême droite (3). Sur la page de gauche on inscrira tout ce dont le titulaire du compte deviendra débiteur ; sur la page de droite, tout ce dont il deviendra créancier. On aura ainsi d'une part l'ensemble de son *débit,* et d'autre part l'ensemble de son *crédit,* que l'on connaîtra chacun par une simple addition. — Pour la disposition matérielle, sur chaque page, on a une marge à gauche pour mettre le mois et le jour ; une colonne double à droite pour les francs et centimes ; de plus, du même côté droit, et à l'intérieur par rapport à cette colonne double, une colonne étroite pour indiquer la page du journal d'où l'article est extrait. Dans la place large qui reste au milieu de la page, on résume l'article du journal de manière à ce qu'il ne tienne qu'une ligne. Les divers articles sont portés ainsi à leur date à la suite les uns les autres (V. modèles C et D).

123. **Du débit et du crédit.** On porte au débit tout ce dont le titulaire du compte devient débiteur, au crédit tout ce dont il devient créancier, pour que cela se compense jusqu'à due concurrence.

(1) Ce modèle et ceux auxquels nous renverrons plus loin sont à la fin du titre.

(2) Pour établir la corrélation entre le journal et le grand-livre, on indique en marge du journal le folio du grand-livre où l'article se trouve reporté (V. modèles A et B).

(3) L'étymologie de ces mots nous est donnée par Savary (*Parf. négociant*). On mettait d'abord *doit payer, doit avoir,* c'est-à-dire *doit recevoir.* Puis les deux mots extrêmes sont seuls restés. Du reste, ils expriment assez bien ce qu'ils signifient.

Source BIU Cujas

Remarque : Les opérations au comptant ne sont pas portées au grand-livre dans la comptabilité en partie simple; car personne n'y devient créancier ni débiteur.

Cela est bien pour les obligations qui naissent; mais comment fera-t-on pour celles qui s'éteignent? Comment marquera-t-on les paiements, soit en argent, soit en effets de commerce (ce qui est considéré comme équivalent)?

Règle : Celui qui paie est crédité, celui qui reçoit est débité. En effet celui qui me paie veut éteindre sa dette; or, pour annuler un article du débit, il faut en porter un pareil au crédit, puisque l'un des totaux est destiné à être déduit de l'autre par une soustraction (V. au n° 124). Réciproquement, si je paie quelqu'un, je veux éteindre sa créance contre moi; il faut donc porter un article à son débit pour éteindre d'autant son crédit.

124. **Manière de solder les comptes.** Lorsque le commerçant veut connaître sa situation, il faut solder les comptes et faire la balance.

Règle : On ne fait jamais que des additions dans les colonnes du grand-livre, et jamais de soustractions; sans cela il y aurait dans les chiffres une confusion inextricable.

Règle : Un compte est dit balancé lorsqu'il présente deux totaux égaux, au débit et au crédit. Et c'est toujours sous cette forme qu'il doit être porté sur les livres; c'est la conséquence de la règle précédente.

Si le crédit et le débit donnent par eux-mêmes des sommes égales, aucune difficulté ne se présente. Le compte se balance de lui-même. Seulement, *règle : Les deux totaux doivent être placés en regard sur la même ligne, chacun sur sa page respective.* Pour cela, s'il y a d'un côté moins de lignes remplies que de l'autre, on trace de ce côté une barre oblique pour annuler toutes les lignes vides et venir rejoindre la barre horizontale interlinéaire sous laquelle on inscrit le total en face du total de l'autre page (V. modèles C et D).

Si les articles du débit et du crédit ne se balancent pas par eux-mêmes, comme on ne doit pas faire de soustractions sur le grand-livre, on fait la soustraction à part et l'on ajoute la différence du côté le plus faible, de manière à avoir toujours deux totaux égaux. L'addition faite de ce côté revient à la preuve de la soustraction telle qu'on la fait en arithmétique. Par exemple, si l'on trouve 2,500 fr. au débit et 2,000 fr. au crédit (V. modèle C *infrà*); on voit en faisant la soustraction que la différence est de 500 fr.; on ajoute ces 500 fr. au crédit pour égaliser les deux totaux; car en additionnant du côté du crédit le chiffre le plus faible 2,000 avec la différence 500, on retrouve le chiffre du débit 2,500. Cette différence est ajoutée dans un article avec l'indication *solde débiteur*, ou *solde créditeur*, suivant que le solde est fourni par le débit ou le crédit (V. modèles C et D. — *Remarque :* le solde débiteur est toujours inscrit du côté du crédit, et le solde créditeur du côté du débit. Cela résulte nécessairement de ce que le solde est destiné à égaliser les deux totaux. Mais cela n'altère pas l'exactitude des comptes, puisqu'on sait que le compte est arrêté et que cet article en représente précisément le résultat. Si l'on continue la comptabilité, on rouvrira les comptes au lendemain du jour où on les aura clos, et l'article ajouté repassera du côté qui a fourni l'excédant, sous le nom de *solde à nouveau.* Tout sera ainsi rétabli dans l'ordre.

SECTION II.

COMPTABILITÉ EN PARTIE DOUBLE.

125. La comptabilité en partie simple est insuffisante à trois points de vue : 1° le commerçant ne connaît pas l'ensemble de sa situation; 2° une foule d'opérations importantes, toutes celles au comptant, restent enfouies dans le *livre-journal*; 3° on n'est pas averti des erreurs qui sont si faciles à commettre, surtout si l'on a des affaires un peu étendues.

Source BIU Cujas

Pour remédier aux deux premiers inconvénients, celui qui tient sa comptabilité en partie double s'ouvre un compte à lui-même, ou plutôt il en ouvre un à toutes les branches importantes de sa fortune, afin de pouvoir constater non seulement les augmentations ou diminutions, mais encore les transformations de son patrimoine. Il peut aussi constater, par la subdivision de ses comptes, les produits de telle ou telle branche de son commerce, s'il est commerçant, et même des parties de sa fortune restées en dehors du commerce : immeubles loués, valeurs mobilières, etc. S'il est agriculteur, il ouvrira un compte à chaque branche de son exploitation, terres à blé, prés, vignes, bergerie, etc., pour connaître les gains ou les pertes provenant de chacune.

Bornons-nous à la comptabilité commerciale et aux comptes universellement usités. Ces comptes, qui ne représentent pas le crédit et le débit d'une personne déterminée, sont appelés *comptes fictifs* ou *généraux*, par opposition aux *comptes personnels* ou *particuliers;* lesquels sont conservés, bien entendu, comme dans la comptabilité en partie simple.

126 Ces comptes généraux, nécessaires dans toute entreprise pour en suivre la marche, sont au nombre de six : 1° marchandises générales; 2° caisse; 3° effets à recevoir; 4° effets à payer; 5° profits et pertes; 6° capital. Leur objet respectif est suffisamment indiqué par leurs titres.

Pour les établir, on suppose qu'ils représentent la situation d'un commis qui serait dépositaire de la classe de valeurs qui en fait l'objet : des marchandises, de la caisse, du portefeuille des effets à recevoir, etc. Or, ce commis dépositaire deviendrait débiteur envers son patron de tout ce qu'il recevrait; il en sera *débité;* réciproquement il devrait être *crédité* de tout ce qu'il fournirait, d'après le principe que nous avons posé, et que nous allons appliquer à chaque pas : Qui reçoit est débité; qui paie est crédité. Ainsi, si je vends à crédit pour 800 fr. de marchandises à Pierre, qui fournit? C'est march. gén.; on les crédite. Qui reçoit? C'est Pierre; on le débite. Si la même vente se fait au comptant, qui fournit? C'est toujours march. gén.; créditons-les. Qui reçoit les espèces? C'est la caisse; débitons-la. Et réciproquement en cas d'achat à terme ou au comptant.

127. Le troisième avantage qu'on cherche dans la comptabilité en partie double, c'est d'être averti des erreurs. Nous arrivons ici à l'essence même de cette comptabilité. On remarque que si quelqu'un devient créancier, il y a nécessairement quelqu'un qui devient débiteur de la même somme, et réciproquement; que si l'un reçoit, il y a quelqu'un qui fournit, et réciproquement. Et cela est vrai des personnages fictifs, représentés par les comptes généraux, comme des personnes réelles.

Donc, une opération inscrite au *journal* ne sera complétement représentée au *grand-livre* que si elle est portée à la fois au débit d'un compte et au crédit d'un autre compte. C'est en cela que les *parties* ou *articles* sont *doubles*, puisqu'elles sont portées deux fois au grand-livre; de là le nom de cette comptabilité.

Cela posé, toute somme étant toujours portée à l'actif d'un compte et au passif d'un autre, si, à un moment quelconque, l'on additionne d'une part les totaux créditeurs de tous les comptes, et de l'autre les totaux débiteurs, le total de ces deux additions devra être égal de part et d'autre. Cela résulte de la règle très simple d'arithmétique, que la somme d'une addition ne change pas quand on intervertit l'ordre et le groupement des nombres additionnés. — De plus, chacun de ces totaux, égaux entre eux, devra être encore égal au total général du journal; car chacun des articles de ce journal a été porté d'une part au débit d'un compte, et d'autre part au crédit d'un autre compte.

128. Voici maintenant les détails pratiques de l'organisation de cette comptabilité :

On modifie d'abord légèrement le *livre-journal*. A la seconde ligne de chaque article, au-dessous de la date, on indique à la fois quel est le compte débité et quel est le compte crédité : Doit N... à N...; et même on sous-entend le mot *doit*, et l'on met

Source BIU Cujas

simplement N... à N..., en commençant toujours par le compte débiteur. Ainsi, en cas de vente à crédit, on mettra : *Pierre à march. gén.* En cas de vente au comptant, on mettra : *Caisse à march. gén.* Et réciproquement en cas d'achat (V. modèle B). Deux chiffres mis en marge indiquent le folio du grand-livre où les deux comptes sont portés.

Au grand-livre, on met la même indication au commencement de la ligne consacrée à chaque article; mais l'intitulé du compte fait la moitié de la besogne. Si un article est inscrit au débit, on sait d'avance qui est débité : c'est le titulaire du compte; il suffit donc de marquer quel est le compte créditeur correspondant, en indiquant *à qui* doit le titulaire du compte. Ainsi, s'il s'agit du compte *march. gén.*, le titre portant : *Doit march. gén.*, il suffit de mettre sous chaque article : *à Pierre...*, *à caisse...*, *à effets à recevoir...* De même, au crédit, on indique seulement quel est le compte débiteur correspondant, en énonçant *par qui* est crédité le titulaire du compte. Par exemple, s'il s'agit du compte de *caisse*, le titre portant : *Avoir caisse*, on mettra seulement à chaque article : *par Paul...*, *par march. gén...*, *par effets à payer...* (V. les modèles C, D, E, F, G).

Le reste se passe comme dans la comptabilité en partie simple.

Explications sur les différents comptes.

129. Nous entrons ici dans le mécanisme intime des affaires du commerçant : nous avons vu la nature juridique commune à tous ses actes (Tit. Ier, ch. 1er); nous avons vu ses rapports avec ses employés et les questions d'intérêts qui peuvent s'élever entre eux (Tit. Ier, ch. 3); nous allons voir quels sont les actes journaliers auxquels il se livre, en les classant, comme il le fait dans sa comptabilité, d'après la nature des opérations auxquelles ils s'appliquent. Ces faits constatés seront une base pratique sur laquelle nous nous appuierons souvent dans nos explications ultérieures.

130. **I. — Marchandises générales.**

1° *Au débit*, on portera toutes les marchandises achetées, car ce compte les reçoit. Qui va-t-on créditer en retour? Quatre cas peuvent se présenter (1) : — 1° Achat au comptant : crédit de *caisse*, qui fournit les deniers; — 2° achat à terme : crédit du vendeur, qui devient créancier du prix; — 3° achat soldé par un billet de l'acheteur : crédit d'*effets à payer*, qui est censé fournir l'effet; — 4° achat soldé au moyen d'un effet de commerce que le commerçant prend dans son portefeuille : crédit d'*effets à recevoir*.

2° *Au crédit*, on portera toutes les marchandises vendues, que fournit ce compte, dont il doit être déchargé. Qui débitera-t-on? Trois cas sont possibles : — 1° vente au comptant : débit de *caisse*, qui reçoit le prix; — 2° vente à terme : débit de l'acheteur qui devient débiteur; — 3° vente soldée par un billet souscrit par l'acheteur, ou pris par lui dans son portefeuille : débit d'*effets à recevoir*, qui reçoit cet effet.

Si des frais sont faits pour les marchandises, on débite leur compte par le crédit du compte qui fournit à la dépense, comme ci-dessus. — Si des marchandises sont perdues, on crédite leur compte pour l'en décharger, par le débit de *profits et pertes*.

Les profits faits sur les marchandises devraient être portés à leur débit, puisque c'est une valeur de plus dont le commis dépositaire devrait compter, et cela, par le crédit de *profits et pertes*. Mais nous verrons que ces profits ne sont connus qu'à la clôture du compte; provisoirement on passe les écritures comme si l'on ne gagnait rien.

131. **II. — Caisse.**

1° *Au débit*, on porte toutes les recettes en espèces, en créditant celui qui paie, selon les cinq cas suivants : — 1° c'est un paiement fait par un débiteur : on crédite celui-ci; — 2° c'est le prix d'une vente au comptant : crédit de *march. gén.*; — 3° c'est

(1) Dans ce numéro et les suivants nous n'indiquons que les cas ordinaires qui sont d'un usage journalier; nous laissons de côté à dessein des cas plus compliqués qui d'ailleurs sont beaucoup plus rares.

Source BIU Cujas

un effet de commerce qu'on a touché ; crédit d'*eff. à recevoir ;* — 4° c'est un effet que fournit le commerçant (un banquier p. ex.) en en recevant le montant : crédit d'*eff. à payer ;* — 5° ce sont des profits directement versés en caisse sans déboursé immédiat, donation, dot reçue, intérêts perçus, etc. ; crédit de *profits et pertes.*

2° *Au crédit,* toutes les dépenses en espèces, en débitant celui qui reçoit, dans cinq cas possibles : — 1° on a payé un créancier : débit de celui-ci ; — 2° c'est le prix d'un achat au comptant : débit de *march. gén.* ; — 3° c'est un billet, souscrit par lui-même, que le commerçant a soldé : débit d'*eff. à payer ;* — 4° c'est un effet d'autrui qu'on a pris à l'escompte : débit d'*eff. à recevoir ;* — 5° c'est une dépense qui n'est pas immédiatement remplacée par un avoir dans le patrimoine du négociant, comme des intérêts payés, des gages payés aux commis : débit de *profits et pertes.*

132. **III. — Effets à recevoir.**

Il faut un compte spécial pour eux, car ce sont des valeurs actives distinctes de celles qui sont versées dans la caisse.

1° *Au débit,* on inscrit tous les effets que l'on a en portefeuille (car le portefeuille les a reçus), en créditant celui qui en a fourni la valeur, surtout dans trois conditions différentes : — 1° s'ils sont donnés en paiement par un débiteur, on crédite celui-ci ; — 2° si c'est le prix d'une vente au comptant : crédit de *march. gén.* ; — 2° si c'est un effet qu'on a pris à l'escompte, c'est-à-dire qu'on a payé au porteur avant l'échéance en retenant les intérêts jusqu'à cette échéance : crédit de *caisse* pour le principal et de *profits et pertes* pour les intérêts.

2° *Au crédit,* on portera tous les effets sortis du portefeuille en débitant celui qui les reçoit : — 1° s'ils sont donnés en paiement d'une dette : débit du créancier ; — 2° s'ils paient un achat au comptant : débit de *march. gén. ;* — 3° s'ils sont touchés à l'échéance : débit de *caisse ;* — 4° s'ils sont donnés à l'escompte : débit de *caisse* pour la somme réellement touchée, et de *profits et pertes* pour les intérêts et le droit de commission qu'on a perdus sur le montant nominal de l'effet ; — 5° s'ils ont été renouvelés par le souscripteur : débit d'*eff. à recevoir,* qui sont ainsi en même temps crédités de l'ancien effet et débités du nouveau ; — 6° s'ils sont définitivement impayés : débit de *profits et pertes.*

Ce compte présente au grand-livre une colonne de plus, pour y inscrire le nom du signataire de l'effet.

Il ne dispense pas d'avoir un carnet d'échéances, où les billets en portefeuille sont classés, non d'après leur date d'émission ou d'entrée, mais d'après leur échéance ; afin que chaque jour on sache ceux qui arrivent ce jour-là à échéance, et que l'on n'oublie pas de les présenter au paiement ce jour-là ; car faute de le faire et de faire protêt le lendemain, on serait déchu de plusieurs recours importants.

133. **IV. — Effets à payer.**

Ce compte est nécessaire, car évidemment le commerçant doit se débiter (lui ou un des comptes généraux qui le représentent) du montant des billets qu'il a souscrits, car il devra les payer à l'échéance. Mais qui pourrait-il créditer ? Il ne pourrait pas créditer celui au profit de qui il a souscrit le billet ; car il est infiniment probable que ce ne sera plus lui qui sera porteur à l'échéance ; et c'est au porteur du jour de l'échéance que l'on doit payer. Le commerçant ne doit donc à aucune personne déterminée, il doit *in rem,* à sa signature. Le compte *effets à payer* représente tous ces débiteurs inconnus ; on peut se le figurer comme un commis chargé de tenir la place de ces débiteurs auprès du commerçant.

Au crédit on portera tous les billets émis par le négociant ; en revanche on débitera : — 1° si le billet est donné en paiement d'une dette née, le créancier à qui il est fourni ; — 2° s'il solde un achat au comptant, *march. gén. ;* — 3° s'il est fourni par le commerçant moyennant le versement de son montant, *caisse ;* — 4° s'il est porté à l'escompte après avoir été créé, on débitera *caisse* de la somme touchée effectivement, et *profits et pertes* des droits d'escompte et de commission retenus par l'escompteur.

Source BIU Cujas

Au débit, tous les effets qui rentrent: — soit 1° comme payés à l'échéance, crédit de *caisse;* — soit 2° comme payés d'avance par le souscripteur avec escompte, crédit de *caisse* pour la somme réellement versée, et de *profits et pertes* pour les droits retenus; — soit 3° comme renouvelés : crédit du même compte d'*effets à payer*, car, en même temps qu'un billet rentre, un autre sort.

Il y aura ici encore une colonne de plus au grand-livre pour porter le nom du premier bénéficiaire du billet.

Ce compte ne dispensera pas du carnet d'échéances passives où les billets seront classés par leur ordre d'échéances, afin que le commerçant puisse, en le consultant, savoir toujours ce qu'il doit payer à un jour donné et se munir des fonds nécessaires.

134. **V. — Profits et pertes.**

Ce compte est nécessaire pour passer écriture des valeurs qui entrent dans le patrimoine ou en sortent sans compensation, du moins immédiate et matérielle, qui constituent des augmentations ou des diminutions du patrimoine. Par exemple, au crédit : les intérêts touchés, les escomptes perçus, les loyers ou fermages, les dots, donations, successions reçues; — au passif : les dépenses de maison, les prix de location payés, les gages de commis, les frais généraux (à moins que l'on n'ouvre un compte spécial à ceux-ci), le montant des billets irrecouvrables, etc. Ainsi, en résumé, les *gains* sont portés au *crédit* de *profits et pertes;* les *pertes* sont portées au *débit*.

Pourquoi passe-t-on ainsi les écritures? On ne voit pas au premier abord une raison de faire ainsi plutôt qu'autrement. Il y a pourtant à cela deux motifs : — 1° ce compte est introduit pour la régularité des écritures; or, un gain résulte toujours du débit de quelqu'un (personne réelle ou compte fictif) qui doit verser cette somme au négociant; il faut donc, pour la régularité, que cet article soit porté au crédit de notre nouveau compte; de même une perte résulte toujours du crédit de quelqu'un, il faut donc la porter ici au débit; — 2° ce compte est simplement un compte d'ordre qui ne représente rien de reél ; or, si un commis était préposé à ce compte, pour enregistrer les gains et les pertes, il ne toucherait pas les sommes gagnées; celles-ci sont versées en caisse ou constituent une plus-value des marchandises, etc., et réciproquement pour les pertes il ne débourserait rien. Que ferait-il donc? Il constaterait, par exemple, que la caisse a reçu une certaine somme qui n'a d'autre source qu'un gain, ou fourni une certaine somme pour couvrir une perte; et il constaterait cela en débitant la caisse et se créditant, dans le premier cas; en créditant la caisse et se débitant, dans le second cas.

135. **VI. — Du compte « Capital » et de l'ouverture des comptes.**

Les cinq comptes dont nous avons parlé seraient suffisants pour représenter la marche journalière du commerce. Mais pour qu'ils représentassent toute la situation du commerçant, il faudrait supposer que celui-ci commence son entreprise sans capital, avec le crédit seul. Cela n'est guère possible. Il y a ordinairement, au début, quelque argent en caisse, des marchandises en magasin, un certain matériel d'exploitation; de plus les bénéfices accumulés formeront un capital. Or les comptes indiqués jusqu'ici ne suffiraient pas pour passer écriture de ces valeurs : on débiterait bien caisse, march. gén., etc.; mais qui pourrait-on créditer? Il faudra pour cela un sixième compte, qui représentera le négociant lui-même et sera censé remettre en dépôt aux différents comptes généraux, ce qui leur est confié. Pour ouvrir ces comptes, on les débitera de tout ce qu'ils reçoivent et on en créditera le compte de *capital;* on mentionnera en même temps cette opération au journal, sous la rubrique *Divers à capital*, à la suite de laquelle on écrira le détail. Ce dépôt, une fois fait, doit durer tout le temps du commerce; et le capital, étant une fois ainsi fixé, n'aura plus de relations avec les autres comptes, si ce n'est avec celui de profits et pertes, qui y versera annuellement les bénéfices en augmentation du capital.

Source BIU Cujas

Ce compte représentera exactement la situation de la fortune du négociant, ayant à son crédit tout ce dont il est propriétaire ou créancier, et à son débit tout ce dont il est débiteur.

Il est souvent subdivisé pour représenter les différentes branches de la fortune; par exemple immeubles, valeurs mobilières, matériel d'exploitation, etc. A l'ouverture des écritures, on débite ces comptes de ces différents ordres de valeur par le crédit de capital.

Balances.

136. Nous avons vu (n° 127) que chaque article du journal, ayant toujours été porté sur le grand-livre à la fois au débit et au crédit de deux comptes différents, le total des crédits de tous les comptes et le total des débits doivent être égaux au total général du journal.

Il y a une autre égalité qui doit toujours aussi se présenter : en rapprochant, non plus les totaux de chaque compte, mais les soldes, soit créditeurs, soit débiteurs, l'ensemble des soldes créditeurs doit se balancer avec l'ensemble des soldes débiteurs. Car les articles qui dans un compte forment une différence dans un sens, ont dû être portés à un autre compte où ils formeront une différence en sens inverse. Si le compte A a payé 100 de plus qu'il n'a reçu, il y a nécessairemment un ou plusieurs autres comptes qui ont reçu 100 de plus qu'ils n'ont payé.

Cette double égalité doit se rencontrer à quelque moment qu'il plaise d'arrêter les comptes. Le commerçant pourra donc, quand il le voudra, établir sa *balance* pour vérifier si ses comptes sont exacts. Et il aura intérêt à le faire souvent, non seulement pour éviter les illusions funestes qu'une erreur de compte pourrait produire, mais aussi comme économie de temps. Car, s'il y a une erreur, on est obligé de refaire toutes les additions; et ensuite, si l'erreur n'est pas dans les additions, il faut reprendre un à un tous les articles du journal pour voir s'ils ont été passés exactement au grand-livre, si on ne les a pas omis, si l'on ne s'est pas trompé de côté, les portant au débit au lieu du crédit, ou réciproquement. Cela se fait en *pointant* les différents articles du journal. C'est là une opération longue et délicate ; elle est d'autant plus longue qu'il y a plus longtemps qu'on n'a fait la balance précédente, car les erreurs peuvent remonter jusque-là, mais non au delà, cette dernière balance n'ayant dû être acceptée qu'après vérification de son exactitude. Les maisons bien tenues font leur balance tous les mois; à Londres, elles la font toutes les semaines.

La balance se fait sur un registre spécial, ou sur une feuille détachée qu'on appelle *feuille de balance* (V. modèle H). Cette feuille porte une large colonne pour inscrire les titres des différents comptes ; et à la droite quatre colonnes de chiffres. Parmi celles-ci, les deux premières sont consacrées aux totaux que fournissent les comptes ; la première, pour les totaux débiteurs ; la seconde, pour les totaux créditeurs. Les deux autres colonnes sont consacrées aux soldes débiteurs ou créditeurs ; ces nouveaux nombres sont donnés par la différence des deux nombres portés sur la même ligne dans les deux colonnes précédentes ; ils sont portés à la colonne du débit ou à celle du crédit, suivant que dans les colonnes précédentes le total débiteur était plus fort ou plus faible. Ensuite, on additionne chacune des colonnes : les deux premières sommes doivent être égales entre elles, et, de plus au total du grand-livre ; les deux dernières doivent aussi être égales entre elles.

Clôture des comptes.

137. Elle est nécessaire chaque année pour dresser le bilan qui doit être porté à l'inventaire (art. 9). Elle s'impose aussi par cette considération que, si on ne clôturait jamais les comptes, les articles s'accumuleraient indéfiniment dans les colonnes du grand-livre et que l'on aurait au bas des pages des totaux énormes, très gênants à écrire et à comparer entre eux. Pour éviter cela, on fait sur le grand-livre lui-même la balance

Source BIU Cujas

à la fin de l'exercice, et l'on n'a plus à reporter au nouvel exercice que la différence, généralement faible, qui ressort après la balance faite. Les comptes sont ainsi beaucoup plus clairs.

Les divers comptes personnels se soldent, comme nous l'avons vu, à la partie simple (nº 124); quand ils ne se balancent pas par eux-mêmes, on ajoute du côté le plus faible un article où on passe la différence sous le nom *solde créditeur* ou *solde débiteur*. Seulement ici, d'après le principe général de la comptabilité en partie double, il faudra, en ajoutant cet article au débit d'un compte, indiquer quelqu'un que l'on créditera, et réciproquement. Qui sera-ce? Ce sera un nouveau compte général ou fictif que l'on appelle *balance de sortie :* on débitera donc *à balance de sortie*, et on créditera *par balance de sortie* (V. modèles C et D).

Cette manière de solder s'appliquera aussi aux comptes de *caisse*, d'*effets à recevoir* et d'*effets à payer*. De plus, pour les deux premiers, on trouvera une vérification immédiate; car le solde trouvé dans les écritures devra se retrouver exactement en caisse ou en portefeuille.

Pour le compte de *marchandises générales*, il y a plus de difficulté : on a toujours agi comme si l'on ne gagnait rien, débitant ce compte de tout ce qui entrait en magasin, au prix d'achat, et le créditant de tout ce qui sortait, au prix de vente. Mais comme le prix de vente a dû être calculé supérieur au prix d'achat pour produire des bénéfices, il est certain qu'il n'est pas sorti des marchandises en proportion de l'avoir du compte. Ainsi, si l'on a au débit 100,000 fr. et au crédit 75,000 fr., il ne s'ensuit pas du tout que les trois quarts des marchandises soient sorties et qu'il n'en reste que pour 25,000 fr. Il est au contraire très probable qu'il en reste sensiblement plus que le quart. — Comment saura-t-on ce qui reste? Les écritures seules ne fournissent pas le moyen de le savoir; il faudra recourir à la vérification directe, c'est-à-dire constater ce que l'on a en magasin, et on le constate en faisant l'*inventaire*. C'est pour cela qu'on ne peut régler complètement les comptes qu'au moment de l'inventaire, et que celui-ci est la condition de l'établissement du *bilan* ou de la *situation* qui doit être portée aussi sur le registre des inventaires (C. com. art. 9).

Cet inventaire permettra aussi seul de connaître les bénéfices réalisés. Supposons, dans le cas ci-dessus, qu'on trouve par inventaire 50,000 fr. de marchandises en magasin : jointes aux 75,000 fr. vendues, elles forment un total de 125,000 fr., pour lesquelles on n'a déboursé que 100,000 fr.; donc on a gagné 25,000 fr.

Maintenant comment passera-t-on ces chiffres au compte de *march. gén.?* On porte à son débit la plus-value des marchandises, soit 25,000 fr., sous le nom de *bénéfice brut;* car ce compte doit maintenant fournir au négociant non plus pour 100,000 fr. de marchandises, mais pour 125,000 fr. (V. modèle E); et, en même temps, on crédite profits et pertes, puisque les 25,000 fr. sont un gain. Ensuite il ne reste plus qu'à solder le compte de *march. gén.* comme on solde tous les autres, en passant la différence *par balance de sortie :* dans notre espèce, ce sera 50,000 fr., qui joints aux 75,000 fr. de marchandises vendues, reproduiront le total débiteur, 125,000 fr.; on mettra : *par balance de sortie, marchandises par inventaire*, 50,000 fr. (V. modèle E).

Ainsi le compte *March gén.* se solde par deux nombres : au *doit : à profits et pertes, bénéfice brut*, la plus-value de l'année (s'il y avait eu perte, ce nombre passerait au crédit de March. gén. et au débit de profits et pertes); au *crédit, par balance de sortie, marchandises par inventaire... tant.*

Le compte de *profits et pertes*, auquel nous venons d'ajouter le bénéfice brut fait sur les marchandises, se soldera comme les premiers comptes dont nous avons parlé. Si, comme on doit le présumer, le crédit ainsi augmenté surpasse le débit, on ajoutera au débit la différence ou solde créditeur sous le nom de *bénéfice net*. En effet, ce solde représente le *bénéfice brut* venu du compte de March. gén., moins les frais portés au débit de profits et pertes; et il répond par conséquent à la définition vulgaire du bénéfice net. — Mais à qui donnera-t-on le crédit correspondant? Ce sera au compte de *ca-*

Source BIU Cujas

pital, car les bénéfices nets de l'année augmentent d'autant le capital. — Les mêmes opérations se feraient en sens inverse si le compte de profits et pertes se soldait par un excès de pertes (V. modèle F).

Enfin le compte de *capital* ainsi augmenté se soldera par un article où l'on passera l'excès du crédit sur le débit, c'est-à-dire l'actif actuel du négociant par le débit de *balance de sortie*.

138. Nous avons introduit pour solder nos comptes un compte nouveau, celui de *balance de sortie*, auquel on porte le solde de tous les comptes, sauf celui de profits et pertes qui se fond dans le capital. On doit considérer ce compte comme un liquidateur, détenteur de toutes les valeurs du négociant, qui lui doit tout ce qui est de l'actif de ce dernier, et que l'on crédite de tout son passif. Il représente donc l'inverse de la situation du commerçant.

Pour rouvrir les comptes, au lendemain de la clôture, on introduit un nouveau compte d'ensemble appelé *balance d'entrée*, qui reçoit les soldes du compte de balance de sortie, pour les repasser aux comptes d'où ils proviennent; ces comptes vont être crédités ou débités à nouveau *à* ou *par balance d'entrée*. Cette évolution est nécessaire pour que ces soldes reparaissent à ces divers comptes du côté (crédit ou débit) auquel ils doivent appartenir. D'ailleurs, la balance d'entrée, reproduisant en sens inverse la balance de sortie, représente exactement la situation du commerçant au début du nouvel exercice; elle est le *bilan* du commerçant à cette époque (V. modèle G).

139. Ce **bilan** doit accompagner l'inventaire (art. 9); l'art 439 impose aussi au failli de déposer son bilan dans les trois jours de la cessation de ses paiements. On le rédige de manière à mettre en relief tous les chiffres intéressants, d'abord pour la situation actuelle du négociant, et ensuite pour le résultat des opérations de l'année. En voir le modèle aux tableaux ci-dessous ; modèle I ; en le rapprochant de la balance d'entrée (modèle G), qui se réfère exactement à la même situation.

140. Suivent des modèles qui, nous l'espérons, faciliteront beaucoup l'intelligence des règles que nous venons d'exposer.

Dans les modèles C, D, E, F, on trouvera des articles représentés par une ligne de points, quelquefois avec un nombre dans la colonne des francs et des centimes, quelquefois même sans aucun nombre. Ce sont des articles dont nous avions besoin de supposer l'existence pour montrer la disposition des écritures; mais il importait peu qu'ils représentassent telle opération plutôt que telle autre; et nous avons cru que l'intelligence du modèle serait plus facile en laissant complètement dans le vague la nature de cette opération, pour que l'attention se concentrât sur les points essentiels. On pourra donc suppléer par la pensée à la place de ces lignes de points la mention d'une ou plusieurs opérations quelconques.

Source BIU Cujas

Modèle A. — *Rédaction du* LIVRE-JOURNAL *dans la comptabilité en partie simple.*

	Du 25 novembre 1873.		
8	DOIT PIERRE. Vendu 100 mètres de drap, à 8 fr. le mètre. . .	800	»
	Du 30.		
11	AVOIR PAUL. Acheté 3 pièces de satin	1,000	»
	Du 15 décembre.		
8	AVOIR PIERRE. Payé en espèces	2,000	»
	Du 20.		
11	DOIT PAUL. Mon billet n° 12	1,250	»
	Du 31.		
	Soldé mon billet n° 12.	1,250	»
	Dudit.		
	Achat de 6 pièces de molleton au comptant. .	900	»
		7,200	»

Source BIU Cujas

Modèle B. — *Réduction du* LIVRE-JOURNAL *dans la comptabilité en partie double.*

	Du 26 novembre 1873.		
8	PIERRE A MARCH. GÉN.		
25	100 mètres de drap, à 8 fr. le mètre.	800	»
	Du 30.		
25	MARCH. GÉN. A PAUL.		
11	3 pièces satin.	1,000	»
	Du 15 décembre.		
28	CAISSE A PIERRE.		
8	Son versement espèces.	2,000	»
	Du 20.		
11	PAUL A EFF. A PAYER.		
30	Mon billet n° 12.	1,250	»
	Du 31.		
30	EFF. A PAYER A CAISSE.		
28	Soldé mon billet n° 12.	1,250	»
	Dudit.		
25	MARCH. GÉN. A CAISSE.		
28	Achat de 6 pièces molleton.	900	»
		7,200	»

Source BIU Cujas

Modèle C. — Grand-Livre (*Comptabilité en partie double*). — Compte d'un débiteur.

DOIT : PIERRE, Négociant a Paris. AVOIR :

1873.							1873.						
		. . . . .		500	»		Déc.	15	PAR CAISSE, paiement espèces	5	2,000	»
		. . . . .		1,200	»		Déc.	31	PAR BAL. DE SORTIE, solde débiteur. .		500	»
Nov.	25	A MARCH. GÉN., vente 100m drap. à 8 fr.	1	800	»							
		. . . . .										
		. . . . .										
				2,500	»						2,500	
Janv. 1874.	1	A BAL. D'ENTRÉE. solde à nouveau. .		500	»		1874.					

Modèle D. — Grand-Livre. — Compte d'un créancier.

DOIT : PAUL, Négociant a Lyon. AVOIR :

1874.							1873.						
Déc.	20	A EFF. A PAYER, mon billet n° 12. . .	6	1.250	»		Nov.	30	PAR MARCH. GÉN., achat 3 pièces satin.	1	1,000	»
Déc.	31	A BAL. DE SORTIE, solde créditeur. . .		250	»				. . . . .		500	»
									. . . . .			
									. . . . .			
				1,500							1,500	»
1874.							1874. Janv.	1	PAR BAL. D'ENTRÉE, solde à nouveau.		250	»

Source BIU Cujas

Modèle E. — Grand-Livre.

DOIT : MARCHANDISES GÉNÉRALES. AVOIR :

1873.					1873.				
		. . . . .	98,100	»			. . . . .	74,200	»
Nov.	30	A PAUL, 3 pièces satin.	1,000	»	Nov.	25	PAR PIERRE, 100m de drap	800	»
Déc.	31	A CAISSE, 6 pièces molleton	900	»			. . . . .		
		. . . . .			Déc.	31	PAR BAL. DE SORTIE, march. en magasin		
Déc.	31	A PERTES ET PROFITS, bénéfice brut .	25,000	»			par inventaire	50,000	»
			125,000					125,000	
1874. Janv.	1	A BALANCE D'ENTRÉE, par inventaire. .	50,000	»	1874.				

Modèle F. — Grand-Livre.

DOIT : PROFITS ET PERTES. AVOIR :

1873.					1873.				
		. . . . .	3,000	»			. . . . .	500	»
Déc.	31	A CAPITAL, bénéfice net	22,500	»	Déc.	31	PAR MARCH. GÉN., bénéfice brut. . . .	25,000	»
			25,500	»				25,500	»
1874.					1874.				

Source BIU Cujas

Modèle G. — GRAND-LIVRE.

DOIT : BALANCE D'ENTRÉE. AVOIR :

1873.						1873.					
Déc.	31	A PAUL	250	»		Déc.	31	PAR PIERRE	500	»	
		A EFFETS A PAYER	10,000	»				PAR MARCH. GÉN.	50,000	»	
		A CAPITAL	72,500	»				PAR CAISSE	18,250	»	
								PAR EFFETS A RECEVOIR	14,000	»	
			82,750						82,750	»	
1874.						1874.					

Source BIU Cujas

Modèle II. — Feuille de Balance.

BALANCE AU 31 DÉCEMBRE 1873.

		TOTAUX.		SOLDES.	
		DOIT.	AVOIR.	DOIT.	AVOIR.
8	Pierre	2,500	2,000	500	
11	Paul	1,250	1,500		250
25	Marchandises générales	100,000	75,000	25,000	
28	Caisse	22,000	3,750	18,250	
30	Effets à payer	10,000	20,000		10,000
31	Effets à recevoir	20,000	6,000	14,000	
33	Profits et pertes	3,000	500	2,500	
35	Capital		50,000		50,000
		158,750	158,750	60,250	60,250

Source BIU Cujas

Modèle I.

BILAN AU 31 DÉCEMBRE 1873.

CHAPITRE PREMIER.

ACTIF.

Marchandises en magasin		50,000
Caisse		18,250
Effets à percevoir		14,000
Débiteurs divers.		
Pierre		500
		82,750

PASSIF.

Effets à payer	10,000	
Créanciers divers.		
Paul	250	
	10,250	10,250
Différence ou capital		72,500
Le capital au commencement de l'année était		50,000
Bénéfice net		22,500

CHAPITRE II.

Chiffre des affaires (1)	75,000
Marchandises en magasin (2)	50,000
	125,000
Achats et marchandises antérieures (3)	100,000
Bénéfice brut	25,000
Dépenses (4)	2,500
Bénéfice net (5)	22,500

(1) *Avoir* de march. gén. avant l'inventaire.
(2) Résultat de l'inventaire.
(3) Débit de *march. gén.* avant l'inventaire.
(4) Débit de *profits et pertes* avant l'inventaire.
(5) Différence égale à celle qui termine le chapitre précédent.

Source BIU Cujas

TITRE IV

DES SÉPARATIONS DE BIENS.

141. Cette rubrique est à la fois *incomplète*, parce que le titre s'occupe aussi de la publicité à donner au contrat de mariage; et *trop large*, car en fait de séparation de biens, il ne traite que de la publicité.

La publicité du contrat de mariage est, nous l'avons dit, la seconde obligation des commerçants; c'est pour cela que nous en traitons ici immédiatement après le titre 2.

Nous verrons la publicité à donner : — 1° au contrat de mariage; — 2° à la séparation de biens.

CHAPITRE PREMIER.

PUBLICITÉ A DONNER AU CONTRAT DE MARIAGE.

142. Depuis 1850 une certaine publicité est exigée pour tous les contrats de mariage, même des non commerçants (C. civ., art. 1391 et 1394, modifiés par la L. 10 juillet 1850). Nous laissons de côté cette matière qui appartient au droit civil.

Pour les commerçants, la publicité de leur contrat est importante dans l'intérêt des tiers ou des époux, suivant les régimes adoptés. Si c'est le régime de la communauté : le mari commerçant offre comme gage à ses créanciers, non seulement ses biens propres, mais même ceux de la communauté (C. civ., art. 1421); si c'est la femme qui est commerçante (avec l'autorisation de son mari), elle offre pour gage, outre ses biens personnels, ceux de la communauté et même ceux du mari (C. civ., art. 1426; C. comm., art. 5). C'est pour les époux un élément de crédit, qu'ils ont intérêt à faire connaître. — Si l'on a adopté un autre régime, ce sont les tiers qui sont intéressés à le connaître; car d'abord, ils ne doivent pas compter sur les avantages que nous venons de signaler; ensuite, la femme est créancière de son mari pour ses apports, et elle entame d'autant le gage apparent des créanciers commerciaux du mari; si c'est elle qui est commerçante, l'usufruit de ses biens dotaux appartenant au mari, ses créanciers ne peuvent en saisir que la nue-propriété, du moins si elle n'est autorisée que par justice à faire le commerce (en admettant que

Source BIU Cujas

cela soit possible); de plus, si elle est dotale, elle est frappée d'incapacité quant à ses immeubles dotaux (C. comm., art. 7).

Quant aux règles de la publicité, le code fait encore une distinction (1).

I. — **On se marie étant commerçant.**

Art. 67. Tout contrat de mariage entre époux dont l'un sera commerçant sera transmis par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et chambres désignés par l'article 872 du Code de procédure civile, pour être exposé au tableau, conformément au même article. — Cet extrait annoncera si les époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime dotal.

143. **Pour quels régimes doit-on faire la publication?** Pour tous, art. 69, *in fine*, auquel il faut ajouter par identité complète de raison le régime sans communauté. L'obligation existe même si l'on adopte la communauté légale dans le contrat; contrairement à l'ordonnance de 1673, tit. 8, a. 1, qui n'obligeait à publier que la clause dérogatoire à la communauté. L'obligation ne cesse que quand il n'y a pas eu de contrat : alors il n'y avait pas d'officier public que l'on pût en charger; d'ailleurs l'intérêt des époux y est seul engagé dans ce cas.

Que doit-on publier? Pas tout le contrat, ni toutes les clauses; on a dit dans la discussion, qu'il pouvait être désagréable pour les familles de mettre au jour toutes leurs affaires; et que cela pouvait tromper les tiers, par suite de l'exagération fréquente des apports (2). C'est seulement un extrait, et le dernier alinéa précise ce mot en disant *le régime* seulement; si les tiers, avertis ainsi, ont intérêt à connaître quelque chose de plus, ils peuvent exiger des époux des renseignements plus complets avant de traiter.

Qui doit publier, et quand? C'est le notaire qui a reçu le contrat (art. 68), et dans le mois de sa date (art. 67) (3).

Formes. Renvoi à l'art. 872, C. pr. civ. : affiches dans quatre endroits : 1° au tribunal civil; du domicile du mari, même si c'est la femme qui est commerçante; elle est domiciliée chez lui (4); 2° au tribunal de commerce, et, s'il n'y en a pas dans l'arrondissement, à la maison commune, la mairie; 3° à la chambre des avoués; 4° à la chambre des notaires. Ces deux derniers endroits, seulement s'il en existe dans l'arrondissement. — Ces affiches doivent rester apposées pendant un an (C. pr. civ., art. 872).

144. **Sanction.** C'est la responsabilité du notaire.

Art. 68. Le notaire qui aura reçu le contrat de mariage sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article précédent, sous peine de cent francs d'amende, et même de destitution et de responsabilité envers les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit la suite d'une collusion.

Pénale : 100 francs d'amende, même en cas de simple négligence; ré-

(1) Comp. Ord. 1673, tit. 8, a. 1 et 2.

(2) Locré, t. 17, p. 278, 324 et suiv.

(3) Ce délai est de rigueur; et l'amende est encourue, si le dépôt est fait le lendemain du dernier jour du mois, lors même que c'est un jour fixé : Trib. d'Yvetot, 14 août 1875, D. P. 77. 3. 7.

(4) *Contrà :* Pard., n. 95. Al. n. 643.

Source BIU Cujas

duite à 20 fr. par L. 16 juin 1824, a. 10. De plus, s'il y a collusion, la destitution.

Civile : en cas de collusion seulement. Il n'est responsable qu' « *envers les créanciers* ». Nous dirons donc qu'il n'y a pas nullité de la clause du contrat de mariage, en faveur des créanciers; car s'il y avait nullité de cette clause, les créanciers, ne souffrant nullement de l'absence de publicité, n'auraient pas droit à des dommages intérêts (1). On a soutenu le contraire en argumentant de l'a. 1382, c. civ., en disant que la nullité est la meilleure réparation. Mais c'est donner à l'a. 1382 une portée qu'il n'a pas de droit commun, et l'argument ci-dessus montre que ce n'est pas la pensée du législateur.

Q. *Les époux sont-ils aussi responsables envers les créanciers?* Nous dirons non en cas de simple négligence des parties à faire publier leur contrat de mariage; car la loi ne leur impose nulle part une obligation précise à cet égard; et les créanciers ont pu, avant de traiter avec eux, exiger des renseignements; depuis la L. de 1850, ils ont pu se faire délivrer une expédition du contrat de mariage (2). Mais les époux seraient responsables en cas de fraude; leur responsabilité étant fondée alors, non sur l'absence de publicité, mais sur les déclarations fausses qu'ils auraient faites aux créanciers (art. 1382, C. civ.) (3). Dans le même cas de fraude, les créanciers pourraient invoquer la nullité, non pas du contrat de mariage, mais du contrat passé avec eux ; car il y a eu dol des époux (C. civ., art. 1116). Et cela ne les empêchera pas de demander des dommages intérêts au notaire, s'il a lui-même pris part à la fraude; car tout en faisant prononcer la nullité ils peuvent très bien souffrir de l'inexécution du contrat (4).

II. — Si l'on devient commerçant après le mariage.

Art. 69. L'époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant postérieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce : à défaut de cette remise, il pourra être, en cas de faillite, condamné comme banqueroutier simple.

145. Ce sont les époux qui doivent publier leur contrat, car le notaire ne peut pas savoir s'ils deviennent commerçants. — La publication n'est pas nécessaire s'il y a communauté, soit légale, soit même stipulée. C'est une différence avec le cas de l'art. 68, et le Code se rapproche ici de l'ordonnance.

Sanction : *Pénale :* la banqueroute simple (c'était la banqueroute frauduleuse avant la L. 28 mai 1838). Cette sanction ne se produira qu'en cas de faillite ; il n'y en aura pas dans les autres cas, mais alors les créanciers ne souffriront pas du défaut de publicité.

Civile : dans l'ordonnance, c'était la nullité de la clause dérogatoire à la communauté. On à voulu l'appliquer encore aujourd'hui par les mêmes raisons que dans le cas de l'a. 68 (5). Mais nous avons déjà répondu à cet ar-

(1) Rennes, 4 mars 1880, D. P. 80. 2. 210. — Aub. et Rau, 4e éd. t. 5, § 503, p. 250. — *Contrà :* Pard., n. 93. Al. n. 648. Ly. C. et R., n. 244.

(2) *Contrà :* Cass., 24 déc. 1860. S. 61. 1. 983. — Al. n. 645. Massé, n. 1017.

(3) Rennes, 4 mars 1880, D. P. 80. 2. 210, etc., etc. — Aub. et Rau, *loc. cit.*

(4) *Sic* les autorités citées à la note précédente.

(5) Pard., n. 94. Al. n. 649. Ly. C. et R., n. 246.

Source BIU Cujas

gument; — de plus prononcer la nullité; quoiqu'on ait adouci la peine, cette pensée du législateur subsiste (1).

S'il y a fraude de la part des époux, ils seront responsables de leur délit (art. 1382). Et le contrat passé avec les tiers pourra être annulé pour cause de dol (V. *suprà*, n. 144). — Mais en ce cas de simple négligence de leur part, nous admettrions encore ici qu'ils ne seraient pas responsables : — sans doute ici, c'est à eux-mêmes que la loi impose l'obligation de publier leur contrat de mariage; — mais cette obligation, qui n'est pas une obligation de droit commun, ne tombe pas sous le coup de l'art. 1382; et l'art. 69 ne prononce contre eux aucune responsabilité spéciale de ce genre, quoique le législateur pensât aux responsabilités civiles puisque l'art. 68 en parle ; — enfin les tiers pouvaient se protéger en exigeant des époux une déclaration sur les points qui pouvaient les intéresser (2).

146. *Article transitoire.*

Art. 70. La même remise sera faite, sous les mêmes peines, dans l'année de la publication de la présente loi, par tout époux séparé de biens, ou marié sous le régime dotal, qui, au moment de ladite publication, exerçait la profession de commerçant.

CHAPITRE II.

PUBLICITÉ DE LA SÉPARATION DE BIENS.

147. Elle est introduite en faveur des créanciers postérieurs, puisque les droits des époux vont diminuer; mais aussi en faveur des créanciers antérieurs pour qu'ils puissent surveiller une liquidation qui pourrait leur être nuisible, et s'y opposer au besoin.

I. — Séparation de biens principale.

Art. 65. Toute demande en séparation de biens sera poursuivie, instruite et jugée conformément à ce qui est prescrit au Code civil, livre III, titre V, chapitre II, section III, et au Code de procédure civile, deuxième partie, livre I, titre VIII.

148. Ce sont les mêmes règles que pour les non commerçants ; aussi nous renvoyons aux commentaires du Code civil et du Code de procédure. — Remarquons seulement qu'il y a publicité de la demande seule d'abord, et ensuite du jugement. Pour la *publicité de la demande*, v. C. pr. civ., art. 866, 867, 868; les créanciers ont le droit d'intervenir et ont un mois pour cela (*Ibid.*, art. 869, 871). Pour la *publicité du jugement*, v. C. civ., art. 1445; C. pr. civ. art. 872, et tarif des frais en mat. civ., art. 92, § 25; les créanciers antérieurs ont le droit d'y former tierce opposition, mais dans un délai d'un an seulement (C. pr., art. 873); les créanciers postérieurs peuvent le méconnaître s'il n'est pas publié (C. pr., art. 872, 1er al., *in fine*) (3).

(1) Brav. t. II, p. 7. Massé, n. 1017.
(2) *Contrà :* Cass., 24 déc. 1860. S. 61. 1. 983. — Demang., t. II, p. 97. Al. n. 645.
(3) Alger, 5 juin 1874, D. P. 78. 2. 9.

Source BIU Cujas

II. — **Séparation de biens accessoire de la séparation de corps.**

Art. 66. Tout jugement qui prononcera une séparation de corps ou un divorce entre mari et femme, dont l'un serait commerçant, sera soumis aux formalités prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile; à défaut de quoi, les créanciers seront toujours admis à s'y opposer, pour ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite.

149. Ici c'est le jugement seulement qu'on doit publier et non la demande, comme en matière civile.

Mais il y a une formalité de plus imposée aux commerçants; c'est la lecture à l'audience, non exigée en droit commun par l'art. 880, C. Pr. civ., mais imposée ici puisque l'a. 66 renvoie à l'a. 872. C. Pr. civ., qui l'exige.

La sanction est la nullité à l'égard des intéressés, comme pour l'article précédent. Mais cette nullité peut être ici invoquée pendant 30 ans, et non pas seulement pendant un an : c'est ce que le législateur a voulu indiquer en disant « seront *toujours admis* ».

III. — **Rétablissement de la communauté après la séparation de biens.**

150. Il est possible (C. civ., art. 1451); — et soumis aux mêmes formalités que la séparation, au moins à celles de l'art. 1445; il y a discussion pour celles qu'a ajoutées le code de procédure (V. aux commentaires du Code civil).

Source BIU Cujas

TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

GÉNÉRALITÉS.

151. Dans notre plan général qui nous a paru être celui du Code, ce titre se rattache aux personnes en droit commercial : après avoir parlé des personnes réelles ou physiques, le Code traite des personnes collectives ou morales.

Avant d'étudier les sociétés commerciales, nous devons donner quelques notions générales sur le contrat de société et sur les sociétés civiles; car nous aurons à chaque instant l'occasion d'appliquer des règles communes ou de signaler des différences.

Au point de vue philosophique et tout à fait général, on peut donner la **définition** suivante de *la société* : *c'est la collaboration volontaire de plusieurs personnes vers un même but, par des moyens communs.*

Il y a beaucoup de sociétés en dehors du droit, ce sont toutes celles qui n'ont pas pour but l'acquisition ou la jouissance d'un droit, et auxquelles les parties n'ont pas entendu faire produire des effets juridiques : telles sont les sociétés ayant un but intellectuel ou moral, comme les académies, les sociétés de bienfaisance, etc. On concevrait que les parties, tout en ne se proposant pas un but pécuniaire, eussent néanmoins voulu faire produire à leur société des effets juridiques : nous verrons si cela est possible d'après notre droit positif (*infrà*, n. 155).

Dans l'ordre du droit, il existe certaines sociétés naturelles et présentant un certain caractère d'universalité, comme la famille, le mariage, l'État. Nous n'avons à nous occuper, avec nos codes, que des sociétés purement volontaires et relatives à des intérêts pécuniaires.

A ce point de vue plus restreint, voici la définition donnée par le Code civil (art. 1832) : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. » Nous y trouvons les mêmes éléments que dans la définition philosophique donnée ci-dessus; seulement ils sont spécialisés en vue des sociétés qui ont un objet pécuniaire.

Reprenons ces **éléments** en y rattachant les règles fondamentales qui en découlent.

152. 1° Il faut une *collaboration active*. La société est la réunion des forces

Source BIU Cujas

humaines; sa grande utilité est de rendre l'effort de l'homme plus fécond par l'union.—Ce caractère n'est pas mis en relief par le Code : mais il résulte de l'ensemble de la définition; surtout des mots : *dans la vue de partager le bénéfice*. Car il ne peut y avoir bénéfice, ni même aucune production, sans l'effort, sans le concours du capital et du travail.

Il est donc nécessaire que la société ait pour but la production de quelque utilité ou valeur (1). Une union purement passive ne serait plus une société; nous allons rencontrer plusieurs applications de ce principe. Cette collaboration peut d'ailleurs être donnée, soit par le travail actuel, soit par le capital qui n'est que du travail accumulé, soit par tous deux à la fois.

153. 2° *Une convention*. Nous avons dit que la collaboration doit être volontaire. La société a donc essentiellement pour origine un contrat. Ce contrat est en général consensuel comme tous les contrats en droit français; mais certaines formes spéciales ont été ou sont exigées pour les sociétés commerciales, soit *inter partes*, soit à l'égard des tiers.

Pothier (2) séparait par ce caractère la *société* de la simple *communauté* d'intérêts, comme celle qui peut exister entre des cohéritiers, des colégataires avant le partage; entre les créanciers d'une même faillite, etc. Mais il peut y avoir une *communauté* qui ait pour origine une convention; par l'achat en commun d'un bien pour en partager les fruits naturels ou civils; la prolongation volontaire d'une indivision (C. civ., art. 815). La communauté se distinguera alors de la société par l'absence du premier élément, la *collaboration active* (3) : la communauté n'a pas pour but la production d'un résultat nouveau qui ne serait pas produit sans elle. D'où il suit (4) qu'on ne devrait pas lui appliquer l'obligation qui existe entre associés de faire l'affaire de leurs coassociés, de ne pas s'enrichir à leur exclusion (C. civ., art. 1848 et 1849); que la communauté n'est jamais censée établie *intuitu personæ*, et ne se dissoudrait pas par la mort d'un des communistes. De là vient aussi la prohibition légale de prolonger indéfiniment l'état de communauté (C. civ., art. 815), qui n'est pas productif, qui nuit plutôt à la production par la difficulté d'une entente commune, tandis que la société, éminemment féconde, peut être contractée pour un temps illimité (C. civ., art. 1869).

154. 3° *Des moyens communs*. Ainsi plusieurs assureurs concourant ensemble chacun pour leur part dans l'assurance d'un bâtiment ne sont pas pour cela en société (5).

Cette condition entraîne la nécessité d'un **apport** par chacun des membres (C. civ., art. 1833, 2e al.); autrement il y aurait donation (6).

Toute latitude est laissée aux parties pour la nature de l'apport; il peut consister non seulement en argent, mais dans tout objet appréciable en argent; même dans un objet immatériel, comme une clientèle, une marque de

(1) Comp. Brav., t. I, p. 160, 170.

(2) *Traité du contrat de société*, n. 2.

(3) Pard., n. 96. Troplong, *Société*, n. 22. Béd., *Des sociétés*, n. 7 et suiv. Al. n. 139.

(4) V. Brav., t. I, p. 147.

(5) Rennes, 26 mars 1849, D. P. 51. 2. 154.

(6) Pot., *Contrat de société*, n. 8. — Aub. et Rau, t. IV, § 377, 2°.

Source BIU Cujas

fabrique, même dans l'industrie, le nom, le crédit commercial de l'associé (1). Il n'en serait pas de même du crédit politique qui n'est pas dans le commerce (2). — D'ailleurs la nature et la quotité de l'apport peuvent être différentes pour les divers associés (3).

L'apport peut être réalisé de diverses manières :

En propriété, la société devient propriétaire, la chose passe à ses risques; et l'associé apporteur n'a pas dorénavant plus de droit sur elle qu'un autre associé quelconque;

En usufruit, la société devient usufruitière; mais l'associé reste nu-propriétaire; la chose reste à ses risques; il a le droit de la reprendre par préférence, avant tout partage à la dissolution de la société. Si les choses apportées se consomment par l'usage (v. les divers cas cités par l'art. 1851, C. civ.), la société en a le quasi-usufruit, en devient propriétaire, et l'associé devient créancier de pareille quantité ou de la valeur des objets.

En jouissance : l'associé a les mêmes droits que dans l'apport en usufruit; il reste même *plein* propriétaire, mais il doit *faire jouir* la société, comme un bailleur doit faire jouir le preneur; la société n'a pas ici un droit réel; elle a un droit personnel contre l'associé (4). Un pareil apport est successif (5); si la jouissance cesse, l'apport disparait (C. civ., 1851, 1er al.); et la société se trouve dissoute (6) (art. 1867, 2e al., qu'il faut bien se garder d'appliquer à l'apport en usufruit) (7). Enfin la jouissance, même d'un immeuble, est toujours considérée comme mobilière; car elle ne constitue qu'un droit aux fruits (8).

155. 4° *Un intérêt commun.* C'est ce qu'exprime l'art. 1833, C. civ.; l'art. 1832 disait déjà : *dans la vue de partager le bénéfice.* — Si l'on prend ces derniers mots à la lettre, on dira que l'on ne peut pas contracter une société pour un intérêt autre qu'un intérêt pécuniaire, c'est-à-dire consistant dans des bénéfices à réaliser; il s'ensuivra qu'on ne pourra pas former une société pour un intérêt intellectuel, moral ou philanthropique (9), comme pour soulager les malheureux, instruire des ouvriers, etc.; qu'on ne le pourrait même pas

(1) Brav., t. I, p. 157, Pont, *Soc.* n. 56. Ly. C. et R., n. 259.— *Contrà*, pour le crédit commercial : Troplong, *Contrat de société*, n. 114, 115. Aub. et Rau, t. IV, § 377.

(2) Discussion au Cons. d'État; discours de Treilhard et de Gillet; Fenet, t. XIV, p. 367, 397, 420. — Brav., t. I, p. 157. Pont, *Soc.*, n. 63.

(3) Pot., *Soc.* n. 10. Brav., t. I, p. 156. Ly. C. et R., n. 259.— Sur les divers objets qui peuvent constituer un apport, et sur les questions qui s'y réfèrent, v. Pard., n. 984. Béd., n. 30. Al. n. 155. Troplong, *Soc.*, n. 115 et suiv. Delangle, *Sociétés*, n. 60. Duvergier, *Soc.*, n. 19, 20. Rendu, *Marques de fabrique*, n. 420. Aubry et Rau, t. IV, § 377.

(4) Ly. C. et R., n. 550.

(5) Brav., t. I, p. 158.

(6) Brav., t. I, p. 158, 387 et suiv. Ly. C. et R., n. 550.

(7) Brav., t. I, p. 396. Ly. C. et R., n. 550.

(8) Brav., t. I, p. 158.

(9) Brav., t. I, p. 159. Al. n. 135. Ly. C. et R , n. 260. — Les partisans assez nombreux de ce système réservent le nom d'*associations* à ces sociétés qui n'ont pas pour objet un intérêt pécuniaire actuel, et soutiennent qu'elles ne sont pas soumises aux règles du Code civil. Quelques-uns vont jusqu'à prétendre que leur sort est uniquement régi par les lois administratives. Nous repoussons cette doctrine, à la fois antiphilosophique et antilibérale.

Source BIU Cujas

si l'on avait un intérêt personnel très considérable; par exemple que des patrons ne pourraient pas former une véritable société pour fonder un cercle, une bibliothèque à l'usage de leurs ouvriers, des écoles pour les enfants de ceux-ci, quoiqu'ils dussent pourtant tirer profit personnellement de l'amélioration de leurs ouvriers. Je pense que c'est là une interprétation trop étroite du code, qui, s'il avait dit cela, demanderait une réforme urgente : la formule trop restrictive de l'art. 1832 doit être considérée comme corrigée par l'art. 1833, lequel se contente d'un *intérêt commun*, sans dire de quelle nature doit être cet intérêt.

Nous trouverons encore bien des applications de la règle ainsi entendue. — Ainsi nous dirons que les *tontines* ne sont pas des sociétés (ce sont des conventions dans lesquelles on met certaines valeurs en commun, souvent à fonds perdu, de façon que les revenus annuels soient partagés entre les survivants); car l'intérêt des différentes parties n'est pas commun, mais individuel; les uns profitent du décès des autres. D'ailleurs, il manque encore à ces unions le caractère de la collaboration active; on ne produit rien de nouveau, on jouit seulement des revenus que les choses produiraient sans cela (1). — Nous en dirons autant des *assurances mutuelles* dans lesquelles plusieurs personnes, pour se protéger contre certains sinistres, conviennent d'indemniser à frais communs celles d'entre elles qui seraient victimes d'accidents de même nature : chacun paie annuellement quelque chose pour les autres; mais s'il éprouve un sinistre, il est sûr d'être indemnisé. On dit souvent que ces assurances ne sont pas des sociétés parce qu'elles n'ont pas pour objet de réaliser des bénéfices, mais d'éviter une perte (2). Je n'admettrais pas que le mot *bénéfice* de l'art. 1832 ait un sens aussi étroit (3). Mais je dirais qu'il n'y a pas société parce que l'intérêt, qui existe certainement, n'est pas commun, mais alternatif (4) : ce que le sinistré gagne, les autres le perdent : en outre, il n'y a pas non plus ici aucune collaboration active (5).

De ce qu'il faut un intérêt commun, il s'ensuit que chaque associé doit avoir une part dans les bénéfices, qu'on ne peut faire une *société léonine* (C. civ. art. 1855, 1er al.) (6); il s'ensuit aussi que chacun doit contribuer aux pertes (art. 1855, 2e al.) (7). Mais cette répartition des bénéfices et des pertes n'est pas nécessairement proportionnelle aux mises : l'art. 1853 n'établit cette proportionnalité qu'à défaut de convention dans le contrat.

156. Comme application à une matière commerciale des principes ci-dessus posés, nous ferons observer que, si un patron intéresse un de ses commis dans sa maison, en lui promettant, outre peut-être un salaire fixe, une part dans les bénéfices, il n'y a pas pour cela une société entre le patron et le *commis-intéressé*. Et cela, parce que les parties n'ont pas voulu faire produire à cette

(1) *Sic* : Brav., t. I, p. 160.

(2) Pard. n. 656, 934. Troplong, *Soc.*, n. 14. Brav., t. I, p. 159.

(3) Al. n. 130.

(4) Cf. Brav., t. I, p. 160.

(5) V. d'autres exemples dans Al. n. 135. — Un arrêt de Req., 27 juill. 1880, D. P. 81. 1. 105, exagère à notre sens la rigueur de la règle.

(6) L. 29, § 2, *Pro socio*, D. 17. 2.

(7) Le droit romain n'avait pas poussé jusque-là les conséquences du principe : L. 29, § 1, *ibid.* Pr. Pot., *Soc.*, n. 20, 75.

Source BIU Cujas

convention tous les effets d'une véritable société. (1) Voici les principales différences (2) : — 1° Il ne supporte rien dans les pertes : quand il y a des pertes, il ne reçoit rien, mais il ne débourse rien; — 2° Il n'est pas copropriétaire du fonds social; il n'a droit à aucune part de ce fonds, lorsque le patron cesse ses affaires (3); — 3° Il peut être congédié, sauf dommages intérêts s'il y a lieu, comme dans tout louage de services; quand même on aurait contracté pour un temps déterminé (*secus* s'il y avait société, C. civ. art. 1869) (4); — 4° En cas de faillite il peut figurer parmi les créanciers pour ce qui lui est dû comme appointements et comme part de bénéfices réalisés antérieurement; tandis qu'un associé n'a droit à rien, tant que les créanciers ne sont pas intégralement payés; — 5° (Cette dernière différence est douteuse).

Q. *Peut-il demander* la communication *des livres de son patron pour vérifier si on lui donne ce qui lui revient ?*— 1er S. *Non* : — texte exclusif de l'art. 14; il n'est pas associé (5); — 2e S. *Oui* (!) : — il doit pouvoir défendre ses droits; et c'est là le seul moyen possible; — dans l'art. 14, il n'est pas certain que les mots « *partage de société* » aient été pris dans leur sens précis et exclusif; — le patron, en lui donnant, quant aux bénéfices du moins, les droits d'un associé, doit être censé s'être soumis implicitement à toutes les conséquences de cette concession; et personne n'a soutenu que la règle de l'art. 14 fût d'ordre public, et qu'on ne puisse y déroger par une convention (6).

Organisation générale d'une société civile.

157. Le droit civil forme, spécialement en matière de société (C. com., a. 18), le droit commun auquel se réfère la loi commerciale pour tout ce qu'elle n'a pas dit (cf. *suprà* n. 24). Il est donc nécessaire de connaître au moins sommairement les dispositions du code civil pour aborder les sociétés commerciales.

I. — **Stipulations originaires** du contrat.

158. Il faut d'abord un *objet licite* : C. civ., art. 1833, 1er al.

Commencement de la société : à l'époque fixée par la convention; en cas de silence de celle-ci, dès le moment du contrat : C. civ., art. 1843.

Durée. Celle qui résulte de la convention expressément, ou tacitement, par exemple si l'objet de la société est une affaire dont la durée soit limitée; — à défaut de limitation, la société durera jusqu'à la mort d'un des associés (C. civ., art. 1844, 1869).

Apports. Nous avons vu en quoi ils peuvent consister (art. 1833, 2e al.; *suprà*, n. 154). L'associé est débiteur de son apport envers la société (art. 1845, 1er al.); si l'objet est un corps certain, apporté en propriété, la société

(1) C. com. italien, a. 85.

(2) Cf. Pard., n. 969. Molinier, n. 234. Malep. et Jourdain, *Soc.*, n. 10. Delangle, *Soc*, n. 5. Troplong, *Soc.*, n. 46. Duvergier, *Soc.*, n. 53. Pâris, n. 654. Béd., n. 13. Brav., t. I, p. 165. Al. n. 140. Ly. C. et Ren., n. 266. —Consult. Aix, 7 janv. 1880, D. P. 80. 2. 223.

(3) Bordeaux, 15 mai 1846, S. 47. 2. 13, et Req., 16 avril 1855, D. P. 55. 1. 325.

(4) Req., 17 avril 1872, D. P. 73. 1. 311.

(5) L'arrêt de cass., 26 déc. 1866, D. P. 67. 1. 303, semble consacrer ce système; mais dans l'espèce le commis n'avait pas d'intérêt dans l'ensemble des opérations de la maison.

(6) Req., 3 janv. 1877, D. P. 77. 1. 112, etc.

Source BIU Cujas

en devient propriétaire par le seul effet de la convention (art. 1138) (1); s'il s'agit d'une somme, l'associé doit les intérêts de plein droit en cas de retard, et même de plus amples dommages intérêts (art. 1846), ce qui est une double dérogation aux règles de l'art. 1153, C. civ.; s'il s'agit d'un apport en industrie, l'associé doit compte à la société de tous les gains qu'il réalise dans l'espèce d'industrie qui fait l'objet de la société (art. 1847). — L'associé qui a apporté un corps certain doit *garantie*, comme un vendeur (art. 1845, 2e al.). — Les *risques*, s'il s'agit d'un corps certain, sont pour celui qui en est propriétaire : pour l'associé, s'il y a apport en usufruit ou en jouissance seulement (art. 1851, 1er al.); pour la société, s'il y a apport en propriété, ou si les objets ne sont susceptibles que d'un quasi-usufruit (art. 1851, 2e et 3e al.; dans les divers cas de cet article, ce n'est pas l'objet même, c'est sa valeur qui doit être rendue) (Cf. *suprà*, n. 152).

Droit des associés. La société est un contrat synallagmatique. Les associés ont fait des apports, qu'est-ce qu'ils acquièrent en échange? Ils acquièrent ce qu'on appelle une **part d'intérêt** ou un **intérêt** dans la société, qui se traduit matériellement par le *droit de partager le fonds social après la dissolution et de partager annuellement les bénéfices réalisés par la société*. Ce droit, dans les sociétés qui ne sont pas personnes morales, est un droit de copropriété, mais, même dans ces sociétés (2), c'est une copropriété *sui generis;* on ne peut mieux la caractériser qu'en disant qu'elle est grevée de la *servitude d'indivision* au profit des coassociés pour toute la durée de la société. Cette théorie est très incomplètement élucidée par les auteurs; il est nécessaire d'y insister quelque peu.

L'associé qui, mettant une valeur dans la société, la rend commune, et qui en même temps acquiert la copropriété des valeurs apportées par les autres, s'engage implicitement, mais très certainement, à laisser ces valeurs indivises, affectées exclusivement aux opérations sociales et soumises à la libre disposition des administrateurs pendant toute la durée de la société. Sans cela, le fonds social n'aurait pas la destination qui lui est attribuée et la marche de la société serait impossible. — Cet engagement modifie profondément le droit de copropriété de chaque associé : ainsi il ne pourrait, sous le prétexte qu'il est copropriétaire d'une part de son apport, ne livrer que le surplus; il ne pourrait non plus, s'il n'a apporté que la jouissance, se comporter comme plein propriétaire pour sa part; ni enfin, s'il est débiteur de la société (pour son apport ou autrement) faire confusion de sa part dans sa

(1) L'art. 1867, C. civ., prévoyant le cas où l'apport viendrait à périr avant sa mise dans la société paraît supposer contrairement à l'art. 1138 que la convention n'en a pas transféré la propriété; et certains auteurs admettent cette dérogation à l'art. 1138 (Pard., n. 3; Malep. et Jourd., p. 40; Delangle, *Soc.*, n. 74). Mais il ne faut pas accepter facilement une pareille antinomie, et l'art. 1867 peut et doit s'entendre du cas où la translation de la propriété aurait été retardée jusqu'à un terme ou une condition, soit par une clause arbitaire des parties, soit parce qu'il s'agirait d'une chose à créer ou de la chose d'autrui (*Sic* : Delvincourt, t. III, p. 233, note 6. Toullier, t. VII, n. 451. Troplong, *Soc.*, n. 916 et suiv. Aubry et Rau, § 384, note 5. Béd., n. 52. Duvergier, *Soc.*, n. 421 et suiv. Brav. et Demang., t. I, p. 387-395. Massé, n. 2346).

(2) *Contrà :* Brav., t. I, p. 170.

Source BIU Cujas

personne et ne verser à la caisse sociale que le surplus; il doit verser le tout pour être affecté à l'entreprise sociale (1).

Cette modalité qui affecte la copropriété des associés, je la qualifié de *servitude d'indivision*. C'est le terme par lequel on caractérise une situation analogue en matière de mitoyenneté. Il est très exact et très commode en matière de société, quoiqu'on force ainsi quelque peu le sens usuel du mot *servitude*, puisqu'on l'applique même à des meubles, et même à des biens incorporels comme les créances et les dettes.

Le terme de *servitude* convient d'autant mieux que cette modalité de la copropriété est dans une certaine mesure *opposable aux tiers;* (2) ce qui ne se concevrait pas s'il n'y avait pas là un véritable droit réel. Ainsi d'après l'a. 1860, C. civ. : « L'associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner ni engager les choses même mobilières, qui dépendent de la société. » L'aliénation n'est donc pas valable même pour la part de l'associé ; et le tiers acquéreur se verra opposer cette restriction au droit de copropriété. Tout ce que peut faire l'associé non gérant, c'est d'aliéner *sa part dans la société*, ou dans les biens communs ; mais l'aliénation porte alors sur *sa part éventuelle*, subordonnée au résultat du partage, et surtout subordonnée à la possibilité d'un partage réel, qui ne doit avoir lieu qu'après la dissolution de la société; l'acquéreur ne peut nullement se faire mettre en possession immédiate (3). Cette décision de l'a. 1860 confirme de tout point notre théorie générale, qui doit évidemment et *à fortiori* s'appliquer *inter partes*.

L'indivision produit encore un effet considérable à l'égard des créanciers personnels de l'associé. Non seulement celui-ci ne peut leur engager expressément ni leur hypothéquer (a. 1860, C. civ.) même sa part de copropriété des biens communs ; mais encore leur gage général de l'a. 2093 C. civ. n'est pas exécutoire actuellement sur cette part; les créanciers ne peuvent la saisir et la faire vendre avant la dissolution de la société (4). C'est la règle donnée formellement par l'a. 2205 C. civ. pendant l'indivision passagère résultant de l'ouverture d'une succession à laquelle plusieurs héritiers sont appelés; elle doit évidemment être appliquée *à fortiori* au cas d'indivision durable résultant d'une société Il y aura même cette différence que, dans l'indivision ordinaire, les créanciers peuvent immédiatement provoquer le partage pour exercer leurs droits sur la part divise qui sera attribuée à leur débiteur (a. 2205 *in fine*), tandis que dans la société ils sont obligés d'attendre la dissolution de la société. Cette différence pourtant s'atténue en pratique ; car leur intérêt se manifestera principalement dans le cas où leur débiteur sera insolvable; et alors il y a dans sa déconfiture une cause de dissolution de la société (a. 1865, 4°, C. civ.), qui leur permettra d'agir immédiatement en partage ou d'y intervenir (a. 882).

Il est conforme aux principes que la servitude d'indivision, résultant du contrat social, soit ainsi opposable aux tiers acquéreurs et aux créanciers de l'associé; car, d'une part, en ce qui concerne les biens provenant de l'apport

(1) Aubry et Rau, § 381 bis.
(2) Aubry et Rau, § 381 bis.
(3) Cf. Brav., t. I, p. 170.
(4) Demang. sous Brav., t. I. p. 177. Ly. C. et Ren., n. 339.

Source BIU Cujas

de ses coassociés, il n'a acquis de droit sur ces biens qu'avec les modalités résultant du contrat d'acquisition; et, d'autre part, en ce qui concerne les biens apportés par lui, il a pu, en les mettant en commun sans fraude (a. 1167), grever sa propre part de ce droit d'indivision durable au profit de ses coassociés.

Cet effet, à l'égard des tiers acquéreurs de droits réels, ne se produit en matière immobilière qu'à la condition que l'acte de société ait été transcrit. Cette transcription a donc un double effet : d'un côté elle dessaisit chaque associé des parts de propriété qui sont transportées à ses coassociés; d'un autre côté, elle rend indisponible entre ses mains, pour la durée de la société, la part qu'il conserve ou acquiert dans les immeubles.

Quant au droit de jouissance, qui fait partie du droit de copropriété des associés, il est aussi modifié; il se réduit à peu près uniquement (V. cep. l'art. 1859, 2°; *infra* n. 162) au droit de toucher annuellement une part des bénéfices réalisés par la société. Ces dividendes peuvent être saisis-arrêtés par les créanciers.

Répartition des bénéfices et des pertes : Elle est réglée par le pacte social; si rien n'a été dit, elle a lieu proportionnellement aux mises, l'apport en industrie étant censé équivaloir au plus faible apport en argent (art. 1853, 1854). Il est interdit de stipuler qu'un seul associé aura la totalité des bénéfices (*société léonine*), ou qu'il ne supportera pas les pertes (art. 1855). Mais on peut attribuer à un associé des parts différentes dans les bénéfices et dans les pertes (1).

II. — **Gestion des affaires sociales.**

159. Le fonds social est composé d'une masse de meubles, d'immeubles, de sommes d'argent; il faut le faire fructifier, et nous avons vu que la société a essentiellement pour objet la production de quelque valeur par la collaboration des associés. Il y aura pour cela une série d'actes juridiques à faire : actes d'administration, menues ventes, menus achats; peut-être des aliénations plus importantes; il faudra traiter avec les tiers, devenir créancier et débiteur. Comment seront faits ces actes, et quel sera leur effet à l'égard de tous les associés? — Il faut distinguer ce qui se passe entre les associés et ce qui se passe à l'égard des tiers.

1° *Entre les associés.*

160. Le fonds social forme, à leur égard et en vue seulement de l'exécution du contrat de société, un patrimoine fictif distinct de leurs biens (V. au n. 158), susceptible d'avoir contre eux des créances et des dettes (V. art. 1846, 1847, 1850, 1852, C. civ.) (2).

(1) Droit romain après controverses; Gaius, *Comm.* III. § 239; Inst. l. 3, tit. 25, § 2. — Pot. *Soc.* n. 20.

(2) Ce patrimoine fictif se compose de portions du patrimoine de chacun des associés, soumises à un régime spécial, comme constituant le *fonds commun*, la *masse commune* (C. civ., a. 1849), la *caisse sociale*. Ce régime spécial consiste en ce qu'il est affecté exclusivement aux opérations sociales, confié aux administrateurs de la société, et grevé, comme on vient de le voir, de la servitude d'indivision. Le patrimoine fictif se comporte comme créancier et comme débiteur des associés, ainsi que le Code civil l'exprime dans les nombreux articles cités au texte (quoique ses rédacteurs semblent avoir voulu d'abord éviter de mettre en jeu la société, puisque dans la rubrique de la section, ch. 2°,

Source BIU Cujas

Ce patrimoine n'appartenant pas à une personne physique, il faut se demander par qui il sera géré. Il faut encore distinguer :

161. A. — *S'il y a des administrateurs nommés.*

Leurs pouvoirs sont réglés par les principes du contrat de mandat : les administrateurs font valablement tous les actes compris dans leurs pouvoirs ; si leur mandat est général, et ne précise rien, ils n'ont pas le pouvoir d'aliéner (C. civ., art. 1988).

En général, le mandat est révocable par la seule volonté du mandant. Cette règle s'appliquera si les administrateurs sont nommés au cours de la société (art. 1856, *in fine*). Mais s'ils ont été nommés dans l'acte de société, leur mandat est irrévocable, parce qu'on doit croire qu'il a été l'une des conditions essentielles du consentement des parties (art. 1856).

S'ils sont plusieurs, chacun d'eux pourra en général agir seul (art. 1857) ; à moins qu'on n'ait stipulé le contraire (art. 1858).

162. B. — *S'il n'y a pas d'administrateurs nommés.*

Alors chaque associé peut faire les actes d'administration (art. 1859, 1°) ; mais non les actes de disposition (art. 1860) ; c'est l'application des principes ordinaires en cas de mandat tacite (art. 1988).

Chacun peut se servir des choses sociales, suivant leur destination, et en ne portant pas obstacle aux droits pareils de ses associés (art. 1859, 2°) ; chacun doit contribuer aux dépenses nécessaires à la conservation de ces choses (art. 1859, 3°) ; nul ne peut innover sur les immeubles, sans le consentement des autres (art. 1859, 4°). Cette dernière formule est un peu trop absolue ; en général, pour un acte de gestion compris dans l'objet de la société (et cela peut dans certains cas s'étendre même à un acte d'aliénation), la majorité liera la minorité. Car voici la règle générale et fondamentale sur les décisions à prendre entre associés ; *l'unanimité n'est nécessaire que pour les modifications au pacte social ; au contraire pour tout ce qui est prévu par ce pacte, la majorité suffit.* (1). Autrement la société ne pourrait pas marcher ; or chacun doit être présumé avoir consenti par avance à tout ce qui serait nécessaire pour le but

sect. 1re, ils parlent seulement des engagements *des associés* entre eux). C'est que la force même des choses impose ces formes de langage qui révèlent l'unité et l'indépendance du patrimoine social. En effet il est impossible de dire qu'un associé doit, par exemple son apport, *à ses coassociés ;* car alors on comprendrait qu'il ne doit pas compter parmi les créanciers : si, par exemple, il y a quatre associés, on comprendrait qu'il doit 1/3 à chacun de ses coassociés ; ce qui serait inexact. On ne peut pas dire non plus qu'il doit à tous les associés, lui compris ; car alors on entendrait qu'étant créancier pour un quart, il ferait confusion de cette part dans sa personne et ne devait payer que les 3/4, ce qui serait également faux. Il faut donc nécessairement dire qu'il est créancier ou débiteur *de la société.*

On trouve des situations analogues dans la fortune publique, où certains budgets spéciaux, certaines caisses spéciales (par exemple la caisse des dépôts et consignations) peuvent être créancières ou débitrices du trésor ; quoique, au fond, ces budgets se confondent dans un seul patrimoine, celui de l'État. De même pour les particuliers, dans l'intérieur d'un même patrimoine réel, la comptabilité en partie double nous montre certains personnages fictifs créanciers ou débiteurs les uns des autres : la *Caisse* peut devoir à *Marchandises générales*, et être créancière d'*Effets à payer.*

(1) Consult. Rej. 8 nov. 1876, D. P. 77. 1. 126. — Ly. C. et Ren., n. 327. — C. com. italien, a. 107.

Source BIU Cujas

social prévu ; par conséquent à ce que déciderait à cet égard la majorité des associés.

2° *A l'égard des tiers.*

163. La masse des biens sociaux, qui à l'égard des associés forme un patrimoine fictif distinct de leurs biens, en forme-t-elle également un à l'égard des tiers, qui pourraient avoir des dettes et des créances, contre ce patrimoine, à l'exclusion des autres biens des associés? (1).

D'après les principes généraux, nous dirions : *res inter alios acta, aliis neque nocet neque prodest.* Donc celui qui aurait traité avec un associé ne connaît que lui, n'a que lui pour créancier et pour débiteur; il ne peut invoquer et on ne peut invoquer contre lui la convention intervenue entre cet associé et ses coassociés. S'il est devenu créancier, il n'a suivi que la foi de celui avec lequel il a traité; on ne pourrait lui opposer que l'affaire concernait seulement la société, et le renvoyer à poursuivre seulement le fonds social. Il ne pourrait pas non plus, s'il le voulait, invoquer lui-même la convention (a. 1165), et poursuivre directement le fonds social; il n'aurait contre celui-ci que l'action oblique de l'art. 1166, en exerçant les droits de son débiteur, l'associé, et pour la part de cet associé (2) ; mais alors en subissant le concours de tous les créanciers de celui-ci. — Si nous supposons que le tiers a traité avec un administrateur (exprès ou tacite), qui lui a fait connaître ses pouvoirs; il aura action contre les associés mandants, chacun pour sa part (art. 1997), ou réciproquement ; mais il n'aura toujours pas d'action directe sur le fonds social, ni celui-ci contre lui : car la convention qui a formé ce fonds peut bien être valable à son égard, puisqu'il est prévenu, mais ne saurait valoir contre les créanciers des associés qui ne sont pas avertis.

Ces principes souffrent exception en matière de sociétés commerciales : celles-ci sont reconnues *personnes morales* moyennant certaines conditions de publicité (3).

164. Mais cette exception existe-t-elle aussi pour les sociétés civiles? En d'autres termes *les sociétés civiles sont-elles personnes morales?* Nous n'examinerions

(1) C'est pour réserver la question qu'au n. 160 (texte et note) nous avons qualifié le fonds social de *patrimoine fictif*; la notion complète d'un patrimoine réel exige qu'il se comporte comme tel *erga omnes*, qu'il puisse être créancier et débiteur à l'égard de tout venant. Au contraire, dans notre opinion sur la non personnalité morale des sociétés civiles, le fonds social ne forme un patrimoine distinct que dans les rapports des associés entre eux, et, même entre eux, seulement en vue de l'exécution du pacte social. A tous autres égards leur part se confond avec leurs autres biens. Notamment en ce qui concerne leurs ayants-cause, même à titre universel. La convention de société étant essentiellement faite *intuitu personæ*, ne produit aucun effet même à l'égard de ces derniers. En conséquence, si l'associé se mariait en communauté, ou mourait laissant un légataire des meubles et un légataire des immeubles, sa part dans la société serait exactement traitée comme si elle ne se distinguait pas de ses autres biens ; le caractère mobilier ou immobilier de cette part ne serait aucunement influencé par l'existence actuelle ou passée de la société.

(2) L. 68, *Pro socio*, D.; Pot., *Soc.*, n. 89. — Brav., t. I, p. 171.

(3) Toullier seul (t. XII, n. 82) est d'un avis contraire. La L. belge est formelle, a. 2; ainsi que le code com. italien, a. 76, 3e al. — Sur l'histoire de cette personnalité, v. Frémery, p. 30, s. — V. une étude d'ensemble sur certaines conséquences de la personnalité, par M. Beudant, dans D. P. 79. 1. 5.

Source BIU Cujas

pas la question, s'il n'était très important, pour comprendre le fonctionnement des sociétés qui sont personnes morales, de connaître la marche d'une société qui ne le serait pas. D'ailleurs, la même controverse existe pour les associations commerciales en participation; l'étude que nous allons faire aura donc un intérêt direct pour le droit commercial.

Intérêts de la question : Si la société est personne morale, les effets suivants se produiront, tandis qu'ils ne se produiraient pas dans le cas contraire :

1° Les créanciers sociaux seront payés sur le fonds social à l'exclusion des créanciers personnels des associés; car le fonds social est précisément constitué à l'état de patrimoine distinct, afin d'être affecté spécialement aux conséquences des opérations sociales; les créanciers personnels des associés n'atteindront le fonds social que du chef des associés (a. 1166), c'est-à-dire après le paiement intégal des créanciers sociaux. — 2° Un débiteur de la société ne pourra invoquer à titre de compensation, même pour une part, une créance qu'il aurait contre un associé personnellement; car il n'a pas la même personne pour créancier et pour débiteur : son créancier est la société et son débiteur est l'associé. Réciproquement un créancier de la société ne pourrait pas se voir opposer comme compensation une dette qu'il aurait envers un associé (1). — 3° La société sera valablement représentée par un administrateur : soit en justice, malgré la règle que nul en France ne plaide par procureur (C. pr. civ. a. 69, 6°); soit dans les conventions amiables. — 4° L'intérêt des associés dans la société pourra être mobilier alors même que la société possédera des immeubles (C. civ. a. 529); ce qui serait impossible si la propriété résidait immédiatement sur la tête des associés (V. *infrà*, n. 165). — 5° Lorsque le fonds social aura été partagé après la dissolution de la société, l'effet déclaratif du partage (a. 883) ne remontera qu'au jour de la dissolution, puisque l'indivision n'a commencé qu'à ce moment, et non au jour de l'entrée du bien dans le patrimoine social (2).

Solution de la question. Nous admettons que *les sociétés civiles ne sont pas personnes morales.*

D'abord, quant au 4e intérêt, l'art. 529 du code civil déclare meubles les actions et intérêts dans les compagnies de finance, commerce et industrie, lors même que des immeubles leur appartiendraient. Mais ses termes ne visent que les sociétés commerciales; donc *à contrario* la règle ne s'applique pas aux sociétés civiles qui n'ont pas cette personnalité.

Quant au 2e intérêt, l'art. 69, 6°, C. pr. civ., permet d'assigner les sociétés de commerce en leur maison sociale. La loi ne dit rien de pareil des sociétés civiles, donc elles ne sont pas personnes morales. — On objecte que l'art. 50, 2°,

(1) Req. 20 juill. 1874, D. P. 77. 5. 102; Rouen, 26 janv. 1877, D. P. 77. 2. 90. — Si la société n'était pas personne morale, la compensation aurait lieu puisque la société n'existe pas à l'égard du tiers. Seulement l'associé libéré au moyen de la créance sociale devrait verser au fonds commun tout ce que celui-ci aurait dû recevoir du tiers créancier; et réciproquement, si la société s'était trouvée libérée à ses dépens, elle lui devrait actuellement tout ce qu'il a manqué de toucher. — Comp. Ly. C. et Ren., n. 284, 288.

(2) On peut ajouter qu'un notaire, actionnaire ou proche parent d'un actionnaire, pourrait recevoir les actes qui concernent la société; nonobstant l'a. 8. de la L. 25 vent. an XI : Rouen, 14 déc. 1875; Douai. 3 fév. 1876, D. P. 77. 2. 37. — V. encore un 7e intérêt au n° 187 *bis infra*.

Source BIU Cujas

du même code, donne compétence au juge de paix du siège social, même pour les sociétés civiles. Mais ce qui est topique en notre matière, ce n'est pas la compétence, qui dépend de beaucoup de considérations : c'est la représentation de la société par ses administrateurs; or, l'art. 50, étranger à cette dernière question, ne peut contredire l'art. 69, 6°, qui reste fondamental sur ce point.

Venons maintenant aux deux premiers intérêts ; et consultons les articles du titre *de la Société* au code civil, ils nous feront toucher au doigt le jeu de la société civile. Nous prendrons d'abord les articles de la section 2e du ch. III, intitulée : *des engagements des associés à l'égard des tiers;* ce sont évidemment ceux qui nous donnent le fond du système de la loi sur la question qui nous occupe.

Et d'abord la rubrique de la section porte des engagements *des associés* à l'égard des tiers, et les articles, placés sous cette rubrique, ne mettent pas en jeu *la société*, comme ceux de la section 1e : il n'y est jamais question que des associés

L'art. 1862 décide qu'un associé ne peut pas obliger *les autres* s'ils ne lui en ont pas donné le pouvoir. Il n'est pas question d'obliger la société, mais seulement *les autres* associés On ne les oblige même pas sur leurs parts sociales; donc la société ne produit aucun effet à l'égard des tiers; ceux-ci ne connaissent que l'associé avec lequel ils ont traité, n'ont de droits et de dettes que contre lui. — La loi parle bien de *dettes sociales;* elle veut dire seulement les dettes qui, dans les rapports des associés entre eux, sont communes.

L'art. 1863 va plus loin ; il suppose que tous les associés ont contracté ensemble avec le tiers ; même alors ce n'est pas la société qui est obligée, ce sont *les associés*. Et ce n'est pas la loi du contrat de société qui préside à la répartition de leur obligation ; on leur applique purement la règle des débiteurs conjoints; chacun ne doit que sa part; et sa part virile (*parts égales*), non pas sa part sociale. Chacun, ne devant que sa part, pourrait la payer séparément, tandis que si le débiteur était la société, il y aurait une dette unique, et le créancier pourrait refuser un paiement partiel (C. civ., art. 1244).

Enfin, l'art. 1864, suppose que l'associé a dit expressément qu'il contractait « *pour le compte de la société.* » Il ne suppose pas comme possible qu'on contracte *au nom* de la société Il admet que les autres ne sont pas liés par la stipulation de l'associé contractant, à moins qu'ils ne lui aient donné un pouvoir exprès, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. Les tiers n'ont donc pas en principe d'action directe contre la société ; ils n'auraient que l'action oblique de l'art. 1166, exerçant les droits de leur débiteur, qui a un recours contre ses associés.

En dehors de cette section 3, l'art. 1849 suppose bien que les dettes sociales sont divisées pendant la durée de la société.

A côté de ces articles, on en cite un grand nombre qui supposent des dettes et des créances entre la société et chacun des associés (V. art. 1845, 1846, 1847, 1850, 1851, 1852, 1867); donc, dit-on, la société forme un patrimoine distinct. La réponse est facile; ce patrimoine existe dans les rapports des associés entre eux, nous l'avons établi nous-même; mais il s'agit de prouver qu'il existe à l'égard des tiers; or, aucun de ces articles n'a trait aux

Source BIU Cujas

rapports avec les tiers. — L'art. 1848 est un peu plus délicat : il suppose qu'un tiers est à la fois débiteur de la société et d'un associé, et il ordonne que, s'il fait un paiement, l'imputation soit faite proportionnellement sur les deux dettes, lors même que l'associé qui a reçu le paiement aurait voulu le diriger exclusivement sur la sienne. Vous voyez, dit-on, que la loi suppose bien une créance au profit de *la société* contre un tiers ; donc, la société est personne morale. Si cet article voulait dire cela, il serait en contradiction avec tous les autres et ne devrait pas prévaloir contre eux. Mais il est facile de répondre que l'article, s'exprimant un peu improprement pour abréger, parle d'une créance de la société, pour désigner une créance qui, d'après la convention sociale et *entre associés*, devrait grever le patrimoine social. Car il est essentiel de remarquer que l'article, dans son ensemble, s'occupe uniquement des rapports entre associés; c'est entre eux que l'imputation doit être dirigée comme il le dit, et en supposant que le tiers soit désintéressé dans la question. Si, au contraire, le tiers avait lui-même dirigé l'imputation de son paiement sur l'une des deux dettes, sur celle de l'associé, en vertu de l'art. 1253, ou s'il avait intérêt à acquitter l'une plutôt que l'autre (art. 1256), tout le monde admet qu'on devrait suivre l'imputation ainsi faite. Donc, l'art. 1848 est étranger aux rapports de la société avec les tiers.

On argumente aussi de l'art. 1860, d'après lequel un associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner, même pour sa part, les biens qui dépendent de la société. Donc, dit-on, il a cessé d'être propriétaire, et la société l'est devenue, même à l'égard des tiers (1). — Nous avons déjà répondu (n. 158) que c'est là simplement une conséquence de la servitude d'indivision qui grève la copropriété de chaque associé pendant la durée de la société (2).

On tire aussi *à contrario* de l'art. 1860 que l'associé administrateur peut aliéner les biens sociaux; donc, dit-on, il représente *la société* à l'égard des tiers (3). — Non : il représente *les associés* copropriétaires; comme un mandataire pourrait représenter des copropriétaires non associés; cela ne suppose nullement l'existence de la société à l'encontre des tiers (4).

Enfin, et ceci est fondamental, un principe essentiel au crédit public est que tous les créanciers d'un même débiteur concourent au marc le franc sur tous ses biens (a. 2093). En matière commerciale on déroge à ce principe au profit des créanciers sociaux; mais moyennant des conditions de publicité destinées à prévenir les tiers. Aucune publicité de ce genre n'étant organisée pour les sociétés civiles, les créanciers des associés seraient gravement lésés par le droit de préférence des créanciers sociaux, et le crédit public serait profondément atteint.

Donc, nous dirons que les sociétés civiles ne sont pas personnes morales (5).

(1) Brav., t. I, p. 173. — La règle de l'a. 1860 n'existait pas en droit romain, ni dans notre ancien droit : L. 68, *pro Socio*, D. 17. 2; Pot., *Soc.*, n. 89.

(2) Comp. Thiry, *Rev. crit.* 1854, p. 438 et suiv. Ly. C. et Ren., n. 287.

(3) Brav. *loc. cit.*

(4) Demang. sur Brav., t. I, p. 174.

(5) *Sic :* Req. 29 juin 1853, D. P. 54. 1. 288; Nancy, 18 mai 1872, D. P. 73. 2. 103. Frémery, p. 30. Vincens, t. I, p. 277. Thiry, *Rev. prat.*, t. V, p. 412; t. VII, p. 289. Al. n. 136. Aubry et Rau, t. IV, § 377, note 16. Demangeat sur Brav. t. I, p. 70. Ly. C.

Source BIU Cujas

III. — **Dissolution de la société.**

164. D'après l'art. 1865, la société finit :

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée. — Mais elle peut être prorogée (art. 1866); et elle peut être dissoute avant le terme, mais seulement pour de justes motifs (art. 1871).

2° Par l'extinction de la chose ou la consommation de la négociation (Cf. art. 1867).

3° Par la mort naturelle de l'un des associés. Mais la convention peut d'avance maintenir, malgré ce décès, la société, soit avec les héritiers du prédécédé, soit entre les survivants seulement (art. 1868).

4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux.

5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société. Mais cela n'est possible que dans les sociétés dont la durée est illimitée, et la renonciation ne doit pas être de mauvaise foi ou intempestive (art. 1869, 1870).

Quant au partage qui suit la dissolution, le Code renvoie aux règles sur le partage entre héritiers (art. 1872).

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

165. Nous devons d'abord les distinguer des sociétés civiles.

Et avant tout, quelles sont les **différences** entre ces deux classes de sociétés :

1° Les sociétés commerciales sont soumises aux mêmes règles que les commerçants, notamment pour la compétence, la faillite, l'obligation de tenir des livres (et autrefois la contrainte par corps, à laquelle étaient exposés les associés).

2° Elles sont assujetties à des formes particulières pour leur constitution, et à la publicité (C. com., art. 42 et suiv.; L. 24 juillet 1867, art. 52 et suiv.).

3° Les administrateurs obligent la société et les associés sans un mandat exprès.

4° Il y a pour elles une prescription abrégée de cinq ans, dans certaines conditions (C. com. a. 64).

5° Elles sont *personnes morales* sans discussion; notamment, on peut les assigner en justice par un seul exploit remis à un gérant, au siège social ou à son domicile (C. pr., a. 69, 6°). La jurisprudence admet que les sociétés dont l'exploitation s'étend sur une grande étendue peuvent, au point de vue de la compétence, avoir *plusieurs domiciles*, et être assignées partout où réside un agent chargé du contentieux (ex. les compagnies de chemin de fer) (1).

et Ren., n. 290. — *Contrà :* Rej. 3 févr. 1868, D. P. 68. 1. 225; Paris, 27 févr. 1878, D. P. 78. 2. 257. Proudhon, *Usufruit*, t. IV, n. 2065. Duranton, t. XVII, n. 334, 388. Championnière et Rigaud, t. III, n. 2743. Troplong, *Soc.*, n. 58 et suiv. Del. et Lep. t. III, p. 59. Duvergier, *Soc.*, n. 382. Pardessus, t. III, n. 975, 976. Delangle, *Soc.*, t. I, p. 14. Brav. t. I, p. 170.

(1) Req. 19 juin, 7 août 1876, D. P. 77. 1. 80, 134, etc. V. aussi Req., 30 mai 1876, D. P. 76. 1. 372. — Al. n. 959 et suiv.

Source BIU Cujas

Mais il faut qu'il s'agisse d'un fait ou d'une convention de détail, et non pas d'une question générale, comme de la validité d'un vote d'actionnaires.

Cette personnalité ne confère pourtant pas aux sociétés commerciales une capacité absolument égale à celle des personnes physiques. Elles ne sont créées, comme toute société, qu'en vue d'un but déterminé; elles ne peuvent agir qu'en vue de ce but; leur rôle (*persona*) est donc limité par l'acte même qui les crée; en dehors de cette sphère elles n'ont plus d'action, elles n'ont plus d'existence. Ainsi non seulement une société commerciale serait incapable des fonctions se rattachant aux droits de famille, comme d'une tutelle, mais encore elle ne pourrait se livrer aux actes d'un commerce absolument étranger à celui pour lequel elle a été constituée (1).

6° (Autre conséquence de la personnalité morale, mais qui demande une mention et une étude particulière). L'**intérêt** dans ces sociétés ou le droit des associés est *mobilier*; c'est la disposition formelle de l'art. 529, C. civ. — Mais **Q.** *Quelle est au juste la nature de ce droit?* Puisque la société est propriétaire du fonds social, et qu'il ne peut pas exister simultanément deux droits de propriété complète sur un même objet, on ne peut plus, comme dans les sociétés civiles (v. n. 158), considérer les associés comme copropriétaires actuels du fonds social. Dès lors deux solutions seulement sont possibles pour caractériser leur droit : — 1er S. *Ils sont copropriétaires à terme* : — car dès la dissolution de la société, la personne morale disparaissant, ils deviendront immédiatement copropriétaires actuels du fonds social; tout le monde le reconnaît; donc leur droit de copropriété existe par avance, mais suspendu dans son exercice par un terme, qui est l'époque de la dissolution de la société; — c'est là l'analyse la plus simple de leur situation (2). — 2e S. *Ils sont créanciers de leur part dans le fonds social* (sans parler pour le moment de leur part dans les bénéfices réalisés annuellement) (!) : — ce droit de créance, opérant au moment même de la dissolution de la société, les rendra immédiatement propriétaires, en vertu de l'art. 1138, C. civ., de leur part dans le fonds social tel qu'il existera à cette époque; ce système explique donc aussi bien que le précédent ce qui se passera alors; — il n'y a aucun intérêt à dire que, pendant la durée de la société, ils sont copropriétaires à terme; car l'avantage, que l'on peut avoir à être propriétaire à terme plutôt que créancier, consiste à pouvoir disposer actuellement de la propriété; or il faut bien que le 1er système reconnaisse que, s'ils sont copropriétaires à terme, cette copropriété est du moins grevée de la *servitude d'indivision*, dans les sociétés civiles (v. *suprà*, n. 158); ce qui les empêche de pouvoir aliéner ou engager actuellement même leur part dans les immeubles sociaux (C. civ., art. 1860); — le 1er système ne peut absolument pas expliquer l'art. 529, C. civ., qui déclare leur droit mobilier, lors même que la société possède des immeubles; ce caractère mobilier du droit ne peut s'expliquer qu'en considérant le droit des associés comme portant sur le fonds social pris en masse, considéré *in genere*, comme chose fongible, et ne portant pas individuellement sur chacun des biens qui composent ce fonds social; mais cette manière de voir com-

(1) Cette théorie a été excellemment mise en lumière dans une note de M. Beudant Dalloz, 1879, 1, 5.—Cette situation ressemble à celle du mineur commerçant (V. n. 86).

(2) Beslay, n. 31 et suiv.

Source BIU Cujas

mandée par l'art. 529, C. civ., est impossible dans le système de la copropriété à terme, car on ne conçoit pas un droit de propriété portant sur des objets indéterminés, sur des objets pris *in genere*; ou l'on est propriétaire d'un objet susceptible d'être désigné individuellement ou on ne l'est pas du tout (1); et si l'on est propriétaire ou copropriétaire, même à terme, d'un immeuble actuel et déterminé, le droit qu'on a ne peut être qu'immobilier quant à cet immeuble, sauf à être mobilier quant aux autres valeurs sociales; — au contraire un droit de créance peut très bien porter sur des objets indéterminés, pris *in genere*, et considérés comme fongibles; on en trouve maints exemples dans le droit civil, et l'art. 1129, C. civ., l'admet formellement; dès lors le droit des associés présentera une certaine analogie avec le droit d'un nu-propriétaire en présence d'un quasi-usufruitier; le droit du nu-propriétaire est par son principe un droit de propriété, mais comme il porte sur des choses dont l'usufruitier ne peut jouir sans les consommer, il se réduit à un droit de créance pour la fin de l'usufruit; de même le droit des associés, qui originairement et par son principe est un droit de copropriété, se réduit à un simple droit de créance, parce qu'il porte sur des objets considérés comme fongibles (2).

Il reste maintenant (et cela dans l'une comme l'autre opinion) à justifier ce caractère de chose fongible et indéterminée quant à son espèce, que l'art. 529, C. civ., nous force à attribuer au fonds social par rapport aux associés pris individuellement. Cette justification est facile pour les sociétés commerciales : en effet dans ces sociétés le fonds social n'est considéré que comme un instrument de production, un moyen de spéculation; peu importe aux associés en quelle nature de biens il est réalisé pourvu qu'il soit apte à servir au commerce qui fait l'objet de la société; il y a peut-être des immeubles dans ce fonds social, une usine par exemple; mais la société les tiendrait en location que cela ne ferait rien aux associés pourvu que l'actif social n'en fût pas diminué : l'usine viendrait demain à être détruite par un incendie, si elle est assurée et si l'on peut en louer une à côté et la faire fonctionner immédiatement, la société continuera à marcher comme s'il n'était rien arrivé, et les associés ne s'en préoccuperont pas. D'ailleurs il est aussi entendu implicitement que toutes les valeurs sociales pourront toujours être transformées en un autre genre de valeurs suivant les besoins du commerce. On voit bien par là que le droit, conservé par les associés sur le fonds social, ne porte spécifiquement sur aucun bien déterminé; mais seulement sur la valeur immatérielle et essentiellement fongible de ce fonds social; voilà pourquoi la loi a pu et dû déclarer ce droit mobilier; car une valeur immatérielle ne peut évidemment être classée parmi les immeubles.

Le droit des associés, qu'on le qualifie de droit de créance ou de droit de copropriété, ne porte d'ailleurs que sur l'actif net qui existera dans le fonds social à la dissolution. Par conséquent les associés, dans aucun système, ne toucheront jamais rien avant que tous les créanciers sociaux ne soient payés.

(1) C'est pour cette raison, malgré l'art. 1138, C. civ., que la propriété ne peut être transférée immédiatement par l'effet d'un contrat lorsque l'objet du contrat n'est pas un corps certain.

(2) *Sic :* Brav., t. I, p. 255.

Source BIU Cujas

Il ne faudrait pas, sous le prétexte qu'il sont eux-mêmes créanciers, vouloir les faire concourir au marc le franc avec les créanciers sociaux.

165 *bis*. Q. *A quoi reconnaitra-t-on les sociétés commerciales?* — 1er S. *D'après leur forme*, si l'on a adopté l'une des formes consacrées par le code de commerce (1). — 2e S. *D'après la volonté des parties* (2). — 3e S. *D'après leur objet* (!), si elles font des actes de commerce : — c'est le même principe d'après lequel on juge si un individu réel est commerçant; il doit être appliqué aussi aux personnes morales ; — plusieurs des conséquences de la commercialité intéressent l'ordre public; et, de même qu'un individu ne peut pas se rendre commerçant par sa seule volonté, une société ne peut devenir commerciale par la volonté de ses associés, expresse (2e S.) ou tacite (1er S.) (3). — Ainsi, ne sera pas commerciale une société pour l'exploitation d'une mine (4) ou pour la spéculation sur des immeubles (5), à moins que leur exploitation ne se complique d'autres opérations qui pourraient être jugées principales (V. *suprà*, n. 36).

L'emploi des formes commerciales pourra créer une présomption, mais admettant la preuve contraire (6).

166. Q. *Une société civile pourrait-elle adopter une des formes réglées par le Code de commerce?* Elle ne deviendra pas commerciale pour cela, mais elle aura certains avantages des sociétés commerciales. — Nous admettons l'affirmative : sans doute les formes commerciales ont été inventées par les commerçants et consacrées par le Code surtout dans leur intérêt; mais c'est là tout ce que l'art. 19 a voulu dire en parlant des trois espèces de *sociétés commerciales;* il n'a employé aucune formule restrictive; et chez nous la liberté des conventions est de principe général; sauf à discuter leur effet à l'égard des tiers, ce que nous allons faire à l'instant; — la L. de 1810, art. 8, dern. al., admet l'emploi de ces formes pour les sociétés minières qui sont cependant purement civiles (art. 32 de la loi); car elle admet qu'elles peuvent être par actions; — la L. 5 juin 1850, a. 14, et le nouvel a. 91, 3e al. C. com., parlent d'actions dans les sociétés civiles; — quand l'autorisation du conseil d'État était nécessaire pour les sociétés anonymes, il donnait couramment l'autorisation pour des associations civiles, comme pour les tontines, les assurances mutuelles (7).

(1) Quelques arrêts : *Sic*, du moins pour une société minière : Vincens, t. I, liv. IV, n. 19. Delangle, *Soc.*, t. I, n. 56. Béd., n. 94 et suiv. — *Contrà :* Req., 7 mars 1866, D. P. 66. 1. 428.

(2) Troplong, *Soc.*, n. 329 et suiv., au moins pour une société minière. — *Contrà :* Paris, 30 nov. 1871, D. P. 72. 2 208.

(3) Cass., 28 fév. 1872, D. P. 72. 1. 10; 21 juill. 1873, D. P. 74. 1. 127, etc. — Brav., t. I, p. 179 et suiv. Al. n. 273, 274. Ly. C. et Ren., n. 277. — L. belge du 18 mai 1873, a 1. C. com. italien, a. 75.

(4) Cass., 31 déc. 1865, D. P. 65, 1. 390, etc. — Al. n. 273.

(5) Paris, 15 fév. 1868, D. P. 68. 2. 208. — Mol., n. 244. Pâris, n. 667. Troplong, *Soc.*, n. 319. Delangle, *Soc.*, n. 27 et suiv. Duvergier, *Soc.*, n. 481. Béd., n. 88, 93. Al. n. 273.

(6) Aix, 6 déc. 1870, S. 72. 2. 109.

(7) Cass., 27 mars 1866, D. P. 66. 1. 428. Troplong, *Soc.*, n. 143 ; Duvergier, *Soc.*, n. 485. Mol., n. 244. Brav., t. I, p. 179 et suiv. Al. n. 275. Ly. C. et Ren., n. 278, 291, 535. L. belge, a. 136, pour les sociétés minières seulement.—*Contrà :* Delangle, *Soc.*, n. 28 et suiv., 484.

Source BIU Cujas

Alors la société civile devra se soumettre à toutes les prescriptions relatives à la forme adoptée par elle; cela ne fait pour nous aucun doute (1).

167. Quels seront les effets de l'emploi de telle ou telle forme commerciale par une société civile? Ce seront d'abord certainement les effets qui dépendent de la seule volonté des parties; comme le mandat donné aux administrateurs d'obliger les associés, si la forme adoptée le comporte.

Mais Q. *L'emploi des formes commerciales pourrait-il modifier l'étendue des obligations des associés à l'égard des tiers?* Surtout la restreindre à leur mise, comme dans la commandite pour les commanditaires, et dans la société anonyme. — 1er S. *Non* : — la volonté des associés ne peut changer leur position vis-à-vis des tiers; — toutes les règles du code civil sont incompatibles avec ces restrictions; — une société civile présente toujours moins de garantie qu'une société commerciale, car elle ne peut être mise en faillite, ce qui assurerait une répartition égale entre les créanciers; donc, ce qui est permis dans les sociétés commerciales peut ne pas l'être dans les sociétés civiles (2). — 2e S. *Oui* : — les tiers sont suffisamment protégés par les règles de publicité et par la forme extérieure de ces sociétés; — le code civil donne des règles pour le cas où les parties n'auraient rien stipulé; mais il ne s'applique plus en général lorsque les parties ont manifesté une volonté contraire; or, l'adoption des formes commerciales exprime une volonté suffisante; — si ces formes de société ont été placées dans le code de commerce, c'est uniquement parce qu'elles ont été inventées par le commerce; — les tiers donneront peut-être moins de crédit à la société; mais les associés en souffriront seuls; c'est à eux de le prévoir ou de modifier leur acte; la L. 5 juin 1850, a. 14 et le nouvel art. 91, 3e al. C. com., supposant des *actions* dans les sociétés civiles, impliquent évidemment une responsabilité limitée à la mise; — souvent, avant 1867, le conseil d'État a autorisé des sociétés civiles dans la forme anonyme (3).

Q. *Alors ces sociétés seront-elles personnes morales?* J'admettrai l'affirmative : — en dehors des dispositions du Code civil auxquelles, d'après ce que nous venons de dire, les parties ont pu valablement déroger, l'argument fondamental qui nous avait décidé à refuser aux sociétés civiles la personnalité morale, c'était l'intérêt des tiers qui ne sont pas prévenus; or ici, en adoptant les formes commerciales, on se soumet aux conditions de publicité; dès lors l'intérêt des tiers étant dégagé, il n'y a plus aucun intérêt d'ordre public qui empêche de suivre la volonté certaine des parties; — d'ailleurs, l'art. 529, C. civ., ajoutant les *sociétés d'industrie* aux sociétés de commerce, paraît assez

(1) Al. n. 377. Brav., t. I, p. 331. Ly. C. et Ren., n. 536. Pont, *Soc.*, n. 1138.—Spécialement quant aux formalités exigées par les lois pour la commandite par actions. v. Toullier, *Soc.*, n. 42. Delangle, *Soc.*, n. 143. Vavasseur, *Soc.*, n. 47. Rivière, *Soc.*, n. 39. Duvergier, *Collect. des lois*, 1856, p. 334. Beslay, n. 71. — *Contrà*, au moins pour les dispositions pénales de la loi de 1867 : Cr. rej. 28 nov. 1873, D. P. 74. 1. 441. — Le nouveau Code italien (a. 227) les soumet à toutes les règles qu'il édicte, sauf pour la faillite et la compétence.

(2) Delangle, n. 28 et suiv., 424,

(3) Jurisprudence constante : V. Cass. 21 juill. 1873, D. P. 74. 1. 127, etc., etc. — Vincens, t. I, p. 349 et suiv. Béd., n. 97, 123. Brav., t. I, p. 131. Al. n. 276. Ly. C. et Ren., n. 536.

Source BIU Cujas

large pour comprendre ces sociétés civiles à forme commerciale; les motifs donnés ci-dessus (n. 165), s'appliquent aussi à ces sociétés; — et si l'art. 69, 6°, C. pr., ne parle que des sociétés de commerce, l'art. 50, 2°, suppose qu'une société civile peut avoir un siège social; — enfin, l'art. 8, dern. al. de la L. 21 avril 1810, reconnaît aux sociétés minières au moins un des caractères des personnes morales, la nature mobilière du droit des associés, quoique l'art. 32 déclare qu'elles ne font pas acte de commerce (1).

168. Revenons aux sociétés commerciales. L'art. 18 du C. de com. indique les éléments du Droit qui les concerne :

Art. 18. Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties.

Comp. *suprà*, n. 24, et 157. — Il faut ajouter les *usages* commerciaux dont parle l'art. 1873, C. civ., et que l'art. 78 n'a certainement pas voulu supprimer.

169. L'art. 19 contient l'énumération des différentes espèces de sociétés commerciales :

Art. 19. La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales : — La société en nom collectif. — La société en commandite. — La société anonyme.

Il faut ajouter les *sociétés à capital variable* (L. 24 juill. 1867, art. 48-54); du reste, elles ne sont que des modifications des types indiqués par notre article; — et les *sociétés en participation* (C. com., art. 47-50).

On pourrait être tenté de se demander si les sociétés commerciales pourraient emprunter les règles des sociétés civiles à l'exclusion des formes indiquées à notre titre. Mais la question ne peut se poser, car l'association en participation, telle que nous la définirons, présente tous les avantages qu'on pourrait chercher dans une société civile. Et d'ailleurs si la société était manifestée aux tiers on ne pourrait, en matière commerciale, éviter la solidarité entre les associés autrement que par une clause spéciale dans chaque contrat passé avec les tiers, comme nous le montrerons aux numéros 308 et 435.

Nous diviserons la matière en neuf chapitres : — 1° Société en nom collectif (C. com., art. 20-22); — 2° Société en commandite simple ou par intérêts (C. com., art. 23-28); — 3° Des sociétés par actions en général; — 4° Société en commandite par actions (C. com., art. 38; L. 24 juillet 1867, tit. Ier); — 5° Société anonyme (C. com., art. 29-37; L. 24 juill. 1867, tit. II); — 6° Sociétés à capital variable (L. 24 juill. 1867, tit. III); — 7° Formes et publication des actes de société (C. com., art. 36-46; L. 1867, tit. IV); — théorie générale des nullités de sociétés; — 8° Société en participation (C. com., art. 47-50); — 9° Dissolution des sociétés et ses suites (C. com., art. 64).

CHAPITRE PREMIER.

DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

170. La société en nom collectif (2) est *une société dans laquelle tous les associés sont connus du public et obligés solidairement aux dettes sociales.* — *Raison*

(1) Paris, 27 fév. 1878, D. P. 78. 2. 257. — Ly. C. et Ren., n. 291, 536.
(2) Dans l'ordonnance de 1673, elle était appelée *Société générale.*

Source BIU Cujas

sociale, faisant connaître, à tous, les noms des associés, et *solidarité*, tels sont les deux caractères fondamentaux qui distinguent cette société à la fois des sociétés civiles et des autres sociétés commerciales.

Deux sections : — 1° Constitution de la société ; — 2° Gestion de la société.

SECTION PREMIÈRE.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ.

Art. 20. La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (1).

171. Le *nombre des associés* peut être aussi faible qu'on voudra ; tandis que dans la société anonyme on ne peut descendre au-dessous de sept (L. 24 juill. 1867, art. 23). Il peut être aussi fort que l'on voudra ; mais en pratique on ne peut aller au delà d'un certain nombre, car il faut qu'on se connaisse, la confiance réciproque et la collaboration active de tous étant nécessaire pour que la société puisse marcher.

Pour les *formes* et la *publicité*, v. au ch. 6.

172. L'*objet* de la société peut être toute espèce de commerce, restreinte ou étendue. De nombreuses questions sont soulevées pour distinguer la société en nom collectif et la société en participation ; nous en traiterons à propos de cette dernière.

Il faut que l'objet soit *licite*. Les offices ministériels, étant des fonctions publiques ne sont pas dans le commerce et ne peuvent faire l'objet d'une société. Cette doctrine est encore applicable aux courtiers maritimes (2). — Elle s'appliquait à l'exploitation d'une charge d'agent de change (3). Les sociétés de ce genre ont été formellement autorisées par la L. 2 juill. 1862, modifiant l'art. 75, C. com. ; mais avec des restrictions qui révèlent une dérogation au droit commun.

173. « *Sous une raison sociale.* » La raison sociale ou raison de commerce se compose du nom de tous les associés, ou de quelques-uns en ajoutant : *et compagnie*. Elle est distincte du nom de la maison, qui peut être connue, ou par un nom de guerre, ou par le nom de son objet, ou par une enseigne.

Elle ne doit contenir que des noms d'associés :

Art. 21. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

Lorsqu'une maison se continue après la mort ou la retraite d'un associé, on peut être tenté de laisser subsister l'ancienne raison sociale qui a du crédit. Cette pratique est très usitée en Angleterre ; et formellement consacrée par le code de commerce hollandais, art. 30, avec certaines conditions de publicité. Elle a même a été admise chez nous par la cour d'Aix (4). Mais elle est

(1) Cette définition est incomplète ; elle est complétée par l'article suivant ; V. au n° 170.

(2) Rennes, 9 janv. 1881, D. P. 81. 2. 104.

(3) Paris, 4 févr. 1854, S. 54. 2. 148.

(4) Aix, 16 janv. 1840, Dall., v° *Société*, n. 811.

Source BIU Cujas

contraire au texte formel de notre article; l'esprit de la loi est que les tiers ont le droit de compter sur la garantie de tous ceux dont ils voient les noms (1). — La sanction de la loi serait la responsabilité des auteurs de la contravention : — les associés d'abord, mais leur responsabilité n'offrira pas d'application; car l'intérêt du tiers n'apparaît qu'autant qu'ils sont insolvables, et alors il n'obtiendra rien d'eux; il pourrait y avoir lieu d'appliquer les peines de l'escroquerie (C. pén. a. 407), ou du faux (C. pén. a 147) (2); — ensuite et surtout le tiers qui a laissé mettre son nom s'il a connu le fait et a pu s'y opposer (C. civ., art. 1382) (3); et cela malgré toutes les réserves qu'il pourrait faire; les eût-il même publiées (4).

La raison sociale sert de signature pour la société; signature distincte de celle de chacun des associés qui, signant toujours sa propre signature pour ses affaires personnelles, signera la signature sociale pour les affaires de la société. Cette signature réalise, pour les yeux mêmes, la personnalité morale de la société en nom collectif.

174. Le *fonds social* est composé de tous les apports des associés : argent, marchandises, fonds de commerce, industrie, crédit, meubles, immeubles.

Mais chaque associé apporte surtout *son nom* et *le crédit* qui s'y attache; le plus ordinairement son industrie et toute sa capacité commerciale. La société en nom collectif est avant tout une *société de crédit*, une société *personnelle*. Les associés offrent, en effet, aux créanciers, outre leur apport réalisé, un droit de gage subsidiaire sur tout leur patrimoine propre resté en dehors du fonds social.

Ce caractère de personnalité, qui appartient aux engagements sociaux, à la fois dans l'intérêt des associés et dans l'intérêt des tiers, entraîne l'interdiction pour chaque associé de céder sa place à un étranger sans : 1° le consentement unanime de tous les associés; 2° une publicité pareille à celle du pacte social originaire pour prévenir les tiers; 3° le maintien de l'obligation de l'associé primitif pour tous les actes antérieurs à sa sortie, dans lesquels on a suivi sa foi. — En dehors de ces conditions, l'associé pourrait seulement se donner un *croupier* dans les termes de l'art. 1861, C. civ.; c'est-à-dire un tiers associé aux bénéfices et aux pertes qu'il pourra réaliser sur sa part sociale, mais n'ayant de droit qu'à son encontre, sans en avoir envers la société et sans pouvoir s'immiscer dans ses affaires.

174 *bis*. Malgré la garantie qu'offre aux tiers le patrimoine propre de chaque associé, le fonds social n'en doit pas moins rester rigoureusement distinct pendant toute la durée de la société. Il ne doit être diminué par aucun retrait de mise, aucune restitution d'apport. Cette théorie qui présente encore plus d'intérêt dans les autres sociétés, sera établie à propos de la commandite; *infrà*, n. 209.

(1) Rej. 11 janv. 1870, *à contrario*, D. P. 70. 1. 60. Ly. C. et Ren., n. 294. Pont, *Soc.*, n. 339.

(2) Pont, *Soc.*, n. 842, 843.

(3) Pard., n. 978. Troplong, *Soc.*, n. 373. Horson, t. I, p. 22. Béd., n. 136. Al. n. 284. Massé, n. 1950. Ly. C. et Ren., n. 204. Pont, *Soc.*, n. 844 et suiv. — Evidemment il peut toujours exiger que son nom disparaisse de la raison sociale : Bordeaux, 17 nov. 1873, D. P. 75. 2. 82.

(4) Pard., n. 978. Al. n. 284.

Source BIU Cujas

SECTION II.

GESTION DE LA SOCIÉTÉ.

175. Il s'agit de faire pour la société tous les actes de la vie commerciale: actes que nous avons énumérés, soit au titre 1er en passant en revue les actes de commerce, soit au titre 2e en étudiant la comptabilité.

Le Code ne nous donne qu'une seule règle dans l'art. 22.

Art. 22. Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

Cette solidarité est de l'essence de la société en nom collectif; on ne pourrait l'écarter par une clause expresse du pacte social, lors même que cette clause serait publiée régulièrement (1). On pourrait, seulement dans un contrat particulier fait avec un tiers, obtenir de celui-ci qu'il renonçât à s'en prévaloir (2).

Nous aurons deux paragraphes : — 1° Organisation de la gestion; — 2° Droit de poursuite des créanciers.

§ 1er

Organisation de la gestion.

Trois divisions : — 1° Organisation lorsqu'il n'y a pas d'administrateurs nommés; — 2° Organisation lorsqu'il y a des administrateurs nommés; — 3° Actes que peuvent faire les gérants désignés ou non spécialement.

I. — **Organisation lorsqu'il n'y a pas d'administrateurs nommés.**

176. C'est le cas ordinaire. Alors tous les associés gèrent simultanément, chacun se donnant tout entier aux affaires sociales, et ayant pouvoir de faire tous les actes du commerce. Ce pouvoir se traduit par le droit de signer la signature sociale; droit qui appartient à tous les associés s'il n'y a pas de stipulation contraire; c'est ce que reconnaît l'art. 22; ici le mandat d'obliger la société se présume, contrairement à ce qui a lieu dans la société civile (C. civ., art. 1864).

177. Il y a aussi dérogation à l'art. 1860, C. civ. : chacun peut sans être nommé administrateur engager et aliéner au moins les marchandises qui font partie du fonds social, dans l'intérêt du commerce; ces aliénations sont ici comprises dans les actes d'administration puisque le commerce est l'objet même de la société (art. 1859, 1°, C. civ.) (3). Les autres associés ont seule-

(1) Ly. C. et Ren., n. 334. Pont, *Soc.*, n. 1380. — Code allemand, a. 112.

(2) Brav., t. I, p. 212. Al. n. 286. Delangle, *Soc.*, n. 229. Ly. C. et Ren., n. 334. Pont, *Soc.*, n. 1381.

(3) Pard., n. 1014. Troplong, *Soc.*, n. 683. Al. n. 197. Pont, *Soc.*, n. 1387.

Source BIU Cujas

ment (comme le dit le même art. 1859, 1°) le droit de s'opposer à un acte avant qu'il ne soit fait; c'est le droit de *veto* administratif (1); en présence de ce *veto*, tous délibèreront et la majorité décidera ce qu'il faudra faire; car nous avons dit qu'elle est souveraine pour tout ce qui ne touche pas au pacte social (v. *suprà*, n. 162) (2). Il ne saurait y avoir recours aux tribunaux; car il n'y a pas de litige.

Cette majorité doit, sauf stipulation contraire, se compter par têtes; car d'une part la quotité de l'apport de chacun est indifférente pour la valeur de l'avis qu'il émet; et d'autre part chacun étant tenu indéfiniment sur tous ses biens a un intérêt égal aux autres, quand même son apport serait moindre (3). — En cas de partage égal, on ne saurait non plus avoir recours aux tribunaux; mais on devrait s'abstenir de l'acte proposé, puisqu'il n'a pas réuni l'avis de la majorité; *in pari causâ, melior est causa prohibentis* (4).

178. Il faudra appliquer aussi l'art. 1859, 3° et 4°; chacun devra contribuer à la conservation du fonds social, et nul, fût-il même un gérant, ne pourra faire d'innovation sur les immeubles sans le consentement des autres, unanimité ou majorité suivant les cas (v. *suprà*, n. 162) (5). Mais on n'appliquera pas l'art. 1859, 2°, le droit d'user personnellement des choses sociales; car elles ont une destination spéciale et tout autre (ce que prévoit d'ailleurs ce même alinéa) (6).

II. — **Organisation lorsqu'il y a des administrateurs nommés.**

179. D'abord, qui peut-on choisir? Évidemment un ou plusieurs des associés (L. 1867, art. 57) (7). Et alors ceux-là seuls auront la signature sociale, et les autres ne l'auront pas (8). — **Q.** Mais *peut-on choisir un étranger?* Nous l'admettons (9) : — il signera la signature sociale, et obligera ainsi la société sans s'obliger lui-même, ainsi que le fait un mandataire vis-à-vis de son mandant; — c'est le cas, très fréquent en pratique, d'un commis, intéressé ou non, à qui on donne la signature sociale; — les tiers ont la garantie de la responsabilité des associés sur laquelle ils ont compté. — On objecte qu'ils ont compté aussi sur leur capacité et leur honorabilité dans la gestion, et qu'ils vont être

(1) Brav., t. I, p. 199.

(2) Pot., *Soc.*, n. 90. Troplong, *Soc.*, n. 720. Duvergier, *Soc.*, n. 285. Al. n. 207. — *Contrà :* Pâris, n. 749.

(3) Pard., n. 979. Troplong, *Soc.*, n. 722. Malep. et Jourd., p. 77. Delangle, *Soc.*, n. 288. Mol., n. 311. Pâris, n. 786. Duvergier. *Soc.*, n. 288. Al. n. 208. Ly. C. et Ren., n. 326.

(4) Pot., *Soc.*, n. 90. Pard., n. 980. Troplong, *Soc.*, n. 723. Malep. et Jourd., n. 78 et suiv. Mol., n. 312. Pâris, n. 787. Duvergier, *Soc.*, n. 289. Al. n. 207.

(5) Malep. et Jourd., p. 62. Pâris, n. 753. Duvergier, *Soc.*, n. 321. Al. n. 194.

(6) Pard., n. 102. Pâris, n. 779. Delangle, *Soc.*, n. 185. Al. n. 193.

(7) Béd., n. 600. Brav., t. I, p. 196-197.

(8) Jousse, et Bornier sous l'art. 3 de l'ord. de 1673. — Horson, quest. 9. Al. n. 292.

(9) *Sic :* Mol., n. 314. Béd., n. 142 et suiv. Dall., v° *Soc.*, n. 896, 895. Demangeat sur Brav., t. I, p. 197. Al., n. 295. Ly. C. et Ren., n. 319. Pont, *Soc.*, n. 1350.—*Contrà :* Malep. et Jourd., p. 124. Delangle, *Soc.*, n. 260.

Source BIU Cujas

déçus. Il faut répondre que ces associés ont employé ces qualités à choisir leur gérant. — On objecte encore l'art. 43, C. comm., et l'art. 57 de la L. 24 juill. 1867, qui ordonnent de publier le nom des *associés* autorisés à gérer; donc, dit-on, il faut que les gérants soient associés. Nous répondrons que cet article est purement énonciatif et que l'attention du législateur ne s'est pas portée sur ce mot; d'ailleurs, l'art. 22 de la L. 1867, exige pour la société anonyme que les gérants soient pris parmi les associés; cela suppose que cette exigence n'existe pas en droit commun, et les travaux préparatoires de cet art. 22 indiquent bien cette pensée.

180. La **nomination** est faite soit par l'acte de société, soit postérieurement (C. civ., art. 1856). — Elle doit être *publiée*, soit avec l'acte si elle y est contenue (C. com., art. 43; L. 24 juill. 1867, art. 57); soit à part, mais dans les mêmes formes (C. com., art. 46; L. 1867, art. 61). Cette publicité est nécessaire pour avertir les tiers que les associés non administrateurs n'ont plus pouvoir pour faire aucun acte, et ne peuvent plus signer la signature sociale.

181. **Étendue de leurs pouvoirs**. En général ils peuvent agir l'un sans l'autre (C. civ., art. 1857), sauf le droit de *veto* entre eux seulement, comme lorsque tous gèrent (v. *suprà*, n. 177) (1). Mais on peut stipuler que l'un ne pourra obliger la société sans le concours des autres ou d'un autre (C. civ., art. 1858), et cela, même en signant la signature sociale, qui dès lors n'oblige la société qu'autant qu'elle est apposée par deux ou plusieurs gérants simultanément. C'est seulement pour les actes les plus importants qu'on établit ordinairement cette règle. On a douté de la validité de cette stipulation à raison de la portée ordinaire de la signature sociale, qui suffit à elle seule pour obliger la société. Mais pourvu que les tiers soient prévenus par la publicité de cette clause, rien ne doit s'opposer à ce que les parties ont voulu (2). — Dans le cas de cette stipulation ils doivent se contrôler, et l'un serait solidaire pour les détournements de l'autre. Mais hors de ce cas il n'y aurait pas solidarité entre eux vis-à-vis des associés, à moins qu'elle n'eût été stipulée (3).

182. **Contrôle des associés sur les gérants**. Il faut distinguer deux hypothèses :

A. — *S'ils ont été nommés au cours de la société :* Ils sont toujours révocables (C. civ., art. 1856, *in fine*); et par suite soumis pour tous leurs actes au contrôle des associés, qui peuvent toujours s'opposer à ce qu'ils fassent telle ou telle chose (4).

B. — *S'ils ont été nommés dans l'acte constitutif;* on les appelle *gérants statutaires*, et ils sont irrévocables (art. 1856, 2e al.) (5); et les associés ne peuvent s'opposer aux actes isolés qu'ils veulent faire; sauf s'il y a *fraude* ou une *cause légitime* de révocation (art. 1856).

(1) Brav., t. I, p. 199-200.
(2) Malep. et Jourd., p. 129. Horson, t. I, p. 28. Béd., n. 141. Al. n. 293.
(3) Al. n. 205.
(4) Al. n. 199. Ly. C. et Ren., n. 325.
(5) Il faudrait l'unanimité des associés pour les révoquer, comme pour tout changement au pacte social; et, puisqu'il sont eux-mêmes associés, il s'ensuit qu'ils ne peuvent être révoqués sans leur consentement.

Source BIU Cujas

Insistons un peu sur ces deux règles.

Pour les actes isolés, s'il n'y a pas fraude, les associés ne peuvent qu'avertir le gérant qu'on regarde tel acte comme imprudent ou mauvais ; mais celui-ci peut passer outre et son acte sera valable à l'égard des tiers. Seulement il serait responsable, bien entendu, à l'égard des associés, s'il y avait faute de sa part (art. 1850 et 1992, C. civ.) : et en général il y aura faute du moment que, dûment averti, il ne se sera pas abstenu (1). — Si au contraire il y a fraude, on pourra faire opposition à l'acte (art. 1856, C. civ.), et, en cas de persistance, déférer la question aux tribunaux.

Quant au mandat lui-même, il est révocable pour *cause légitime ;* c'est bien alors une dérogation au pacte social, mais fondée sur ce que l'une des parties manque à ses obligations (art. 1184, C. civ.). Ici il n'est plus nécessaire qu'il y ait fraude ; une incapacité manifestée par une série d'actes serait une cause légitime de révocation. — On a prétendu que cette révocation dissoudrait la société parce que sa désignation a été l'une des conditions du contrat (2). Mais on ne doit pas croire que l'intention des parties ait été jusqu'à subordonner leur accord au maintien d'un gérant infidèle ou incapable ; si elles peuvent se mettre d'accord pour le remplacer, on ne peut déclarer la société dissoute ; l'art. 1856, C. civ., déclarant le gérant irrévocable *tant que dure la société, sauf pour cause légitime*, paraît bien indiquer que cette cause légitime peut opérer, la société durant néanmoins (3).

III. — **Actes que peuvent faire les gérants** désignés ou non spécialement.

183. Un premier principe est que les gérants ne peuvent faire aucun acte qui ne rentre pas dans le commerce pour lequel la société est constituée. Ces actes étant impossibles pour la société elle-même (V. *suprà* n. 165), ne peuvent évidemment être faits par ses représentants. — Reste à préciser, dans les limites de l'objet social, l'étendue de leurs pouvoirs.

Ils ont pouvoir d'abord pour faire tous les actes de gestion intérieure ; pour révoquer les employés (4) ; par suite la société, représentée par eux, est responsable des délits, notamment des vols, commis par ceux-ci (C. civ., art. 1384) (5).

A l'extérieur ils peuvent faire tous les actes du commerce tels qu'ils ont été définis aux titres précédents.

Mais ils ne peuvent ordinairement aliéner ou hypothéquer les immeubles ; ce sont des actes extraordinaires ; il faudrait le consentement de tous les associés (6).

A plus forte raison ne peuvent-ils disposer, même des meubles, à titre gratuit, si ce n'est pour sommes modiques et à titre rémunératoire ; ni remettre

(1) V. Troplong, *Soc.*, n. 675. Al. n. 199.
(2) Delangle, *Soc.*, n. 175. Duvergier, *Soc.*, n. 295. Al. n. 240.
(3) Troplong, *Soc.*, n. 677. Pâris, n. 741.
(4) Lyon, 26 août 1857, D. P. 58. 2. 69.
(5) Lyon, 3 déc. 1857, D. P. 58. 2. 171.
(6) Cass. 27 janv. 1868, D. P. 69. 1. 410. Pont, *Soc.*, n. 1357. — *Contrà :* Ly. C. et Ren., n. 321, note.

Source BIU Cujas

une dette, si ce n'est dans un concordat, où cette remise n'est pas regardée comme faite à titre gratuit (V. au titre de la faillite).

184. Ils ne peuvent emprunter (1), car c'est un acte trop grave, qui augmente le capital social, dont ils disposent, les risques courus par les associés, et le passif dont ceux-ci répondent. Les statuts pourraient les y autoriser ; mais non, dans le silence des statuts, l'assemblée générale des associés ; car cette augmentation du capital social serait une modification aux statuts pour laquelle il faudrait l'unanimité, et qu'il faudrait publier.

On peut seulement admettre qu'ils pourraient emprunter pour des sommes modiques, à court délai ; suivant les usages du commerce et dans les formes commerciales ; par exemple, en faisant escompter leurs billets, en prenant des marchandises à crédit, etc.

185. Peuvent-ils contracter en leur nom personnel avec la société, représentée alors par d'autres gérants? — On a pu en douter ; mais il faut l'admettre : la L. 1867, art. 40, l'admet dans la société anonyme avec quelques précautions motivées par la difficulté du contrôle par les associés (2). — Le gérant de deux sociétés peut obliger l'un envers l'autre (3). — Et même une société, comme personne morale pourrait devenir membre d'une autre société (4).

Ils peuvent intenter ou repousser toutes les actions en justice ; — transiger et compromettre dans les limites de leur droit d'aliénation (5).

186. Ils obligent la société même par les délits qu'ils commettent dans l'exercice de leurs fonctions (C. civ., art. 1384) ; par exemple par leur dol commis dans des actes de leur gestion (6).

Q. Quid *s'ils se servent de la signature sociale pour leur intérêt personnel?* — Si le tiers est de bonne foi, a cru qu'il s'agissait d'une affaire sociale, la société est obligée ; c'est la suite de la règle précédente (7) ; et le créancier pourrait être de bonne foi, lors même qu'il savait qu'il s'agissait d'une affaire personnelle au gérant, s'il a pu penser qu'il y avait eu entente entre lui et la société (8). Mais si le tiers est de mauvaise foi, il ne peut invoquer cet engagement contre la société (9).

(1) Malep. et Jourd., p. 55. Delangle, *Soc.*, n. 140. Duvergier, *Soc.*, n. 314. — *Contrà :* Pard., n. 1014. Troplong. *Soc.*, n. 684, 685. Pâris, n. 725. Al. n. 198.

(2) Cass. 7 mai 1844, D. P. 51. 5. 495. Ly. C. et Ren., n. 323. — *Contrà :* Al. n. 319.

(3) Req. 4 déc. 1854, D. P. 55. 1. 22. — Pâris, n. 166. Duvergier, *Soc.*, n. 318. Al. n. 198.

(4) Req. 10 déc. 1878, D. P. 79. 1. 5, et la note très intéressante de M. Beudant.

(5) Req. 27 juin 1881, D. P. 81. 1. 182. Pard., n. 1014. Troplong, *Soc.*, n. 690. Malep. et Jourd., p. 56. Pâris, n. 733. Béd., n. 204. Duvergier, *Soc.*, n. 321. Al. n. 198. Ly. C. et Ren., n. 321. Pont, *Soc.*, n. 1360. — *Contrà :* Duranton, t. XVII, n. 435. Delangle, *Soc.*, n. 148 et suiv.

(6) Cass. 15 janv. 1872, D. P. 72. 1. 165.

(7) Req. 21 fév. 1860, D. P. 60. 1. 11. Ly. C. et Ren., n. 331. Pont, *Soc.*, n. 1397 et suiv. — Anciennement la jurisprudence exigeait le dol ou la fraude du gérant ; Al. n. 288.

(8) Même arrêt. — Ly. C. et Ren., n. 331.

(9) Cass. 24 janv. 1853, D. P. 53. 1. 12. — Casareg., disc. 39, n. 12. Pot., *Soc.*, n. 101. Pard., n. 1023. Troplong, *Soc.*, n. 805. Malep. et Jourd., p. 95. Dalloz, v° *Soc.*,

Source BIU Cujas

187. Les statuts peuvent, bien entendu, étendre ou restreindre leurs pouvoirs, pourvu qu'au moins dans ce dernier cas, ils soient publiés (1) : — par exemple, interdire d'emprunter sous aucune forme (2); dire que tout achat fait autrement qu'au comptant n'obligera que le gérant (3).

187 *bis*. *Faut-il dire que les gérants sont mandataires de la société?* Dans l'intérieur de la société, pour régler leurs pouvoirs et leurs obligations, il est très exact de leur appliquer les principes du contrat de mandat; c'est ce que nous avons fait plus haut; ils sont, sans aucun doute possible, les mandataires *des associés* (4). — Mais à l'extérieur, dans leurs rapports avec les tiers, avec le public, faut-il les traiter comme des mandataires *de la société?* La question présenterait de l'interêt, notamment à deux points de vue : s'ils sont mandataires de la société, on devrait dire que leur mandat est révoqué de plein droit par la déconfiture ou la faillite de la société (C. civ. a. 2003) (V. *infrà*, n. 1040 *in fine*); on devrait, aussi, pour que les statuts pussent leur donner valablement le pouvoir d'hypothéquer, exiger qu'ils soient rédigés par acte authentique, puisqu'il est très généralement reconnu, notamment par une jurisprudence constante, que le mandat d'hypothéquer doit être consenti par acte authentique (5). — Nous pensons que dans les sociétés commerciales, à raison de leur personnalité morale, les gérants ne doivent pas être qualifiés de mandataires de la société. La raison en est bien simple : la société n'existe pas sans une gestion organisée; elle n'est réellement constituée à l'état de personne distincte que lorsqu'elle est pourvue de tous les organes nécessaires à son fonctionnement; sans gérants, elle n'a pas les moyens de consentir, d'acquérir, de s'obliger; elle n'est pas encore une personne, elle ne peut donner mandat. Il faut donc dire que les gérants sont, non les mandataires, mais les représentants, ou mieux *les organes* de la société; ils sont vis-à-vis des tiers *la société même*; ils en réalisent seuls la personnalité (6). — Cette doctrine est unanimement admise dans une de ses conséquences : en ce qui concerne la représentation en justice de la société par les administrateurs (v *supra* n. 163, 3°). On présente souvent cette règle comme une *dérogation* au

n. 927. Delangle, *Soc.*, n. 247 et suiv. Béd., n. 159 et suiv. Massé, n. 1957. Ly. C. et Ren., n. 331. Pont, *Soc.*, n. 1399. — Brav., t. I, p. 204-207, paraît être d'un avis contraire.

(1) Paris, 12 août 1848, D. P. 51. 5. 42. Ly. C. et. Ren., n. 322. — *Contrà* : Brav., t. I, p. 201.

(2) Req. 3 mai 1853, D. P. 53. 1. 186.

(3) Douai, 19 déc. 1877, D. P. 79. 2. 32; etc. — Pont, *Soc.*, n. 1363.

(4) D'où ils pourraient tomber sous le coup de l'a. 408 C. pén.

(5) Req. 15 nov. 1880, D. P. 81. 1. 118; Req. 29 juin 1881, D. P. 82. 1. 106.

(6) Il a été jugé que les pouvoirs des administrateurs d'une société ne sont pas révoqués de plein droit par sa faillite : Paris, 12 juill. 1870, D. P. 70. 2. 7. — Plusieurs arrêts, notamment Req. 29 juin 1881 (D. P. 82. 1. 106), décident que, si les statuts n'autorisent pas le gérant à hypothéquer, la délibération de l'assemblée générale qui lui donne une autorisation spéciale pour consentir une obligation hypothécaire doit être revêtue de la forme authentique. Cette décision, qui est très exacte, n'est pas contraire à notre doctrine. Le Code civil veut que l'hypothèque, ne soit *consentie* que par acte authentique; or, dans l'espèce, qui est-ce qui la *consent*? Ce n'est pas le gérant puisqu'il n'a pas de pouvoir général; c'est en réalité l'assemblée des associés; le gérant ne sera plus ensuite que son porte-voix.

Source BIU Cujas

principe que « nul en France ne plaide par procureur ». Cette explication est inexacte : il ne saurait être dérogé sans texte à une règle aussi générale et considérée comme d'ordre public. Ce qui est vrai, c'est que le cas d'une société personne morale *n'est pas compris* dans la règle, parce que les gérants ne sont pas procureurs, mandataires, de la société ; ils sont la personnification même du corps social. — La solution que nous exposons présente un nouvel intérêt de la doctrine de la personnalité morale des sociétés commerciales.

§ 2

Droit de poursuite des créanciers.

188. Le Code leur reconnaît le droit de poursuivre solidairement tous les associés. Il ne parle pas de leurs droits sur le fonds social ; il faut cependant en traiter aussi, et c'est par là qu'il convient de commencer.

1° *Poursuites sur le fonds social.* — Le fonds social est avant tout le gage des créanciers sociaux ; il est constitué précisément pour répondre des engagements de la société, et la société étant personne morale, ses créanciers ont le droit d'être payés sur ce fonds social par préférence aux créanciers personnels des associés. Ces derniers ne peuvent pas se plaindre : leurs débiteurs ont aliéné leurs apports au profit de la société, personne morale ; et si cette aliénation a eu lieu sans fraude aux droits des créanciers, elle leur est opposable (C. civ., art. 1167). Il s'ensuit aussi qu'un créancier personnel d'un associé ne pourrait pas compenser sa créance avec une créance de la société.

Si les créanciers ont intérêt à séparer ainsi le fonds social, parce qu'il est solvable, tandis que les associés ne le sont pas, ils le peuvent. Mais ils n'y sont jamais obligés.

189. 2° *Poursuites contre les associés.* — La situation des associés peut se définir très exactement en disant qu'ils sont *cautions solidaires* de la société pour les dettes sociales. Dans leurs rapports entre eux, ils ne doivent supporter la dette qu'au défaut du fonds social et chacun pour sa part. Mais le créancier peut, s'il le veut, poursuivre l'un d'eux pour le tout, sans que celui-ci puisse lui opposer le *bénéfice de division* entre lui et ses coassociés ; sans qu'il puisse invoquer le *bénéfice de discussion* pour l'envoyer discuter le fonds social (1). Les créanciers doivent seulement avoir établi leur qualité de créanciers sociaux, en faisant, au besoin, constater leur créance contre les représentants de la société (2).

Il faut ajouter, comme conséquence de la solidiarité, que les poursuites dirigées contre l'un des associés ou contre la société interrompront la prescrip-

(1) Il faut bien donner cette portée à l'art. 22 qui prononce la *solidarité* sans aucune restriction : Mol., n. 354. Brav., t. I, p. 210. Pont, *Soc.*, n. 1403 et suiv. — D'autres auteurs soutiennent que les associés ne sont obligés que *in solidum* et subsidiairement : Delam. et Lepoit., t. III, n. 26. Dall., v° *Soc.*, n. 910. Demang. sur Brav., t. IV, p. 210. Al., n. 287.

(2) Rej. 10 avril 1877, D. P. 77. 1. 347. — Pard., n. 1026. Malep. et Jourd., p. 131. Mol., n. 354. Delangle, *Soc.*, n. 263. Béd., n. 165. Al., n. 287. Ly. C. et Ren., n. 327. Pont, *Soc.*, n. 1406 et suiv. — L. belge, a. 122. C. com. italien, a. 105.

Source BIU Cujas

tion et feront courir les intérêts contre tous (1); quand même celui qui serait poursuivi ne serait pas un administrateur.

Mais dans cette action personnelle et solidaire contre les associés, les créanciers sociaux subiront le concours des créanciers personnels de chaque associé, car ils n'ont pas de titre préférable à ceux-ci. Il peut donc leur être plus avantageux de poursuivre le fonds social, surtout si l'associé a gardé très peu de biens en dehors de la société.

190. Les associés sont commerçants lors même qu'ils ne gèrent pas, puisqu'ils figurent par leurs mandataires dans les opérations commerciales journalières de la société. Ils seront donc soumis à la compétence commerciale (2). Ils pourront aussi être mis en faillite en même temps que la société (3). Et, sinon en théorie, du moins en fait, ils *devront* toujours être mis en faillite en même temps qu'elle. En effet, les tiers ne provoqueront pas la faillite de la société tant qu'ils auront un recours efficace contre les associés; la faillite de la société ne sera donc déclarée que si les associés sont aussi personnellement insolvables. Aussi, le Code admet implicitement la simultanéité de toutes ces faillites : v. art. 438, 450, 531; et dans les travaux préparatoires, l'opinion contraire a été rejetée.

Un associé peut très bien être mis en faillite à raison de ses dettes personnelles sans que la société y soit (4); mais ce fait dissoudra la société (C. civ., art. 1865, 4°).

191. On dit assez souvent que les associés peuvent réciproquement invoquer contre les débiteurs de la société la solidarité active (5) : ainsi le paiement pourrait être reçu intégralement par l'un d'eux; de même les poursuites exercées par l'un interrompraient la prescription et feraient courir les intérêts au profit des autres. Les solutions de détail sont exactes dans le cas le plus ordinaire, où, tous les associés sont gérants. Mais le principe est mal formulé et se trouverait en défaut lorsque la gestion n'est pas confiée à tous les associés. Il faut dire que les créances appartiennent à la société, tant qu'elle dure, et sont exercées pour le tout par le gérant comme tel (6).

192. Entre les associés, les effets de la solidarité cessent d'après le principe de l'art. 1213, C. civ.; et celui d'entre eux qui aurait payé une dette sociale n'aurait, à défaut du fonds social, qu'un recours divisé contre ses coassociés (7).

193. Si nous supposons que l'associé, gérant ou non, n'ait signé qu'en son

(1) Ceci évidemment n'est pas admis par ceux qui soutiennent qu'il n'y a qu'une obligation *in solidum*. V. Brav., t. I, p. 438.

(2) Brav., t. I, p. 209, 210. — Nous admettrons pourtant qu'ils ne seront pas astreints personnellement à tenir des livres; car c'est en vue des opérations commerciales que la loi astreint en général les commerçants à cette obligation; et à cet égard leur obligation est suffisamment remplie suivant le vœu de la loi par la tenue des registres faite par les employés de la société: Al., n. 89; — *Contrà :* Vincens, t. I, p. 276. Mol., n. 218. Pâris, n. 511. Ly. C. et Ren., n. 205, note 1.

(3) Brav., t. I, p. 210.

(4) Amiens, 5 fév. 1875, D. P. 76. 2. 221.

(5) Al., n. 287. Pont, *Soc.*, n. 1414.

(6) Ly. C. et Ren., n. 336. Pont, *Soc.*, n. 1415.

(7) Mol., n. 349, 359. Delangle, *Soc.*, n. 264, 265. Béd., n. 166, 167. Al., n. 286. Pont, *Soc.*, n. 1408.

Source BIU Cujas

nom au lieu de signer la signature sociale, alors le créancier n'aura que lui pour débiteur (1). — Cependant, même dans ce cas, la société pourra être tenue, si l'associé a contracté dans l'intérêt social et que la chose lui ait profité (C. civ. a. 1385), ou si la société a ratifié l'acte, même tacitement (2). — Il en serait autrement si l'associé n'avait voulu traiter que dans son intérêt personnel, lors même que la société aurait profité après coup. On a prétendu, dans ce cas, donner contre la société l'action *de in rem verso* (3). Mais nos codes n'ont nulle part consacré d'une manière générale le principe de cette action. Et spécialement en matière de société, l'a. 1864 C. civ., pour qu'il y ait action contre les associés (ou la société, si elle est personne morale), exige non seulement que *la chose* ait profité à la societé mais encore que le contrat ait eu lieu expréssément *pour le compte* de la société. Le tiers n'aurait donc que l'action oblique du chef de l'associé avec lequel il aurait traité (4).

CHAPITRE II.

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE OU PAR INTÉRÊTS.

194. Il y a deux espèces de sociétés en commandite : la commandite simple ou par intérêts, et la commandite par actions. Nous traitons d'abord de la première dans ce chapitre.

Art. 23, 1er al. La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite.

Art. 26. L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.

195. La société en commandite est *une société où il y a des associés de deux sortes; les uns obligés solidairement sur tous leurs biens, les autres tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises dans la société.* — Les premiers sont appelés *associés en nom, commandités, complimentaires,* ou enfin *gérants,* quoiqu'ils ne gèrent pas toujours. Les seconds sont appelés *commanditaires* ou *associés bailleurs de fonds.*

L'origine de cette société est dans le *contrat de commande* (5) (dépôt recommandé) par lequel une personne confie à une autre une marchandise ou de l'argent pour l'employer dans le trafic et en partager les bénéfices (6). — Anciennement elle avait un grand avantage quand le prêt à intérêt n'était pas

(1) Rennes, 17 fév. 1849, D. P. 50. 2. 5.

(2) Riom, 20 mars 1879, D. P. 80. 2. 4.— Pard., n. 1025. Brav., t. I, p. 208. Al., n. 291. Ly. C. et Ren., n. 330. Pont, *Soc.*, n. 1400.

(3) Merlin, *Questions*, v° *Soc.*, § 2. Duvergier, *Soc.*, n. 404. Duranton, t. XVII, n. 449.

(4) Cass. 12 mars 1850, D. P. 50. 1. 869; Besançon, 8 fév. 1865, D. P. 65. 2. 52. — — Pard., n. 1025. Troplong, *Soc.*, n. 773 et suiv. Delangle, *Soc.*, n. 232 et suiv. Delam. et Lepoit., t. III, n. 38. Béd., n. 133. Brav., t. I, p. 208. Massé, n. 1959. Aub. et Rau, t. IV, § 383, note 2. Ly. C. et Ren., n. 332. Pont, *Soc.*, n 1393.

(5) En latin *commenda, comanda, accomanda, accomandita.* V. Ducange, v° *Comenda.*

(6) Jousse et Bornier, sous l'ord. 1673, tit. IV, art. 1. Savary, 2e part., liv. I, ch. I. —Mol., n. 485. Al., n. 297, 298. Demang. sur Brav., t. I, p. 214. Ly. C. et Ren., n. 342.

Source BIU Cujas

permis; elle offrait un emploi aux capitaux; — elle présentait aussi le même avantage à ceux qui, à raison de leur position, ne pouvaient faire le commerce. — L'Ordonnance la consacrait, mais avec des caractères moins tranchés que dans notre droit moderne; alors il n'y avait pas de nom social, le gérant signait son nom seul.

Actuellement elle présente encore de grands avantages : — elle est l'alliance du capital des commanditaires avec l'industrie et le crédit indéfini des associés en nom : celui qui a des connaissances, de l'activité et du crédit commercial trouve ainsi les fonds dont il a besoin; celui qui a des capitanx trouve à les utiliser fructueusement; la commandite est plus avantageuse que le prêt, parce que le capitaliste a l'espoir de retirer en dividendes plus que l'intérêt légal de son argent, et s'il est exposé aux pertes, du moins il est sûr de ne jamais être tenu au delà de sa mise; l'apport en commandite n'exige pas une confiance aussi illimitée que l'entrée dans une société en nom collectif; — le commerçant en nom y trouve cet avantage qu'en cas de perte il n'est pas engagé à rembourser le capital apporté, qui participe à toutes les chances de l'entreprise; — c'est aussi un moyen de placement avantageux pour ceux à qui leur profession ne permet pas de faire le commerce : magistrats, avocats, fonctionnaires, militaires, etc.

Deux sections : — 1° Constitution de la société; — 2° Gestion de la société.

SECTION PREMIÈRE.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ.

196. Il faut une stipulation formelle pour établir une commandite; car la société en nom collectif est le droit commun en matière commerciale; les tiers, s'ils ne sont pas avertis, doivent naturellement compter sur la garantie de tous les associés (1). — Il y avait exception autrefois à l'égard des sociétés formées pour la course maritime, qui étaient de plein droit en commandite (arrêté 2 prairial an XI). Mais la course est abolie par la déclaration internationale de 16 avril 1856. — Une exception pareille a été établie pour les sociétés, formées en vue de l'exploitation d'une charge d'agent de change (C. com. a. 75, modifié par la L. 2 juill. 1862).

Pour les formes et la publicité, v. au ch. 5.

197. Il y a une **raison sociale**, comme dans la société en nom collectif; mais elle ne peut comprendre que le nom des commandités, car il faut qu'on puisse compter sur la responsabilité de tous ceux qui sont en nom.

Art. 23, 2e al. Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires.

Art. 25. Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

Il n'est pas nécessaire que tous les commandités y figurent; on ajoute *et*

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Soc.*, sect. 2, § 3, art. 2. Troplong, *Soc.*, n. 414. Delangle, *Soc.*, n. 269 et suiv. Al. n. 299. Pont, *Soc.*, n. 1420.

Source BIU Cujas

compagnie pour représenter ceux qui ne sont pas dénommés (1). — S'il n'y a qu'un commandité, son nom figure seul dans la raison sociale avec les mots *et compagnie*; — cet usage a été formellement consacré dans les travaux préparatoires (2); — il ne peut guère faire croire aux tiers qu'il y a plusieurs associés en nom; car ils doivent connaître la pratique et peuvent se renseigner; — il faut bien que la société ait un nom, pour qu'on ne confonde pas les actes qui la concernent avec ceux personnels aux commandités.

Q. *Qu'arriverait-il si l'on avait mis le nom de l'un des commanditaires dans la raison sociale?* Il faut admettre que celui-là serait responsable solidairement, quoique la loi ne l'ait pas dit : — c'est le seul moyen de réparer efficacement le dommage qu'on a causé aux tiers qui ont suivi sa foi (cf. art. 28); — d'ailleurs nous l'avons admis pour le cas où l'on aurait mis le nom d'un étranger dans la raison sociale d'une société en nom collectif; ici il sera bien sûr que le commanditaire ne pourra se retrancher derrière sa bonne foi, car il aura toujours connu l'acte de société (3).

198. Les **apports** seront réalisés comme dans la société en nom collectif, avec cette seule restriction que les commanditaires ne peuvent pas apporter leur crédit ou leur industrie, puisqu'ils doivent rester étrangers à la gestion (V. art. 27, *infrà*, n. 207 et suiv.). Cela serait seulement possible, si leur industrie pouvait s'exercer dans des opérations purement intérieures et subordonnées, comme serait celle d'un chimiste dans une usine, d'un teneur de livres, etc.

Art. 24. Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

199. Les associés en nom sont ordinairement tous gérants; cela a lieu toutes les fois qu'il n'y a pas de nomination spéciale. Et aucun des commanditaires ne peut être gérant (art. 27). — On peut aussi ne nommer gérants que quelques-uns des associés en nom; notre article 24 le suppose. On pourrait même nommer un étranger, quoique ce cas ne doive guère se présenter en pratique. — Pour les pouvoirs et la situation des gérants ainsi que pour la position des non gérants, il faut appliquer tout ce que nous avons dit à propos de la société en nom collectif (n. 176 et suiv.).

200. **Distinction du commanditaire et du simple prêteur.** — Tous deux sont souvent appelés *bailleurs de fonds;* mais le nom exact du commanditaire, c'est *associé bailleur de fonds.* Voici les différences entre eux : — 1° le prêteur a droit à un intérêt fixe, à tant pour cent de la somme prêtée; le commanditaire a droit à un dividende, qui est une part des bénéfices et qui peut être très fort ou très faible sans *maximum* ni *minimum;* — 2° le prêteur

(1) Lors même que tous les commandités ne figurent pas dans la raison sociale, on peut toujours les appeler *associés en nom;* car leurs noms sont publiés avec l'acte de société, tandis que ceux des commanditaires ne le sont pas.

(2) Locré, t. XVII, p. 186. — Ly. C. et Ren., n. 345.

(3) Casaregis, disc. 29, n. 27. — Troplong, *Soc.*, n. 419. Mol., n. 487. Béd., n. 185. Delangle, *Soc.*, n. 343. Brav., t. I, p. 221. Al. n. 307. — C. Com. ital. a. 114, 3e al.

Source BIU Cujas

a toujours droit à son intérêt, même lorsque la société fait des pertes; le commanditaire ne touche aucun dividende quand la société ne fait pas de profits; — 3° le prêteur a toujours droit à son capital; le commanditaire n'a droit qu'au partage du fonds social, qui peut être réduit à zéro; — 4° en cas de faillite de la société, le prêteur est créancier dans la faillite et aura au moins un tant pour cent; le commanditaire est, au contraire, membre du corps moral qui est débiteur des créanciers, et il ne prend rien tant que tous ne sont pas désintéressés intégralement.

Il arrive quelquefois que le prêteur stipule (avec ou sans un intérêt de son argent) une part dans les bénéfices. Il ne devient pas pour cela associé, si telle n'a pas été l'intention des parties (1); et par conséquent il ne contribuera pas aux pertes. — Mais cette stipulation ne pourrait-elle pas être un moyen d'éluder la prohibition de l'article 1855, 2e al., qui défend de décharger un associé de toute contribution aux pertes? Pour empêcher cette fraude, il faut préciser les différences qui le séparent encore d'un associé : si les parties les ont respectées, alors leur stipulation sera valable; si elles ont effacé dans leurs conventions ces différences, il y aura contravention à l'article 1855 et leur stipulation sera nulle. Voici ces différences : — celui dont nous parlons n'a pas droit à la répartition du fonds social, s'il est augmenté soit par une plus-value, soit par la constitution d'un fonds de réserve que les statuts ne permettent pas de considérer comme un bénéfice auquel il ait part (2); — il ne doit pas avoir voix délibérative dans les assemblées d'associés; — il n'a pas le droit de connaître toutes les affaires de la société; — la société n'est pas dissoute par sa mort (3). — S'il est stipulé qu'il contribue aux pertes, il y aura certainement société (4).

Si le prêteur a stipulé l'intérêt de son argent au maximum du taux légal; il y a usure de sa part à stipuler en plus une part dans les bénéfices (5).

201. Q. *Les commanditaires sont-ils commerçants?* — 1er S. *Oui* : ils font partie d'une société qui fait habituellement des actes de commerce, et sont obligés envers les tiers par ces actes, au moins jusqu'à concurrence de leurs mises; donc ils font, par mandataires, habituellement des actes de commerce, donc ils rentrent dans l'article 1er. — 2e S. *Non* (!) : la commandite a été inventée spécialement pour appeler les capitaux de ceux qui ne veulent ou ne peuvent pas être commerçants; et dans les travaux préparatoires on a manifesté l'intention de lui conserver ce rôle; — la société, qui est personne morale, fait seule le commerce; et eux, inconnus aux tiers, ne sont pas, comme les associés en nom, tenus personnellement et *in infinitum* des obligations commerciales de la société (ce qui rend ceux-ci indubitablement commerçants); ils doivent seulement fournir une somme d'argent qui est seule exposée; et s'ils l'ont fournie, comme cela arrive le plus souvent, on ne peut plus absolument rien leur demander; en tous cas, il n'y a pour eux dans ces obligations

(1) Rej. 8 janv. 1872, D. P. 72. 1. 194.
(2) V. Paris, 9 mai 1876, D. P. 78. 2. 173.
(3) Consulter : Caen, 27 déc. 1864, D. P. 66. 2. 46. — Al. n. 300.
(4) Douai, 3 févr. 1875, D. P. 77. 2. 140.
(5) Cass. 16 juin 1863, D. P. 63. 1. 295. — Pard., n. 998. Delangle, *Soc.*, n. 112, 113. Al. n. 141. — *Contrà :* Pâris, n. 661.

Source BIU Cujas

ni une profession ni une habitude; — la L. 1er brum. an VII, a. 25, déclarait formellement qu'ils ne sont pas soumis à la patente (1).

SECTION II.

GESTION DE LA COMMANDITE.

§ Ier

Organisation de la gestion.

202. Nous aurions à étudier séparément les pouvoirs des commanditaires et les pouvoirs des commandités. Mais les pouvoirs des commandités comme gérants sont exactement les mêmes que ceux des gérants d'une société en nom collectif; et la situation des commandités non gérants se retrouve aussi la même que celle des associés en nom collectif non gérants; nous n'avons donc qu'à renvoyer à nos explications sur ce point (n. 176 et suiv.). Il nous resterait seulement à nous demander si les gérants peuvent être révoqués et contrôlés par les commanditaires; car les principes de la commandite diffèrent sur ce point de ceux de la société en nom collectif; mais cette question viendra aussi bien à propos des pouvoirs des commanditaires; nous avons donc seulement à étudier les

Droits et devoirs des commanditaires.

Art. 27 (modifié par la L. 6 mai 1863). L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, même en vertu de procuration.

203. Les motifs de cet article nous font toucher à l'essence fondamentale de la commandite, l'inégalité radicale entre les deux classes d'associés : — d'une part les associés en nom qui dirigent le commerce, qui sont les vrais ou mieux les seuls commerçants, qui s'engagent sur tous leurs biens, dont les qualités personnelles font la réputation et la position de la société dans le monde des affaires, et qui doivent avoir la direction souveraine; — d'autre part les commanditaires, qui fournissent seulement les capitaux, qui n'engagent que leurs apports, qui ne sont pas connus des tiers, et qui doivent être subordonnés aux premiers, sous peine de tromper les tiers par des apparences directement contraires à la vérité, et de violer le grand principe, vrai pour les sociétés comme pour les personnes réelles, que là où est la responsabilité, là doit être la direction (2). Il résulte de là deux prohibitions qui sont les principes dominants de notre matière : — 1° les commanditaires ne peuvent, au sein même de la société, exercer aucune fonction de direction; — 2° ils ne peuvent au dehors traiter avec les tiers comme représentant la société. Dans ce dernier cas, il y a pour l'interdiction un motif de plus, c'est que le tiers, avec qui traiterait le commanditaire, devrait croire qu'il aura celui-ci pour débiteur personnel, obligé sur tous ses biens, et serait lésé lorsque le commanditaire invoquerait la restriction de son obligation à ses apports.

204. Ce sont ces principes que nous allons développer et appliquer ci-après.

(1) Al. n. 303, *à fortiori*. Ly. C. et Ren., n. 353. Pont, *Soc.*, n. 1423.
(2) Brav., t. I, p. 235 et suiv.

Source BIU Cujas

Et d'abord, dans les rapports avec les tiers, il « *ne peut faire aucun acte de gestion* »; pas même un acte isolé, parce que les tiers compteraient sur sa responsabilité indéfinie, et parce qu'un seul acte peut être très grave, et pour les associés, et pour les créanciers dont il compromet le gage. Depuis la L. 6 mai 1863 modifiant l'article 28 du Code, la sanction sera plus ou moins sévère suivant les cas (v. *infrà*, n. 215).

« *Même en vertu de procuration.* » Pourtant d'après les règles ordinaires, le mandataire n'oblige que le mandant; les tiers n'ont donc pas dû compter sur la garantie du commanditaire mandataire. C'est qu'ici notre premier principe se trouve en jeu; on a craint que les commanditaires, voulant s'assurer la direction, tout en demeurant affranchis d'une responsabilité indéfinie, ne choisissent comme gérant un homme de paille pour gérer avec sa procuration. — On peut objecter que cette prohibition n'a plus de raison d'être depuis que la loi a accordé la liberté des sociétés anonymes dans lesquelles aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise; puisque les parties peuvent toujours assurer la direction aux actionnaires en adoptant une société anonyme, pourquoi ne pourraient-elles pas le faire indirectement dans une commandite? Il faut répondre que dans la société anonyme elles le font ostensiblement, tandis qu'ici elles tromperaient les tiers qui croiraient avoir les garanties de la commandite et ne les auraient pas.

L'ancien art. 27 (avant la L. 6 mai 1863) ajoutait : « *ni être employé pour les affaires de la société.* » Le commanditaire ne pouvait donc traiter avec les tiers même comme employé de la société, ni exercer même à l'intérieur une fonction de direction, les motifs donnés plus haut subsistaient toujours dans ce cas. Mais on admettait (1) qu'il pouvait remplir un poste purement intérieur et subalterne; comme celui de chimiste dans une usine (2), de directeur des travaux, de teneur de livres; même les fonctions qui supposent des relations avec le public, pourvu qu'elles n'aient pour objet aucune obligation à contracter, comme celles de caissier, de commis chargé de la vente au détail, etc. En effet les raisons de la prohibition n'existent pas ici; — la loi d'ailleurs disait : employé pour *les affaires* de la société et non pas employé *pour la société*; — et les employés d'une maison y placent souvent leurs épargnes; il serait dur de les en empêcher. — En 1863, ces mots ont été supprimés par un amendement pour consacrer la jurisprudence sur ce point (Rapport de M. David Deschamps, au nom de la commission du Corps législatif), mais non pour donner plus de latitude. Les solutions que nous venons de donner sont toujours vraies, quoique le texte soit changé. — On a même été plus loin, et l'on a admis dans les travaux préparatoires que le commanditaire pourrait être commis préposé aux achats et ventes, comme serait un commis-voyageur, pourvu qu'il n'agisse que d'après la direction du gérant (M. Duvergier, conseiller d'État; M. David-Deschamps).

Rien n'empêche qu'un commanditaire ne puisse faire des affaires pour son

(1) Troplong, *Soc.*, n. 435, 436. Mol., n. 309. Béd., n. 254. Dall., v° *Soc.*, n. 1376. Duvergier, *Revue étrangère et française*, t. IX, p. 425 et suiv. Brav., t. I, p. 238. Pont, *Soc.*, n. 1467 — *Contrà :* Pard., n. 1030. Malep. et Jourd., p. 151. Delangle, *Soc.*, n. 398 et suiv.

(2) Al. n. 820. — *Contrà :* Malep. et Jourd., p. 142.

Source BIU Cujas

compte avec les gérants de la commandite ; il traite alors avec elle comme un étranger (V. *suprà*, n. 185 pour la société en nom collectif) (1).

205. Nous passons aux rapports des associés dans l'intérieur de la société. Nous avons posé en principe que *la direction doit appartenir aux associés en nom et ne doit pas être exercée, à aucun titre, par les commanditaires*. Ce principe a été souvent méconnu par la jurisprudence (2), à propos de la commandite par actions; il faut d'abord bien établir que le législateur a voulu poser cette règle : — or cela résulte d'abord de la prohibition de faire « *aucun acte de gestion* », ce qui comprend, non seulement la gestion intérieure, mais encore la gestion extérieure ; — cela résulte aussi de ce qu'on n'a pas permis aux commanditaires de faire des actes de gestion même en vertu de procuration; la seule raison de cette prohibition était, comme nous l'avons vu, la subordination qui doit exister entre les commanditaires et les commandités (3) ; — l'interdiction d'être *employé pour les affaires de la société* visait aussi directement notre principe ; tout le monde l'avait entendue dans ce sens, et lors de la modification de 1863, on a bien déclaré vouloir maintenir cette règle ; — enfin, la même solution résulte encore d'une addition faite à l'art. 28 en 1863, et qui ne s'explique que comme une détermination, ou, si l'on veut, une atténuation de notre principe :

Art. 28, 2e al. Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance, n'engagent point l'associé commanditaire.

« *Les avis et conseils, les actes de contrôle et de surveillance* » ne sont pas des actes de gestion. Donc, en principe toute participation à la gestion est défendue. Cette disposition a été ajoutée par voie d'amendement « pour rassurer les capitaux effrayés » (M. David-Deschamps) ; et le rapporteur a ajouté que l'on respectait l'omnipotence du gérant responsable, qu'il ne s'agissait que d'une intervention officieuse des commanditaires.

206. Voyons maintenant, avec notre art. 28, 2e al., quelle est au juste la limite de l'intervention des commandités. « *Les avis et les conseils* » leur sont permis ; ici, comme on l'a dit, leur rôle n'a rien de juridique, rien d'obligatoire, c'est une intervention purement officieuse; et le gérant est toujours maître de tenir tel compte qu'il voudra de leurs avis, de ne pas les suivre du tout ; et, s'il ne les suit pas, ses actes vis-à-vis des tiers n'en seront pas moins valables, sauf sa responsabilité vis-à-vis des commanditaires, s'ils établissent qu'il a commis ainsi une faute dans l'exécution de son mandat (C. civ., art. 1992) (4).

Il en est de même des « *actes de contrôle et de surveillance.* » Ici encore nous ne trouvons rien d'actif dans le rôle des commandataires : le contrôle s'applique à des actes déjà réalisés, et n'influe pas directement sur la gestion ultérieure ; la surveillance n'est aussi qu'un fait d'observation, permettant

(1) Av. Cons. d'État, 29 avril, 17 mai 1809. — Pard., n. 1030. Troplong, *Soc.*, n. 434 et suiv. Malep. et Jourd., p. 153. Delangle, *Soc.*, n. 382 et suiv. Béd., n. 253. Demang. sur Brav., t. I, p. 251-252. Al. n. 319. Ly. C. et R., n. 360. Pont, *Soc.*, n. 1468.

(2) Rouen, 9 juill. 1875, D. P. 75. 2. 207. — V. Al. n. 318.

(3) Brav., t. I, p. 239-241. Pont, *Soc.*, n. 1460 et suiv.

(4) Pont, *Soc.*, n. 1466.

Source BIU Cujas

d'empêcher les malversations ou de les faire punir si elles se produisent, permettant aux commanditaires de savoir où on les conduit, si les opérations sont prudentes et régulières, mais n'autorisant aucune intervention dans les actes à réaliser par le gérant. La L. du 24 juillet 1867 (après la L. de 1856) nous donne des exemples de ces pouvoirs des commanditaires, dans l'organisation des conseils de surveillance pour les commandites par actions (art. 5, 10 et 11); l'indication des actes que peuvent ou doivent faire ces commanditaires, mandataires des autres commanditaires, est le commentaire légal de notre alinéa de l'art. 28 (Aj. aussi l'art. 12 de la même loi) (1).

207. Là s'arrête le pouvoir des commanditaires, en l'absence de toute stipulation formelle. Mais ne pourrait-on pas, par une clause spéciale de l'acte de société, leur donner des droits plus étendus? On ne pourrait évidemment pas, d'après les principes ci-dessus, leur donner un rôle actif dans la gestion, leur permettre d'imposer au gérant telle ou telle opération, telle ou telle direction des affaires sociales. Mais ne pourrait-on pas leur donner un rôle négatif ou restrictif, leur permettre d'arrêter au moins le gérant dans certains cas? Stipuler, par exemple, que le gérant ne pourra faire les actes les plus importants : comme les emprunts, les aliénations, les marchés très considérables, sans prendre l'avis et obtenir l'autorisation des commanditaires? Nous pensons qu'il faut admettre la validité d'une pareille stipulation et qu'elle serait opposable aux tiers pourvu qu'elle eût été publiée (2) : — cela n'empêche pas que le gérant n'ait la direction des affaires sociales; cela ne lui fera jamais faire ce qu'il ne voudra pas faire; c'est seulement un pouvoir modérateur qu'on organise, une sûreté que prennent les commanditaires pour protéger leur mise et le gage des créanciers contre des imprudences; — cela peut, à la rigueur, rentrer dans les actes de contrôle permis par l'art. 28, 2e al.; — enfin M. David-Deschamps, en 1863, a reconnu la possibilité d'accorder une pareille influence aux commanditaires; il a distingué entreprendre une part de la responsabilité dans un acte de gestion, et faire positivement un acte de gestion, en avoir l'initiative (3).

208. Nous pouvons maintenant nous demander si les gérants peuvent être révoqués au cours de la société. — Dans l'hypothèse normale et ordinaire, dans laquelle tous les associés en nom sont gérants et tiennent leurs pouvoirs du pacte social, soit en vertu d'une stipulation formelle, soit tacitement en vertu de leur seule qualité d'associés en nom, il faut très certainement répondre par la négative : — les pouvoirs des gérants sont, pour eux et peut-être pour plusieurs des commanditaires, une des conditions essentielles de la société; — ils font le commerce d'abord pour eux et à leurs risques, et seulement ensuite pour la société. — Donc, lors même qu'il y aura une *cause légitime* de révocation (C. civ., art. 1856), on ne pourra les révoquer qu'en entraînant la dissolution de la société; ou mieux, le droit des associés sera uniquement de demander la dissolution de la société pour cette cause légitime (C. civ., art. 1871). C'est bien ce que paraît indiquer la L. 24 juillet 1867,

(1) Sur le cas où l'on aurait organisé un conseil de surveillance dans une commandite simple, V. Req. 27 janv. 1880, D. P. 80. 1. 247.

(2) Al. n. 318. Pont, *Soc.*, n. 1461. — L. belge, a. 22. C. comm. ital. a. 118, 3e al.

(3) Rouen, 9 juin 1875, D. P. 76. 2. 205, etc.

Source BIU Cujas

art. 11, en permettant au conseil de surveillance, non pas de proposer la révocation du gérant, mais uniquement de provoquer la dissolution de la société (1).

Mais la révocation ne pourrait-elle pas avoir lieu sans dissoudre la société, dans le cas, beaucoup plus rare sans doute pour une commandite simple, où l'acte de société aurait réservé aux associés le droit de révoquer les gérants *ad nutum*, ou bien dans le cas où les gérants n'auraient été désignés que par une décision postérieure au pacte social (C. civ., art. 1856, 2e al.)? — Q. *Cette convention qui réserve expressément ou implicitement le droit de révocation aux commanditaires serait-elle valable?* Il est, à nos yeux, bien certain qu'elle serait nulle, qu'elle tomberait sous le coup de la prohibition de l'art. 27 : car elle mettrait complètement les gérants dans la dépendance des commanditaires, contrairement à l'esprit de la loi et à l'essence de la commandite ; en effet, cette faculté de révocation impliquerait évidemment que le gérant ne pourrait faire aucun acte de gestion sans l'assentiment des commanditaires ; et l'art. 1856, C. civ., nous fait bien toucher au doigt cette corrélation nécessaire entre le droit de révocation et le droit de contrôle perpétuel sur tous les actes du gérant (2). — Il y a, surtout sur cette dernière question, beaucoup de décisions de la jurisprudence qui contredisent notre doctrine ; mais ces décisions ont été rendues à propos de la commandite par actions, où les faits, sinon les principes, sont différents (V. *infrà*). — Il nous paraît certain que, dans la pratique, ces solutions ne peuvent faire de difficulté sérieuse ; car si l'on veut avoir des gérants responsables envers les associés, on ne prendra pas pour la société la forme de la commandite par intérêts, dont le rôle est tout à fait différent, comme nous l'avons montré.

§ 2

Droit de poursuite des créanciers.

209. Les créanciers sociaux ont le droit de poursuivre d'abord le fonds social, en excluant tous les créanciers personnels des associés ; et ensuite tous les biens des associés en nom solidairement, tout à fait comme dans la société en nom collectif (art. 24). Nous n'avons qu'à renvoyer aux explications données sur ce point (n. 188, 189).

Il devient ici très important de constater que le capital ne peut être directement diminué pendant la durée de la société, sinon sous forme de modification aux statuts et moyennant la publicité qui doit accompagner tout changement de ce genre (V. *suprà*, n. 74). Notamment les apports promis par les commanditaires ne peuvent leur être laissés, ni restitués, en totalité ou en partie, sous quelque forme que ce soit : remboursement de fonds versés, rachat de leur part, dispense de versement, libération gratuite, remise d'apport, etc. Ces actes ne sont pas seulement contraires aux statuts et impossibles à la

(1) Ly. C. et R., n. 363.

(2) *Sic :* Troplong, *Soc.*, n. 443. Delangle, *Soc.*, n. 176. Brav., t. I, p. 228. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXI, p. 416 et suiv. Ly. C. et R., n. 363. Pont, *Soc.*, n. 1437. — C. com. ital. a. 119, implicitement. — *Contrà :* Demang. sur Brav., t. I, p. 229. Al. n. 306.

Source BIU Cujas

majorité seulement des associés, mais ils sont nuls, même s'ils étaient consentis par l'unanimité : — la société n'a pu être appelée à la personnalité civile qu'en ayant, comme une personne réelle, un patrimoine, pouvant lui permettre de vivre, d'agir pour atteindre son but, et d'offrir une sûreté pour tous ses engagements; la consistance de ce patrimoine a dû être publiée en même temps que le fait de la naissance de la société (L. 1867, a. 57, *infrà*, n° 350); la société s'est engagée par là envers le public à constituer ce patrimoine et à ne pas le diminuer volontairement pendant toute sa durée; tout acte de diminution serait donc nul de droit; — l'a. 26 C. comm. déclare que les commanditaires sont passibles des pertes sociales jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société; ils sont donc irrévocablement tenus au moins jusqu'à concurrence de ces fonds; ils ne peuvent par aucun acte se dispenser de cette obligation légale; le texte est absolu; — l'acte n'est pas seulement révocable, comme fait en fraude des droits des créanciers (a. 1167); et par conséquent la nullité produit son effet sans qu'il y ait lieu de considérer la bonne foi ou la collusion des parties, et elle peut être invoquée même par les créanciers postérieurs à l'acte; — elle peut même être invoquée par la société et ses représentants quelconques (par exemple des liquidateurs) (1); car cette réduction des apports dépasse les bornes de sa capacité juridique; s'il est vrai, comme nous l'avons montré au n° 165, qu'elle est dénuée de toute capacité pour faire les actes qui sortent de son objet, tel qu'il est défini par les statuts, à plus forte raison est-elle absolument impuissante à aller contre son but essentiel, en détruisant de ses propres mains le patrimoine qui lui permet de vivre (2).

Seulement s'il vient à être reconnu que le capital social excède certainement les besoins de l'exploitation, une délibération prise à l'unanimité des associés pourrait en décider la réduction, de même que l'on peut toujours dans cette forme changer même l'objet de la société; mais à la condition de publier cette modification aux statuts (L. 1867, a. 61; *infrà*, n. 352).

Quel sera le droit de poursuite des créanciers contre les commanditaires? Il faut distinguer le cas normal où les commanditaires ne se sont point immiscés dans la gestion, et le cas où ils se seraient immiscés.

I. — **Cas où les commanditaires ne se sont pas immiscés.**

210. S'ils ont versé leurs apports, on ne peut plus rien leur demander (art. 26).

S'ils ne les ont pas versés ou s'ils leur ont été remboursés (ce qui ne doit pas avoir lieu), la société a certainement une action contre eux pour les avoir fait verser ou reverser, et les créanciers sociaux peuvent au moins exercer cette action au nom de leur débiteur, la société (C. civ., art. 1166).

Mais n'ont-ils pas de plus pour cela une action directe contre les commanditaires? La question présente plusieurs intérêts :

1° Avant la L. de 1856 qui a supprimé l'arbitrage forcé (C. com., art. 51 et suiv.), l'action oblique aurait été l'exercice d'une action entre associés et aurait

(1) Cass. 16 mai 1877, D. P. 78. 1. 81.

(2) V. pour plus de détails la note dont nous avons accompagné dans Dalloz l'arrêt ci-dessus.

Source BIU Cujas

été soumise à cet arbritage; tandis que l'action directe restait soumise aux tribunaux.

2° Les créanciers ne pourraient exercer l'action oblique que dans les conditions de l'art. 1166, C. civ.; c'est-à-dire, suivant une opinion, après s'être fait subroger judiciairement à l'action de la société; suivant une autre opinion, en justifiant au moins de leur intérêt, c'est-à-dire en montrant que la société est insolvable, après avoir discuté son actif; tandis que, s'ils ont l'action directe, ils pourront suivant nous s'en servir, uniquement parce que cela leur sera plus commode, sans avoir discuté tout l'actif social, si cette discussion est plus difficile que la poursuite contre le commanditaire.

3° On ajoute souvent que dans l'action oblique, ils ont à craindre les exceptions que le commanditaire pouvait opposer à la société, tandis qu'ils n'ont pas à les craindre dans l'action directe (1). Mais cette formule a besoin de nombreuses restrictions. — Si le commanditaire a payé réellement aux gérants l'apport promis (et ne l'a pas repris), il est certain qu'il ne doit plus rien, et que les gérants ont pleine qualité pour lui donner une quittance, valable même contre les créanciers; cette défense du commanditaire opposable à la société est également opposable aux créanciers, même agissant par action directe. — Il est certain également à nos yeux qu'il faut en dire autant des modes de libération du commanditaire qui doivent être regardés comme équivalant à un paiement réel; par exemple les remises en effets de commerce, les fournitures de marchandises créant pour le commanditaire une créance qui se compenserait avec sa dette (2). — Si l'on suppose ensuite que le commanditaire ait été affranchi tout à fait gratuitement du paiement de sa mise, on pourrait au premier abord être tenté de lui accorder à raison de cette remise une exception opposable à la société, laquelle ne pourrait pas être opposée aux créanciers agissant par action directe. Mais nous venons de voir au n. 209 que toute remise de ce genre faite au nom de la société est nulle de droit comme étant illicite; et que, si elle peut être invoquée, dans certains cas, à titre d'exception purement personnelle contre les gérants qui l'ont consentie, elle n'est pas opposable *à la société* elle-même, lorsque celle-ci est représentée par d'autres mandataires; par exemple les liquidateurs (3), par conséquent cette exception ne serait pas non plus opposable aux créanciers agissant comme représentant *la société*, par l'action oblique de l'art. 1166.

Les exceptions opposables en cas d'action directe et non opposables en cas d'action oblique sont donc bien difficiles à trouver. — Nous pensons qu'un cas de ce genre serait celui où les commanditaires auraient été déterminés par un *dol du gérant* à entrer dans la société : ici, la société, responsable du dol de son gérant (V. *infrà*, n. 280), ne pourrait invoquer l'obligation du commanditaire; mais, le dol ne viciant l'obligation que *in personam*, les créanciers sociaux pourraient par leur action directe, invoquer cette obligation; et par conséquent poursuivre le commanditaire dans un cas où ils ne pourraient le faire en agissant du chef de la société (4). — Il en serait de même dans le cas où la

(1) Troplong, *Soc.*, n. 803.

(2) Pont, *Soc.*, n. 1451.

(3) Req. 10 fév. 1868, D. P. 68. 1. 379 et la note. Cass. 16 mai 1877, D. P. 78. 1. 81.- Pont, n. 1443 et suiv.; 1452 et suiv.

(4) Paris, 29 avril, et 9 mai 1877, D. P. 79. 2. 81, et la note.

Source BIU Cujas

nullité de la société serait prononcée pour *défaut de publicité*, car cette nullité qui peut être invoquée entre associés ne peut être invoquée par les associés contre les tiers (L. 24 juill. 1867, art. 56, 3e al.) (1).

Q. *Les créanciers sociaux ont-ils une action directe contre les commanditaires?* — 1er S. *Non* : ils n'ont traité qu'avec la société, ils n'ont pas traité avec les commanditaires; — c'était la décision de l'ancien droit (2); — l'art. 43, C. com., et l'art. 57 de la L. de 1867, n'ordonnent pas de publier le nom des commanditaires; donc, les tiers n'ont pas intérêt à les connaître; c'est donc qu'ils n'ont pas d'action contre eux (3). — 2e S. *Oui* (!) : ils sont membres de la société, et les gérants sont leurs mandataires; ceux-ci ont donc pu les obliger directement envers les tiers. On objecte que, d'après l'art. 27, ils ne pourraient faire aucun acte de gestion; ils ne peuvent donc donner mandat de faire ces actes; donc, les gérants ne les représentent pas à l'égard des tiers. Il est facile de répondre que, s'ils ne peuvent pas gérer par eux-mêmes, parce que cette intervention serait dangereuse, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent concourir à la gestion par un mandataire, lorsque ce mandataire est précisément le gérant responsable; soutenir le contraire, c'est perdre complètement de vue l'objet et le motif de l'art. 27; — dans l'ancien droit, le commandité contractait en son nom seulement, sans une raison sociale qui prévînt les tiers qu'il avait des commanditaires derrière lui; aujourd'hui, au contraire, les tiers savent très bien que le gérant est le représentant d'une société; ils comptent sur les associés pour être payés; l'ancien droit n'est donc nullement concluant; — d'après l'a. 1864, C. civ., la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société lie *les autres associés*, s'ils en ont donné pouvoir au stipulant; or la personnalité morale des sociétés commerciales a été organisée pour augmenter les sûretés des tiers et non pour les diminuer;—l'a. 43, C. com., et l'art. 57 de la L. 1867, exigent que l'on indique dans la publication les sommes à fournir par les commanditaires; ce qui constitue une promesse de leur part envers les tiers; — la L. 1867, dans l'art. 3 exige que les actions (dans une commandite par actions) restent nominatives, au moins jusqu'au versement de moitié; cela a pour but unique de conserver les droits des créanciers sociaux à ce versement; donc, ils y ont un droit personnel et direct (4). — Un 3e S. est admis par certains arrêts; ils distinguent entre l'époque antérieure ou postérieure à la dissolution de la société, et n'admettent l'action directe que dans ce dernier cas, parce qu'auparavant, dit-on, les créanciers ont quelqu'un pour répondre à leur action, le gérant, et qu'ils n'ont donc pas besoin d'avoir action contre les commanditaires. Mais avant même la dissolution, les créanciers ont intérêt à avoir leur action directe; cela résulte de ce que nous avons dit ci-dessus; il faut donc, si on la leur accorde, la leur accorder dès ce moment (5).

(1) Ly. C. et R, n. 354.

(2) V. Pot., *Success.*, n. 63 et 102.

(3) Douai, 11 juill. 1846, D. P. 46. 2. 170. — Mol., n. 547. Delangle. *Soc.*, n. 276.

(4) Cass. 21 juin 1861, D. P. 61. 1. 435; Paris, 26 avril, 9 mai 1877, D. P. 79. 2. 81, etc. — Pard., n. 1034. Malep. et Jourd., p. 156, Dageville, t. I, p. 102 et suiv. Béd., n. 237. Persil fils sur l'art. 23. Brav., t. I, p. 242 et suiv., 353 et suiv. Al. n. 312 et suiv. Massé, n. 1034. Ly. C. et R., n. 354. Pont, *Soc.*, n. 1450.

(5) Poitiers, 30 janv. 1867, D. P. 67. 2. 144, etc. — Ly. C. et R., n. 355.

Source BIU Cujas

Même poursuivis par une action directe, les commanditaires ne seront pas solidaires, pas même jusqu'à concurrence de leurs mises; car cette solidarité n'a été établie par aucun texte. Ils seront seulement condamnés *proportionnellement* à leurs parts (1).

211. ❧. *Cette action sera-t-elle commerciale?* — Nous avons admis que les commanditaires ne sont pas commerçants; la commercialité de cette action (si on l'admet) ne leur donnera pas cette qualité; ils seront dans la position d'un non commerçant qui aurait fait un acte isolé de commerce : ainsi, ils ne seront pas exposés à la faillite, ils ne seront pas obligés de tenir des livres (2), de publier leur contrat de mariage; mais ils seront pour cette action soumis à la compétence du tribunal de commerce; autrefois ils auraient été contraignables par corps. — Nous admettons que cette action est commerciale, parce que l'engagement qu'ils ont pris, à l'origine de la société, de verser leur commandite, a été un acte de commerce en vertu de la théorie de l'accessoire; ils ont pris par cet acte l'engagement, même envers les tiers, de payer, au moins jusqu'à concurrence de leurs mises, *les obligations commerciales quelconques* de la société; cet engagement est un des éléments de la constitution de la société, qui est le premier acte de la vie commerciale de cette société; — enfin, comme argument spécial à la question de compétence, il faut ajouter que l'art. 631, 2°, attribue compétence au tribunal de commerce pour toutes contestations *entre associés;* il serait singulier que les actions des tiers contre ces mêmes associés ne fussent pas commerciales; cet article reconnaît que l'adhésion donnée au pacte social a été un acte de commerce (3).

212. ❧. En supposant qu'ils aient versé leurs apports, mais qu'ils aient touché des dividendes dans des années prospères, *pourra-t-on, si la société est ensuite en perte, leur demander de rapporter les dividendes touchés antérieurement?* La question a été discutée. — 1er S. *Oui* : il n'y a de bénéfices, dans une société de commerce, que quand on connaît le résultat final des opérations; or, puisque des pertes ont eu lieu, ce que les commanditaires ont reçu, ce ne sont pas des bénéfices, c'est une portion du fonds social qui doit faire le gage des créanciers, c'est une portion de leurs mises qui leur a été rendue; ils doivent la rétablir; — jusqu'à la dissolution ils n'ont dû toucher les dividendes qu'à titre provisoire (4). — 2e S. *Non* (!) : — dans les usages du commerce, on regarde comme bénéfices régulièrement acquis le résultat des inventaires annuels, lors même qu'il y aurait ensuite des pertes; en pratique on ne peut faire autrement; on ne peut rester jusqu'à la fin de la société sans distribuer de dividendes; et on ne peut répéter ceux qui ont été régulièrement distribués;

(1) Lyon, 21 juillet 1859, D. P. 60. 2. 112.

(2) D'ailleurs nous avons admis que les associés en nom ne sont pas obligés d'en tenir pour leurs affaires personnelles, s'ils ne font pas d'ailleurs personnellement le commerce.

(3) Bourges, 26 déc. 1870, D. P. 72. 2. 222, etc. — Mol., n. 491, 546. Vincens, t. I, p. 322. Malep et Jourd., p. 138. Béd., n. 241. Ly. C. et R., n. 352. Brav. et Demang., t. I, p. 242 et 246 avec quelques distinctions. — *Contrà :* Pard., n. 1509. Delangle, *Soc.*, n. 309 et suiv. Nouguier, *Compét.*, t. I, p. 374. Pont, *Revue de légis.*, t. XX, p. 352, et *Soc.*, n. 1424. Ballot, *Revue de Dr. fr.*, t. IV, p. 425. Foureix, *Dr. com.*, n. 116. Al. n. 302.

(4) Al. n. 190, l'admet en droit rigoureux, mais non en pratique.

Source BIU Cujas

car les commanditaires ont reçu leurs dividendes comme définitivement acquis, comme des revenus annuels et non comme la restitution de leur capital; ils les ont dépensés de bonne foi, ils seraient très lésés s'il fallait prendre sur leur capital pour les restituer maintenant; il y a une grande analogie entre eux et le possesseur de bonne foi qui a perçu les fruits d'un immeuble (C. civ., art 549); — l'art. 26 est formel pour dire qu'ils ne supportent les pertes que jusqu'à concurrence de leurs mises; et il est d'autant plus concluant que, lors des travaux préparatoires du Code, on refusa d'y insérer sur la demande de M. Bérenger l'obligation au rapport des dividendes régulièrement perçus (1);—les créanciers ne peuvent se plaindre : ceux postérieurs à la répartition de ces dividendes n'ont jamais compté sur ce gage qui était sorti de la caisse sociale lorsqu'ils ont traité; ceux antérieurs sont en présence d'une aliénation régulièrement faite en vertu des statuts sociaux et des usages, qu'ils doivent connaître, et cette aliénation n'a pas eu lieu en fraude de leurs droits (C. civ., art. 1167); ils ne peuvent pas la méconnaître ou en demander la nullité (2). La question ne paraît plus discutable depuis la L. 24 juill. 1867, qui, dans la commandite par actions, ne permet pas de répéter les dividendes régulièrement acquis par les actionnaires (art. 10). Il y a là un argument invincible fondé sur une analogie parfaite pour la commandite par intérêts.

213. La loi de 1867 va plus loin; elle permet aux commanditaires de retenir même des *dividendes fictifs*, s'ils ont été *perçus de bonne foi*, lorsque le gérant, par exemple, a faussé les inventaires pour faire croire à des gains, quoiqu'il n'y eût que des pertes, et elle accorde en cas de mauvaise foi une prescription de cinq ans. Ceci est beaucoup plus exorbitant, et certainement, suivant nous, n'aurait pas dû être admis avant la loi nouvelle, même pour la commandite par actions (3). On pourrait soutenir que depuis la loi nouvelle, cette solution devrait être transportée dans la *commandite simple*, en disant que dans les travaux préparatoires on a invoqué, pour établir cette règle, des raisons tout à fait générales : la puissance de la bonne foi, et la lésion qu'éprouveraient les commanditaires dans la solution opposée; enfin que l'article 10, 5e al. de la loi, donnant à ses dispositions un effet rétroactif, paraît admettre qu'elles sont purement interprétatives des règles préexistantes (v. *infrà*, n. 264); il y a donc là, pourrait-on dire, une interprétation législative du droit préexistant, et il faut s'y soumettre (4). — Mais cette doctrine ne nous paraît pas admissible : — il peut être très probable que le législateur de 1867, s'il avait eu à s'occuper de la commandite simple, aurait donné *utilitatis causâ* la même solution que pour la commandite par actions : mais comme il ne s'est pas occupé de la première, la solution donnée pour la seconde seule ne peut pas rigoureusement être invoquée comme une interprétation légale qui lierait

(1) Locré, t. XVII, p. 259, 260.

(2) Jur. const. Req. 15 nov. 1869, D. P. 71. 1. 311; Bourges, 21 août 1871, D. P. 73. 2. 34, au moins implicitement. — Frémery, p. 54. Troplong, *Soc.*, t. II, n. 846. Delangle, *Soc.*, n. 345 et suiv. Molinier, n. 465, 555. Béd., n. 226 et suiv., 300. Brav., t. I, p. 358 et suiv. Al. n. 489. Ly. C. et R., n. 455. Pont, *Soc.*, n. 1481.

(3) V. conf. les arrêtés cités à la note précédente; mais aussi en sens contraire : Alger, 24 mars 1867, D. P. 67. 2. 229.

(4) Pont, *Soc.*, n. 1486 et suiv. (implicitement). — L. belge, a. 21. C. com. ital. a. 117, 2e al.

Source BIU Cujas

l'interprète; il faut donc maintenir la solution qui était seule exacte avant la loi de 1867 ; — de plus il n'y a pas analogie complète entre les deux commandites : le législateur de 1867 a protégé spécialement les commanditaires dans la commandite par actions, parce que, à raison de leur nombre considérable, il est impossible de laisser chacun d'eux exercer un contrôle efficace sur les actes des gérants; il fallait donc les rassurer contre les conséquences extrêmes de ces actes ; de plus, pour la même raison, la bonne foi existera très fréquemment chez eux; — au contraire, dans la commandite simple les commanditaires ont toute facilité pour vérifier les inventaires et les livres, et quand ils reçoivent des dividendes fictifs, il est bien difficile de supposer qu'ils ne sont pas coupables ou de mauvaise foi ou de négligence (1).

S'il est établi qu'ils ont été de *mauvaise foi* lors de la distribution des *dividendes fictifs*, les créanciers auront, sans difficulté, le droit de les leur réclamer comme ayant été prélevés sur le fonds social. Et ils pourront les leur réclamer immédiatement, sans être obligés d'attendre la liquidation finale qui suivra la dissolution de la société (2). Pour les motifs donnés ci-dessus, il n'y aura pas lieu à la prescription de cinq ans édictée par la L. 1867 (3).

214. Ces règles ne changeront-elles pas si les sommes ont été reçues par les commanditaires à titre d'*intérêts* de leurs mises? Nous nous contenterons ici de répondre négativement (4), en nous réservant de discuter la question à propos des commandites par actions, relativement auxquelles elle a été soulevée maintes fois dans la pratique. Disons seulement qu'un associé quelconque n'a jamais un droit véritable à l'intérêt de son capital, comme un simple prêteur (V. *suprà*, n. 200) ; l'associé n'a droit annuellement qu'à une part dans les bénéfices, s'il y en a; il n'a droit à rien s'il n'y en a pas. Cela est de l'essence de toute société; on peut, dans une vue d'ordre intérieur, distinguer dans les bénéfices ce qui représente l'intérêt du capital engagé et ce qui représente un profit véritable; mais cela ne doit jamais porter atteinte aux droits des tiers.

II. — **Cas ou les commanditaires se sont immiscés.**

215. Alors ils perdent le bénéfice de leur qualité de commanditaires, ils peuvent être poursuivis intégralement et solidairement.

Mais quels sont les engagements dont ils répondent de cette façon? Avant 1863, il fallait dire sans distinction, avec l'ancien article 28 : ce sont toutes les dettes sociales, même celles à la naissance desquelles ils n'avaient pas pris part, pour lesquelles on n'avait pas suivi leur foi. On considérait qu'un seul acte de gestion mal conçu avait pu compromettre le gage de tous les créanciers. — Mais il pouvait arriver qu'en fait, cet acte n'eût pas eu ces fâcheuses conséquences, et alors la loi était beaucoup trop rigoureuse ; les capitaux reculaient devant ces rigueurs. Aussi, en 1863, on établit une distinction :

(1) Req. 22 juin 1880, D. P. 81. 1. 18.

(2) Brav. et Demang., t. I, p. 358 et suiv., note. Al. n. 490.

(3) Req. 22 juin 1880, D. P. 81. 1. 18.

(4) Béd., n. 214. Demang. sous Brav., t. I, p. 360. Al., n. 491, 492. — *Contrà :* Paris, 1er juin 1876, D. P. 79. 2. 193, et la note de M. Labbé au J. du Pal. 1878, p. 969. Troplong, *Soc.*, n. 191. Mol., n. 557. Dalloz, vo *Soc.*, n. 1398. Pont, *Soc.*, n. 1455, 1456. Code hongrois, art. 30. L. belge, a. 21. — Comp. Code allem., art. 106-108, 161.

Source BIU Cujas

Art. 28, 1er. al. (Ainsi modifié, L. 6 mai 1863.) En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commandataire est obligé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'il a faits, et il peut, suivant le nombre ou la gravité de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement.

Donc, responsabilité solidaire et indéfinie pour toutes les suites directes des actes auxquels il a pris part; — responsabilité facultative seulement pour les autres dettes sociales; les tribunaux apprécieront dans quelle mesure il a pu porter atteinte au gage des créanciers sociaux.

Q. *Dans ce cas le commanditaire pourrait-il être déclaré commerçant et mis en faillite?* — Avant 1863, il fallait répondre uniformément pour tous les cas et nous croyons que c'était par l'affirmative (1). Depuis cette époque, il faut distinguer en appliquant purement et simplement les principes de l'article 1er, C. com. (2) : — s'il n'a fait que quelques actes de gestion, il n'y a pas l'habitude, il n'est pas commerçant; — s'il est déclaré responsable de tous les engagements sociaux à raison du *nombre* de ses actes, il y a habitude, il sera commerçant; — si enfin on lui impose la même responsabilité, mais seulement à raison de la *gravité* de ses actes; les tribunaux apprécieront en fait si la protection des intérêts des tiers demande qu'il soit soumis aux rigueurs de la loi commerciale.

216. La loi, dans l'article 28, suppose certainement que le commanditaire a agi avec le consentement de ses coassociés, avec leur mandat exprès ou tacite, puisqu'elle suppose toujours que la société est obligée. Dans ce cas, évidemment, la société n'a pas, comme les tiers, le droit de poursuivre le commanditaire au delà de sa mise (3); au contraire, s'il a payé les tiers au delà de sa mise, il a recours contre elle (4). La société pourrait seulement le rendre responsable, comme tout gérant, des fautes commises dans l'exécution de son mandat (C. civ., art. 1992).

Aucune des solutions précédentes ne s'appliquerait dans le cas où le commanditaire se serait immiscé sans mandat, et sans que les tiers aient pu croire sagement à l'existence d'un mandat ou d'une gestion d'affaires; alors la société ne serait nullement obligée envers eux (5); le commanditaire serait personnellement obligé *in infinitum* comme tout intrus ayant agi dans ces conditions; et si la société souffrait un dommage par suite de ces actes, elle le poursuivrait en dommages-intérêts en vertu de l'art. 1382, C. civ. (6).

(1) *Sic :* Mol., n. 504. Malep. et Jourd., n. 164. Delangle. *Revue étr. et fr.*, t. X, p. 89. Delangle, *Soc.*, n. 404 et suiv. Béd., n. 262. Brav., t. I, p. 350. Pont, *Soc.*, n. 1423. — *Contrà :* Pard., n. 1037. Troplong, *Soc.*, n. 438. Persil fils, p. 119 et suiv.

(2) Al. n. 826. Pont, *Soc.*, n. 1473. — Comp. Ly, C. et R., n. 362.

(3) Pard., n. 1038. Troplong, *Soc.*, n. 440. Al. n. 825. Massé, n. 1973. — *Contrà :* Demang. sous Brav., t. I, p. 249. Béd., n. 259 et suiv.

(4) Al. n. 825.

(5) V. Brav. et Demang., t. I, p. 248, 249.

(6) Ly. C. et R., n. 362. — *Contrà :* Mol., n. 505. V. Delangle, *Soc.*, n. 414. Paris, 6 juill. 1865, D. P. 66. 5. 443.

Source BIU Cujas

CHAPITRE III.

DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS EN GÉNÉRAL.

217. Les sociétés dont nous avons à parler maintenant, la commandite par actions et la société anonyme, ont un trait commun, c'est d'être constituées par actions. Il nous faut avant tout définir ce caractère, ne fût-ce que pour séparer nettement les deux espèces de commandites; dès lors, il nous paraît plus logique et plus simple de suivre ici toutes les conséquences de ce caractère, et d'indiquer ici toutes les règles communes aux deux sociétés dont nous avons encore à traiter.

Trois sections : — 1° Définition des sociétés par actions; — 2° Constitution du capital dans ces sociétés; — 3° Réglementations légales communes à ces sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

DÉFINITION DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

218. Les sociétés dont nous avons parlé jusqu'ici sont dites *sociétés par intérêts;* celles dont nous allons parler sont dites *sociétés par actions*. Que signifie cette distinction? — Les opinions sont très divergentes sur la définition précise à donner de l'*intérêt* et de l'*action*. Mais on est généralement d'accord aujourd'hui sur les traits généraux de la distinction des *sociétés par intérêts* et des *sociétés par actions*. Mettons d'abord en lumière ces traits distinctifs qu'on peut considérer comme acquis actuellement à la science juridique.

On s'accorde à reconnaître que cette distinction est la même que celle des *sociétés de personnes* et des *sociétés de capitaux*. Les sociétés par intérêts sont les sociétés de personnes; les sociétés par actions sont les sociétés de capitaux (1). Les sociétés de personnes sont celles où les associés apportent leur capacité et leur honorabilité personnelle, le concours de leur travail, de leur industrie, de leur crédit, de leur solvabilité personnelle, ou au moins, comme les commanditaires dans la commandite par intérêts, ont été choisis et ont choisi leurs associés en tenant compte surtout de leur honorabilité, de leur capacité, de la facilité des relations promettant de bons rapports avec eux. Les personnes s'étant spécialement choisies, il s'ensuit : — que le contrat pourrait être annulé pour erreur dans la personne (ce qui est exceptionnel dans notre droit, art. 1110, 2e al., C. civ.); — que les associés ne peuvent se substituer un étranger dans la société sans le consentement des autres associés (C. civ., art. 1861) ; — que la société se dissoudra par les causes personnelles aux associés, la mort, l'interdiction, la déconfiture, la faillite (C. civ., art. 1865), ce qui est encore exceptionnel dans notre droit. — Les *sociétés de capitaux* sont celles où l'on n'envisage pas les qualités personnelles des associés, mais uni-

(1) Pard., n. 973, 974, 993, 1032. Troplong, *Soc.*, n. 128, 129. Mol., n. 512. Béd., n. 318. Brav., et Demang., t. I. p. 260, 261. Duvergier, *Collect. des lois*, 1856, p. 331 ; 1857, p. 166. M. Em. Ollivier, dans la discussion de la loi de 1867. Beslay, n. 6-29.

Source BIU Cujas

quement les capitaux qu'ils apportent. Il s'agit de sociétés exigeant des capitaux très considérables, qu'on ne peut espérer réunir en s'adressant au petit nombre de personnes que l'on peut connaître individuellement ; aussi on fait appel au public, sans aucune acception de personnes ; on ne demande aux associés que de verser leurs mises ; mais aussi, par contre, on ne peut leur accorder qu'une influence bien plus restreinte dans le contrôle et la surveillance des actes des gérants ou administrateurs. Il suit de là : — que le contrat fondamental de ces sociétés ne pourra jamais être annulé pour erreur dans les personnes (C. civ., art. 1110) ; — que la société ne sera pas dissoute par les causes personnelles aux associés (mort, interdiction, déconfiture, faillite) (C. civ., art. 1865) ;— et enfin qu'au lieu de maintenir l'interdiction de céder les parts d'associés (art. 1861, C. civ.), on aura organisé la transmission facile et fréquente de ces parts ; car, plus on les acquerra facilement, plus les associés viendront à la société ; et surtout, plus on aura la certitude de rentrer facilement dans ses fonds, si l'on en a besoin, en revendant sa part, plus on apportera facilement ces fonds à la caisse sociale. — C'est ce dernier point de vue qui va nous fournir le caractère essentiel et distinctif de l'action par rapport à l'intérêt (1).

Nous avons déjà défini l'**intérêt** dans une société. L'*intérêt* ou *part d'associé* est l'équivalent de l'apport de l'associé (2), la cause juridique de ses obligations. Dans les sociétés qui ne sont pas personnes morales, c'est une part de copropriété dans le fonds social, grevée de la servitude d'indivision pendant la durée de la société (V. *suprà*, n. 158). Dans les sociétés personnes morales, par conséquent dans les sociétés commerciales, la société étant propriétaire du fonds social, et celui-ci étant considéré par rapport aux associés comme chose fongible, l'*intérêt* est la créance d'une part du fonds social tel qu'il se comportera à la dissolution (V. *suprà*, n. 165). Dans l'un et l'autre cas, l'*intérêt* se traduit pratiquement par *le droit éventuel au partage des bénéfices annuellement, et au partage du fonds social à la dissolution de la société.* Nous n'insistons pas sur ces idées qui ont déjà été développées.

L'*intérêt* existe dans toutes les sociétés, soit sous sa forme simple, soit sous la forme spéciale d'*action*, qui n'est qu'une modalité de la première. Dans les sociétés personnes morales, il présente les caractères suivants : — il est *mobilier*, même lorsque la société possède des immeubles (C. civ., art. 529) ; — *de quotité incertaine*, par opposition au droit d'un prêteur ou simple bailleur de fonds, qui est d'une somme fixe ; — il est constitué pour *toute la durée de la société*, et ne deviendra exigible qu'à sa dissolution.

219. Maintenant quelle transformation subit l'intérêt pour devenir une **action?** En d'autres termes : **Q.** *Quelle différence y a-t-il entre l'intérêt et l'action ?*

(1) Plusieurs auteurs se bornent à distinguer ainsi les *sociétés de personnes* ou *par intérêts*, et les *sociétés de capitaux* ou *par actions ;* ils indiquent ensuite quelques caractères habituels, mais non essentiels de l'*intérêt* et de l'*action ;* mais ils se refusent à poser un caractère absolu qui puisse distinguer ces deux titres. V. Duvergier, *Collect. des lois*, t. 1856, p. 331 ; t. 1857, p. 166. Demangeat sous Brav., t. I, p. 260. M. Em. Ollivier, dans la discussion de la loi de 1867. Beslay, n. 6-29. C'est ce que nous avions fait nous-mêmes dans notre 1re édition ; mais depuis notre 2e édition, nous avons cru pouvoir poser sans inconvénients une formule plus nette et plus facile à retenir.

(2) Brav., t. I, p. 254.

Source BIU Cujas

— Un très grand nombre de systèmes se sont produits sur ce point; je me contente d'indiquer les deux principaux, les seuls qui paraissent soutenables maintenant (1). Ils partent tous deux de cette idée que la différence entre l'intérêt et l'action réside dans une plus ou moins grande facilité de la transmission ; ils ont une base légale dans le rapprochement de l'art. 34 avec les art. 35 et 36, C. com. : dès que la loi parle de l'action, immédiatement elle pense à sa transmissibilité et l'organise. — D'après l'un de ces systèmes, l'*action* c'est l'intérêt lorsqu'il est *cessible*. D'après un autre, il faut plus que cela, il faut que l'intérêt soit *négociable* pour devenir une action. — Pour nous, nous modifions légèrement la formule du second système et nous disons : *L'action est l'***intérêt** *qui est* **normalement négociable** *d'après les statuts de la société* (2). — C'est ce que nous allons démontrer en expliquant d'abord les différentes formules que nous venons de mettre en présence.

Un titre est dit *cessible* lorsqu'il peut se transmettre, mais seulement par les modes consacrés en droit civil. Quand donc une part d'*intérêt* est simplement cessible (comme l'intérêt, dans les sociétés commerciales, n'est qu'un droit de créance, v. *suprà*. n. 165), la cession ne sera valable à l'égard de la société et des tiers que par la signification à la société (débiteur cédé) ou son acceptation par acte authentique (C. civ., art. 1690) (3)

Un titre est dit *négociable* lorsqu'il est transmissible par les modes abrégés du droit commercial, par un *transfert*, s'il est *nominatif;* par un *endossement* s'il est *à ordre;* par la simple *tradition* s'il est *au porteur* (art. 35 et 36. V. *infrà*, n. 235 et suiv.): dans tous les cas sans aucune signification au débiteur cédé. Une part d'intérêt sera donc négociable si elle peut se transférer par un de ces modes abrégés.

Or nous disons d'abord qu'il ne suffit pas qu'un intérêt soit cessible pour devenir une action : — en effet ce mode de transmission entouré des formalités du droit civil, exigeant que la société consente, ou tout au moins soit

(1) Voici trois systèmes presque complètement abandonnés, et qui doivent l'être, puisqu'ils ne se conforment pas à la distinction universellement admise aujourd'hui entre les sociétés par intérêt et les sociétés par actions (V. n. 218) : — 1° l'intérêt serait une part dans une société anonyme (Delvincourt, Code civil, édit. de 1824, t. I, p. 143, n. 2; p. 338. Delvincourt, *Dr. fr.*, n. 101; n. 118, note 1. Persil, *Soc. comm.*, p. 131); l'existence légale de la commandite par actions rend ce système insoutenable; — 2° l'intérêt serait une part de copropriété, l'action une simple créance (certains orateurs au conseil d'État dans la discussion de l'art. 529, C. civ.; solution de l'adm. de l'enregistrement pour l'application de la L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n. 6. *Contrà :* Cass. 8 fév. 1837, D. P. 37. 1. 104. Pard., t. I, p. 48. Beslay, n. 36, 37). Nous avons réfuté ce système en présentant le point de vue véritable, au n. 165, *suprà;* — 3° l'intérêt emporterait envers les tiers l'obligation personnelle sur tous les biens de l'associé; l'*action*, l'obligation limitée à la mise : Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. II, p. 23; Demol. t. IX, n. 411. Mais dans la commandite par intérêts, l'obligation est limitée à la mise.

(2) C'est aussi la doctrine qui se dégage de l'article de M. Beudant, dans la *Revue critique*, t. XXXIV, p. 161 et suiv. Nous avons beaucoup emprunté à cet excellent travail.

(3) M. Beudant est le seul auteur à notre connaissance qui refuse d'appliquer l'art. 1690, C. civ., à la cession d'une part d'intérêt; il se fonde sur ce que c'est principalement un droit de copropriété et non un droit de créance. V. *Rev. crit.*, t. XXXIV, p. 154 et suiv.

Source BIU Cujas

prévenue, ne répond pas à ce besoin de transmission facile et fréquente qui s'impose aux sociétés par actions (1); — de plus la possibilité d'une cession par les modes civils existe à un degré plus ou moins fort dans toutes les sociétés, même dans les sociétés civiles, celles qui s'éloignent le plus des sociétés par actions : la cession d'une part d'intérêt est toujours possible dans les termes de l'art. 1861, C. civ., avec le consentement des coassociés; même sans ce consentement, rien ne s'oppose à ce qu'un associé cède sa part à un tiers, pourvu que cette cession reste sans effet à l'égard de la société (même art. 1861) (2); enfin, l'acte de société peut permettre la cession de la part des associés (3); — d'un autre côté les art. 42 et 47, C. com.; 57 et 61 de la L. 1867, ordonnent de publier tout *changement* d'associé, ce qui suppose qu'un associé peut se substituer une autre personne; or, cette disposition ne peut s'appliquer qu'aux sociétés par intérêts, puisque, dans les sociétés par actions, le nom des actionnaires n'est pas publié ; — s'il est vrai que le code de commerce, aussitôt qu'il nomme les actions (art. 34), s'occupe de leur transmissibilité, la transmissibilité qu'il organise n'est pas seulement la transmissibilité par les modes civils; c'est la transmissibilité par les modes commerciaux (art. 35 et 36); enfin la L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, n. 6, parle des actions et autres *effets négociables;* elle attribue donc aux actions non seulement la cessibilité, mais encore la négociabilité.

Il faut donc en venir à dire que l'action est l'intérêt négociable. Mais nous ajoutons qu'il faut et qu'il suffit qu'il soit *normalement* négociable d'*après les statuts de la société.* — Il faut que la négociabilité soit la règle, le droit commun, le droit ouvert à tous d'après les statuts sociaux; si les titres n'étaient négociables qu'avec le consentement préalable de la société ou de ses représentants, on retomberait dans toutes les gênes et toutes les lenteurs de la cession civile; cette organisation ne répondrait pas au but des sociétés par actions (4); — les art. 35 et 36 paraissent bien partir de cette idée en disant que l'action ou sa propriété peut être *établie* sous telle ou telle forme; le mot *établie* paraît bien se référer aux règles posées par les stipulations sociales; et l'on entend généralement ainsi ces articles, puisque tous les auteurs remarquent qu'il est dérogé à l'art. 35, par l'art. 3 de la loi de 1867, d'après lequel les actions ne peuvent être au porteur qu'après l'accomplissement de certaines conditions nécessairement postérieures à la constitution de la société (V. *infrà*, n. 304). — Mais il suffit que la négociabilité des actions soit posée en principe par les statuts, les titres n'en seraient pas moins des actions, lors même qu'exceptionnellement et transitoirement la négociabilité, ou certains modes de négociabilité, seraient exclus, si cette négociabilité est la règle, le *desideratum* auquel on doit toujours arriver ou revenir. C'est là encore le sens du mot *normalement* que nous avons mis dans la définition. — Et par là nous répondons aux objections faites à la doctrine qui pose la négociabilité comme le caractère distinctif des actions : — d'abord, dit-on, d'après la loi de 1867,

(1) *Contrà :* Pard., n. 973, 974, 993, 1032. Troplong, *Soc.*, n. 128, 129. Mol., n. 512. Béd., n. 318. Brav. et Demang., t. I, p. 260, 261. Pont, *Soc.*, n. 599.

(2) Cass. 24 nov. 1856. S. 57. 1. 516.

(3) V. un exemple, Req. 22 fév. 1869, D. P. 69. 1. 420.

(4) Beslay, n. 43 et suiv. Ly. C. et R., n. 372 *in fine.* — *Contrà :* Req. 27 mars 1878, D. P. 78. 1. 308. Romiguière, sur la L. de 1856, n. 3-5. Vavasseur, p. 7.

Source BIU Cujas

art. 2 et 24, les actions ne sont jamais négociables avant le versement du quart par chaque actionnaire, et cette prohibition s'applique à toutes les sociétés par actions; nous répondons que la négociabilité est le but auquel on tend, et peu importe qu'on soit transitoirement empêché de l'atteindre; on peut même répondre plus catégoriquement qu'avant le versement du quart la société n'est pas constituée, il n'y a qu'un projet de société, il n'y a aussi que des projets d'actions, des titres provisoires auxquels on peut, si l'on veut, refuser le nom d'actions sans entamer notre théorie; — on objecte encore que, d'après l'art. 26 de la même loi, les administrateurs d'une société anonyme doivent être propriétaires d'un certain nombre d'actions qui sont déposées à titre de garantie dans la caisse sociale, et *inaliénables* (même par les modes du droit civil); nous répondrons que cela n'empêche pas toutes les autres actions d'être négociables, que celles-là même le sont virtuellement et le redeviendront en fait, au moins un certain temps après la cessation des fonctions des administrateurs; que la négociabilité reste donc la règle, et la non-négociabilité une exception d'une très minime importance; — la même loi de 1867 dans son art. 3, empêche que pendant un certain temps les actions ne puissent être au porteur, mais les autres modes de négociation sont toujours possibles; nous revenons toujours à la même réponse; — l'art. 50 de la loi permet dans les sociétés à capital variable de stipuler que les représentants de la société pourront s'opposer au transfert des actions; mais ce n'est pas du tout la même chose que s'il fallait pour ce transfert le consentement *préalable* de la société; au contraire, on n'a besoin de rien demander, le droit de faire le transfert est la règle, et il faut une opposition formelle des pouvoirs sociaux pour l'empêcher; — enfin l'objection la plus spécieuse peut-être est tirée de la L. 5 juin 1850 sur le timbre, art. 25, qui parle d'*actions* dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'art. 1690, C. civ.; donc, dit-on, il peut y avoir des actions non négociables. La réponse est facile : la loi ne s'occupe de ces prétendues actions que pour leur refuser les faveurs faites aux actions véritables en matière du timbre; elle ne les traite pas comme des actions; de sorte que la pensée du législateur paraît être celle-ci : Quand même on aurait qualifié d'actions des titres qui n'en sont pas, parce qu'ils ne sont pas négociables, la loi ne s'appliquera pas à ces titres. Cette disposition confirme donc notre théorie.

On pourrait encore faire à notre doctrine une objection en sens inverse des précédentes, et dire que l'intérêt peut être aussi négociable, ce qui ruinerait notre distinction; en effet l'art. 91 (nouveau), 3e al., C. com., parle de *parts d'intérêts... dont la transmission s'opère par un transfert.* La réponse est dans les travaux préparatoires de la L. 23 mai 1863, qui a introduit cet article dans le Code : on y a formellement expliqué que l'on voulait désigner par ces mots les parts des associés fondateurs avant que la société par actions ne soit définitivement constituée, les titres provisoires délivrés avant la constitution (1).

(1) Voici les paroles de M. Vernier, rapporteur au Corps législatif : « Ces valeurs ont tous les caractères d'une action; elles en diffèrent pourtant en ce sens qu'elles représentent une autre division de l'intérêt social que celle qui existe entre les actionnaires. C'est la part d'intérêt que les fondateurs d'une compagnie s'attribuent entre eux *avant la mise en actions* » (D. P. 63. 4. 77).

Source BIU Cujas

— Nous croyons donc pouvoir maintenir notre définition : l'action est l'intérêt normalement négociable d'après les statuts sociaux.

221. A côté de ce caractère fondamental et essentiel de l'action, il y a deux caractères, naturels, très habituels, mais non essentiels ; ils s'y rencontreront presque toujours, mais ils peuvent ne pas exister; voilà pourquoi nous ne pouvons pas suivre les auteurs, qui fondent sur eux la définition des actions. Voici ces deux caractères : — 1° *Fixité de la somme que représente l'action ;* la plupart du temps l'intérêt est exprimé par une fraction du capital social 1/4, 1/20, 1/1000, etc.; l'action au contraire est d'une somme fixe, 200 fr., 500 fr., 1000 fr. (1); cependant il y a des compagnies qui ont des *actions de quotité* exprimées par une fraction du capital total et ces actions de quotité sont légalement reconnues par la L. 5 juin 1850, art. 14 (par ex. les mines de la Loire, les mines d'Anzin); — 2° *Égalité des coupures*, égalité des sommes ou des fractions que représente chaque action (2); toutes les actions seront de 500 fr., de 1000 fr.; ou de 1/1000, de 1/2000, etc. Cette égalité présente quatre avantages : on vend plus facilement à la Bourse des actions d'une valeur nominale connue et uniforme; on les cote aussi plus facilement; les dividendes sont aussi payés sans complications de comptes; on peut par ce moyen compter très aisément les voix dans les assemblées d'actionnaires. Cette égalité entraîne l'*indivisibilité* des actions : plusieurs héritiers du propriétaire ne pourraient les partager en nature, au moins dans leurs rapports avec la société (3); chaque coupure doit rester intacte, sans cela les avantages que nous venons de citer disparaîtraient. Cette égalité peut ne pas exister : ainsi dans les *actions de quotité*, les fractions qu'elles représentent peuvent ne pas être égales pour les actionnaires d'une même société; les uns peuvent avoir des actions de 1/1000, des autres de 1/2000, etc.

222. **Avantages des sociétés par actions.** — Nous l'avons vu, ces sociétés sont des sociétés de capitaux et non de personnes; on ne les contracte pas *intuitu personæ*. Il en résulte que n'étant pas sujettes à toutes les causes de dissolution qui tiennent à la personne des associés, mort, interdiction, déconfiture, faillite (V. art. 1865, C. civ.), elles permettent des entreprises de plus longue durée. Elles permettent aussi de réunir un capital beaucoup plus considérable, en rassemblant beaucoup de petites souscriptions; car on peut avoir un très grand nombre d'associés, puisqu'il n'est pas nécessaire que les associés se connaissent entre eux. — Enfin les actionnaires peuvent sortir très facilement de la société en vendant leurs actions, et reprendre par là leurs fonds dès qu'ils en auront besoin ; ils les apporteront donc beaucoup plus facilement que s'ils les engageaient pour toute la durée de la société. Ils peuvent aussi, par la revente, réaliser un bénéfice actuel et assuré dans un moment de prospérité de la société, sans être obligés de courir jusqu'au bout les risques de l'entreprise, et de s'exposer à perdre bien plus qu'ils n'ont gagné (4).

(1) Voici les auteurs qui définissent les actions par ce caractère : Duranton, *Dr. fr.*, t. IV, p. 101, n. 118, note 1. Demante, *Cours anal.*, t. II, p. 421. *Contrà :* Vavasseur, n. 5. Beslay, n. 55 et suiv.

(2) C. com. ital. a. 164.

(3) Ly. C. et R., n. 379. — L. belge, a. 37; C. com. ital. a. 170.

(4) Brav., t. I, p. 266. V. dans cet auteur un exemple historique qui fait bien ressortir cet avantage.

Source BIU Cujas

Ces avantages existent complètement dans la société anonyme, où tous les associés sont actionnaires. Dans la commandite par actions, ils existent à l'égard des commanditaires, dont le droit revêt aussi la forme d'actions; ils ne se réalisent pas en ce qui concerne les *associés en nom* ou *gérants*, qui sont, comme dans la commandite simple, responsables personnellement et solidairement, et à l'égard de qui, en principe du moins, la société est contractée *intuitu personæ*.

Mais réciproquement la commandite par actions trouve un avantage dans la responsabilité indéfinie et solidaire des associés en nom, qui est un élément de crédit important pourvu que le capital de la société ne soit pas trop considérable. Elle convient donc à des entreprises qui sont d'une importance moyenne, qui exigent un capital trop fort pour être fourni par un petit nombre d'associés se connaissant tous, mais pas assez fort pour que la solvabilité des gérants ne soit pas insignifiante : dans lesquelles la commandite n'est considérée que comme l'accessoire, l'appoint de la fortune et de la capacité des commandités (1); et qui ont beaucoup à espérer des qualités personnelles des gérants, de leur intelligence, de leur capacité, de leur industrie, de la continuité dans la pensée et de la promptitude dans l'action.

Au contraire, s'il s'agit de ces entreprises tellement vastes que la solvabilité d'un individu, quelle que soit sa fortune, est presque insignifiante par rapport aux capitaux immenses engagés, si d'ailleurs il suffit pour la gestion d'une capacité ordinaire, ou si l'on n'a personne dont les talents s'imposent par leur supériorité, on préférera la société anonyme, maintenant qu'elle est libre depuis 1867. En effet, dans cette société l'élément réel existant seul, les actionnaires auront l'avantage d'être les maîtres souverains de l'affaire, les administrateurs seront leurs mandataires et dépendront d'eux entièrement, et les capitalistes préféreront suivre ainsi et diriger l'emploi de leurs capitaux tandis que, dans la société en commandite par actions, l'élément réel doit être, comme nous l'avons vu pour la commandite simple, subordonné à l'élément personnel : le gérant doit être libre et indépendant, doit être le maître parce qu'il est solidairement responsable. On a souvent cherché à faire sortir la société en commandite de son rôle; surtout pour éluder la loi lorsque l'anonymat était subordonné à l'autorisation du gouvernement; nous verrons les nombreuses atteintes qui ont été portées à ses principes pour obtenir ce résultat. Mais ces efforts ont en général échoué dans la pratique, parce qu'ils créaient des situations fausses, qui ont amené des désastres. Aujourd'hui, avec la liberté de l'anonymat, la commandite par actions rentrera dans son rôle modeste, mais utile; et toutes les grandes entreprises se feront par la société anonyme.

SECTION II.

CONSTITUTION DU CAPITAL DANS LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

223. Cinq paragraphes : — 1° Souscription aux actions, et obligations des actionnaires; — 2° Diverses formes des apports; première division des ac-

(1) V. l'excellent article de M. Beudant : *Revue critique*, t. XXXI (1867), p. 414 et suiv.

Source BIU Cujas

tions à ce point de vue; — 3° Droits des actionnaires; amortissement; deuxième division des actions; — 4° Négociabilité des actions; troisième division des actions; — 5° Augmentations du capital : émissions nouvelles; obligations.

§ 1er

Souscription aux actions, et obligations des actionnaires.

224. Le contrat de société ne se forme pas, ordinairement du moins, pour les actionnaires par la signature du pacte social et des statuts. Il se forme par la souscription à un certain nombre d'actions (1); cela résulte nécessairement de ce que l'on fait habituellement appel au public pour cette souscription; l'acte fondamental ne peut pas être mis à la disposition de tout le monde et dans tous les endroits où la souscription est ouverte. Mais il doit, bien entendu, être communiqué, soit en original, au siège social, soit ailleurs, par copie imprimée ou non, à tous ceux qui veulent souscrire; car, par leur souscription, ils y adhèrent; ils ne peuvent le faire valablement sans le connaître, ou au moins sans avoir pu le connaître. — La souscription se fait par la signature d'un bulletin de souscription, où l'on indique le nombre d'actions auquel on souscrit et qu'on adresse aux représentants de la société.

225. La souscription est donc le contrat synallagmatique qui lie l'actionnaire envers la société et la société envers lui. — *A quel moment ce contrat est-il formé?* Evidemment il n'est parfait, comme tous les contrats formés à distance, que par l'offre suivie d'acceptation. Mais à quel moment ce fait sera-t-il réalisé? On pourrait dire à première vue que la future société, par ses circulaires ou ses affiches, a fait une offre, que la signature du bulletin de souscription est l'acceptation de cette offre, que le contrat est donc formé et l'actionnaire lié dès ce moment. Mais en pratique il y a un obstacle à l'exactitude de ce raisonnement : au moment où l'actionnaire souscrit, il n'est pas sûr que sa souscription soit acceptée, ou qu'elle soit acceptée pour le tout. En effet, ordinairement la souscription est ouverte pendant un certain nombre de jours déterminés, et si le montant total des souscriptions dépasse le capital demandé, il faut réduire celles-ci d'après la méthode annoncée d'avance dans les prospectus : soit toutes ensemble au marc le franc, soit en supprimant complètement celles des derniers jours à partir du jour où le capital a été atteint, et en réduisant au marc le franc celles de ce jour-là seulement. L'actionnaire ne peut donc être lié qu'à partir du moment où il a reçu la notification que sa souscription a été acceptée pour telle part ou pour le tout (2). — Cette notification pourra être faite par une lettre spéciale, à la charge par la société de prouver que cette lettre est parvenue à sa destination; ou mieux encore par des certificats faits doubles et signés du gérant (3). Au contraire,

(1) La L. belge, a. 30 et suiv. et le C. comm. italien, a. 128 et suiv. prévoient ces deux modes de formation; ils réglementent surtout le second pour empêcher que l'engagement ne soit pris à la légère.

(2) Beslay, n. 107.

(3) Paris, 22 janv. 1853, D. P. 54. 2. 258. — V. L. belge, a. 31; Comp. C. com. ital. a. 130.

Source BIU Cujas

il ne suffirait pas, pour lier l'actionnaire, d'une inscription faite sans lui sur les registres (1); ou d'un visa sur la lettre de souscription (2); ou même d'une circulaire préparée pour notifier l'acceptation si l'on ne prouve pas qu'elle soit arrivée (3).

Si la souscription n'était que conditionnelle, l'actionnaire ne sera pas lié jusqu'à l'arrivée de la condition : p. ex. si les statuts portaient qu'on ne serait actionnaire qu'après versement total et remise des titres, l'actionnaire ne serait pas obligé de verser (4). Mais cette clause, rendant l'obligation des actionnaires purement potestative, empêcherait que la société fût réellement constituée, tant que la condition ne serait pas réalisée; à moins qu'il ne fût stipulé que, faute de compléter son versement, le souscripteur perdrait les premiers fonds versés, ce qui constituerait une obligation avec clause pénale. En tous cas, on ne devrait pas admettre facilement l'interprétation des statuts en ce sens (5).

226. La souscription pourrait aussi être entachée des nullités qui sont possibles dans tous les contrats. Mais si elle avait été obtenue par le dol du gérant ou du fondateur, on ne pourrait en invoquer la nullité à l'encontre des créanciers sociaux; les souscripteurs seraient tenus de verser leur mise, sauf recours en indemnité contre le gérant (6). C'est l'application du principe de droit commun d'après lequel la nullité fondée sur le dol ne peut être invoquée que contre l'auteur du dol. (C. civ. a. 1116).

227. Quelle sera la sanction de l'obligation de l'actionnaire? Ce sera évidemment une poursuite exercée contre lui au nom de la société et tendant à lui faire verser intégralement sa mise; car il est obligé personnellement. Il y a aussi un autre moyen très souvent pratiqué, et licite s'il a été stipulé dans les statuts : c'est de faire vendre les actions par lui souscrites, et de le poursuivre ensuite seulement pour la différence (s'il y en a) entre le prix qu'il devait verser et le prix obtenu par cette vente; c'est ce que l'on appelle exécuter à la bourse le souscripteur (7). Mais ce moyen est purement facultatif pour la compagnie; il peut être considéré comme l'application de la condition résolutoire sous-entendue pour le cas où l'une des parties ne remplit pas ses engagements (C. civ. a. 1184) (8); mais avec une clause pénale, car le souscripteur perd le versement qu'il a fait en souscrivant, et n'a pas sa part d'intérêt social sur laquelle il avait compté en échange (9).

Souvent on ne demande pas aux actionnaires un versement total immédiat de tout le capital de leurs actions. On peut fixer dès le début plusieurs époques échelonnées pour ces versements; ou ne faire verser au commencement qu'une certaine somme, et faire plus tard des appels de fonds à mesure

(1) Paris, 10 août 1850, D. P. 52. 2. 197.
(2) Paris, 22 janv., 16 nov. 1853, D. P. 55. 2. 126.
(3) Paris, 11 janv. 1854, D. P. 54. 2. 139.
(4) Req. 27 déc. 1853, D. P. 54. 1. 142.
(5) V. Rej. 2 août 1853, D. P. 54. 5. 709; Lyon, 9 avril 1856, D. P. 56. 2. 198; Rej. 13 août 1856, D. P. 56. 1. 343. V. du reste ci-après, au n. 227.
(6) Req. 10 fév. 1868, D. P. 68. 1. 379.
(7) Cass. 24 août 1875, D. P. 76. 1. 13. — C. com. ital. a. 168.
(8) Lyon, 9 avril 1856, D. P. 56. 2. 198.
(9) Beslay, n. 360 et suiv.

Source BIU Cujas

des besoins de la société. — Dans l'un et l'autre cas, les intérêts sont dus de plein droit par l'actionnaire du jour fixé pour le versement (a. 1846, C. civ.) (1). — Les titres délivrés alors aux souscripteurs s'appellent des *promesses d'actions*, si le versement doit être complété dans un bref délai, et si les titres définitifs ne doivent être délivrés qu'après ce versement; si au contraire le versement ne doit être complété que beaucoup plus tard, on donne immédiatement des titres définitifs, qui sont appelés *actions non libérées*.

228. Nous appliquerons à cette obligation des actionnaires, dans les deux sociétés par actions, les solutions admises pour la commandite simple, sur les points suivants (les motifs étant les mêmes, nous ne discutons point ces questions) : — le fait de souscrire des actions dans une société ne rend pas le souscripteur commerçant (v. n. 201); — mais c'est un acte isolé de commerce, entraînant la compétence commerciale, et autrefois la contrainte par corps (v. n. 211) (2); que la poursuite soit exercée par les gérants (C. com., a. 631, 2°), ou qu'elle le soit par les créanciers sociaux ; — ces créanciers ont une action directe contre les actionnaires (v. n. 210) (3).

§ 2

Diverses formes des apports; 1re division des actions.

229. Ici, comme dans les autres sociétés, il peut y avoir des apports qui ne sont pas réalisés en argent. En général le droit des associés qui les font est néanmoins traduit sous forme d'actions pour pouvoir se comparer à celui des autres; aussi, on donne à ces associés un certain nombre d'actions suivant la valeur attribuée à leurs apports et appréciée en argent.

A ce point de vue de la cause qui a fait attribuer les actions aux actionnaires, on distingue : — les *actions de capital* ou *actions payantes*, obtenues en échange d'un capital versé ou promis; c'est le cas normal dont nous avons parlé au paragraphe précédent; — les *actions industrielles* données à celui qui fait un apport en industrie, lequel sera fourni journellement au cours de la société; ces actions restent souvent déposées à la caisse sociale pendant toute la durée de la société, comme garantie de la réalisation de l'apport (4); — les *actions de fondation* attribuées aux fondateurs en échange d'apports en nature, comme des immeubles, une usine, des marchandises, des machines, un fonds de commerce, une clientèle; ou d'apports en idées, comme des inventions brevetées, des combinaisons commerciales nouvelles, etc.; ces apports, ainsi que ceux en industrie, présentent un danger à l'égard des associés et des tiers : c'est la facilité très grande d'en exagérer la valeur; aussi nos lois se sont-elles préoccupées de les réglementer (n. 256); — les *actions de prime*

(1) Req. 6 août 1862, D. P. 62. 1. 421; Paris, 15 juill. 1871, D. P. 71. 2. 142.

(2) Grande majorité de la jurisprudence. V. Bourges, 26 déc. 1870, D. P. 72. 2. 222. — *Contrà :* Angers, 3 juin 1875, D. P. 76. 2. 166. Al. n. 347, comme pour les commanditaires.

(3) Req. 24 juin 1861, D. P. 61. 1. 435. — Troplong, *Soc.*, n. 457. Malep. et Jourd., p. 156. Brav., t. I, p. 242 et suiv.; 253 et suiv. Al. n. 346.

(4) Al. n. 348.

Source BIU Cujas

données en rémunération de services rendus à la société, surtout au moment de sa fondation, par des démarches, par la publicité, etc.; la concession de ces actions est encore plus dangereuse que celle dont nous venons de parler, à raison de l'impossibilité d'apprécier le plus souvent en argent de pareils services; nous verrons si elle peut s'accorder avec les dispositions de nos lois (n. 249).

§ 3

Droits des actionnaires; amortissement; 2e division des actions.

230. Les actionnaires ont droit en général, comme les associés dans toute société, au partage des bénéfices annuellement sous forme de dividende et au partage du fonds social à la dissolution de la société. Ces droits peuvent pourtant être restreints à un point de vue ou à un autre par diverses circonstances. Pour indiquer cette extension variable des droits des actionnaires, on établit des actions de formes et de noms différents, qui par leur intitulé même révèlent ces variations. Il y a à ce point de vue des *actions de capital*, des *actions industrielles* et des *actions de jouissance*.

231. Les *actions de capital* sont ici encore le type complet et normal; elles donnent à ceux qui en sont porteurs la plénitude des droits des associés : partage du fonds social dans l'avenir, droit aux dividendes annuellement. Ils touchent ceux-ci sous forme d'un *coupon de dividendes*. Souvent il arrive que l'on subdivise ce coupon en *coupon d'intérêt* et *coupon de dividende*: le premier, représentant l'intérêt normal des sommes versées par chaque action, le second représentant les profits de l'entreprise, acquis et distribués en sus de cet intérêt. Il y a avantage pour la société et pour les associés à distinguer ces deux éléments, pour constater plus exactement la prospérité de l'entreprise. Souvent aussi, pour ne pas faire trop attendre aux actionnaires leurs revenus, on paie un coupon tous les six mois : au bout des six premiers mois de l'année, on paie le coupon d'intérêt; et, après la fin de l'exercice, quand on connaît les profits réalisés, on peut payer le coupon de dividende. — Nous verrons encore tout à l'heure d'autres avantages de cette séparation (n. 233).

Mais cette pratique a eu un grave inconvénient : c'est de répandre dans le public financier, et de faire même accepter par la jurisprudence, cette idée très fausse que les actionnnaires ont toujours droit à l'intérêt de leur argent, lors même que la société ne fait pas de bénéfices. Nous avons déjà combattu cette idée à propos de la commandite simple; nous y reviendrons bientôt plus longuement (V. n. 295). — Il y a seulement un cas où la pratique vicieuse sur ce point peut se défendre par des raisons pratiques très sérieuses. Une entreprise commence, il faudra un temps assez long avant qu'on n'ait même l'espoir de faire des bénéfices; c'est, par exemple, une compagnie qui construit un chemin de fer, et plusieurs années s'écouleront nécessairement avant que l'exploitation ne puisse commencer. On émet des actions, mais, si l'on n'a la perspective d'aucun revenu pendant plusieurs années, les souscripteurs ne viendront pas, quelle que soit la bonté de l'affaire. Alors on leur assure l'intérêt de leur capital pendant les années infructueuses; quel-

Source BIU Cujas

quefois même on stipule qu'une somme, prise sur le capital souscrit, sera déposée à la Banque pour garantir ces intérêts. Il y a pour cela presque une nécessité pratique. Et pourtant, c'est tout simplement une restitution partielle du capital social, peut-être au grand détriment de l'entreprise; en tout cas, c'est une duperie pour les tiers qui ont compté sur le capital nominal, et voient leur gage anéanti partiellement. Cette pratique, presque nécessaire, doit donc se restreindre autant qu'on le pourra, et les statuts, pour être exempts de fraude, devraient stipuler que plus tard et sur les premiers bénéfices réalisés on prélèverait la somme nécessaire pour reconstituer le capital ainsi diminué, et que jusqu'à la reconstitution intégrale on ne paierait aucun coupon de dividende. Nous verrons que cette solution est encore plus impérieusement exigée par les textes de nos lois (n. 249).

Au point de vue qui nous occupe, les actions de fondation et les actions de prime ne diffèrent pas des actions de capital, parce que les porteurs de ces actions sont censés avoir versé l'équivalent de leur valeur. Aussi, dans la forme même, elles sont pareilles à celles remises aux autres actionnaires.

232. *Les actions industrielles* constituent, au contraire, une classe à part et ont une forme particulière. Elles sont fournies en échange d'un apport en industrie. Or, celui qui fait un pareil apport a bien droit au partage des bénéfices annuels, coupon de dividende et coupon d'intérêt (s'il y en a). Mais il n'a pas droit au partage du fonds social à la dissolution de la société; car il n'a rien apporté pour la constitution de ce fonds : son travail annuel est rémunéré par les dividendes annuels, et, à la dissolution, il reprend son apport, en recouvrant la liberté de disposer de son industrie. Cette différence de droit est révélée à l'extérieur par le nom même des titres délivrés à ces actionnaires.

On pourrait cependant, par une stipulation formelle et à raison de l'importance de l'industrie, lui donner droit à une part du fonds social. Mais cette part serait, en général, moindre que celle affectée aux actions de capital.

233. Les *actions de jouissance* sont des actions amorties par le remboursement du capital versé.

Qu'est-ce que l'*amortissement?* Toute entreprise doit nécessairement amortir son capital fixe. En effet, ce capital (bâtiments, machines, mobilier, voitures, attelages) subit tous les ans une perte considérable par l'usure; au bout d'un certain temps, il sera hors de service et se vendra pour presque rien. Dès lors, si l'on veut continuer l'entreprise, il faudra le renouveler; et si l'on n'a pas accumulé les ressources pour cela, il faudra remettre de nouveaux capitaux dans l'affaire. Si, au contraire, on veut liquider, on ne retrouvera plus du tout le capital engagé, et l'on aura consommé en détail son capital en croyant n'avoir dépensé annuellement que ses revenus. Il est donc nécessaire de prélever sur les bénéfices annuels une somme calculée de façon à ce que l'on puisse renouveler le capital au moment où il sera hors de service.

Spécialement quand l'entrepreneur est une société, il faut accumuler le capital nécessaire pour rembourser au moins sa mise à chaque actionnaire, malgré la moins-value du capital fixe. Mais au lieu d'accumuler ce capital jusqu'à la fin de la société, il est plus simple de le verser immédiatement entre les mains des actionnaires, en remboursant tous les ans un certain nom-

Source BIU Cujas

bre d'actions; ces dernières n'ayant plus à partager le capital primitif, ce qui restera de celui-ci suffira pour rembourser les autres. Ce remboursement ou amortissement se fait tous les ans par voie de tirage au sort, parmi toutes les actions.

Quel est le droit des actionnaires dont les actions ont été ainsi amorties? On pourrait être tenté de dire qu'ils n'ont plus droit à rien, puisqu'on leur a remboursé leurs apports. Mais cela serait inexact : ils ont mis leur argent dans la société, ils ont couru les risques des débuts de l'entreprise, dans l'espoir d'en partager les profits jusqu'à la fin, profits qui peuvent devenir très considérables. On ne peut, en les remboursant, les priver de ce droit. Alors nous dirons : Ils ont reçu leur capital, qu'ils peuvent placer ailleurs, ils n'ont plus droit au *coupon d'intérêt;* mais ils ont droit aux profits, donc ils devront toucher le *coupon de dividende.* Voilà encore une utilité de la distinction du coupon d'intérêt et du coupon de dividende. — A la dissolution de la société aussi : sans doute ils n'auront plus droit au remboursement du capital qu'ils ont reçu; mais si, après le remboursement du même capital à toutes les autres actions, il reste un excédant, ils auront droit à partager cet excédant en concours avec tous les autres actionnaires. Pour constater cette modification des droits de l'actionnaire remboursé, on lui délivre ordinairement un nouveau titre dans une autre forme; c'est une *action de jouissance* (1).

234. Enfin, il peut y avoir réciproquement des actions qui aient droit à un coupon d'intérêt sans avoir droit à un coupon de dividende. Ces actions n'ont pas de nom particulier; elles se présenteront sous forme d'*actions nouvelles*, d'une société qui aura déjà fait des émissions antérieures. Supposez qu'une société prospère, et, produisant de beaux dividendes, donne à son entreprise une extension qui ne produira pas tout de suite des bénéfices, et émette des actions pour cela; c'est, par exemple, une compagnie de chemin de fer qui va créer une nouvelle ligne. Il ne serait pas juste que les nouveaux actionnaires touchassent un dividende comme les anciens qui ont couru tous les risques de l'entreprise depuis son début; d'autant plus que les fonds nouveaux ne produisent encore rien, et que les dividendes seraient pris sur les bénéfices produits par l'ancien fonds social; c'est déjà beaucoup de payer un intérêt à ces nouveaux actionnaires. Aussi, pendant quelque temps, leurs actions auront un coupon d'intérêt sans avoir un coupon de dividende.

§ 4

Négociabilité des actions; 3e division.

235. Le caractère normal des actions est d'être négociables par les modes commerciaux (V. *suprà*, n. 220). Quels sont ces modes? Ils dépendent de la forme du titre, qui peut être *au porteur*, *nominatif* ou *à ordre*, ce qui nous fournit une troisième division des actions.

236. 1° *Actions au porteur;* elles se négocient par la simple tradition du titre

(1) Il y a aussi des actions de jouissance fondées sur d'autres causes; par exemple pour ceux qui ont consenti à apporter leur argent à fonds perdu, moyennant un revenu plus fort, si les statuts sociaux admettent cette combinaison. V. Beslay, n. 95.

Source BIU Cujas

Art. 35. L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. — Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre.

Ces titres offrent la plus grande facilité de circulation ; mais ils permettent à l'actionnaire qui n'est pas connu de se soustraire facilement à ses obligations, s'il ne les a pas toutes remplies. L'actionnaire est aussi exposé à de grands risques s'il les perd; nous étudierons, au titre 3e du Livre Ier, la loi qui s'est préoccupée du moyen de réparer la perte des titres au porteur.

L'action au porteur se présente dans la forme suivante : c'est une feuille imprimée assez grande, détachée d'un registre à souche. On y distingue la partie supérieure, appelée encore *souche*, qui porte le nom de la société et les indications qui la désignent, le mot *action au porteur*, avec la somme que l'action représente, et un numéro d'ordre servant, par exemple, au tirage au sort, s'il y a lieu. La partie inférieure est divisée en un grand nombre de petits rectangles appelés *coupons*, servant à toucher les dividendes et les intérêts annuels, portant chacun la date de l'époque à laquelle ils devront être détachés et payés. — Il y a autant de titres pareils qu'il y a d'actions.

236. 2° *Actions nominatives;* c'est-à-dire portant le nom de l'actionnaire, lequel est, en outre, mentionné sur les registres de la société.

Art. 36. La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société. — Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoir.

Elles se transmettent par un *transfert* sur les registres de la société. Le cédant signe une déclaration au siège de la société, par laquelle il consent à ce que la mention constatant sa propriété soit effacée sur les registres de la société, et à ce qu'une nouvelle mention constate une pareille propriété pour le cessionnaire.

Il y a trois espèces de transferts : — 1° *le transfert réel*, que nous venons de décrire;— 2° *le transfert d'ordre*, motivé par la règle du secret imposé aux agents de change sur le nom de leurs clients : lorsqu'on a vendu des actions nominatives par l'intermédiaire d'un agent de change, le vendeur fait un premier transfert au nom de l'agent de change acheteur, pour qu'il en fasse ensuite un pareil au nom de son client; ce premier transfert, qui n'a rien de réel, est appelé transfert d'ordre; il est, avec juste raison, affranchi de tout droit fiscal (1); — 3° *le transfert de garantie*, ayant pour objet de donner en gage un titre nominatif (V. au titre 6e ci-dessous, n. 492).

L'action nominative se présente avec les mêmes dispositions générales que l'action au porteur. Seulement on ne fait qu'un seul titre pour chaque actionnaire, constatant le nombre d'actions auxquelles il a droit; — et le bas de la feuille n'est pas divisé en coupons : il présente seulement une partie blanche divisée ou non en petits carrés, où l'on marque par un timbre daté le paie-

(1) Il a cependant été jugé, à tort suivant nous, que l'agent de change au nom duquel a été fait un transfert d'ordre est garant des versements restant à faire sur le titre, si les statuts stipulent cette garantie contre tous les porteurs successifs : Cass. 16 nov. 1852. S. 53. 1. 31. — Très souvent on simplifie l'opération en convertissant d'abord le titre nominatif en titre au porteur.

Source BIU Cujas

ment des dividendes ou intérêts, à mesure qu'il est effectué ; quelquefois, c'est le verso seul qui est consacré à ces mentions.

238. 3° *Actions à ordre*. Elles portent l'indication qu'elles sont à l'ordre de M..... ; et dès lors peuvent se transmettre comme tous les titres à ordre, par endossement, c'est-à-dire par une mention écrite au dos du titre : *Payez à l'ordre de M...* (V. au titre de la lettre de change, tit. 8, *infrà*, n. 746 et suiv.). Elles ne sont indiquées par aucun texte, mais établies par l'usage (1); du reste, cette forme n'est pas très fréquente. Elle présente l'avantage d'une transmission plus facile que les actions nominatives, sans les dangers de perte des actions au porteur.

§ 5

Augmentations du capital ; émissions nouvelles, obligations.

239. Lorsqu'une entreprise se développe, il faut augmenter le capital. Les sociétés ont pour cela deux ressources : ou bien émettre de nouvelles actions, ou bien émettre des obligations.

Si l'on émet de nouvelles actions, on prend, en général, des précautions pour que les avantages faits aux nouveaux actionnaires ne nuisent pas aux anciens en diminuant leurs dividendes. Si le capital nouveau est employé à une branche bien distincte de l'industrie, comme à un nouveau réseau de chemin de fer, on peut laisser les deux exploitations distinctes et distribuer, dans chacune, le dividende qu'elle produit. Si le nouveau capital est employé simultanément avec l'ancien, on réglemente la répartition des intérêts et des dividendes, pour rémunérer chacun équitablement. Nous avons indiqué plus haut une des manières de procéder (n. 234).

240. En général, on préférera émettre des **obligations** et constituer ainsi le **capital-obligations** à côté du **capital-actions**. Les obligations sont des titres d'emprunt qui donnent droit à un intérêt, comme un simple prêt. La société qui les émet a l'avantage de ne pas partager les bénéfices de l'entreprise entre un nombre trop considérable d'actionnaires, et de ne pas trop diminuer la part de chacun ; cela est important, car, lorsque le prix des actions a monté à raison des dividendes payés d'abord, il y aurait pour les acquéreurs de ces actions, en cas de diminution de dividendes, non seulement manque de gagner, mais une véritable perte ; les actions baisseraient et le crédit de la société en serait atteint. De plus, si la société est prospère, il ne serait pas juste de faire partager les bénéfices à ceux qui n'ont couru aucuns risques ; les nouveaux venus ne courant pas plus de risques que des prêteurs ordinaires n'ont droit qu'à l'intérêt de leur argent. Enfin, si la société est sûre maintenant de pouvoir rembourser plus tard le capital dont

(1) Leur légalité n'est niée que par ceux qui prétendent que la clause à ordre ne doit être admise que dans les cas formellement consacrés par la loi : Vavasseur, *Soc.*, p. 72-73.—Nous combattrons cette doctrine au titre VIII, ch. Ier, sect. 2, n. 746. V. également Beslay, n. 225.

Source BIU Cujas

elle a besoin, et si elle trouve du crédit, il lui est plus avantageux d'emprunter, puisqu'elle ne paie ainsi qu'un intérêt sans dividendes.

Les porteurs d'obligations ou *obligataires* sont, par rapport aux actionnaires, comme les simples prêteurs ou bailleurs de fonds par rapport aux commanditaires (V. *suprà*, n. 200). Rappelons seulement (1) qu'ils ont un droit certain à une somme fixe, au terme déterminé pour le remboursement dans l'acte d'emprunt; — qu'ils sont, pour cette somme, créanciers de la société, partageant au marc le franc avec tous les autres créanciers en cas de faillite; — qu'annuellement ils n'ont droit qu'à un intérêt fixe, dans les limites du taux légal, et qu'ils y ont toujours droit, quels que soient les bénéfices ou les pertes de la société. — Nous ajouterons que l'obligation de verser la somme promise, qui, suivant nous, est commerciale dans l'action (v. n. 228 et 211), ne l'est pas dans l'obligation, puisque celle-ci ne constitue qu'un simple prêt et ne donne aucune participation directe ou accessoire aux actes de commerce (2).

La forme extérieure des obligations est analogue à celle des actions, soit au porteur, soit nominatives.

Elles sont ordinairement, comme les actions, toutes égales et indivisibles.

241. Le plus souvent (par exemple dans les compagnies de chemin de fer), on attire le public en lui offrant une *prime de remboursement*. La société émet des obligations qui sont nominalement de 500 fr. et seront remboursables à ce prix, c'est le *capital nominal*; elles produisent intérêt nominalement à 3 o/o, c'est-à-dire 15 fr. d'intérêt annuel. Mais ces obligations ne sont vendues par la Compagnie que 300 fr. environ (plus ou moins suivant que le titre est recherché); c'est le *taux d'émission*. Le capitaliste qui les achète place donc son argent à 5 o/o et a de l'espoir de recevoir en remboursement 500 fr. au lieu de 300 qu'il a versés; il gagnera donc 200 fr.; ces 200 fr sont ce qu'on appelle la *prime de remboursement*. — Le remboursement a lieu par voie de tirages au sort annuels, de manière à se compléter, pour toutes les obligations, dans un délai qui varie en général de soixante à quatre-vingt-dix ans.

Cette combinaison n'est-elle pas usuraire? Elle le paraît bien au premier abord, car la Compagnie, qui paie réellement 5 o/o du capital reçu, promet en outre de rendre plus tard 200 fr. de plus qu'elle n'a reçu. Mais il faut réfléchir qu'étant commerçante, le taux légal serait pour elle 6 o/o; elle économise donc 1 o/o par an sur l'intérêt qu'elle paie à toutes ses obligations, et c'est avec la somme économisée ainsi qu'elle paie la prime de remboursement de ses tirages annuels, le nombre des obligations à rembourser annuellement étant calculé pour absorber juste cette somme. C'est donc simplement une manière détournée d'emprunter à 6 o/o.

241 *bis*. L'émission des obligations par les sociétés n'a été l'objet d'aucune réglementation dans nos lois; pourtant les abus sont nombreux, et appellent la sollicitude du législateur (3).

(1) V. Brav., t. I, p. 257.

(2) Ly. C. et R. n. 378, note 2.

(3) La L. belge, a. 68 et suiv., et le C. com. ital. a. 171 et suiv. ont réglementé ces émissions. Notamment celles-ci ne peuvent excéder le capital versé sur les actions; et le Code italien ajoute même « et existant encore d'après le dernier bilan. » — Des précautions du même genre, quoique moins absolues, sont prises chez nous par les

Source BIU Cujas

SECTION III.

RÉGLEMENTATIONS LÉGALES COMMUNES AUX SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

242. Sous l'empire du Code, la plus grande inégalité régnait entre les deux sociétés par actions.

La société anonyme, à raison de l'absence complète d'associé responsable, était soumise à l'autorisation préalable du gouvernement. D'ailleurs le Code renfermait très peu de prescriptions à son égard, le contrôle sévère exercé par le conseil d'État empêchant les abus possibles.

La société en commandite par actions jouissait, au contraire, de la liberté la plus absolue. Le Code se bornait, dans l'art. 38, à reconnaître la possibilité de constituer une pareille société; deux mots y faisaient allusion dans les art. 43 et 44; et c'était là tout ce que le Code en disait. — Cette société prit le plus grand développement, salutaire sur beaucoup de points, car elle permit de mettre en pratique beaucoup d'inventions modernes, et contribua puissamment à l'expansion de la production et de la richesse publique. — Mais à côté, il y eut beaucoup d'abus; une fièvre de spéculation et d'agiotage s'empara des financiers; elle amena la duperie du public sur la plus large échelle et produisit des scandales immenses. — Un projet de loi fut préparé en 1838, pour supprimer la commandite par actions; la commission de la Chambre des députés y substitua une réglementation tellement minutieuse qu'on n'osa pas la faire discuter, surtout en présence des clameurs de la spéculation alarmée. — Enfin, la L. 18 juillet 1856, *sur les sociétés en commandite par actions*, maintenant ces sociétés, les réglementa avec le plus grand soin pour remédier aux inconvénients révélés par l'expérience. Une réglementation minutieuse prit ainsi la place de la liberté la plus absolue.

243. Pendant ce temps, un mouvement inverse se produisait pour la société anonyme. La nécessité de l'autorisation du gouvernement était battue en brèche par la théorie dans les journaux, et par la pratique dans les affaires et dans la jurisprudence. La commandite par actions servait précisément à éluder la loi : ne pouvant créer librement des sociétés anonymes, on créait des sociétés en commandite par actions que l'on assimilait autant que possible aux sociétés anonymes en faussant les principes fondamentaux de leur distinction, et la jurisprudence prêtait les mains à ces pratiques illégales. Ainsi, l'indépendance et l'irrévocabilité des gérants, consacrées par les art. 43 et 44, qui exigeaient la publicité de leurs noms, et par l'assimilation faite entre les deux commandites dans l'art. 38, subissait échecs sur échecs; on admettait que la révocabilité judiciaire autorisée par les statuts ne dissoudrait pas la société (1); puis on consacrait la révocabilité pour causes déterminées (2), et enfin, la révocabilité *ad nutum* (3). Ensuite, la défense d'im-

décrets qui déclarent d'utilité publique les chemins de fer d'intérêt local et les tramways. V. Aucoc, *Conférences de droit administratif*, t. III, n. 1227 et suiv.

(1) Paris, 28 fév. 1850, D. P. 50. 2. 404; Req. 9 mai 1860, D. P. 60. 1. 279.

(2) Req. 9 mai 1859, D. P. 59. 1. 497.

(3) Req. 28 avril 1863, D. P. 63. 1. 408.

Source BIU Cujas

mixtion pour les commanditaires était éludée par l'admission des actions au porteur, rendant impossible la constatation des infractions; et par la tendance de la jurisprudence à *émanciper* les actionnaires, en limitant les cas d'immixtion (1). — Enfin, la L. 23 mai 1863, *sur les sociétés à responsabilité limitée* (2), autorisa sous ce nom de véritables sociétés anonymes dispensées de l'autorisation du gouvernement, mais soumises alors à une réglementation empruntée en grande partie à la loi de 1856 sur les sociétés en commandite par actions; car, sous l'empire de la même liberté, les mêmes abus étaient à craindre. La loi limitait seulement ses concessions aux sociétés dont le capital n'excédait pas 20 millions.

244. La L. 24 juillet 1867, *sur les sociétés*, a unifié la législation des sociétés par actions : elle a admis d'une manière complète la liberté de l'anonymat, et a dû, dès lors, imposer aux sociétés anonymes les mêmes précautions qu'aux sociétés en commandite par actions. C'est ce que consacre l'art. 24 de la loi. Ces précautions sont empruntées aux lois de 1856 et de 1863, avec quelques modifications; du reste, la législation est complètement refondue, et les deux lois précédentes sont abrogées (art. 20 et 47).

La loi du 24 juillet 1867 embrasse aussi d'autres matières relatives aux sociétés. Voici sa division générale avec l'indication des endroits où ses divers objets seront traités par nous : — Titre 1er. *Des sociétés en commandite par actions*; v. notre ch. IV ; — Titre 2e. *Des sociétés anonymes* ; v. ch. V; — Titre 3e. *Dispositions particulières aux sociétés à capital variable*; v. ch. VI; — Titre 4e. *Dispositions relatives à la publication des actes de société*; v. ch. VII ; — Titre 5e. *Des tontines et des sociétés d'assurance*; nous en dirons quelques mots comme appendice au chapitre des sociétés anonymes.

245. **Abus principaux** auxquels il s'agissait de remédier; c'était, au début de la société, l'agiotage éhonté des fondateurs; et, au cours de la société, l'absence de surveillance sérieuse sur la gestion.

Au début, voici en résumé comment on procédait : Les fondateurs commençaient par s'attribuer dans les statuts un très grand nombre d'actions de fondation pour leurs apports en nature, en crédit ou en idées, dont la valeur était démesurément exagérée. Puis on faisait monter à tout prix les actions de la société, et on revendait en réalisant d'énormes bénéfices. — Pour cela, il n'était pas besoin d'un objet sérieux pour la société; il suffisait d'une idée capable de frapper l'imagination du vulgaire, quelque insensée qu'elle fût en réalité (on a vu dans ces occasions des preuves phénoménales de l'ineptie du public); — on prenait pour gérant un homme de paille, n'ayant aucune solvabilité ; — on divisait le capital en très petites

(1) Rej. 17 janv. 1851, D. P. 51. 1. 259; Req. 29 juin 1858, D. P. 58. 1. 455; Rej. 24 mai 1859, D. P. 59. 1. 442; Req. 21 déc. 1863, D. P. 64. 1. 156; Req. 9 fév. 1864, D. P. 64. 1. 138. — *It.* Beslay, n. 521.

(2) Cette loi fut provoquée, en partie par le progrès des idées libérales, auxquelles le gouvernement ne fut pas fâché d'offrir cet appât, en partie par le traité de commerce de 1860 avec l'Angleterre, qui avait autorisé les sociétés *limited* (sociétés anonymes libres) à avoir une existence en France, de sorte qu'on allait fonder ces sociétés en Angleterre, et qu'on les faisait fonctionner en France.

Source BIU Cujas

coupures (qui sont descendues jusqu'à 20, jusqu'à 5 fr.) pour trouver plus facilement des dupes; — il y avait très peu d'argent à verser immédiatement sur chaque coupon, ce qui en faisait de vrais billets de loterie; — on obtenait des souscriptions au moyen de prospectus séducteurs; on faisait verser les premiers souscripteurs, et l'on déclarait la société constituée; — avec les fonds versés, et sans avoir fait aucune opération réelle, par conséquent aucuns bénéfices, on payait de gros dividendes; — les actions montaient; — et alors les prétendus fondateurs revendaient, empochaient l'argent du public et laissaient les actionnaires ruinés sans la moindre valeur entre les mains: — le tout, grâce à la forme au porteur qui permettait de rester caché dans toutes ces opérations. — Les résultats de ces vols, organisés sur la plus grande échelle, étaient désastreux, non seulement pour les souscripteurs, qui à la rigueur devaient s'en prendre à eux-mêmes, mais dont l'inexpérience autorisait pourtant et appelait la protection de l'État; mais encore et surtout pour les bonnes sociétés, qui ne pouvaient plus trouver l'argent dont elles avaient besoin, et, par suite, pour la marche générale des affaires et les progrès de la fortune publique.

Voici les remèdes qui répondent à ces besoins dans les lois de 1856, 1863 et 1867 : — 1° Limite minimum au-dessous de laquelle ne pourra pas descendre la division du capital en actions ou coupons d'actions; — 2° Contrôle sérieux des apports par l'assemblée des actionnaires; — 3° Retard de la constitution de la société, et par conséquent du moment où les dividendes pourront être distribués, jusqu'à l'époque où il aura été fait quelque chose de sérieux; — 4° Retard du moment où les actions pourront être négociables d'abord, et ensuite au porteur.

Au cours de la société, en supposant qu'elle pût avoir une vie un peu longue, les actionnaires étaient exposés à toutes les duperies et malversations des gérants faute d'une surveillance suffisante. Dans la plupart des sociétés on organisait bien un conseil de surveillance; mais il n'était pas sérieux; personne ne se souciait d'en faire partie; ceux qui y entraient le faisaient par faiblesse, calcul ou mauvais dessein, et se regardaient comme irresponsables. — Le remède à ces inconvénients a été, pour les sociétés en commandite, la constitution sérieuse d'un conseil de surveillance, avec une responsabilité sévère et bien définie; pour les sociétés anonymes l'institution de commissaires du contrôle ou censeurs, aussi sérieusement responsables, et des précautions prises contre les administrateurs.

246. La loi du 24 juillet 1867 contient cette réglementation dans les articles 1-4 (titre 1er) que l'art. 24, 1er al., déclare applicables aussi aux sociétés anonymes; et aussi, quant à l'organisation de la surveillance, dans l'art. 5 pour la commandite par actions et l'art. 25 pour la société anonyme.

Nous aurons quatre paragraphes : — 1° Limite à la division du capital en actions; — 2° Époque de la constitution de la société; — 3° Moments où les les actions peuvent d'abord devenir négociables, et ensuite être mises au porteur; — 4° Sanctions de la loi.

Source BIU Cujas

§ Ier

Limite à la division du capital en actions.

L. 1867, art. 1, 1er al. Les sociétés en commandite par actions ne peuvent diviser leur capital en actions, ou coupons d'actions de moins de cent francs, lorsque ce capital n'excède pas deux cent mille francs; et de moins de cinq cents francs, lorsqu'il est supérieur.

247. Cf. L. 1856, art. 1er, 1er al. Le but est d'empêcher qu'on n'aille chercher les petites bourses, plus faciles à séduire et pour qui la perte est beaucoup plus pénible.

La base de l'application de cet article est le *capital* indiqué aux statuts, lors même qu'il ne devrait pas être appelé immédiatement en totalité, lors même qu'il devrait être émis par séries successives, si l'on admet la légalité de ce procédé (1). La société qui aurait contrevenu à cet article ne deviendrait pas régulière parce que plus tard le capital se trouverait abaissé par des pertes au-dessous de 200,000 fr. (2). Mais réciproquement si une société avait été formée à un capital inférieur à 200,000 fr. et avait émis des actions de 100 fr., ses premières actions ne deviendraient pas irrégulières par cela seul qu'elle augmenterait plus tard son capital au-dessus de ce chiffre, à moins qu'il n'y ait fraude (3); seulement les nouvelles actions ne pourraient être moindres de 500 fr. (4). — Si le capital se compose pour partie d'apports en nature, non évalués par les statuts, le juge les appréciera pour les ajouter au capital en numéraire (5). S'ils sont évalués, le juge pourra rectifier l'évaluation si elle lui paraît inexacte et annuler la société qui aura fait fraude à la loi (6). Souvent le nombre d'actions attribué à celui qui a fait l'apport en nature constituera une évaluation de cet apport (7). — Il pourrait se faire que les actions ne portassent pas de chiffre (p. ex. dans les actions de quotité); on appréciera la valeur de ces coupures en divisant le capital total de la société par le nombre des actions (8).

La loi prohibe même les *coupons* d'actions inférieurs aux taux qu'elle indique; il faut entendre par coupons tous les fractionnements des actions qui sont séparément négociables, quelque nom qu'on leur donne (9).

Il est à peine besoin d'observer que cette limite minimum ne s'appliquerait pas aux obligations émises par les sociétés (10).

(1) Beslay, n. 163. Béd., L. 1867, n. 8. Pont, *Soc.*, n. 861.
(2) Beslay, n. 76. Pont, *Soc.*, n. 860.
(3) Pont, *Soc.*, n. 864.
(4) Duvergier, *Lois*, 1856, p. 334. Beslay, n. 151-158. Pont, *Soc.*, n. 860.
(5) Beslay, n. 79. Pont, n. 862.
(6) Pont, n. 863 — *Contrà :* Beslay, n. 81-83.
(7) Duvergier, *Lois*, 1856, p. 336. Beslay, n. 80.
(8) Beslay, n. 84-88.
(9) V. Beslay, n. 96-104.
(10) Beslay n. 78. Al. n. 446, *in fine*. Pont, n. 825.

Source BIU Cujas

§ 2

Époque de la constitution de la société.

248. La détermination de cette époque est importante : c'est alors seulement que des titres définitifs peuvent être délivrés ; que les opérations de la société peuvent commencer (toutes celles antérieurement faites par les fondateurs pourraient être laissées à leur charge) (1), et que les dividendes peuvent commencer à être gagnés, la distribution ne pouvant en être faite qu'à la fin de la première année.

Trois ordres de conditions sont exigés pour cela : — 1° Conditions pécuniaires ; — 2° Approbation des apports en nature ou des avantages particuliers ; — 3° Organisation des pouvoirs sociaux.

I. — Conditions pécuniaires.

L. 1867, art. 1, 2e al. Elles ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital social, et le versement, par chaque actionnaire, du quart au moins du montant des actions par lui souscrites.

249. Il faut : 1° « *La souscription de la totalité du capital.* » Le but est d'empêcher les entreprises téméraires, où l'on commençait sans être sûr d'avoir tout le capital dont on avait besoin (2).

Conséquences de cette règle (3) : — 1° Illégalité des *actions de prime*, données en échange de services rendus au début de la société (4), si ce n'est sous forme d'actions de jouissance ; il faut rémunérer ces services en argent, ou les évaluer et les faire approuver comme apports en nature ; — 2° Illégalité des souscriptions conditionnelles (5) ; la société ne pourrait être constituée qu'après la réalisation de la condition. Ex. : la condition qu'on ne devrait verser le complément de l'apport qu'après la réalisation d'un certain bénéfice (6). Serait surtout illégale la condition potestative pour les actionnaires, comme de n'être liés qu'après versement total et remise des titres (7) ; ou de se libérer de leurs obligations en abandonnant le premier versement fait par eux (8) ; —

(1) Comp. C. com. ital., a. 126, 138.

(2) L. belge, a. 29 ; C. com. ital., a. 131.

(3) V. M. Beudant, *Revue critique*, tome XXXVI (1870), p. 115 et suiv.

(4) Al. n. 447. — *Contrà :* Rivière, *Soc.*, n. 18. Dalloz, v° *Soc.*, n. 1182. — Beslay, n. 134-144, et Ly. C. et R., n. 413, admettent leur légalité si elles ne sont pas prises sur le capital social nominal. Mais comment concevoir des actions donnant droit à un capital, et non comprises dans le capital officiellement publié ? Ce serait un leurre pour tous les futurs actionnaires. — Le C. com. ital., a. 127, prohibe presque absolument tout avantage de ce genre.

(5) Al. n. 449. Rivière, *Soc.*, n. 36, 37. Pont, *Soc.*, n. 481.

(6) V. Req. 12 août 1862, D. P. 64. 1. 380. V. aussi Paris, 9 mai 1868, D. P. 68. 2. 173.

(7) V. Req. 27 déc. 1853, D. P. 54. 1. 142.

(8) V. Rej., 13 août 1856, D. P. 56. 1. 343. Pont, *Soc.*, n. 482. Mais on peut très bien stipuler que les souscripteurs seront *déchus* faute de compléter leur versement ; les souscripteurs sont alors tenus irrévocablement ; seulement la société créancière a la faculté de résoudre le contrat (V. *suprà*, n. 227). Beslay, n. 360-363. C. com. ital., a. 132.

Source BIU Cujas

3° Illégalité de la stipulation que le capital sera émis par séries successives (1). C'est un grave inconvénient pour les sociétés qui n'ont pas besoin, dès le début, de tout leur capital : si elles le faisaient souscrire et verser en entier dès le début, elles se grèveraient d'un passif considérable, d'intérêts énormes à payer pour un capital qui dormirait dans leur caisse; si elles le faisaient souscrire en entier, et n'en faisaient verser qu'une petite partie (il faudrait que ce fût au moins le quart), elles se priveraient pendant longtemps d'avoir des actions au porteur (V. *infrà* aux n. 262, 264). Il n'y aura que deux moyens de procéder : ce sera de réserver dans les statuts la faculté d'augmenter le capital-actions, par un vote de la majorité des actionnaires (2); ou bien d'émettre des obligations par un vote pareil (V. n. 240, 241); — 4° Illégalité de la souscription ou de l'achat d'actions au début de la société, avec les premiers fonds versés dans la caisse sociale (3); et même par le gérant de la commandite avec des fonds à lui : puisque toute sa fortune fait déjà partie du gage des créanciers sociaux, il n'apporte rien en réalité lorsqu'il souscrit ainsi; il y a diminution du capital-actions annoncé (4); — 5° Illégalité de toute diminution indirecte du capital au cours de la société, déjà proscrite d'ailleurs par les principes généraux (v. *suprà*, n. 174, 209), p. ex. du rachat d'actions par le gérant sur le fonds social (5); quand même il serait autorisé par le conseil de surveillance, et même par l'assemblée générale (6) Il en serait de même du remboursement de ces actions. Mais, dira-t-on, alors l'amortissement sera impossible! Non; parce que dans l'amortissement, les fonds sont pris sur les bénéfices et non sur le capital (v. n. 233) (7); c'est une question de fait. La prohibition frapperait à plus forte raison toute libération gratuite concédée par le gérant à un actionnaire (n. 209, 210) (8), ou toute annulation de souscription faite sans juste cause (9); — 6° Illégalité du paiement d'intérêts aux actionnaires en l'absence de bénéfices; car ces intérêts sont

(1) Romiguière, n. 13, 44. Vavasseur, n. 37. Mathieu et Bourguignat, n. 12. Rivière, n. 14. Ameline, n. 4. Béd., L. 1867, n. 12. Beslay, n. 159-162. Al. n. 448. Pont, *Soc.*, n. 887. Ly. C. et Ren., n. 415.

(2) Al. n. 448.

(3) Al. n. 450; — M. Fabre avait même proposé au Corps législatif (séance du 3 juin 1867) d'ériger ce fait en délit.

(4) Molinier, n. 254. Al. n. 449. — *Contrà :* Frémery, p. 54 et suiv. Delangle, *Soc.*, n. 505. Dall., v° *Soc.*, n. 1162. Ly. C. et Ren., n. 412.— Si l'on objecte que la liste des souscripteurs étant publiée, les tiers seront prévenus, il faut répondre que cette liste ne reçoit pas la même publicité que le capital nominal et que les tiers seraient trompés; en tout cas cette réponse ne saurait s'appliquer à l'achat d'actions au cours de la société. — Mais on pourrait, en publiant cette clause avec les statuts, représenter par des actions l'apport en argent que promettrait le commandité. — Comp. Vavasseur, n. 41.

(5) Paris, 13 nov. 1880, 26 janv. 1881, D. P. 82. 2, 143. — Pont, *Soc.*, n. 1443 et suiv. — C. com. ital. a. 144. L. belge, a. 134.

(6) Bourges, 26 déc. 1870, D. P. 72. 2. 222. — On peut cependant diminuer le capital social par un vote remplissant les conditions exigées pour la modification des statuts (V. L. 1867, art. 131), et en publiant cette décision (L. 1867, a. 61) (Cf. n, 209). Vavasseur, n. 45 et suiv. Al. n. 450.

(7) C. com. ital. a. 144. L. belge, a. 134.

(8) Bourges, 26 déc. 1870, D. P. 72. 2. 222. — Pont, *Soc.*, n. 883. — L. belge, a. 134.

(9) Paris, 13 nov. 1880, D. P. 82.2. 143.

Source BIU Cujas

alors pris sur le capital, c'est une restitution partielle de mise (V. *infrà*, n. 295).

250. Il faut : 2° « *Le versement du quart par chaque actionnaire.* » Le but est de s'assurer que les actionnaires sont sérieux et peuvent fournir des capitaux (1). Aussi il ne suffit pas que le quart du capital ait été versé; ce qui pourrait se faire en faisant verser le tout par quelques-uns et rien par d'autres; il faut que *chacun* ait versé le quart de ce qu'il a promis d'apporter (2). — Ce versement ne doit pas nécessairement être fait au moment où l'on souscrit, pourvu qu'il soit fait avant la constitution de la société (3).

Il faut en principe que ce versement soit fait *en numéraire;* c'est évidemment l'esprit de la loi qui veut que la société ait dès à présent des fonds disponibles; d'ailleurs l'art. 25, parlant de cette condition, dit : « *Versement du quart du capital qui consiste en numéraire* » (4). — On admettrait comme suffisant le versement en valeurs qui, dans la pratique, équivalent au numéraire: billets de banque, bons du Trésor à vue (5). Mais non pas des valeurs de portefeuille d'un recouvrement plus ou moins incertain (6); encore moins des valeurs plus douteuses (7); ni des travaux à fournir par l'actionnaire, ni même des travaux déjà fournis; car il ne saurait y avoir compensation de ce chef, la société, créancière de l'apport, n'étant pas débitrice du prix, puisqu'elle n'est pas constituée et que le gérant est seul débiteur; en tout cas, ce serait un apport en nature, soumis à l'art. 3 (8). Mais si l'on est exactement dans un cas de compensation légale; notamment pour les versements postérieurs à la constitution de la société, la loi sera satisfaite (9).

251. Cette nécessité d'un versement en numéraire ne s'applique qu'au capital qui doit être réalisé en numéraire (v. l'art. 26) (10); elle ne s'appliquerait pas aux apports stipulés sous une autre forme : apports en nature, en immeubles, en travaux, en industrie (11) : la règle est qu'on doit payer ce qu'on a promis. Seulement ces apports qui ne consistent pas en numéraire devront être vérifiés dans les formes de l'art. 4 (12).

Faut-il exiger du moins que ces apports soient réalisés, pour le quart au moins, avant la constitution de la société? Oui, à notre avis, si les apports sont comptés dans le capital social et représentés par des actions (actions de fondation, actions industrielles). Cela du moins dans la mesure où cette réa-

(1) La L. belge, a. 29, n'exige que 1/20; le C. com. ital. a. 131, 3/10 (1/10 seulement pour les sociétés d'assurances). Mais ce dernier code veut que le versement ait lieu dans une caisse publique (a. 133).

(2) Unanimité des auteurs, V. not. Vavasseur, p. 51. Rvière, n. 34. Béd., L. 1867, n. 20. Beslay, n. 115. Al. n. 447. Pont, *Soc.*, n. 892. Ly. C. et Ren., n. 416.

(3) Vavasseur, n. 34. Ameline, n. 10. Beslay, n. 131-133. Béd., L. 1867, n. 14. Al. n. 447.

(4) Vavasseur, n. 54. Rivière, n. 22. Ameline, n. 11. Mathieu et Bourguignat, n. 15. Béd., L. 1867, n. 15 et suiv. Beslay, n. 126-130. Al. n. 447. Ly. C. et R., n. 416. — *Contrà :* Paignon (L. 1856), p. 67.

(5) Rej. 13 mars 1876, D. P. 77. 1. 49. — Ly. C. et R., n. 416, note. Pont, *Soc.*, n. 894.

(6) Cass., 11 mai 1863, D. P. 63. 1. 213.

(7) Req., 1 mai 1869, D. P. 69. 1. 523.

(8) Cass., 11 mai 1863, D. P. 63. 1. 213. — Béd., L. 1867, n. 18. Pont, n. 896.

(9) Pont, *Soc.*, n. 897.

(10) C. com. ital., a. 131.

(11) Amiens, 16 janv. 1875, D. P. 77. 2. 57.

(12) Beslay, n. 116-125. Ly. C. et R., n. 416. Pont, n. 893.

Source BIU Cujas

lisation est possible; en général, les apports auxquels répondent les actions de fondation seront réalisés immédiatement dans leur totalité; au contraire l'apport en industrie ne pourra l'être que petit à petit au cours de la société (1).

252. Les actionnaires, dans l'impossibilité de faire souscrire tout le capital, pourraient-ils le limiter à la partie dès lors souscrite? On voulait vingt millions, on n'en trouve que dix; pourra-t-on réduire le capital à dix millions? L'assemblée générale ne pourrait prendre ce parti à la majorité, car c'est une très grave modification aux statuts (2). Mais l'unanimité des actionnaires pourrait le faire, et même la simple majorité, dans le cas où cette faculté aurait été prévue par les statuts et régulièrement publiée.

253. Il faut de plus une déclaration notariée de l'accomplissement de ces formalités avec pièces à l'appui, pour empêcher qu'on n'antidate des souscriptions postérieures (3) :

L. 1867, art. 1, 3e et 4e al. Cette souscription et ces versements sont constatés par une déclaration du gérant dans un acte notarié. — A cette déclaration sont annexés : la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société, s'il est sous seing privé; et une expédition, s'il est notarié et s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration.

La forme notariée ne parait pas avoir une grande utilité; car on n'a pas entendu imposer aux notaires l'obligation de vérifier par eux-mêmes l'exactitude des déclarations (4). Mais c'est la loi; on a espéré rendre ainsi la déclaration plus sérieuse.

La déclaration est faite par le *gérant* dans la commandite par actions. Dans la société anonyme, par les *fondateurs :*

L. 1867, art. 24, 2e al. La déclaration imposée au gérant par l'art. 1er est faite par les fondateurs de la société; elle est soumise avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale qui en vérifie la sincérité.

Le mot *fondateurs* est un peu vague. C'est la loi de 1863 qui a introduit ce mot, et les travaux préparatoires renvoient à la pratique pour en déterminer le sens; ils indiquent seulement qu'ils doivent être des associés. Ce seront « ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées d'actionnaires et font appel aux capitaux » (5). Ceux qui font des apports en nature ou en travaux, ne sont pas pour cela fondateurs (6).

Enfin, cette déclaration est contrôlée : — dans la commandite par le conseil de surveillance (art. 6, *infrà*); — dans la société anonyme par l'assemblée générale elle-même (art. 24, 2e al. ci-dessus).

254. Q. *Ces règles seraient-elles applicables en cas d'augmentation du capital?*

(1) Rivière, n. 20, 21. Al. n. 447.
(2) Paris, 24 mars 1859, D. P. 59, 1. 146. — Beslay, n. 108. Béd., L. 1867, n. 21 et suiv. Al. n. 448. Vavasseur, n. 49, et suiv. Ly C. et R., n. 414. Pont, n. 886.
(3) Beslay, n. 177.
(4) Rapport sur la loi de 1856. Beslay, n. 165, 166. Al. n. 451.
(5) Paris, 28 mai 1869, D. P. 69. 2. 145.
(6) Amiens, 16 janv. 1875, D. P. 77. 2. 57.

Source BIU Cujas

— 1er S. *Non* : il n'y a pas une nouvelle société qui se constitue; or, la L. de 1867 (comme celle de 1856) suppose le commencement d'une société; — il n'y a pas les mêmes dangers, la société a fait ses preuves (1). — 2e S. *Oui* (!) : si l'augmentation n'a pas été prévue par les statuts, il y a modification essentielle au pacte social, pour laquelle il faudrait l'unanimité des associés; si elle est obtenue, il y a en réalité une nouvelle société formée; — si l'augmentation est prévue dans les statuts, il suffit de la majorité pour la décider; mais il faudra encore appliquer l'art 1er; car, pour ce capital augmenté, la société est en reconstitution; les dangers de tromperie sont les mêmes; — et, sans cela, on éluderait trop facilement la loi en constituant une société avec un capital insignifiant et en décuplant ce capital le lendemain; — donc, les souscripteurs au nouveau capital ne seront liés qu'après la souscription de la totalité et le versement du quart; mais évidemment l'engagement des anciens souscripteurs ne sera pas remis en question pour cela, si les statuts ont prévu l'augmentation (2).

255. Les mêmes règles sont sûrement applicables toutes les fois qu'une société est tellement modifiée qu'on doive admettre qu'il y a une *société nouvelle* constituée. Mais c'est une question délicate de savoir quand il y a société nouvelle : par exemple, en cas de changement de nom, d'objet, de personnel (3); en cas de fusion de plusieurs sociétés (4); en cas de transformation d'une commandite en société anonyme (5). Nous ne pouvons insister sur ces diverses questions (6).

II. — Approbation des apports en nature et des avantages particuliers.

L. 1867, art. 4, 1er, 2e et 3e al. Lorsqu'un associé fait un apport, qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. — La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages, donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation. — La seconde assemblée générale ne pourra statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui sera imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

256. Cet article est emprunté à la loi de 1856; mais sous l'empire de cette loi, les deux assemblées avaient lieu le même jour, et le contrôle n'était pas encore sérieux; notre loi en disant que *l'assemblée fait apprécier...* exige qu'elle ne vérifie pas elle-même, mais que des contrôleurs soient nommés dans la première assemblée, fassent un rapport, et que celui-ci soit imprimé et tenu

(1) Angers, 5 juill. 1876, D. P. 77. 2. 30, etc. — Vavasseur, n. 37, 40. Beslay, n. 145-150. Namur, t. II, n. 894. Pont, n. 876.

(2) Req. 5 nov. 1879, D. P. 80. 1. 126. — V. la note excellente de M. Griolet, D. P. 69. 2. 145. Dall., v° *Soc.*, n. 1183. Al. n. 448. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXVI, p. 121. Ly. C. et R., n. 418.

(3) V. la note précitée, D. P. 69. 2. 145.

(4) Paris, 24 mai 1859, D. P. 59. 2. 146; Aix, 5 juill. 1871, D. P. 73. 1. 73. — Des précautions spéciales sont organisées par C. com. ital. a. 193-196.

(5) Lyon, 6 fév. 1868, D. P. 68. 2. 63; Besançon, 15 juin 1869, D. P. 70. 2. 13.

(6) V. Al. n. 445

Source BIU Cujas

cinq jours d'avance à la disposition des actionnaires. Cela suppose un intervalle d'au moins huit jours.

L. 1867, art. 4, 4e al. Les délibérations sont prises par la majorité des actionnaires présents. Cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire.

L'art. 30, 1er al., exige de plus, pour la société anonyme seulement, que les actionnaires présents représentent la moitié du capital social. Si le nombre n'est pas réuni, on peut convoquer une seconde réunion (art. 30, 3e al.). — Mais dans les deux espèces de sociétés, il faut que tous les actionnaires puissent y prendre part (v. n. 298, 318) (1).

Toutes ces exigences ne concernent que la seconde assemblée, la seule importante (V. n. 298) (2).

L. 1867, art. 4, 5e al. Les associés qui ont fait l'apport ou stipulé des avantages particuliers soumis à l'appréciation de l'assemblée n'ont pas voix délibérative.

Ces associés ne peuvent voter dans la délibération qui les concerne; ils peuvent être entendus, car ils peuvent donner de renseignements utiles. Mais la loi ne leur défend pas de voter dans celles qui concernent d'autres associés, ayant également fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers. Ils pourront donc concourir à former la majorité dans l'assemblée et à constituer le quart des actionnaires que doit représenter cette majorité. Seulement ils ne seront évidemment pas comptés pour constituer *le quart du capital social en numéraire;* ces mots de l'art. 4, 4e al., les excluent expressément (3).

Ils sont aussi exclus pour le calcul du capital qui doit être représenté à l'assemblée quand il s'agit d'une société anonyme (art. 30, 2e al.).

L. 1867, art. 4, 6e al. A défaut d'approbation, la société reste sans effet, à l'égard de toutes les parties.

On a critiqué cette disposition comme permettant aux actionnaires qui ont souscrit de se dégager des conventions contenues dans les statuts et acceptées par leur signature (4). La critique serait exacte si les statuts étaient signés en connaissance de cause. Mais cela n'est pas vrai dans la pratique, comme l'a constaté le rapporteur de la commission au Corps législatif : « A part les fondateurs, est-ce que les intéressés débattent et discutent les statuts? Est-ce qu'ils les connaissent et les lisent même? L'expérience enseigne qu'attirés par un prospectus les actionnaires souscrivent, et que du pacte social ils connaissent une seule chose, le bulletin de souscription au pied duquel ils apposent leur signature. » On ne peut donc jamais appeler assez l'attention des souscripteurs sur les clauses de l'acte. D'ailleurs, dorénavant, les fondateurs sont prévenus que l'adhésion donnée aux statuts par la souscription n'est que provisoire; ils ne pourront donc plus se plaindre (5).

(1) Pont, n. 892.
(2) Pont, n. 1000.
(3) Beslay, n. 460 et suiv. Al. n. 459. Pont, n. 1009, 1011.
(4) Beslay, n. 500 et suiv. De Courcy, *Les soc. anonymes*, p. 82 et suiv. Pont, n. 1013.
(5) Comp. L. belge, a. 31, et C. com. ital. a. 130.

Source BIU Cujas

257. **Q.** *Au lieu de refuser l'approbation des apports ou avantages, l'assemblée pourrait-elle en réduire la valeur?* On pourrait en douter très sérieusement, car cette valeur est peut-être, pour ceux qui font l'apport, une condition *sine quâ non* de leur entrée dans la société; et d'autre part, l'importance de ces apports est peut-être capitale pour la marche de la société, qui, avec des valeurs moindres, serait vouée à l'impuissance et à la ruine. On peut donc soutenir que la majorité ne pourrait sur ce point lier la minorité et que faute d'approbation complète, la société ne peut se constituer (1). — Quant à ceux qui font les apports, je crois qu'il faudrait admettre, en effet, que le contrat n'étant parfait à leur égard que par l'acceptation de l'assemblée générale (art. 4, 6e al.), ils ne sont pas liés si l'assemblée ne l'approuve pas; ils pourraient donc refuser d'accepter la réduction, et le retrait de leurs apports empêcherait la société de se constituer. Mais quant aux droits de la minorité, les travaux préparatoires montrent qu'on ne s'y est pas arrêté : on a, en effet, refusé de renvoyer l'article à la commission, pour interdire cette réduction, comme le demandait M. Marie; et si un amendement de M. Javal, qui permettait la réduction, a été repoussé, c'est uniquement parce qu'on a dit qu'il était inutile en présence du texte général de l'alinéa; — on a pu craindre que la majorité, pour ne pas empêcher la constitution de la société, n'approuvât imprudemment des apports exagérés, si elle ne pouvait pas les réduire (2).

L. 1867, art. 4, 7e al. L'approbation ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur de l'action qui peut être intentée pour cause de dol ou de fraude.

Tout contrat, même achevé, peut être annulé pour cause de dol, ou, suivant les cas, peut donner lieu à des dommages-intérêts (3). Il en serait de même de l'erreur; la loi n'a pas entendu exclure cette cause de nullité de droit commun (4).

258. L. 1867, art. 4, 8e al. Les dispositions du présent article relatives à la vérification de l'apport qui ne consiste pas en numéraire ne sont pas applicables au cas où la société à laquelle est fait ledit apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis.

Il faudrait, suivant nous, appliquer la dispense de cet alinéa au cas où une société par intérêts se transformerait en société par actions, quoique rigoureusement il n'y ait pas copropriété du fonds social entre ses membres; il y a les mêmes raisons et le cas a été cité maintes fois dans la discussion (5). — Nous l'appliquerions aussi au cas où le capital est souscrit par l'acte social lui-même, et immédiatement versé; car alors, tous les actionnaires ont discuté contradictoirement et accepté les statuts (6). — De même, s'il n'y a pas d'apport en numéraire; car il n'y a pas de vote possible (a.4, 5e al.) (7). — Enfin si tous les apports en numéraire ne représentent pas

(1) Mathieu et Bourguignat, n. 47. Al. n. 460. Vavasseur, n. 67 et suiv. Pont, n. 1023.
(2) Beslay, n. 468-474. Béd., L. 1867, n. 116-122. Ly. C. et R., n. 421.
(3) Beslay, n. 491-493.
(4) Ly. C. et R., n. 421
(5) Beslay, n. 477-485.
(6) Rej. 26 avril 1880, D. P. 80. 1. 268. — Beudant, *Revue critique*, t. XXXVI (1870), p. 150-151. — *Contrà :* Pont, n. 973. Ly. C. et. R., n. 423.
(7) Rej. 26 avril 1880, D. P. 80. 1. 268.

Source BIU Cujas

le quart des actions, on sera dispensé de se conformer à l'art. 4, 4e al. (1).

III. — **Organisation des pouvoirs sociaux.**

259. Pour la société en commandite par actions, il faut nommer *le conseil de surveillance* seulement, car les gérants sont, au moins ordinairement, désignés par les statuts et par leur qualité d'associés en nom. D'après l'art. 5, 2e al., cette nomination doit avoir lieu « *immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale* ». Il est plus exact de dire que la société n'est constituée qu'après cette nomination (Comp. a. 25 *in fine*).

Pour la société anonyme, il faut nommer à la fois les *administrateurs* et les *commissaires du contrôle* ou *censeurs* (art. 25), et la société n'est définitivement constituée que lorsque cette nomination est devenue définitive (art. 25, *in fine*).

V. les détails à chacune de ces sociétés (ch. 4 et 5).

§ 3

Moments où les actions peuvent d'abord être négociables, et ensuite être mises au porteur.

I. — **Négociabilité.**

L. 1867, art. 2. Les actions ou coupons d'actions sont négociables après le versement du quart.

260. « *Négociables* » veut dire transmissibles par les voies abrégées du droit commercial : transfert, endossement. Les actions peuvent donc à partir de ce versement être nominatives ou à ordre (2); elles ne peuvent être encore au porteur (v. n. 261).

« *Versement du quart* », il faut entendre que le quart doit être versé *par chaque actionnaire;* l'art. 2 se réfère implicitement à l'art. 1er (3). — La loi de 1856, art. 3, 2e al. exigeait le versement de 2/5.

Il faut, en outre, les autres conditions exigées pour la constitution de la société (v. au § précédent) : — dans les travaux préparatoires, on a repoussé un amendement de M. Millet qui le disait, parce que cela résulte de l'ensemble de la loi; — l'a. 50, 2e al., est formel ; et il n'y a pas de raison spéciale aux sociétés à capital variable (4). Jusqu'à ce moment, on ne peut délivrer des titres définitifs, on n'a pas de véritables *actions*, on n'a que des *promesses d'actions*, des *certificats de souscription*, des *récépissés* des fonds versés.

Ces titres provisoires peuvent être transmis par voie civile : d'abord par succession (il le faut bien si le souscripteur vient à mourir); mais même par donation ou vente, avec les formalités de l'ensaisinement (art. 1690, C. civ.).

(1) Lyon, 16 févr. 1881, D. P. 82. 2. 108.

(2) Beslay, n. 279-284. Pont, *Soc.*, n. 900 et s.

(3) Pont, n. 906.

(4) Rapport de M. Mathieu, séance du 12 juin 1867.—*Sic :* Mathieu et Bourguignat, n. 28. Vavasseur, n. 94-95. Béd., L. 1867, n. 56. Al. n. 452. Ly. C. et R., n. 426 *bis*. Pont, n. 904. — *Contrà :* Beslay, n. 246-255.

Source BIU Cujas

Cela résulte *à contrario* de notre art. 2, et avait, du reste, été dit formellement dans les travaux préparatoires de 1856 (1).

La négociabilité et même la simple cessibilité des actions non libérées aurait pu faire difficulté, si le législateur n'en avait pas parlé. Car une action non libérée n'est pas seulement un droit, une créance contre la société; c'est aussi une dette envers elle pour le versement qui reste à faire. Or, si l'on peut librement céder une créance, on ne peut se substituer un débiteur sans le consentement du créancier. Mais il faut dire que ce consentement résulte des statuts sociaux dans le cas où ils autorisent cette cession ou cette négociabilité, ou même si, adoptant la forme d'actions, ils ne l'interdisent pas (2). D'ailleurs, l'objection tombera encore bien mieux, si l'on admet que le cédant reste garant avec le cessionnaire du versement intégral; car alors, il y a, non pas substitution, mais adjonction d'un nouveau débiteur. C'est ce que nous allons voir immédiatement.

II. — **Mise des actions au porteur.**

261. La possibilité pour les sociétés en commandite d'avoir des actions au porteur était discutée sous l'empire du Code. Cette faculté était bien contraire, — d'abord à l'art. 26; car les porteurs d'actions pouvant rester cachés lors des appels de fonds, ne répondaient plus des dettes sociales, même jusqu'à concurrence de l'apport promis; — et, ensuite, à l'art. 28; car les actionnaires n'étant pas connus, pouvaient impunément s'immiscer dans la gestion (3). Cependant on l'avait admise en vertu de l'art. 38, qui, permettant de diviser en actions le capital des sociétés en commandite, paraît bien se référer à toutes les formes d'actions dont il vient d'être question immédiatement avant, spécialement dans l'art. 35 (4). — Dès lors, si le porteur de l'action ne répondait pas à l'appel de fonds, et ne payait pas bénévolement, on n'avait que la ressource d'*exécuter l'action*, c'est-à-dire de la vendre à la Bourse; mais cette vente ne produisait souvent pas à beaucoup près ce qui restait à verser.

262. On pouvait alors, du moins, regarder le souscripteur primitif comme toujours obligé, malgré son aliénation, au versement de la totalité. Car il s'y est obligé en souscrivant, et jamais un débiteur ne peut, par sa seule volonté, s'affranchir de sa dette (5). — Mais on argumentait en sens inverse de

(1) Beslay, n. 239-241. Al. n. 452. Béd., L. 1867, n. 58. Pont, n. 902, 907, 908. — *Contrà :* Duvergier, *Lois*, 1856, p. 340, note 1.— Toute cession est prohibée avant la constitution définitive de la société par la L. belge, a. 40, et le C. com. ital. a. 137.

(2) C'est une conséquence de la nature de l'action, telle que nous l'avons définie. Pard., n. 1043. Malep. et Jourd., p. 103. Brav., t. I, p. 295. — *Contrà :* Troplong, *Soc.*, n. 177 et suiv. Delangle, *Soc.*, n. 449 et suiv. Mol., n. 417. Al. n. 350. — Sur la portée de la cession du côté actif, V. Req. 25 janv. 1881, D. P. 81. 1. 252.

(3) Contre leur légalité à cette époque : Pard., n. 1033. Béd., *Soc.*, n. 340. Horson, q. 15. Troplong, *Soc.*, t. I, p. 161. Malep. et Jourd., n. 235. Mollot, *Bourses*, p. 200. Frémery, p. 59. V. aussi des consultations citées dans Dalloz, v° *Soc.*, n. 13. — D'après a L. belge, a. 40, 2e al. et le C. com. ital. a. 166, les actions sont nécessairement nominatives, jusqu'à leur entière libération.

(4) Brav., t. I, p. 273-275.

(5) Req. 12 avril 1881, D. P. 81. 1. 433. — La L. belge, a. 42, et le C. com. ital. a. 166, 2e al., sont formels.

Source BIU Cujas

l'art. 1861, C., civ., autorisant la substitution complète d'un associé à un autre avec le consentement de la société; et la jurisprudence admet encore que pour les sociétés anonymes antérieures à 1867, le souscripteur est libéré si la société a accepté le cessionnaire pour débiteur (1). On a même été beaucoup plus loin, et l'on a admis que la société a pu donner un consentement général, et qu'elle l'a donné suffisamment si l'on a inséré dans les statuts la *clause de cession libératoire* (2), ou même par cela seul qu'on a adopté la forme au porteur; dès lors, on en est venu à dire que le titre seul est débiteur et pourra être exécuté à la Bourse (3). — Les lois d'autorisation des compagnies de chemins de fer, notamment, la L. 15 juil. 1845, art. 8, n° 2, avaient accepté en partie cette doctrine en limitant à la moitié l'obligation des souscripteurs après cession.

C'était un grand danger pour la société et pour les tiers, puisqu'une grande partie du capital social pouvait devenir irrecouvrable. Et par là cette doctrine était contraire au principe que le capital social doit rester intact (n. 174 et 209), spécialement dans les sociétés par actions (L. 1856 et 1863, a 1). — Cela donnait aussi une facilité inouïe à l'agiotage des premiers souscripteurs ou des fondateurs, qui disparaissaient dès qu'ils avaient rempli leurs poches aux dépens du public.

Aussi les lois de 1856 et de 1863, art. 3, avaient établi la responsabilité intégrale des souscripteurs pour le montant total de leurs actions, et impliquaient qu'ils ne pouvaient se dégager par une cession.

Ces règles avaient deux inconvénients graves: d'abord, les sociétés qui n'ont pas besoin de tout le capital souscrit (banques de dépôt, compagnies d'assurances), étaient privées à perpétuité de la faculté d'avoir des actions au porteur; ensuite ceux qui avaient souscrit des actions ou en avaient été propriétaires à un moment quelconque, étaient perpétuellement menacés d'un recours, et l'on pouvait même soutenir que la prescription ne commençait pas à courir à leur profit, puisque leur dette n'était pas exigible tant que les fonds souscrits n'étaient pas appelés (C. civ., art. 2257, 3e al.; v. cep. *infrà*, n. 270).

263. La loi de 1867 a tenu compte de ces intérêts; elle admet, sans doute, les mêmes principes, mais elle permet d'y faire une exception.

Formulons d'abord les **deux principes** qui ne sont pas écrits dans la loi, mais qui sont supposés par elle comme résultant des précédents, et impliqués par le texte même qui y fait une exception (4) : — 1° Le souscripteur primitif et tous les cessionnaires ultérieurs sont tous responsables intégralement du versement complet du capital de l'action (5), sans qu'aucune clause des statuts (ancienne clause de *cession libératoire*, ou autre) puisse les dégager en dehors du cas de l'exception ci-dessous (6). Dès lors, la transmission de

(1) Req. 19 fév. 1879, D. P. 79. 1. 332.

(2) Beslay, n. 342-346.

(3) Paris, 22 mai 1852, D. P. 52. 2. 265.

(4) *Sic :* Vavasseur, n. 109, 113. Ameline, n. 22. Mathieu et Bourg., n. 90. Al. n. 454. Ly. C. et R., n. 430.

(5) Req. 12 avril 1881, D. P. 81. 1. 433. — Vavasseur, n. 125. Mathieu et Bourg., n. 34. Béd., L. 1867, n. 65. Al. n. 454. Beslay, n. 342 et suiv. Pont, *Soc.*, n. 942 et suiv.

(6) Mêmes auteurs, sauf Vavasseur, n. 126.

Source BIU Cujas

l'action n'est plus un changement de débiteur, c'est l'adjonction d'un nouveau débiteur (C. civ., art. 1273 et 1275), laquelle s'admet toujours facilement, car elle n'est que favorable pour le créancier, la société et les tiers (1). — 2° Pour cela, les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération (2). Mais une fois libérées entièrement, rien n'empêche qu'elles ne soient immédiatement au porteur, et sans conditions, pourvu que les statuts autorisent cette forme (3).

264. **L'exception** permise par la loi de 1867 consiste dans la possibilité de décharger les obligés de la moitié de leur obligation, moyennant certaines conditions.

L. 1867, art. 3, 1er al. Il peut être stipulé, mais seulement par les statuts constitutifs de la société, que les actions ou coupons d'actions pourront, après avoir été libérés de moitié, être convertis en actions au porteur par délibération de l'assemblée géuérale.

Trois conditions sont exigées par cet article :

1° *Stipulation de cette faculté dans les statuts;* afin que les tiers ne comptent pas, comme garantie, sur le capital nominal en entier, puisqu'une fois la moitié versée, il n'y aura plus une sûreté complète pour le versement du surplus. Même entre associés, faute de cette clause on aurait dû exiger l'unanimité (4).

2° *Vote de l'assemblée générale* décidant la conversion ; l'assemblée générale apprécie si elle est utile dans l'état des affaires sociales ; et elle contrôle ce qu'a fait le gérant en introduisant cette clause dans les statuts. Comme cette décision implique renonciation, au moins éventuelle, à faire verser le reste du capital, l'assemblée doit apprécier si la société est assez prospère pour pouvoir s'en passer.

3° *Versement de moitié* constaté par le vote de l'assemblée. — **Q.** *Faut-il le versement de moitié par toutes les actions? ou bien pourront-elles être au porteur au fur et à mesure du versement de moitié par chacune d'elles?* Il faut, dirons-nous, que toutes aient versé la moitié avant qu'aucune puisse être mise au porteur : il résulte, en effet, du texte que c'est après la libération de moitié que peut intervenir la décision de l'assemblée générale ; et dans les travaux préparatoires on a dit que cette délibération attesterait *que la moitié du capital a été réellement versée* (5).

Ce vote de l'assemblée n'empêche pas les actionnaires, s'ils le veulent, de garder ou de se faire donner des titres nominatifs, qui sont moins exposés à la perte et moins grevés d'impôts. Le choix entre les deux espèces de titres est toujours un droit absolu pour eux (L. 13 juin 1857, art. 6, 7 et 8).

(1) Celui d'entre eux qui aura payé aura nécessairement recours pour le tout contre les cessionnaires ultérieurs et ceux-ci contre le dernier porteur, qui doit en définitive supporter cette dette. L. belge, a. 42, 2e al.

(2) Béd., L. 1867, n. 65. — Les actions à ordre doivent être considérées comme nominatives à ce point de vue et ne tombent pas sous le coup de l'art. 3 ; car le nom de tous les propriétaires successifs y est indiqué, et ceux-ci peuvent être facilement recherchés. Beslay, n. 279-284.

(3) Pont, *Soc.*, n. 924 et suiv. — V. Beslay, n. 293-294.

(4) Beslay, n. 290-292.

(5) Rej. 21 juill. 1879, D. P. 79. 1. 321. — Béd., L. 1867, n. 69 et suiv. Pont, n. 916 et suiv.

Source BIU Cujas

265. **Effets de cette délibération.** — L'art. 3, 2e al., s'occupe de cette question, mais il est très elliptique. Il omet précisément les points importants et les principes; il est absolument incompréhensible, si l'on s'en tient rigoureusement à ce qu'il dit, en argumentant *à contrario* pour les hypothèses dont il ne parle pas (1). Il faut, avec les travaux préparatoires, supposer un paragraphe intermédiaire, que je rédigerais ainsi :

« *A partir de cette délibération, tous les nouveaux acquéreurs des actions seront affranchis de l'obligation de verser le surplus* ».

Dès lors, c'est le titre seul qui doit, comme on le disait déjà avant 1856 ; si, lors d'un appel de fonds, le porteur ne verse pas bénévolement, le titre sera vendu à la Bourse. Son prix de vente pourra peut-être couvrir ce qui reste à payer, car il faut remarquer que la moitié au moins ayant été versée, ce qui reste à payer est tout au plus égal à ce qui a été versé; aussi, pourvu que les actions soient au pair, le prix de vente sera suffisant pour parfaire le capital souscrit ; par exemple, s'il y a 250 fr. versés, on peut espérer que l'action se vendra bien 250 fr., ce qui complètera le capital de 500 fr. Si le cas ne se réalise pas, c'est-à-dire si les actions de la société sont en baisse, alors il y aura une perte sèche pour la société et pour ses créanciers.

Il s'agit de démontrer la légitimité de cette addition que nous faisons à l'art. 3 : — Le projet du gouvernement portait (art. 1) : « Les souscripteurs sont responsables du montant total des actions par eux souscrites. Il ne peut être dérogé à cette prescription que par les statuts constitutifs de la société, et *jusqu'à concurrence de la moitié de chaque action* ». La commission demandait comme développement que toutes les actions fussent au porteur après libération de moitié, sans distinguer entre les actionnaires qui auraient aliéné ou qui auraient gardé leurs actions. Jusque-là on était d'accord pour admettre la libération de tout le monde par le versement de moitié, pourvu que cela eût été stipulé par les statuts. — Après cinq ou six amendements et une discussion très confuse, tout fut renvoyé à la commission par un vote de rejet sur tous les projets en présence. La commission rapporta l'art. 3 actuel, exigeant de plus une délibération de l'assemblée ; mais rien n'indique qu'on ait abandonné les principes posés tout d'abord. Bien au contraire, sans eux, l'art. 3 serait un tissu de contradictions; on ne comprendrait pas pourquoi ceux dont il parle seraient libérés par deux ans, si les acquéreurs ultérieurs étaient tenus indéfiniment. Cet article se comprend seulement comme une restriction à la règle que nous avons formulée dans notre paragraphe additionnel (2).

266 Il dit que, pour les souscripteurs primitifs et les cessionnaires antérieurs à la délibération, la libération ne résultera que du délai de deux ans :

L. 1867, art. 3, 2e al. Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primi-

(1) Si l'on en veut des exemples, on les trouvera dans l'interprétation donnée de cet art. 3 par M. Rivière : L. 1867, comment. de l'art. 3 ; *Répétitions écrites*, p. 97 et suiv.; et dans celle donnée par Béd., n. 74 et suiv.

(2) *Sic* : Béd., L. 1867, n. 80 et suiv. Beudant, *Revue critique*, t. XXXIII, p. 18 et suiv. Ly. C. et R., n. 431. Pont, *Soc.*, n. 932.— *Contrà :* Rivière, *ll. citt.* Al. n. 456.

Source BIU Cujas

tifs qui ont aliéné les actions et ceux auxquels ils les ont cédées avant le versement de moitié restent tenus au paiement du montant de leurs actions pendant un délai de deux ans, à partir de la délibération de l'assemblée générale.

« *Cédées avant le versement de moitié.* » Il faut entendre *avant la décision de l'assemblée.* C'est là évidemment ce qu'a voulu dire le législateur; tout le monde est d'accord là-dessus.

Voici ce qui résulte de l'article (1) : D'abord tous ceux qui sont actionnaires au moment de la délibération, et qui ont pu y voter, sont encore tenus pendant deux ans : ceci a pour but d'empêcher qu'ils ne votent la conversion à la veille d'un sinistre et pour s'y soustraire en cédant leurs actions à des porteurs insolvables. Deux ans suffisent, car on ne prévoit pas un malheur de si loin. — De plus, les souscripteurs et les cessionnaires intermédiaires (2), qui, à ce moment, avaient déjà cédé leurs actions, sont aussi tenus pendant deux ans, quoiqu'ils n'aient pas pu prendre part au vote; c'est pour empêcher qu'à la veille de la délibération ils ne transfèrent leurs actions à des hommes de paille qui voteraient à leur place et encourraient seuls la responsabilité pour deux ans. — On voit que les motifs de notre paragraphe montrent bien qu'il a pour but d'empêcher une libération immédiate qui, sans ce paragraphe, se serait produite de plein droit pour tout le monde. De cette façon, il est très rationnel; autrement il est incompréhensible.

267. Mais il laisse encore un point obscur : il ne règle pas le sort des souscripteurs primitifs qui n'ont pas cédé leurs actions (il ne parle que de ceux qui les ont cédées). Nous admettrons qu'ils seront également libérés par le délai de deux ans : — ils ont voté la conversion, aussi on ne les libère pas immédiatement comme on l'avait proposé tout d'abord; mais il n'y a aucune raison de ne pas leur appliquer la libération par les deux années; — les divers rapports faits au Corps législatif ont considéré, à plusieurs reprises, le vote comme impliquant la libération de tout le monde, soit immédiatement, soit par deux ans; — l'assemblée a apprécié d'une manière absolue que le surplus du capital n'était pas nécessaire; son versement ne doit pas dépendre du hasard de la conservation de certaines actions par les souscripteurs primitifs; — ceux-ci, qui sont restés fidèles à la société, ne doivent pas être plus maltraités que les autres (3).

Voici donc les deux règles qui ressortent pour nous de l'art. 3 : — après le

(1) C'est la doctrine exposée par M. Valette dans *le Droit* des 31 mai et 1er juin 1869. — *Sic* : Ly. C. et R., n. 47. Pont, *Soc.*, n. 932 et suiv.

(2) Ces cessionnaires intermédiaires sont embrassés par la formule de l'art. 2. — *Sic* : Vavasseur, n. 122. Al. n. 456. Pont, n. 938.— *Contrà* : Bourlet de la Vallée, p. 74.

(3) Paris, 16 mai 1878, D. P. 79. 2. 208, etc. — Beslay, n. 328 et suiv. Ly. C. et R., n. 431. Pont, n. 935. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXXIII, p. 18 et suiv., et sa note très complète au Dalloz, 1879. 1. 327. M. Rataud (à son cours), qui corrige ainsi la rédaction de l'art. 3, 2e al. : « Lorsque l'assemblée a autorisé la conversion en titres au porteur, *soit qu'il ait été profité ou non de cette faculté* par les actionnaires, les souscripteurs primitifs, *quand même* ils auraient aliéné leurs actions, et ceux auxquels ils les ont cédées *avant la délibération de l'assemblée* restent tenus pendant un délai de deux ans à partir de cette délibération. » — *Contrà :* Cass. 24 nov. 1880, D. P. 81. 1. 70, etc., etc. Al. n. 455 Béd., L. 1867, n. 77 et suiv. — M. Rivière, *ll. citt.*, les libère instantanément s'ils viennent à céder leurs actions après la délibération de l'assemblée.

Source BIU Cujas

vote de l'assemblée, tout cessionnaire ultérieur est libéré immédiatement; — tous ceux qui ont été ou sont propriétaires au moment du vote sont libérés par deux ans.

268. Une difficulté a été cependant soulevée sur la première règle, dans le cas où certaines actions sont restées nominatives par le choix de leurs propriétaires. **Q.** *Ceux à qui ils les céderont après le vote de l'assemblée seront-ils affranchis immédiatemment de l'obligation de verser le surplus?* Nous ne voyous aucune raison pour ne pas admettre leur libération immédiate : la société a consenti, par l'organe de l'assemblée, à renoncer à toute nouvelle obligation de garantie, à se contenter des garanties acquises au moment du vote; le propriétaire des actions, en se faisant délivrer des titres au porteur, aurait pu faire profiter ses cessionnaires ultérieurs de la libération; il ne peut perdre ce droit en conservant des titres nominatifs. Sans doute on peut ici trouver la trace des cessionnaires, tandis qu'on ne le pourrait pas si l'action était au porteur; mais la libération des cessionnaires ne résulte pas uniquement de l'impossibilité de fait de les poursuivre, elle résulte de la concession de la loi et du consentement de l'assemblée; or, ce consentement est tout à fait général, et les travaux préparatoires indiquent aussi sans distinction la volonté de libérer tout acquéreur ultérieur (1).

269. **Position des actionnaires lorsque la conversion n'a pas eu lieu.** — Supposons que, les statuts ayant stipulé la faculté de l'art. 3, l'assemblée n'ait pas voté la conversion. Il résulte, des principes que nous avons posés au début, que l'exception de l'art. 3 n'ayant pas lieu, toutes les actions restent nominatives et tous ceux qui en sont ou ont été propriétaires restent tenus indéfiniment au paiement de l'apport. Cela est bien la seule interprétation possible de la volonté de l'assemblée qui a refusé d'admettre les actions au porteur; son but ne peut être que de conserver ses garanties contre tout le monde. — La seule raison de douter est dans le commencement du 2e al. de l'art. 3 : « *Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit...* » Donc, dit-on, lors même que l'assemblée n'a pas admis la forme au porteur, cet alinéa s'appliquera, il y aura libération au moins par deux ans (2). — Cette interprétation créerait une antinomie flagrante entre les deux alinéas de l'art. 3. Il faut donc entendre ces mots autrement, et ils se prêtent en effet à un autre sens : ils veulent dire « soit que les porteurs usent ou non de la faculté de conversion accordée », car nous avons vu qu'ils peuvent, malgré la conversion, garder des titres nominatifs. Sans doute, certaines paroles de M. Mathieu, rapporteur, dans les travaux préparatoires, peuvent prêter à l'équivoque; mais dans son ouvrage sur la loi de 1867 (no 31), il paraît bien admettre le sens que nous indiquons (3).

A plus forte raison en sera-t-il de même si les statuts n'avaient pas réservé cette faculté; car il n'y aurait plus ici même le texte ambigu de l'art. 3 (4).

(1) M. Beudant, *loc. cit.* Pont, *Soc.*, n. 939.

(2) Rivière. L. 1867, n. 35; *Répét. écrites*, p. 98. Béd., L. 1867, n. 74.

(3) Beslay, n. 333-335. Al. n. 454. M. Rataud, à son cours (V. la citation faite à la note 2 de la page précédente). Ly. C. et R., n. 431. Pont, n. 945.

(4) Ly. C. et R., n. 431. Pont, n. 944. — *Contrà :* Rivière, *ll. citt.*

Source BIU Cujas

270. Nous conclurons en disant que partout où l'art. 3 ne s'applique pas directement, les souscripteurs primitifs et les propriétaires ultérieurs des actions à l'infini seront tous tenus au versement intégral du capital.

Q. *Pendant combien de temps resteront-ils ainsi tenus?* — 1er S. On admet généralement qu'*ils en seront tenus pendant un temps indéfini*, sans pouvoir même invoquer la prescription de trente ans, puisque leur dette n'est pas exigible (C. civ., art. 2257), tant que l'appel de fonds n'a pas eu lieu; — sans doute l'art. 52, 3e al., de la loi, admet une libération de l'associé par cinq ans, à partir de sa sortie de la société; mais il est spécial aux sociétés à capital variable, tout exceptionnelles, et ne peut pas être étendu aux autres sociétés; — on ne pourrait pas non plus invoquer l'art. 64 du C. com., car la prescription de cinq ans, dont parle cet article, ne commence qu'à la dissolution de la société, et même plus exactement à la publication de la dissolution; et l'on ne pourrait pas soutenir sérieusement que la société est dissoute quant à l'associé qui aliène ses actions; en tout cas cette dissolution ne serait pas publiée (1). — 2e S. *Ils pourront prescrire par trente ans* (!) : — il n'est pas exact de dire que leur dette est à terme; elle est parfaitement exigible par la société; il ne dépend que de celle-ci de faire un appel de fonds (2); il peut sans doute être à sa convenance de ne pas appeler ces versements, mais de ce qu'un créancier ne juge pas à propos de réclamer sa créance, il ne s'ensuit pas qu'on ne puisse pas prescrire contre lui (3); — cela ne nous obligera pas à admettre qu'au bout de trente ans tous les actionnaires restés dans la société seront libérés; car pour ceux-ci il y a des interruptions incessantes de la prescription : par les réceptions de dividendes, par le fait de prendre part aux assemblées d'actionnaires, même par le fait seul de laisser leurs noms figurer sur les registres de la société où ils ont été portés avec leur consentement; pour ceux-là, la société ne perd jamais le droit de réclamer les versements promis; mais rien de pareil ne se rencontre pour ceux qui ont dépouillé la qualité d'associés par un transfert régulier, dont les noms ont cessé de figurer sur les registres sociaux, qui ne prennent plus part à aucun acte de la vie sociale; ceux-là sans doute restent tenus après leur aliénation, mais du moins à partir de ce moment ils pourront commencer à prescrire contre leur obligation; — il serait tout à fait exorbitant, et aussi très effrayant pour les souscripteurs des innombrables sociétés, de voir une obligation, peut-être très onéreuse à un moment donné, subsister pour toujours, et passer à tous leurs descendants à perpétuité, sans que rien puisse jamais éloigner de leur tête cette terrible épée de Damoclès.

(1) Trib. comm. Seine, 12 mars 1873. V. journal *le Globe*, du 27 avril 1873.

(2) Si par hasard les statuts avaient échelonné les versements à certains intervalles éloignés, il est évident que la prescription ne courrait pour chaque versement qu'à partir du moment où il a été exigible (C. civ., art. 2257). Mais ce cas sera rare.

(3) Aub. et Rau, 4e éd., t. II, p. 328, texte et note 8; comp. t. IV, p. 87, texte et note 5.

Source BIU Cujas

§ 4

Sanction des dispositions de la loi.

271. Les sanctions de la loi sont de trois ordres : des nullités, des responsabilités civiles pour certaines personnes, des pénalités. Nous traiterons des responsabilités à propos des personnes à qui elles incombent. Celle des fondateurs sera étudiée en même temps que celle des administrateurs des sociétés anonymes (n. 315 et suiv.). Nous n'avons donc à parler ici que des nullités et des pénalités.

I. — Nullités.

L. 1867, art. 7. Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles 1er, 2, 3, 4 et 5 de la présente loi. — Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

Art. 41. Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société anonyme pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des art. 22, 23, 24 et 25 ci-dessus.

L'art. 41, en renvoyant à l'art. 24, renvoie implicitement aux quatre premiers articles de la loi, que nous venons d'expliquer, et nous ne l'étudions pour le moment qu'à ce point de vue-là.

272. Il faut remarquer que la nullité n'est prononcée par ces articles que pour des vices dans la *constitution* de la société : car l'art. 7 annule la société *constituée* contrairement... ; l'art. 41 ne se sert pas du même mot, mais les art. 22, 23, 25 auxquels il renvoie règlent aussi les conditions moyennant lesquelles ces sociétés peuvent être *constituées*, *formées*; et d'ailleurs l'art. 41 est évidemment conçu dans le même esprit que l'art. 7. Ces vices dans la constitution peuvent être de deux sortes : — 1° Il peut se faire que les statuts contiennent des clauses contraires à la loi, p. ex. divisent le capital en actions inférieures à 100 ou à 500 fr., suivant les cas, déclarent que les actions seront négociables avant le versement du quart ou seront au porteur dès le début et sans conditions; suppriment le conseil de surveillance dans une commandite par actions, etc. Alors la nullité est irréparable, et si l'on veut avoir une société valable, il faudra recommencer (1). — 2° Il peut se faire que les statuts étant réguliers, on ait en fait déclaré la société constituée et commencé les opérations avant que toutes les conditions voulues aient été accomplies (V. n. 248-259). Alors certainement la société est nulle absolument pour le passé, et tous les intéressés peuvent arguer de cette nullité, comme nous allons le dire au numéro suivant; mais ce vice n'est pas irréparable; on peut remplir les conditions qui manquaient, et à partir de ce moment la société, sera devenue régulière, elle pourra marcher (2). — Enfin il peut se produire des infractions à la loi qui ne portent pas sur la constitution de la société, mais sur des faits postérieurs à la constitution; p. ex. on a négocié en fait des ac-

(1) Riv., L. 1867, n. 65. Al. n. 470.

(2) Dall., n. 1241. Béd., L. 1867, n. 182 et suiv. Al. n. 471. Pont, *Soc.*, n. 1229. — *Contrà :* Beslay, n. 642.

Source BIU Cujas

tions avant le versement du quart, sans que les statuts l'aient autorisé; on a aussi, en dehors des statuts, émis des actions au porteur sans les conditions de l'art. 3. Alors une distinction nous paraît nécessaire : si ces mesures ont été prises d'une façon générale, on doit les considérer comme traduisant dans les faits une modification tacite aux statuts, à la constitution de la société; elles entraîneront la nullité de la société (1); si au contraire il ne s'agit que de mesures isolées, accidentelles, les faits devront bien être traités comme nuls, mais ils ne feront pas annuler la société (2).

273. La nullité telle que nous venons de la définir est une nullité fondée sur l'ordre public, l'intérêt des tiers; c'est donc une nullité absolue, qui n'est pas susceptible de ratification, pas plus que celle qui est fondée sur le défaut de publicité (C. com., a. 42; L 1867, art. 56, 2e al.). — La loi ajoute dans l'art. 7, comme dans ces derniers articles, que la nullité ne pourra être opposée aux tiers par les associés; et cette disposition doit évidemment être sous-entendue dans l'art. 41 de la loi, qui se réfère à l'art. 7 (3). Il en résulte que les associés ne pourront invoquer la nullité contre les tiers : par exemple, pour n'être pas tenus des dettes sociales jusqu'à concurrence de leurs mises; que les tiers au contraire pourraient l'invoquer contre les associés; mais en général, ils n'y auront pas d'intérêt; leur intérêt sera plutôt de faire traiter les associés comme si la société était valable, car de cette façon ils se feront payer sur le fonds social par préférence aux créanciers personnels des associés. Les associés pourront opposer la nullité aux gérants et fondateurs, et se l'opposer entre eux au moins pour l'avenir. Ce sont deux questions controversées que de savoir s'ils pourront l'invoquer entre eux pour le passé, et si leurs créanciers personnels pourront l'opposer aux créanciers sociaux. Ces questions se reproduisant exactement à propos de la nullité pour défaut de publicité, nous en traiterons sous l'art. 56 de la loi, où nous donnerons aussi tous les détails sur la matière des nullités. Les règles de publicité étant communes à toutes les sociétés, il nous paraît que c'est plutôt là la place qui convient à ces développements approfondis.

II. — **Pénalités.**

274. Elles sont contenues dans les art. 13, 14, 15 et 16, auxquels renvoie l'art. 45 pour les sociétés anonymes.

L. 1867, art. 13. L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des art. 1, 2 et 3 de la présente loi, est punie d'une amende de cinq cents à dix mille francs. — Sont punis de la même peine : — le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance; ceux qui, en se présentant comme propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont créé frauduleusement une majorité factice dans une assemblée générale (4), sans préjudice de tous dommages-intérêts, s'il y a

(1) D'ailleurs il y aurait aussi nullité pour défaut de publicité de cette modification aux statuts.

(2) Riv., n. 64. Ly. C. et R., n. 434, note 3. Pont, n. 1235.

(3) Vavasseur, n. 362. Mathieu et Bourg., n. 240. Al. n. 554. Ly. C. et R., n. 470. Pont, n. 1244.

(4) Il n'y a pas de délit si, malgré le vote des intrus, la majorité n'a pas été obtenue; la tentative n'est pas punie. Mat. et Bourg., n. 134. Béd., L. 1867, n. 273. Al. n. 512, 513.

Source BIU Cujas

lieu, envers la société ou envers les tiers; — ceux qui ont remis les actions pour en faire l'usage frauduleux. Dans les cas prévus dans les deux paragraphes précédents, la peine de l'emprisonnement de quinze jours à six mois peut, en outre, être prononcée.

Art. 14. La négociation d'actions ou de coupons d'actions dont la valeur ou la forme serait contraire aux dispositions des articles 1er, 2 et 3 de la présente loi, ou pour lesquels le versement du quart n'aurait pas été effectué conformément à l'art. 2 ci-dessus, est punie d'une amende de cinq cents à dix mille francs. — Sont punies de la même peine toute participation à ces négociations et toute publication de la valeur des actions.

Art. 15, al. 1-4. Sont punis des peines portées par l'art. 405 du code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie (1) : — 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements (2) qui n'existent pas, ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements; — 2° ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements, ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque; — 3° les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs (3).

Art. 16. L'art. 463 du code pénal est applicable aux faits prévus par les trois articles qui précèdent.

Art. 45, 1er al. Les dispositions des art. 13, 14, 15 et 16 de la présente loi sont applicables en matière de sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui sont actuellement existantes et celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi. Les administrateurs qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, auront opéré des dividendes fictifs, seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le numéro 3 de l'article 15 contre les gérants des sociétés en commandite.

Nous ferons seulement remarquer que les infractions prévues par les deux premiers alinéas de l'art. 13 ne donnent pas lieu à la peine de l'emprisonnement, à la différence de ce qu'édictait la L. de 1856 ; c'est une indulgence peut-être excessive.

Q. *Faudra-t-il appliquer aux administrateurs des sociétés anonymes, ayant commencé les opérations avant la nomination des commissaires du contrôle, le second alinéa de l'art. 13, punissant les gérants qui commencent les opérations avant la nomination du conseil de surveillance?* Nous ne le pensons pas : — les peines ne peuvent pas s'étendre par analogie, — et, de plus, la situation n'est pas la même, car les commissaires du contrôle n'ont rien à faire pendant les neuf premiers mois de l'année; — l'art. 45, 2e phrase, prouve que quand le législateur veut faire une assimilation entre les administrateurs et les gérants, il l'exprime.

(1) Les faits qu'énumère l'article ne présentaient pas tous les caractères du délit d'escroquerie, ou pour quelques-uns on pouvait au moins avoir des doutes. Al. n. 516.

(2) Il ne suffit pas qu'il y ait assertion mensongère ; il faut qu'il y ait eu simulation, quelques manœuvres tendant à faire croire à l'assertion fausse. Mat. et Bourg., n. 148. Al. n. 516. — Ici la tentative est formellement assimilée au délit.

(3) Lors même que l'assemblée qui a voté les dividendes a connu la fraude et s'en est rendue complice; ce qui pourrait seulement diminuer la responsabilité civile des gérants.

Source BIU Cujas

Ces faits sont-ils des délits, exigeant l'intention coupable, ou de simples contraventions indépendantes de toute intention (1)? Il faut distinguer : — sont de véritables délits les faits prévus par les 3e et 4e al. de l'art. 13 et par l'art. 15; car ces articles se servent des mots « *de mauvaise foi* », «*frauduleusement* », «*frauduleux* »; — les autres au contraire sont de pures contraventions; cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires de la loi de 1856 sous l'art. 11; l'esprit de la L. de 1867 est évidemment le même.

CHAPITRE IV.

DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE PAR ACTIONS.

Art. 38. Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de sociétés.

275. La société en commandite par actions n'existait pas dans notre ancien droit; son historique depuis le Code a été fait au chapitre précédent, à propos des sociétés par actions en général (V. n. 242-244).

Tout ce que nous allons dire s'applique même aux sociétés établies avant la loi nouvelle; car la L. de 1856 étant abrogée complètement par l'art. 20 de notre loi, il est évident que celle-ci est seule applicable dorénavant; d'ailleurs l'art. 10, dernier alinéa, le suppose très clairement, puisqu'il règle le mode d'application de ses dispositions aux sociétés antérieures.

Nous avons ici trois ordres de personnes qui feront l'objet d'autant de sections : — 1o Gérants; — 2o Conseil de surveillance; — 3o Actionnaires commanditaires.

SECTION PREMIÈRE.

DES GÉRANTS.

Deux paragraphes : — 1o Fonctions des gérants; — 2o Responsabilité pécuniaire des gérants.

§ 1er

Fonctions des gérants.

276. Leurs fonctions sont exactement les mêmes ici que dans la commandite simple et dans la société en nom collectif; nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit à propos de cette société (V. n. 183 et suiv.). Il en est de même de la façon dont ils peuvent être nommés.

Mais nous devons nous demander s'ils sont révocables. Nous avons résolu la question négativement en traitant de la commandite par intérêts (V. n. 208); les principes sont exactement les mêmes sur ce point pour la commandite par actions; nous les avons fait ressortir en comparant cette société avec la société

(1) Consult. Vavass., n. 280, 281. Ameline, n. 119. Rivière, n. 119. Mathieu et Bourg., n. 141 et suiv. Al. n. 515 et suiv. Ly. C. et R., n. 438. Pont, n. 1312.

Source BIU Cujas

anonyme (V. au n. 222) : celui qui est en nom joue nécessairement le rôle principal, la commandite n'est que l'accessoire ; celui qui est responsable sur tous ses biens ne doit pas dépendre de ceux qui ne le sont pas ; cela serait contraire au droit du premier, à l'intérêt de la direction sage et prudente de la société, et par conséquent à l'intérêt aussi de ses créanciers (C. com., art. 27 et 28).

Néanmoins la jurisprudence a toujours admis cette révocabilité des gérants au moins dans la commandite par actions ; — elle a considéré, jusqu'en 1867, que la forme anonyme étant soumise à l'autorisation du gouvernement, les sociétés qui ne pouvaient y avoir recours avaient un intérêt légitime à s'en rapprocher autant que possible ; c'était un moyen d'éluder la loi ; — on voulait assurer aux capitalistes qui apportaient leurs fonds une influence efficace sur les opérations où leur argent est employé ; on craignait sans cela de les éloigner de ces entreprises ; — enfin on pouvait colorer cette dérogation à la loi, en faisant observer qu'en présence de l'énormité des capitaux engagés, la prépondérance des gérants devait s'effacer, à la fois parce que leur capacité personnelle n'était plus la chose principale dans la société, et parce que leur solvabilité propre n'avait plus relativement qu'une importance insignifiante pour les tiers. On avait admis d'abord que la révocation judiciaire *pour cause légitime* (C. civ., art. 1856) n'entraînerait pas la dissolution de la société. Dans ce cas du moins une certaine objection était écartée : la révocabilité n'était plus une immixtion des commanditaires dans la gestion, puisque ce sont les tribunaux qui apprécient et décident (1). — Puis on admit la révocation *ad nutum* par la seule volonté des actionnaires, d'abord pour le gérant non statutaire sans conditions (C. civ., art. 1856) (2) ; ensuite même pour le gérant statutaire, pourvu que cette faculté fût réservée par une clause expresse des statuts (C. civ., art. 1856) (3).

Depuis la loi du 24 juillet 1867, la forme anonyme pouvant être librement choisie par les parties, la société en commandite qui s'était étendue aux plus vastes entreprises rentrera dans son rôle plus modeste, mais plus sûr et très utile ; elle s'appliquera aux entreprises de moyenne importance, auxquelles la commandite simple n'apporterait pas des capitaux suffisants, mais dans lesquelles pourtant l'énormité du capital n'efface pas toute l'importance de la solvabilité personnelle et des capacités du gérant ; dans lesquelles la commandite ne sera considérée que comme l'appoint de la fortune et de la valeur personnelle du gérant. Dès lors il n'y aura plus aucune raison, même de fait, pour faire échec aux principes que nous avons posés. — L'art. 11 de la L. de 1867 est d'ailleurs venu fournir un argument très puissant pour écarter le droit de révocation ; car, pour assurer l'efficacité du contrôle du conseil de surveillance, il lui permet de provoquer la dissolution de la société avec l'assentiment de l'assemblée générale, mais il ne lui permet pas de provoquer la révocation des gérants.

(1) Paris, 28 fév. 1850, D. P. 50. 2. 204.

(2) Req. 28 avril 1863, D. P. 63. 1. 408.

(3) Paris, 9 mai 1860, D. P. 60. 2. 279. — Le Code italien (a. 119) le permet. La L. belge n'admettant que des gérants nommés par les statuts (a. 77, 79) semble exclure leur révocabilité puisqu'on ne pourrait pas les remplacer ; de même, elle décide que leur mort dissout la société (a. 84).

Source BIU Cujas

Il restera toujours un doute pour les sociétés antérieures à la L. de 1867, qui ne pourraient ou ne voudraient pas prendre la forme anonyme. Pour celles-ci on pourra considérer qu'elles se sont fondées sur la foi d'une jurisprudence alors constante, et leur laisser le bénéfice de cette espèce de droit acquis ; et l'on pourra dire que la loi n'interdisant plus l'anonymat, on peut actuellement tolérer plus facilement ce qui s'en rapproche. Il est infiniment probable que cette opinion triomphera dans la pratique ; bien que légalement elle ne soit pas plus exacte aujourd'hui qu'autrefois.

§ 2

Responsabilité pécuniaire des gérants.

Nous l'étudierons : — 1° envers les tiers ; — 2° envers les associés.

277. I. — **Envers les tiers : poursuite des créanciers sociaux.** Les gérants peuvent d'abord et essentiellement être poursuivis *in infinitum* et solidairement pour toutes les dettes de la société, qu'elles aient été contractées par eux-mêmes ou par toute personne ayant pouvoir d'obliger la société, avec ou sans la signature sociale (commis, mandataire spécial) ; car la société est en nom collectif à leur égard (C. com., art. 24). Nous renvoyons à ce que nous avons dit à propos de la société en nom collectif. Faisons observer pourtant qu'ils sont obligés, non seulement par leurs contrats, mais par leurs quasi-contrats, délits, quasi-délits ; ainsi spécialement en cas de distribution de dividendes fictifs, que les tiers ne pourraient réclamer aux actionnaires parce que ceux-ci seraient de bonne foi (L. 1867, art. 10, 3e al.), et sans que les gérants puissent invoquer la prescription abrégée du même art. 4e al.

278. Il peut y avoir difficulté **quant à l'époque** où les dettes sociales sont nées, lorsque les fonctions des gérants n'ont pas continué pendant toute la durée de la société (en cas de révocation, de démission, de décès, si la société a été continuée malgré ces événements). Aucune difficulté pour celles nées pendant leur gestion. Pour celles antérieures, c'est une question de fait ; il s'agit de savoir, d'après les termes du contrat intervenu lors de l'acceptation de leurs fonctions, s'ils se sont chargés de toutes les obligations existantes de la société. Pour celles postérieures à la cessation de leurs fonctions, ils n'en seront pas tenus pourvu que leur démission et leur remplacement aient été publiés ; leur responsabilité cessera seulement à partir de cette publication (L. 1867, art. 62) (1).

279. La loi les rend spécialement responsables de l'omission de toutes les formalités initiales et de la nullité de la société encourue pour cette omission : l'art. 8, 1er al., déclare le conseil de surveillance responsable *avec le gérant*, envers la société et envers les tiers. La responsabilité envers les tiers (dont nous parlons seulement pour le moment) n'aura pas une très grande utilité, car ils répondent déjà comme gérants de l'intégralité des dettes sociales, et d'ailleurs la nullité n'est pas opposable aux tiers (art. 7, 2e al.). — Les gérants sont soumis en outre à des pénalités que nous avons vues : art. 13, 14 et 15 (n. 274).

(1) V. Req. 15 avril 1873, D. P. 75. 1. 31, dans ses motifs. — Pont, n. 1525.

Source BIU Cujas

280. II. — **Envers les associés.** Ils sont responsables, comme tout mandataire (C. civ., art. 1992) pour les fautes commises dans leur gestion; mais non pour les opérations malheureuses qu'ils peuvent avoir faites, s'il n'y a pas de faute caractérisée. A plus forte raison seront-ils responsables pour malversation, pour tout ce que la société peut devoir à des tiers par leur faute; par exemple pour leur dol, dont la société est tenue envers les tiers (v. n. 187 *bis*) (1).

Ils sont aussi responsables envers les associés de la nullité de la société pour l'inaccomplissement des formalités initiales (art. 8, 1er al.).

Ils devront donc aux associés la restitution complète de leurs mises : soit de ce qu'ils avaient versé au commencement, soit de ce qu'ils ont été obligés de verser pour désintéresser les créanciers sociaux; car la société étant annulée, les associés n'ayant pas eu les chances en vue desquelles ils avaient souscrit, ces versements ont eu lieu sans cause; ils doivent être restitués par les coupables. Mais si les associés ont droit d'être indemnisés des pertes, ils ne peuvent rien réclamer pour ce qu'ils auraient manqué de gagner; car il n'est pas du tout certain que la société ait pu faire des gains.

SECTION II.

DU CONSEIL DE SURVEILLANCE.

281. L'établissement d'un conseil de surveillance, dans les sociétés en commandite par actions, avait été imposé par la pratique dès avant 1856 : il était nécessaire d'offrir aux souscripteurs un contrepoids aux pouvoirs du gérant, quelqu'un qui veillât à leurs intérêts, puisqu'à raison de leur nombre on ne peut leur permettre de surveiller en détail la gestion de la société : vu la facilité qu'a toute personne de prendre une action, ce serait livrer tous les secrets de l'entreprise au public et spécialement aux commerçants rivaux. — Mais on prenait, pour composer ce conseil, des noms retentissants et estimés, souvent à l'insu même de ceux qu'on désignait; — c'était le gérant qui composait ce conseil; il était donc contrôlé par ceux qu'il avait choisis lui-même; — il n'y avait, pour les conseils de surveillance, aucune responsabilité définie; on ne savait pas, faute de texte pour quels faits ils pouvaient ou non être recherchés; — enfin la crainte de se voir déclarer solidairement responsables pour faits d'immixtion (C. com., art. 28), arrêtait à chaque instant les membres du conseil, qui ne savaient jusqu'où ils pouvaient aller dans leur contrôle.

La L. de 1856 prit des précautions pour rendre cette institution sérieuse, et la L. de 1867 a maintenu ces précautions en les modifiant légèrement.

Nous aurons trois paragraphes :—1° Nomination du conseil de surveillance; — 2° Fonctions; — 3° Responsabilité.

(1) Cass. 15 janv. 1872, D. P. 72. 1. 165.

Source BIU Cujas

§ 1er

Nomination du conseil de surveillance.

282. L. 1867, art. 5, 1er et 2e al. Un conseil de surveillance, composé de trois actionnaires au moins, est établi dans chaque société en commandite par actions. — Ce conseil est nommé par l'assemblée générale des actionnaires immédiatement après la constitution définitive de la société et avant toute opération sociale.

Il suffit de trois membres au lieu de cinq exigés en 1856. Mais il sera ordinairement utile d'en nommer un plus grand nombre, pour qu'ils puissent toujours être trois pour délibérer en cas d'absence ou de maladie de l'un d'eux. — Ils doivent être actionnaires; de la sorte, ils seront personnellement intéressés à surveiller et on ne pourra pas prendre des noms retentissants qui ne présenteraient pas une garantie sérieuse (1). — Les statuts exigent souvent que l'on possède au moins un certain nombre d'actions; cette clause est parfaitement licite.

L. 1867, art. 5, 3e al. Il est soumis à la réélection aux époques et suivant les conditions déterminées par les statuts.

Notre article, à la différence de l'art. 4, n'a aucune exigence spéciale en ce qui concerne la composition de l'assemblée ou la majorité nécessaire pour la nomination (2).

Toute latitude est laissée pour la durée de leurs fonctions; en 1856, il y avait un maximum de cinq ans; pourtant ils ne peuvent pas être nommés pour toute la durée de la société; notre alinéa exige formellement qu'ils soient soumis à des réélections (3). — Les mêmes personnes peuvent être réélues sauf clause contraire dans les statuts (4). D'ailleurs, à l'expiration du terme fixé, les membres du conseil ne doivent pas cesser leurs fonctions avant d'avoir été remplacés, et seraient responsables de tous les actes non contrôlés jusqu'à ce moment (5). Et les gérants ne sont pas obligés non plus d'interrompre les opérations sociales lorsque le conseil n'est plus au complet; ce qui pratiquement est impossible (6).

L. 1867, art. 5, 4e al. Toutefois le premier conseil n'est nommé que pour une année.

Lors de la première nomination, les actionnaires ne se connaissent pas; et dans leurs choix ils suivront, en général, les indications des gérants. Aussi, au bout d'un an, on pourra changer les membres nommés.

Ils sont d'ailleurs révocables même avant l'expiration de leurs fonctions,

(1) Beslay, n. 535, 536, pense qu'on peut leur adjoindre des étrangers en dépassant le nombre légal; mais le texte nous paraît contraire à cette solution, ainsi que les motifs que nous en donnons.

(2) Vavasseur, n. 138. Rivière, n. 56. Mat. et Bourg., n. 57. Beslay, n. 541, 542. Al. n. 463. Pont, n. 1037.

(3) Beslay, n. 546, 548. Al. n. 467. Ly. C. et R., n. 424.

(4) Béd., L. 1867, n. 146. Foureix, n. 171. Vavasseur, n. 140. Al. n. 467. — Mat. et Bourg., n. 62, n'admettent même pas une clause contraire.

(5) Cass. 22 janv. 1872, D. P. 72. 1. 117. — Ly. C. et R., n. 424. Pont, n. 1538.

(6) Vavasseur, n. 139. Rivière, n. 59. Beslay, n. 544. Béd., L. 1867, n. 131. Al. n. 464.

Source BIU Cujas

comme tous mandataires, puisque la loi n'a rien dit (1) ; à moins que les statuts ne stipulent le contraire. — Ils peuvent être salariés (2), et le sont très ordinairement.

§ 2

Fonctions du conseil de surveillance.

283. 1° *Fonctions initiales.*

L. 1867, art. 6. Ce premier conseil doit, immédiatement après sa nomination, vérifier si toutes les dispositions contenues dans les articles qui précèdent ont été observées.

Art. 8. Lorsque la société est annulée, aux termes de l'article précédent, les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, avec le gérant, du dommage résultant, pour la société ou pour les tiers, de l'annulation de la société. — La même responsabilité peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'article ci-dessus.

L'art. 8 est la sanction de l'art. 6. — C'est le premier conseil de surveillance qui est seul responsable, et il peut être recherché même après la cessation de ses fonctions. On n'a pas voulu que tout nouveau conseil nommé (et cela jusqu'à la fin de la société) fût obligé de revérifier par lui-même si les formalités initiales ont été remplies (3).

Le premier conseil a d'ailleurs le pouvoir et le devoir de corriger les omissions, si cela est encore possible, en remplissant les formalités de la loi (4). Il est *associé aux obligations* des gérants, a dit le rapport de la commission du corps législatif.

En cas d'apports en nature non vérifiés, les membres du premier conseil peuvent être condamnés solidairement avec ceux qui ont fait l'apport; mais ils ne sont que cautions solidaires, et, ayant payé, ils auraient recours contre les principaux coupables, ceux qui ont fait l'apport (5).

Ils ne doivent pas se contenter de vérifier l'accomplissement matériel des formalités légales; ils doivent aussi vérifier la sincérité de tout ce qui s'est fait; ils seraient p. ex. responsables s'ils avaient laissé accepter par l'assemblée générale un apport en nature illusoire. Si la loi n'en a pas parlé ici, c'est que cela rentre dans les principes généraux de leur responsabilité (V. au § suivant) (6).

284. 2° *Fonctions au cours de la société* (7).

(1) Beslay, n. 550-551. Al. n. 467. — Mat. et Bourg., n. 64, exigent une cause légitime soumise au contrôle des tribunaux.

(2) Beslay, n. 560-562.

(3) Trav. prép.; Al. n. 475. — Cette condamnation en responsabilité est facultative pour le juge ; l'article l'indique : Req. 8 mars 1876, D. P. 77. 1. 168.

(4) Mathieu et Bourg., n. 75. Béd., L. 1867, n. 153. Al. n. 469. Pont, n. 1055. — *Contrà :* Beslay, n. 588 et suiv., parce qu'il n'admet pas que la correction puisse être faite (n. 642).

(5) Rej., 6 août 1862, D. P. 62. 1. 427.

(6) Beslay, n. 651 et suiv.

(7) V. l'énumération du C. com. ital, a. 184.

Source BIU Cujas

D'abord ils doivent veiller au maintien des conditions constitutives de la société ; notamment de leur nombre, en faisant remplacer ceux qui mourraient ou donneraient leur démission (1).

Ensuite, ils surveillent les gérants, ce sont leurs fonctions principales.

L. 1867, art. 10, 1er et 2e al. Les membres du conseil de surveillance vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société. — Ils font, chaque année, à l'assemblée générale, un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires, et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions des dividendes proposés par le gérant.

Ils contrôlent les actes faits par le gérant; *à contrario*, ils ne peuvent lui imposer une direction, lui demander compte de ses projets : cela a été dit formellement dans les travaux préparatoires de 1856; c'est aussi le sens que nous avons donné à l'art. 27, C. com. — En résumé, ils contrôlent le passé, ils n'ont aucune influence sur l'avenir; sauf les mesures de précaution à prendre par suite de ce qu'ils ont constaté (Cf. art. 11). Aussi ils ne sont pas responsables des actes téméraires du gérant (Art. 9) (2).

« *Ils vérifient les livres* », non seulement les livres obligatoires, mais aussi les autres, en les contrôlant par les principes de la comptabilité en partie double; — « *la caisse* »; — « *le portefeuille* », non seulement pour la présence des effets, mais même pour leur valeur plus ou moins sérieuse; — « *les valeurs* »; ce sont les valeurs de bourse, qui peuvent constituer des placements de la société. — Ces vérifications sont obligatoires au moment de l'inventaire annuel (2e al.); elles sont facultatives sous leur responsabilité dans l'intervalle.

« *Ils signalent les inexactitudes des inventaires* ». Ceux-ci peuvent être faussés : soit par la mention à l'actif de créances irrecouvrables (3); soit par des majorations, c'est-à-dire par la mention de certains biens avec une valeur plus forte que celle qu'ils ont réellement (4); soit par la mention de bénéfices espérés ou éventuels; les bénéfices ne peuvent être portés au compte de profits et pertes que lorsqu'ils sont réellement acquis, réalisés ou facilement réalisables (5). — La meilleure manière d'exercer ce contrôle serait d'assister à l'inventaire. Mais en 1856, on a refusé de leur en donner le droit et de leur en faire un devoir, parce qu'on craignait (bien à tort suivant nous) de leur donner un rôle actif. La loi de 1867 n'ayant fait que reproduire la même formule, il faut donner la même solution. Ils devront donc refaire seuls les opérations de l'inventaire pour les contrôler (6); il y aura perte de temps sans doute, mais on ne peut forcer, ni eux, ni les gérants, à procéder autrement.

Ils doivent « *s'opposer aux distributions de dividendes* » fictifs, quand même l'assemblée des actionnaires ne les suivrait pas: c'est le seul moyen de dégager leur responsabilité vis-à-vis des créanciers sociaux; l'approbation que

(1) Al. n. 464.

(2) Angers, 11 avril 1867, D. P. 67. 2. 19.

(3) Angers, 11 mars 1867, D. P. 67. 2. 29.

(4) Req. 28 nov. 1860, D. P. 61. 1. 339.

(5) Paris, 16 août 1870, D. P. 70. 2. 121, plusieurs exemples; Req. 7 mai 1872, D. P. 72. 1. 233.

(6) Al. n. 487, admet qu'ils ne sont pas obligés d'user d'autres moyens de contrôle que ceux indiqués au 1er al. de notre article, V. Riv., n. 92. Ameline, n. 80.

Source BIU Cujas

l'assemblée donnerait, même sciemment, à une répartition à laquelle ils ne se seraient pas opposés, ne les couvrirait pas (1). D'autre part, l'appréciation de leurs fautes étant individuelle (art. 9, 2e al.), la minorité du conseil qui se serait opposée à la distribution des dividendes et aurait fait constater son opposition, ne serait pas responsable de ce que la majorité aurait approuvé cette distribution. Mais si les membres dissidents ne prenaient pas cette précaution, ou si quelque membre n'avait pas pris part aux actes de surveillance et aux décisions, il répondrait de ces faits comme tous ses collègues (2).

285. L. 1867, art. 11. Le conseil de surveillance peut convoquer l'assemblée générale, et, conformément à son avis, provoquer la dissolution de la société.

C'est un moyen extrême pour empêcher les désastres que pourrait causer la mauvaise gestion du gérant. — Sous la loi de 1856 (art. 9), ils n'avaient pas à consulter l'assemblée générale; mais on a jugé à bon droit, en 1867, que cette décision dépasse leurs pouvoirs. — Si l'assemblée n'autorise pas la demande, chaque membre peut, comme associé, poursuivre la dissolution en son nom et à ses risques (C. civ., art. 1871) (3).

§ 3

Responsabilité des membres du conseil de surveillance.

286. La loi de 1856 définissait leur responsabilité et les rendait solidaires des gérants dans deux cas spéciaux ; elle ne fixait pas l'étendue de cette responsabilité dans les autres hypothèses, et avait par là soulevé beaucoup de difficultés.

La loi de 1867 est beaucoup plus simple :

L. 1867. art. 9. Les membres du conseil de surveillance n'encourent aucune responsabilité en raison des actes de la gestion et de leurs résultats. — Chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun.

Art. 15, 5e al. Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.

Ils ne sont jamais responsables des actes de gestion du gérant; en effet, ils n'ont aucun moyen de s'opposer aux actes mauvais, ou de le forcer à faire ce qui serait utile.

D'après l'art. 15, dernier al., ils ne sont pas civilement responsables des délits du gérant; c'est-à-dire qu'il ne faut pas leur appliquer l'art. 1384, C. civ. On le leur appliquait autrefois en disant qu'ils rentraient dans ses termes, car ils doivent répondre des gérants; les actes coupables de ceux-ci les obligeaient

(1) Crim. Cass., 28 juin 1862, D. P. 62. 1. 305.

(2) Dall., vo *Soc.*, n. 1130. Vavass., n. 146. Rivière, n. 95. Ameline, n. 59. Mathieu et Bourg., n. 87. Al. n. 487. Ly. C. et R., n. 444.

(3) Vavass., n. 152 et suiv. Ameline, n. 102, 103. Béd., L. 1867, n. 239 et suiv. Al. n. 108. *Contrà :* Rivière, n. 113, 114. — Il faut même dire que les statuts ne pourraient enlever la faculté consacrée par l'art. 1871, C. civ. Al. n. 508. *Contrà :* Vavasseur, n. 155.

Source BIU Cujas

donc, disait-on. La loi nouvelle écarte cette interprétation; en effet, on répond de ceux que l'on peut et que l'on doit diriger; or, actuellement, ils n'ont sur les gérants aucun pouvoir de ce genre. — On a aussi voulu leur épargner la comparution en police correctionnelle, sauf en cas de complicité véritable avec le gérant (1).

287. Chacun « *répond de ses fautes personnelles.* » Il faut donc apprécier toujours, en fait (2), leur participation personnelle aux divers actes, ou leur négligence sur chacun des points qu'on leur reprochera (3). Il n'y aura jamais, en principe, solidarité entre eux (4), à moins que la solidarité ne résulte du droit commun, comme dans le cas d'une décision collective, d'un délit commis en commun, ou à moins qu'il ne soit impossible de déterminer la part de responsabilité revenant à chacun d'eux (5).

Ils répondent de leurs fautes « *conformément aux règles du droit commun* ». Ainsi, tandis que la loi de 1856, art. 10, exigeait pour certains faits une vraie fraude (*sciemment, en connaissance de cause*), il suffira toujours maintenant d'une simple faute (6). Seulement, même en cas de faute, ils ne répondront des dommages qu'autant que ceux-ci seront la conséquence de leurs fautes. Ainsi quand même ils seraient coupables d'avoir laissé passer une cause de nullité de la société, ils pourraient ne devoir aucune indemnité ou n'en devoir qu'une réduite, si les pertes subies par les associés ou les tiers provenaient, non de l'annulation de la société, mais des dilapidations des gérants, sans qu'ils aient pu les empêcher (7).

Où trouverons-nous ce « *droit commun* » auquel renvoie la loi?

288. Dans leurs rapports **avec les associés**, le droit commun est dans les art. 1992 et 1137, C. civ. ; ils sont des mandataires ; ils doivent apporter à l'exécution de leur mandat les soins d'un bon père de famille. Leur responsabilité doit être appréciée plus rigoureusement, si leurs fonctions sont salariées; et nous ferons observer que les jetons de présence qu'on leur alloue souvent sont un véritable traitement donnant lieu à l'application de cette règle, pourvu qu'ils représentent une certaine somme (8). Si les associés ont eux-mêmes été négligents et n'ont pas pris les précautions nécessaires pour s'éclairer, la responsabilité du conseil de surveillance pourra être atténuée ou même supprimée suivant les cas, par cette négligence des actionnaires (9).

(1) Al. n. 518.

(2) Donc les juges du fait décident souverainement : Req. 8 mars 1876, D. P. 77. 1. 168.

(3) V. des applications : Orléans, 30 juill. 1881, D. P. 82. 2. 121.

(4) Angers, 5 juill. 1876, D. P. 77. 2. 30 ; Dijon, 7 mai 1874, D. P. 77. 1. 17. — Pont, n. 1534.

(5) Angers, 5 juill. 1876, D. P. 77. 2. 30. Req. 17 juill. 1876, D. P. 78. 1. 135. — Vavass., n. 229. Mat. et Bourg., n. 69, 103. Béd., L. 1867, n. 199. Beslay, n. 676. Al. n. 478, 483.—L'arrêt de Rej. 12 fév. 1879, D. P. 79. 1. 281, parle très inexactement d'indivisibilité à ce propos; V. ma note sous cet arrêt.

(6) Surtout l'abstention ne sera jamais une excuse pour eux. Al. n. 483.

(7) Cass. 23 août 1864, D. P. 64. 1. 267. Orléans, 30 juill. 1881, D. P. 82. 2. 121. — Al. n. 476

(8) Mat. et Bourg., n. 105. Al. n. 484. Ly. C. et R., n. 448.

(9) Beslay, n. 667.

Source BIU Cujas

289. Dans les rapports **avec les tiers**, la responsabilité des membres du conseil de surveillance ne peut être fondée d'après le droit commun que sur les art. 1382 et 1383 du C. civ., puisqu'ils ne sont liés aux tiers par aucun contrat. Mais l'application de ces articles souffre quelque difficulté, car ils ne punissent que les faits ou les omissions, qui sont coupables au point de vue de la morale universelle, que l'on pourrait reprocher à tout homme; en un mot, ce qui est un délit *erga omnes*. D'où **Q.** *Sont-ils responsables envers les tiers?* — 1er S. *Non*, si ce n'est quand la loi a formellement prononcé cette responsabilité, par exemple pour la négligence des formalités initiales (art. 8) : — les faits ou les omissions qu'on reproche aux membres du conseil de surveillance ne seraient pas des délits *erga omnes*, ils ne sont incriminés qu'à raison des fonctions acceptées par leurs auteurs; donc, les art. 1382 et 1383 leur sont inapplicables; — l'art. 9 les rend responsabbles « *de l'exécution de leur mandat* »; or, ils ne sont pas mandataires des tiers, donc ils ne sont pas responsables à leur égard (1). — 2e S. *Oui* (!) : — d'abord, avant 1867, ils étaient responsables vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis des associés, puisqu'ils étaient solidaires avec les gérants (L. 1856, art. 10); or, rien n'indique, dans les travaux préparatoires, que l'on ait voulu les décharger de cette responsabilité; bien au contraire; — l'art. 8 dit formellement qu'ils sont responsables envers les tiers pour l'omission des formalités initiales; il serait bien singulier qu'ils n'en fussent pas tenus pour la plus grande partie de leur contrôle, en étant tenus au début; l'art. 8 corrige ainsi l'inexactitude de l'art. 9, où les mots dont on argumente paraissent avoir été mis seulement pour varier le langage et abréger; — quant à l'argument tiré des art. 1382 et 1383, C. civ., il faut répondre que, sans doute, en général, ces articles n'établissent pas de responsabilité pour les fautes contractuelles proprement dites, qui sont du domaine de l'art. 1137; mais pourquoi cela? parce que les conventions ne peuvent être invoquées par des tiers (art. 1165, C. civ.). Or, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'une convention, comme les sociétés commerciales, dans laquelle le public est partie dans une certaine mesure, puisque la loi a stipulé beaucoup de précautions dans son intérêt, puisque la personnalité morale lui est opposable, puisque la publicité est exigée, à peine de nullité, pour lier les tiers aux statuts sociaux et les leur rendre opposables; — les tiers peuvent invoquer la nullité de la société fondée sur le défaut de nomination du conseil de surveillance (art. 7, visant l'art. 5); cela ne se comprendrait pas si le conseil de surveillance n'avait aucun devoir envers eux; — c'est d'ailleurs une règle de morale universelle, que celui qui accepte une fonction doit la remplir avec soin dans l'intérêt de tous ceux au profit de qui la fonction est instituée (2).

290. Il faut et il suffit qu'il y ait faute de leur part. Donc, s'ils ne peuvent s'exonérer en prouvant qu'il n'y a pas eu fraude, ils pourront cependant, même en cas d'inexactitudes dans les inventaires ou de distribution de dividendes fictifs, prouver qu'il n'y a pas de faute à leur imputer, parce que les erreurs n'étaient pas faciles à découvrir, même avec beaucoup de prudence et

(1) Poitiers, 20 août 1859, D. P. 59. 2. 212. Beslay, n. 659, 660.

(2) Dijon, 5 mai 1874, D. P. 77. 1. 17; Angers, 10 mars 1875, D. P. 76. 2. 14. — Al. n. 476, 485. Ly. C. et R., n. 448. Pont, n. 1537.

Source BIU Cujas

d'attention (1). — Il faut aussi que la faute se reporte à l'époque où ils étaient en fonctions (2).

Ce droit des créanciers est individuel et ne pourrait pas être compromis par un vote de l'assemblée des actionnaires qui déclarerait exonérer de tout recours les membres du conseil de surveillance (3).

SECTION III.

ACTIONNAIRES-COMMANDITAIRES.

291. Nous devons d'abord signaler une grande dérogation, au moins de fait, aux principes du code de commerce en matière de commandite : l'interdiction pour les commanditaires de s'immiscer dans la gestion (C. com., art. 27 et 28) sera dépourvue de sanction, dans le cas très fréquent où les actions seront au porteur ; car l'actionnaire n'étant pas connu, on ne pourra prouver qu'il n'ait pas dû s'immiscer.

Deux paragraphes : — 1° Droit de poursuite des créanciers; — 2° Assemblées générales.

§ 1er

Droit de poursuite des créanciers sociaux contre les actionnaires.

292. Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit pour la commandite simple (n. 210 et 211) : restriction de l'obligation des commanditaires au montant de leurs mises (C. com., art. 26); action directe des créanciers contre les actionnaires pour les contraindre au versement ; commercialité de cette action (V. du reste, ce que nous avons dit au chapitre précédent n. 228, sur l'obligation des souscripteurs d'actions). Il faut appliquer aussi les solutions que nous avons données (n. 265 et suiv.), en cas de cession des actions non libérées, quant aux obligations respectives des cédants et des actionnaires.

293. Nous devons nous arrêter un moment sur la répétition que les créanciers peuvent vouloir exercer sur les dividendes perçus par les actionnaires. La loi de 1867 a tranché la question qui était controversée avant cette loi. Il fallait admettre ici, comme il faut encore l'admettre pour la commandite simple (V. n. 213) que les dividendes fictifs, perçus sans qu'il y ait de bénéfices, doivent être rapportés (4); même lorsqu'ils ont été perçus de bonne foi (5). La L. de 1867 dit au contraire :

(1) Aix, 9 avril 1867, D. P. 70. 1. 401; Rej. 26 mai 1869, D. P. 69. 1. 401.
(2) Rej. 21 déc. 1875, D. P. 77. 1. 17.
(3) Angers, 13 janv. 1869, D. P. 69. 2. 90. — V. aussi *infrà* au n. 967.
(4) Rej. 8 mai 1867, D. P. 67. 1. 193, etc.
(5) Rej. 14 déc. 1869, D. P. 70. 1. 179, avec quelques divergences.

Source BIU Cujas

L. 1867, art. 10, 3e al. Aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

Les actionnaires qui ont reçu *de bonne foi* des dividendes fictifs sont à l'abri de toute poursuite (1). M. Mathieu, dans son rapport, a expliqué cette règle, par l'analogie avec le possesseur de bonne foi : comme celui-ci, les actionnaires seraient lésés si, après avoir dépensé de bonne foi ces dividendes comme des revenus acquis, ils étaient obligés de prendre sur leur capital pour les restituer, lorsqu'ils se seraient accumulés pendant longtemps. — Mais pourquoi faire tomber la perte sur les créanciers qui sont innocents plutôt que sur ceux qui ont au moins mal choisi leur gérant? On a répondu que les actionnaires avaient été dans une erreur invincible; et, de plus, qu'on ne pourrait exercer un recours efficace dans le cas d'actions au porteur. Cette dernière raison n'était pas péremptoire; car, lorsqu'une personne vient toucher les coupons, on lui fait signer un bordereau sur lequel elle doit mettre son adresse, et ce bordereau reste entre les mains de la compagnie; seulement, on peut dire que souvent les coupons ne sont pas touchés par l'actionnaire même, et que rien n'assure la sincérité de l'adresse. Au fond, la principale raison de cet article a été le désir de rassurer les capitaux, dans la crainte qu'ils ne s'éloignassent des sociétés par actions (2).

Au contraire, les actionnaires pourront être recherchés s'ils sont de mauvaise foi. — L'article paraît limiter ce recours à deux cas de fraude assez rares : le cas où il n'y a pas eu du tout d'inventaire, et le cas où la distribution a eu lieu malgré les constatations formelles de l'inventaire; il ne parle pas du cas beaucoup plus fréquent où l'inventaire concluait à cette distribution de dividendes, en constatant des bénéfices, par le résultat de falsifications. Mais il faut certainement l'appliquer à cette dernière hypothèse lorsque les inexactitudes ou les falsifications ont pu et dû être aperçues par les actionnaires : — alors on peut dire avec l'art. 10 que les dividendes ont été distribués « en dehors des résultats constatés par l'inventaire »; ces *constatations* de l'inventaire ne visent pas seulement les mentions qui y sont écrites en toutes lettres, mais aussi les résultats qui se dégagent de l'étude suffisamment attentive des éléments qu'il fournit; — d'ailleurs M. Mathieu a dit, dans son rapport : « A moins qu'on n'établisse entre lui (l'actionnaire), le gérant et le conseil de surveillance une complicité véritable pour tromper les tiers sur la véritable situation de la société »; et cela a été redit dans une discussion avec M. Ern. Picard (3).

294. L. 1867, art. 10, 4e al. L'action en répétition, dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans, à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes.

Même en cas de mauvaise foi, les actionnaires peuvent invoquer une courte prescription de cinq ans, parce qu'ils auront, a-t-on dit, consommé les di-

(1) Il est évident que cet alinéa est tout à fait étranger au cas où les dividendes sont réellement pris sur les bénéfices; les associés qui les ont reçus sont à l'abri de toute poursuite, lors même qu'il n'y aurait pas eu d'inventaire. Béd., L. 1867, n. 234.

(2) *Contrà :* Al. n. 497-500, qui cherche, par des arguments tirés surtout des travaux préparatoires et de la raison, à échapper au texte précis de l'article.

(3) Ly. C. et R., n. 454.

Source BIU Cujas

videndes comme des revenus. Ici, la loi n'a vraiment d'autre motif que la faveur qu'on a voulu faire aux capitaux pour les attirer dans ces sociétés. — « *Du jour fixé pour leur distribution* ». C'est encore une nouvelle faveur de la loi, car les créanciers ne peuvent agir qu'après la faillite de la société, alors seulement leur intérêt apparaît; il y a donc là une exception à la règle : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio.* On peut dire seulement qu'une société qui distribue des dividendes fictifs ne durera pas cinq ans. Les créanciers auront toujours leur recours contre le conseil de surveillance et le gérant, qui ne pourront invoquer que la prescription de trente ans.

L. 1867, art. 10, 5e al. Les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la présente loi, et pour lesquelles il faudrait encore, suivant les lois anciennes, plus de cinq ans, à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps.

Cet alinéa donne une apparence de rétroactivité au 4e al., puisqu'il couvre après cinq ans, date de la promulgation de la nouvelle loi, toutes les perceptions illégales de dividendes faites antérieurement; c'est que le délai établi pour une prescription ne constitue jamais de droit acquis pour personne, tant que la prescription n'est pas accomplie (1). Mais en vertu du principe de non-rétroactivité des lois, auquel il n'est nullement dérogé dans le cas du 3e al., il faut dire que les dividendes fictifs, perçus même *de bonne foi* avant la promulgation de la loi, devaient encore être rapportés (2). Seulement l'action en rapport se sera prescrite par cinq ans, en vertu de notre 5e alinéa.

295. Ces règles sont-elles applicables, même au cas où les sommes touchées par les actionnaires l'auraient été à titre d'intérêts de leurs mises. En d'autres termes, **Q.** *Les actionnaires qui ont reçu sciemment les intérêts de leurs apports en l'absence de bénéfices, peuvent-ils être recherchés?* On reconnaît (la jurisprudence spécialement) après, comme avant la loi de 1867, qu'ils peuvent être poursuivis, si les statuts sont muets sur ce point (3), à plus forte raison si les statuts stipulent expressément que les intérêts ne seront pris que sur les bénéfices (4). Mais la jurisprudence (5) et de très grandes autorités (6) admettent que les statuts peuvent valablement stipuler le paiement des intérêts des mises à 6%, à titre de charge sociale, parmi les frais généraux, même en l'absence de bénéfices ; et qu'alors les actionnaires qui les ont reçus ne doivent jamais les rendre. Donc : — 1er S. *Les actionnaires ne peuvent être recherchés* : — on reconnaît généralement que des associés n'ont pas en principe droit à un intérêt, comme de simples prêteurs (V. *suprà* n. 158, 200), et que par conséquent le paiement d'intérêts est au fond une restitution partielle de mise; mais cette restitution peut très bien être autorisée par les statuts :

(1) Ly. C. et R., n. 454.

(2) Req. 3 août 1875, D. P. 75. 1. 116, etc. — *Contrà,* : Aix, 3 août 1869, D. P. 71. 2. 76. Ly. C. et R., n. 454.

(3) Req. 7 mai 1878, D. P. 79. 1. 134, etc.

(4) Rej. 26 janv. 1871, D. P. 71. 1. 272, etc.

(5) Rej. et Cass. (2 arrêts), 8 mars 1881, D. P. 81. 1. 198, etc., etc.

(6) M. Labbé, note au J. du Pal., 1878, p. 966. Troplong, *Soc.* n. 191, 192. Pont, *Soc.* n. 1455 et suiv., 1490. Mathieu et Bourg. n. 92. Rivière, n. 104. Vavasseur, *Soc.*, n. 658. Rousseau, *Soc. comm.*, n. 915. Namur, *Cours de dr. comm.*, t. I, p. 158. Cf. Ly. C. t R., n. 456.

Source BIU Cujas

puisque ceux-ci ont toute liberté pour fixer le montant du capital social, au lieu de constituer un capital de 900,000 fr., ils peuvent le constituer à un million en permettant de restituer 100,000 fr. ; — cette pratique est très générale ; elle est une nécessité, car autrement les société ne trouveraient pas de souscripteurs (cf. n. 331) ; — dès lors c'est très légitimement que ce paiement est classé dans les frais généraux ; et, comme le dit la Cour de cassation (arrêt de 1881), ce paiement « peut avoir le caractère d'une charge destinée à assurer la marche régulière de la société et le développement de l'entreprise » ; — s'il faut respecter scrupuleusement l'a. 1er de la loi de 1867, il ne faut pas en exagérer les rigueurs au détriment de la liberté et de la prospérité des sociétés. — On admet une double atténuation à cette doctrine : 1° les actionnaires ne peuvent plus toucher les intérêts à partir de la cessation de paiements de la société (1) ; on fait cette concession à raison du droit de préférence existant au profit des créanciers contre les actionnaires ; 2° si la prospérité revient, le capital devra, au moins dans le silence des statuts, être reconstitué sur les bénéfices avant que les actionnaires puissent toucher aucun dividende en plus des intérêts de leurs mises (2). — 2e S. *Les associés peuvent être recherchés* (!) : — nous avons établi que toute restitution de mise est contraire aux principes, même dans une société en nom collectif (n. 174), à plus forte raison dans une commandite (C. com. a. 26 ; n. 209) ; et enfin surtout dans les sociétés par actions (L. 1867, a. 1er ; n. 249, 5°) ; — malgré les réserves auxquelles pourrait donner lieu cette doctrine, nous voulons bien admettre que les statuts puissent stipuler une diminution du capital annoncé ; mais nous ne pouvons accepter une diminution conditionnelle et indéterminée ; M. Labbé le dit lui-même (*loc. cit.* p. 969, col. 1) : « Toute convention honnête... est permise : *pourvu qu'elle comporte une souscription réelle et un versement effectif* » ; or la clause dont il s'agit ne comporte pas une souscription réelle et ferme, pour un chiffre de... ; la souscription est destinée à diminuer de valeur, par restitution partielle des mises sous le nom d'intérêts, à chaque année qui ne donnera pas de bénéfices ; sera-ce deux ans? cinq ans? dix ans? vingt ans (ce qui anéantirait l'apport)? personne ne le sait ; — ce ne sera pas seulement au début, mais à toute époque que le capital recommencera à décroître s'il s'ouvre une période malheureuse ; — dès lors il sera impossible de satisfaire sincèrement à l'obligation imposée par l'a. 64 de la L. 1867, d'énoncer le capital social en tête de tous les imprimés de la société ; cette énonciation sera un mensonge perpétuel et une duperie pour les tiers ; — en raison aussi, ces paiements d'intérêts feront diminuer le capital, au moment même où le besoin de le conserver intact se fera le plus vivement sentir, soit dans l'intérêt des affaires sociales, soit dans l'intérêt des tiers ; — pour satisfaire l'intérêt légitime des créanciers, on s'arrête en cas de faillite de la société ; c'est-à-dire qu'on songe au remède quand le mal est irréparable, alors qu'il est en partie au moins causé par cette évaporation lente du capital, qui se continue peut-être depuis plusieurs années ; — ce qu'il y a de plus exorbitant dans cette clause, c'est que l'associé, dont la mise est successivement réduite par une série de restitutions partielles, continue à toucher les intérêts

(1) Paris, 14 août 1868, D. P. 68. 5. 376. Rej. et Cass. 8 mars 1881, D. P. 81. 1. 198 (motifs). Labbé, *l. cit.*, p. 968.

(2) Labbé, *ibid.*

Source BIU Cujas

calculés sur sa mise primitive et non sur le capital réduit; si ces intérêts sont établis comme c'est l'ordinaire, à 6%, il y a là une violation flagrante de la L. 3 sept. 1807; on a répondu (M. Labbé, *loc. cit.*), que ces prestations ultérieures, étant reconnues n'être que des restitutions de capital, ne doivent en aucune façon être traitées comme des intérêts; mais il faut répliquer que, pour l'application des lois sur le maximum du taux de l'intérêt, on a dû toujours écarter les subtilités juridiques, par lesquelles, sous l'apparence d'un autre contrat, on cherchait à échapper à la loi; au fond, et dans la pratique, nous sommes en présence de capitalistes qui veulent l'intérêt de leur argent; c'est le point de départ même du premier système; il ne faut pas, parce qu'ils sont associés, qu'ils soient encore mieux traités que de simples prêteurs (1).

En tout cas, même dans le premier système, la clause devrait être publiée pour pouvoir être opposée aux tiers, venant poursuivre les associés en complément de mise (2).

Nous avons vu (n. 231) que, dans un cas, il peut y avoir un intérêt légitime pour une société, faisant une entreprise à long terme, à payer dès le début des intérêts avant de faire des bénéfices, pour ne pas effrayer les souscripteurs par la perspective de rester plusieurs années privés de leurs revenus. Une pareille stipulation *dans les statuts* nous paraîtrait admissible, à la condition que le nombre des années auxquelles elle s'appliquera soit formellement indiqué : — dès lors la réduction du capital est d'une somme nette et précise; on peut connaître, à la lecture des statuts, quelle est la portion inviolable pour laquelle la souscription est ferme et absolue; les principes et la L. 1867 (a. 1er) nous paraissent satisfaits (3). — Bien entendu cette clause devrait être publiée dans l'extrait des statuts : L. 1867, a. 57; et de plus l'énonciation qui doit se trouver en tête de tous les imprimés de la société (L. 1867, a. 64), ne pourrait indiquer que le capital réduit, déduction faite des portions restituables sous forme d'intérêts. — On ne pourrait revenir à l'indication du capital primitif, qu'à la condition de l'avoir reconstitué par des prélèvements sur les bénéfices, avant toute distribution de dividendes, dans les premières années de prospérité (4).

Il faut d'ailleurs remarquer qu'une fois le capital reconstitué comme nous venons de le dire, les vices des paiements antérieurs d'intérêts seraient couverts; le gage des créanciers étant intact, ceux-ci ne pourraient se plaindre des violations de la loi qui ne peuvent plus leur causer de préjudice (5).

Cette reconstitution du capital n'est pas obligatoire, si la diminution a

(1) Beudant, dans Dalloz : 67. 1. 193. Delangle, *Soc.*, n. 361, et suiv. Pardessus, n. 1035. Dem. sur Brav., t. I, p. 360 et suiv. Al. n. 492. Béd., *Soc.*, n. 224. — Le C. com. ital. a. 181, 2e al. est formel.

(2) Labbé, *loc. cit.* Mathieu et Bourg, n. 92. Rivière, n. 104. Rousseau, n. 915. Vavasseur, n. 658. — *Contrà* : Req. 8 mai 1867, D. P. 67. 1. 163; Paris, 9 août 1877, D. P. 79. 2. 193.

(3) Le C. com. ital. a. 181, 3e al. autorise cette mesure, mais pour trois ans seulement, et limite l'intérêt à 5 %.

(4) Le C. comm. ital. fait de cette mesure une obligation.

(5) C'est tout ce que nous avions dit dans notre 2e édition, quoique M. Labbé a cru y voir une autre doctrine.

Source BIU Cujas

pour cause unique des pertes commerciales, sans aucune restitution de mises aux associés. La prospérité revenant, rien ne s'oppose à la distribution intégrale des bénéfices sous forme de dividendes (1), sauf stipulation contraire des statuts.

C'est d'ailleurs un *droit* pour les actionnaires de recevoir la part de bénéfices qui leur revient d'après les statuts. L'assemblée générale ne pourrait pas, sinon à l'unanimité de tous les actionnaires, donner aux bénéfices une autre destination, par exemple en constituer un fonds de réserve (2).

296. En cas d'amortissement, les porteurs d'actions amorties ne pourront, même pendant cinq ans, être recherchés par les créanciers sociaux, sous prétexte qu'ils ont repris leurs mises dans la société (art. 26, C. com.). Car les fonds remboursés n'ont été pris que sur des bénéfices régulièrement acquis, (v. n. 233; 249, 3°). Peu importe aux créanciers que ces bénéfices aient été répartis entre les associés, sous forme de dividendes ou sous forme d'amortissement (3).

§ 2

De l'assemblée générale.

297. On distingue plusieurs espèces de réunions de l'assemblée générale :

1° *Les réunions initiales* : il en faut deux pour la vérification des apports, avec nomination du conseil de surveillance dans la seconde (L. 1867, art. 4 et 5); ou bien s'il n'y a pas d'apports en nature et d'avantages particuliers stipulés, une seule pour la nomination du conseil de surveillance. — Il y en a facultativement une troisième pour mettre les actions au porteur dans les conditions de l'art. 3.

2° *Les réunions ordinaires* : il en faut au moins une tous les ans pour entendre le rapport du conseil de surveillance (art 10, 2e al.) (4) — Pour éclairer les actionnaires, on leur donne communication de certaines pièces :

L. 1867, art. 12. Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout actionnaire peut prendre, par lui ou par un fondé de pouvoir, au siège social, communication du bilan, des inventaires et du rapport du conseil de surveillance.

Cela ne leur sera pas très utile; pour s'éclairer, il aurait fallu qu'ils pussent vérifier les livres, la caisse, le portefeuille. Mais on ne pouvait ainsi découvrir tous les secrets des affaires sociales, au premier venu, porteur d'une action, qui pourrait être un commerçant rival de la société; le conseil de surveillance représente les actionnaires pour cela. — Les actionnaires devront être avertis que les pièces de l'art. 12 sont à leur disposition; cela se fera ordinairement par des insertions dans les journaux.

Les statuts peuvent exiger d'autres réunions ordinaires.

3° *Les réunions extraordinaires* provoquées par le conseil de surveillance pour décider des mesures extraordinaires; v. art. 11; — ou par le gérant, s'il éprouve le besoin de consulter les actionnaires sur un parti à prendre.

(1) Ly. C. et R., n. 455. — *Contrà :* C. com. ital. a. 117, 3e al.
(2) Rouen, 8 août 1868, D. P. 69. 2. 211. etc.
(3) Béd., *Soc.*, n. 311. Al. n. 348.
(4) Elle peut être provoquée par le conseil de surveillance. Pont. *Soc.*, n. 1511.

Source BIU Cujas

298. *Composition de l'assemblée et formation de la majorité.*

En général, les statuts ont liberté absolue sur ce point, la loi n'ayant rien dit; ils pourront donc exiger que l'on ait un certain nombre d'actions pour prendre part aux assemblées, et donner à chacun un nombre de voix calculé d'après le nombre d'actions (Cf. art. 27, 1er al.; v. aussi art. 13, 4e al.).

Il y a exception pour l'assemblée qui statue sur les apports et avantages particuliers : art. 4, 4e al. Tous les actionnaires doivent être convoqués et ont tous une voix égale (1). La loi exige en outre certaines conditions de majorité. — Ces conditions sont nécessaires pour l'assemblée qui statue sur les apports; nous ne croyons pas qu'on doive les exiger pour la première assemblée qui se borne à ordonner la vérification et désigne les vérificateurs; car elle a moins d'importance; et l'al. 4, qui ne parle que d'une assemblée, est placé après l'alinéa qui s'occupe de la seconde (2).

Faut-il exiger les mêmes conditions pour l'assemblée qui donne aux actions la forme au porteur? Elle est bien importante; mais la loi n'ayant rien dit, on ne peut ajouter cette exigence.

APPENDICE.

299. **1° Actions en justice dans l'intérieur de la société.** Autrefois il y avait l'arbitrage forcé (C. com., art. 51 et suiv.), qui a été supprimé par une loi du 17 juillet 1856 (V. *infrà*, n. 396). — Les actions contre les gérants seront intentées au nom de tous les actionnaires par les membres du conseil de surveillance (ex., art. 11) (3); — chaque actionnaire aura le droit d'agir en son nom (4); — de plus, certains groupes pourront se faire représenter pour agir contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance :

L. 1867, art. 17. Des actionnaires représentant le vingtième au moins du capital social peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs mandataires de soutenir, tant en demandant qu'en défendant, une action contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance, et de les représenter, en ce cas, en justice, sans préjudice de l'action que chaque actionnaire peut intenter individuellement en son nom personnel.

C'est une dérogation à la règle, que nul en France ne plaide par procureur. Elle a pour but de diminuer très notablement les frais en permettant de signifier chacun des actes de procédure en un seul exploit, au lieu d'en faire autant qu'il y a d'actionnaires engagés dans le procès; or ceux-ci peuvent

(1) Trav. prép. de la L. 1856. Beslay, n. 414, 418. Al. n. 458.

(2) Beslay, n. 466. Béd., L. 1867, n. 110. Ly. C. et R., n. 420.— *Contrà :* Mat. et Bourg. n. 46.

(3) Al. n. 506, regarde au contraire l'art. 11 comme une exception aux principes, d'après lesquels, suivant lui, le conseil de surveillance n'a pas pouvoir d'agir en justice.

(4) L'art. 17, *in fine*, consacre ce droit : Lyon. 16 févr. 1881, D. P. 82. 2. 108. — Et cela, lors même qu'il s'agirait d'un intérêt commun à tous: c'est pour trancher cette question que la fin de l'a. 17 a été rédigée (rapp. de M. Mathieu) : Paris, 19 avril 1875, D. P. 75. 2. 161. Pont, n. 1563. *Contrà :* Paris, 4 février 1873, D. P. 77. 2. 142.

Source BIU Cujas

être très nombreux (1). — Il faut admettre qu'un groupe pourrait aussi agir contre un autre groupe (2).

300. **2° Dispositions transitoires.**

L. 1867, art. 18. Les sociétés antérieures à la loi du 17 juillet 1856, et qui ne se seraient pas conformées à l'art. 15 de cette loi, seront tenues, dans un délai de six mois, de constituer un conseil de surveillance, conformément aux dispositions qui précèdent. — A défaut de constitution du conseil de surveillance, dans le délai ci-dessus fixé, chaque actionnaire a le droit de faire prononcer la dissolution de la société.

A la condition d'obtempérer à la loi nouvelle dans les six mois, ces sociétés sont relevées de la nullité qu'elles avaient encourue (3).

Il faut appliquer ces règles aux sociétés qui avaient un conseil de surveillance, mais organisé autrement que d'après la loi nouvelle, par exemple ayant une partie de la gestion, comme un comité de direction (4).

L. 1867, art. 19. Les sociétés en commandite par actions antérieures à la présente loi, dont les statuts permettent la transformation en société anonyme autorisée par le gouvernement, pourront se convertir en société anonyme dans les termes déterminés par le titre II de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées dans les statuts pour la transformation.

Il faut que les statuts l'aient prévu; sans cela la transformation est impossible, il faudrait alors, si tout le monde est d'accord, une dissolution et une reconstitution. Même dans le cas où les statuts le permettaient, le doute était encore possible; car on n'aura plus à l'avenir les garanties que le contrôle du gouvernement assurait aux sociétés anonymes. — Si les statuts ont permis la transformation sans indiquer de conditions, nous admettrons que cette mesure pourra être prise à la simple majorité dans une assemblée d'actionnaires; on n'exigera pas l'unanimité, qui n'est nécessaire que pour une modification aux statuts (5).

L. 1867, art. 20. Est abrogée la loi du 17 juillet 1856.

Cette loi ne s'appliquera plus pour l'avenir au fonctionnement des sociétés antérieures à la loi de 1867, qui l'a remplacée sur ce point. Mais pour les conditions constitutives, ces sociétés anciennes continueront à rester sous l'empire de la loi de 1856; il faut et il suffit qu'elles se soient conformées à cette loi (sauf l'art. 18 ci-dessus) (6).

CHAPITRE V.

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

301. *La société anonyme est une société dans laquelle aucun associé n'est en nom et aucun n'est tenu au delà de sa mise.* — Il n'y pas d'élément personnel, il n'y

(1) Brav., t. I, p. 318.
(2) Pont, n. 1567. Ly. C. et R., n. 457.
(3) Al. n. 526.
(4) Cass. 31 déc. 1860, D. P. 61. 1. 73.
(5) Vavasseur, n. 304. — *Contrà :* Al. n. 527.
(6) V. Rej. 12 février 1879, D. P. 79. 1. 281. — Al. n. 528, ne fait pas cette distinction.

Source BIU Cujas

a que l'élément réel ; le capital social, tel est l'unique élément de crédit de la société :

Art. 32 du Code de commerce. Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. — Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.

Art. 33. Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.

Cette condition de fond se traduit par l'absence de raison sociale.

Art. 29. La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés.

C'est afin que personne ne compte sur une responsabilité personnelle. Mais il lui faut un nom pour la désigner :

Art. 30. Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

Par exemple : *Banque de France, Compagnie du chemin de fer du Nord, des mines d'Anzin, Société des dépôts et comptes courants* (1). — Souvent aussi les sociétés anonymes ont un nom arbitraire, un nom de guerre; ce sont surtout les sociétés d'assurances qui ne peuvent se distinguer entre elles par le but de leur entreprise, par exemple : le *Soleil*, le *Phénix*.

Pour engager la société, les administrateurs feront comme tout mandataire : ils signeront leur nom personnel, en indiquant leur mandat, et ce sera ordinairement en mettant avec leur nom leur qualité ou leur fonction dans la société.

302. **Historique.** Les sociétés anonymes étaient pratiquées dans notre ancien droit (2) ; c'est sous cette forme qu'ont été organisées les grandes compagnies coloniales : *Compagnie des Indes orientales, des Indes occidentales, du Sénégal, de l'Occident, du Canada, de la baie d'Hudson.* Mais l'ordonnance de 1673 ne les avait pas réglementées ; parce qu'on les regardait plutôt comme l'œuvre du gouvernement que comme l'ouvrage libre des particuliers ; elles n'existaient qu'en vertu de lois d'exception. Sous l'ordonnance on pratiquait bien une certaine société que l'on appelait anonyme ; mais ce n'était qu'une sorte de participation (V. *infrà*, n. 365).

La société anonyme était devenue libre par suite de la L. 2 mars 1791, sur la liberté du commerce; elle fut supprimée par la Convention (décret du 24 août 1793), et redevint libre sous le Directoire (L. 30 brum. an IV).

Le code de commerce sentit l'avantage d'offrir cette forme aux particuliers, surtout dans l'état rudimentaire où était alors la commandite par actions. Mais, comme compensation de l'irresponsabilité, on exigea l'autorisation et le contrôle préalable du gouvernement.

Art. 37. La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du Roi,

(1) Généralement on se sert du mot *compagnie* pour désigner les grandes sociétés anonymes, et du mot *société* pour les petites. Pard., n. 1039. Al. n. 329.

(2) V. Bornier, sous l'ord. 1673, tit. IV, art. 1.

Source BIU Cujas

et avec son approbation pour l'acte qui la constitue; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.

Nous avons vu (au. n. 243) comment la *L. du* 23 *mai* 1863 *sur les sociétés à responsabilité limitée* inaugura d'une manière restreinte la liberté de l'anonymat, qui est maintenant consacrée de la manière la plus générale par la *L.* 24 *juillet* 1867, *titre* 2.

Nous aurons deux sections : — 1° Formation et organisation générale ; — 2° Administration.

SECTION PREMIÈRE.

FORMATION ET ORGANISATION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

303. L. 1867, art. 21, 1er al. A l'avenir les sociétés anonymes pourront se former sans l'autorisation du gouvernement.

C'est la grande innovation de la loi. — Il y a encore deux ordres d'exceptions :

1° *Pour les tontines et les compagnies d'assurance sur la vie :* L. 1867, titre 5, art. 66 et suiv. V. l'appendice à la fin du chapitre.

2° *Pour les sociétés anonymes étrangères.* V. l'appendice II à la fin du titre.

304. L. 1867, art. 21. 3e al. Elles seront soumises aux dispositions des art. 29, 30, 32, 33, 34 et 36 du code de commerce et aux dispositions contenues dans le présent titre.

Les art. 29, 30, 31, 32, 33, du C. com., ont été déjà étudiés. Nous avons à dire quelques mots des art. 34 et 36.

Art 34. (du Code de commerce). Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'une valeur égale.

Cet article indique deux conditions pour la société anonyme : la division du capital en actions, et l'égalité de ces actions. On a prétendu que ces deux conditions étaient exigées impérieusement par la loi, et qu'une société anomyme ne pouvait pas exister sans elles (1). — Mais nous ne trouvons dans l'article aucune formule impérative, et l'on ne peut pas suppléer une restriction à la liberté dans une matière qui en contient déjà un assez grand nombre; — sans doute l'art. 34 dit : le capital « *se divise* en actions »; tandis que l'art. 38 dit pour les sociétés en commandite : « le capital *peut* se diviser en actions »; mais cette différence de formule tient seulement à ce que la division du capital en actions est éminemment facultative dans la commandite, tandis qu'elle est *naturelle* à la société anonyme; dire qu'elle lui est *essentielle* c'est dépasser le texte de la loi; — la L. 5 juin 1850 sur le timbre admet qu'il peut y avoir des actions de quotité, qui ne sont pas nécessairement égales entre elles ; — en 1867, il y a eu sur ces questions une discussion très confuse, au Corps législatif; mais on paraissait admettre généralement que les actions pouvaient être incessibles, et ne pas être égales ; —

(1) Brav., t. I, p. 337 (pour la 1re condition). Béd., L. 1867, n. 330 et suiv. Pont, n. 1585. Cet auteur ajoute, comme conséquence, que la prétendue société anonyme à parts d'intérêts ne serait pas soumise à la loi de 1867.

Source BIU Cujas

l'art. 23 de la L. 1867, autorisant les sociétés anonymes n'ayant que sept membres, indique bien qu'il permet des sociétés anonymes qui ne feront pas appel au public pour la formation de leur capital; or la forme des *actions*, leur négociabilité, n'ont pas d'autre but que de faire appel au public, donc elles ne sont pas essentielles à la société anonyme; — c'est uniquement dans le cas que nous venons d'indiquer, d'une société anonyme n'ayant qu'un petit nombre d'associés, que la question peut en pratique se présenter (1).

Les art. 35 et 36, C. com., s'occupent des formes et des modes de cession des actions, nous en avons traité dans notre partie générale (ch. 3); il faut noter seulement que, si l'art. 21 de la loi ne renvoie pas à l'art. 35 du code, c'est uniquement parce que le texte de celui-ci n'est plus rigoureusement exact : les actions ne peuvent plus être *établies* sous la forme au porteur; mais elles peuvent y être amenées au cours de la société.

305. L. 1867, art. 23. La société ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept.

Cf. L. 1863, art. 2 (2). — On a voulu éviter que l'on ne se servît de la forme anonyme pour faire des affaires en échappant à toute responsabilité personnelle; et l'on n'a admis d'exception que pour les entreprises exigeant des capitaux très considérables; dans cette pensée, le nombre de sept est certainement aussi restreint que possible. Ce nombre de sept a été emprunté à la loi anglaise de 1856 sur les *joint stock companies limited.*

SECTION II.

GESTION DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

306. Il y a ici trois pouvoirs : l'assemblée générale, les administrateurs, les commissaires du contrôle ou censeurs. Tous émanent de l'assemblée générale, qui est le pouvoir souverain, car ici tous les associés, n'étant tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises, sont égaux, à la différence de ce qui a lieu dans la commandite. — Les administrateurs sont uniquement les mandataires des associés, qu'ils soient nommés par l'assemblée générale, ou qu'ils soient désignés par les statuts, lesquels sont acceptés par tous. Il faut des administrateurs pour faire les actes journaliers de la vie commerciale; car, pour agir, il faut être peu nombreux; et d'autre part l'assemblée générale ne peut se réunir souvent. Il faut aussi des commissaires chargés de contrôler la gestion, parce que l'assemblée en corps ou les actionnaires individuellement ne peuvent pas le faire efficacement : on ne peut pas communiquer à tout actionnaire tout le secret des affaires de la société. Mais ces commissaires ont moins de pouvoir que le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite (3); parce qu'il n'y a pas le même antagonisme possible entre

(1) Vavasseur, n. 318 et suiv. Rivière, n. 178 et suiv. Al. n. 530, 531.

(2) L. belge, a. 29. — Cette loi contient une autre restriction : ces sociétés ne peuvent être formées, pour plus de trente ans, sauf prorogation (a. 71); il y a exception pour les sociétés exploitant une concession du gouvernement.

(3) Le C. com. ital. ne fait pas de différence : l'organisation des *contrôleurs* (*sindaci*) est la même dans les deux espèces de sociétés. V. a. 183 et suiv.

Source BIU Cujas

les gérants et les associés; les administrateurs, mandataires révocables de ceux-ci, sont déjà beaucoup plus leurs représentants.

Nous aurons quatre paragraphes : — 1° Des administrateurs; — 2° De l'assemblée générale; — 3° Des commissaires du contrôle; — 4° Précautions imposées par la loi dans la gestion.

§ 1er

Des administrateurs.

Trois divisions : — 1° Nomination; — 2° Pouvoirs; — 3° Responsabilité.

I. — Nomination.

307. L. 1867, art. 25. Une assemblée générale est, dans tous les cas, convoquée, à la diligence des fondateurs, postérieurement à l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart du capital, qui consiste en numéraire. Cette assemblée nomme les premiers administrateurs; elle nomme également, pour la première année, les commissaires institués par l'art. 32 ci-après. — Ces administrateurs ne peuvent être nommés pour plus de six ans; ils sont rééligibles, sauf stipulation contraire. Toutefois, ils peuvent être désignés par les statuts, avec stipulation formelle que leur nomination ne sera point soumise à l'approbation de l'assemblée générale. En ce cas, ils ne peuvent être nommés pour plus de trois ans. — Le procès-verbal de la séance constate l'acceptation des administrateurs et des commissaires présents à la réunion. — La société est constituée à partir de cette acceptation.

Observation *sur le* 2e *alinéa;* les statuts peuvent stipuler que les administrateurs sortants ne seront pas rééligibles; mais cela n'aurait que des inconvénients, car il n'y aurait plus d'esprit de suite dans le direction des affaires sociales; au contraire, il vaudra mieux mettre dans les statuts qu'ils ne seront remplacés que par fractions. — *Sur le* 3e *al.*; on a admis que les administrateurs statutaires ne pouvaient être nommés que pour trois ans, parce que l'acceptation qu'ont faite les associés en adhérant aux statuts n'est pas tout à fait libre; la loi craint toujours une confiance exagérée dans les fondateurs. D'autre part, on a admis cette désignation par les statuts, car il peut y avoir un grand intérêt pour les fondateurs à s'assurer l'administration dans les premiers temps de la société, ou à l'assurer à quelqu'un de capable.

II. — Pouvoirs des administrateurs.

308. L. 1867, art. 22, 1er al. Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés.

Cet article reproduit à peu près l'art. 31 du Code de com.

« *A temps* »; six ans au *maximum* (art. 25, *suprà*) : — sans cela on hésiterait souvent à révoquer des administrateurs qui se seraient montrés peu capables, sans avoir cependant mérité un blâme formel et le déshonneur qui s'attache à une révocation; — les actionnaires pouvant changer incessamment, au bout d'un certain temps les administrateurs ne seraient plus les mandataires des actionnaires actuels (1).

(1) V. Brav., t. I, p. 346.

Source BIU Cujas

« *Révocables* » par la seule volonté de l'assemblée. On a voulu refuser cette révocation *ad nutum*, et soutenir que la révocation ne pouvait avoir lieu que pour cause légitime (1). — Mais, la révocabilité *ad nutum* est de la nature du mandat; la loi ayant pris la peine de le répéter ici, on ne peut hésiter à l'appliquer (2). Si les administrateurs ont été nommés par les statuts, la disposition que nous étudions doit être appliquée néanmoins (3), quoiqu'elle déroge à l'art. 1856, C. civ.

Cette révocabilité n'est pas seulement *naturelle* à ce mandat; il faut la considérer comme *essentielle*, et même d'ordre public, puisque l'a. 41 annule la société pour toute inobservation de l'a. 22. D'où il suit certainement que les statuts ne pourraient pas déclarer les gérants absolument irrévocables pour toute la durée de leurs fonctions. Mais la jurisprudence, suivie par de nombreux auteurs (4) en conclut en outre, que rien ne doit gêner la révocation *ad nutum* : — que les statuts ne peuvent limiter les causes de révocation à des faits graves, ce qui impliquerait ainsi le contrôle des tribunaux (5); — qu'ils ne peuvent obliger la société à des dommages intérêts en cas de révocation, soit par une stipulation directe, soit par la promesse de maintenir les administrateurs un certain temps en fonctions (6), soit par l'admission du contrôle des tribunaux (7). — Cette doctrine nous paraît exagérer la portée des art. 22 et 41 : — la loi n'a pas exigé formellement, comme essentielle, la révocabilité *ad nutum ;* quand même les causes de révocation seraient limitées, quand même les tribunaux exerceraient un contrôle, quand même la société devrait des dommages intérêts, on ne pourrait pas dire que les administrateurs sont irrévocables ; l'a. 22 ne serait pas violé ; — on ne verrait pas d'ailleurs de raison sérieuse à la rigueur de la loi; au contraire cette rigueur priverait les sociétés de bons administrateurs, qui ne pourraient accepter une situation absolument précaire (8).

« *Salariés* ou *gratuits* » : on aurait pu en douter en soutenant qu'un associé doit gratuitement ses soins à la société; mais il est certain qu'on impose aux administrateurs une charge qui ne leur incomberait pas comme simples actionnaires; il est naturel de les rémunérer. Ils sont habituellement salariés, et cela vaut mieux. Cela pourra avoir une conséquence pour leur responsabilité (C. civ., art. 1992) (9).

« *Pris parmi les associés* ». Ceci a été ajouté par le projet à l'art. 31 du C. com., (10). C'est le préliminaire de l'a. 26, qui exige le dépôt d'un certain nombre d'actions à titre de garantie. On a pensé aussi qu'étant associés, ils

(1) Mat. et Bourg., n. 172.

(2) Vavasseur, n. 134. Rivière, n. 186. Béd., L. 1867, n. 342 et suiv. Al. n. 535. Ly. C. et R., n. 477, note 2.

(3) Rej. 28 juill. 1868, D. P. 68. 1. 441. — Pont, n. 1608. Ly. C. et R., n. 477.

(4) Vavasseur, *Soc.*, 2e éd., t. II, n. 793. Pont, n. 1610. Ly. C. et R., n. 477.

(5) Agen, 7 janv. 1879, D. P. 79. 2. 249.

(6) Cass. 10 janvier 1881, D. P. 81. 1. 161.

(7) Cass. 30 avril 1878, D. P. 78. 1. 314.

(8) De Courcy, *Soc. anon.*, p. 65.

(9) Comp. Orléans, 9 mai 1876, D. P. 78. 2. 6.

(10) *Sic :* L. belge, qui exige un certain nombre d'actions (a. 47, 48). — *Contrà :* C. com. ital. a. 121.

Source BIU Cujas

seraient plus intéressés à bien gérer. Le 2e alinéa corrige un peu cette exigence (V. n. suiv.).

309. Ordinairement les administrateurs, qui sont assez nombreux, ne prennent pas part à tous les actes de gestion ; ils forment le *conseil d'administration* qui se réunit à des intervalles rapprochés, mais qui ne peut pas être toujours là. La direction journalière est déléguée alors à un *comité de direction* composé d'un petit nombre d'administrateurs, ou même à un *directeur* unique :

L. 1867, art. 22, 2e al. Ces mandataires peuvent choisir parmi eux un directeur, ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle.

Cet alinéa consacre précisément la pratique dont nous venons de parler. Le directeur dont il s'agit ici ne doit pas être confondu avec le *directeur des travaux*, qui dans beaucoup de compagnies s'appelle simplement le directeur, et qui est l'homme technique, spécial, qui dirige l'exploitation (1). Ce dernier ne s'occupe pas de la gestion générale des affaires sociales, des marchés, des contrats à passer au nom de la compagnie ; il ne s'occupe que de leur exécution à l'intérieur ; il peut parfaitement être pris en dehors du conseil d'administration ; beaucoup de statuts même stipulent qu'il sera pris en dehors de ce conseil, et qu'il n'y aura que voix consultative. — Le directeur dont parle l'article sera un délégué du conseil d'administration qui fera les actes habituels de haute gestion ; de sorte que l'administration, au lieu d'être collective dans le conseil, sera personnelle ; le conseil statuera seulement sur les affaires importantes et recevra les comptes que lui rendra le directeur.

Ils peuvent même « *se substituer un mandataire étranger à la société* ». Ceci est très bizarre : les mandataires (administrateurs) peuvent faire ce que leurs mandants (l'assemblée générale) ne peuvent pas faire ! On a été déterminé par cette idée qu'ils seraient responsables de leur choix ; et que ce serait une garantie de plus pour la société. Mais cette garantie peut n'avoir pas grande importance, à raison de l'énormité des valeurs engagées dans la société ; et ils ne sont pas plus intéressés que l'assemblée générale à bien choisir. On a voulu aussi permettre de choisir une personne très capable d'être administrateur, et qui n'aurait pas le nombre d'actions suffisant pour être nommée. — La responsabilité du choix fait par les administrateurs sera plus sévère que celle indiquée dans l'art. 1994, C. civ. : on a dit formellement qu'ils seraient responsables des fautes commises dans la gestion par le mandataire substitué (2) ; on a voulu obliger ses mandants à le surveiller ; mais ne leur a-t-on pas imposé une tâche impossible (3) ? — Il faut, pour que la substitution puisse avoir lieu, que les statuts le permettent.

310. *Étendue de leurs pouvoirs.* Ils sont exclusivement les mandataires des actionnaires ; ils n'ont pas, comme dans les autres sociétés, un intérêt personnel prépondérant, puisqu'ils ne s'engagent nullement vis-à-vis des tiers. Cette situation aura *en fait* une très grande importance ; ils dépendront beaucoup plus

(1) Béd., L. 1867, n. 352 et suiv. Al. n. 534. — Comp. de Courcy, *Soc. anon.*, p. 15 et suiv. — Cf. L. belge, a. 53 ; C. com. ital. a. 148.

(2) Béd., L. 1867, n. 355. Al. n. 532-533. Pont, n. 1618. Ly. C. et R., n. 482, note 2.

(3) V. la critique de cette disposition dans : Vavass., p. 256. De Courcy, *Soc. anon.*, p. 26 et suiv. Béd., L. 1867, n. 348 et suiv.

Source BIU Cujas

de l'assemblée générale; et, étant nommés à temps et révocables, ils seront obligés de suivre la direction que leur imprimeront les décisions des actionnaires. De plus, si les statuts se sont expliqués, ils n'ont que les pouvoirs qui leur sont rigoureusement conférés (1), et les statuts pourront tout à fait librement mettre des entraves à leur initiative, organiser des mesures de précaution, exiger pour leurs actes des autorisations à donner par l'assemblée générale, instituer un contrôle très sévère. Mais *en droit*, et dans le silence des statuts, nous ne pensons pas qu'on puisse dire que leurs pouvoirs sont moins étendus que ceux des gérants des autres sociétés dans la même hypothèse : sans doute ceux-ci ont un intérêt personnel dans l'affaire, mais ils représentent aussi leurs associés; et lorsqu'il s'agit d'interpréter un mandat, qui ne définit pas leurs pouvoirs, l'objet de ce mandat, qui est l'exploitation du commerce, pour la société anonyme comme pour les autres sociétés, doit nous amener à la même interprétation : ils ont pouvoir de faire tout ce qui est nécessaire pour la marche du commerce, et aucun pouvoir au delà. Nous n'avons donc, pour les administrateurs de la société anonyme, qu'à renvoyer à ce que nous avons dit pour les gérants de la société en nom collectif (V. n. 183 et suiv.). Nous ajouterons qu'à l'égard des tiers ils sont aussi moins des mandataires que la personnification même de la société (V. n. 187 *bis*).

III. — **Responsabilité des administrateurs**. Deux subdivisions : — 1° Garanties prises contre eux; — 2° Etendue de leur responsabilité.

1° Garanties prises contre eux.

311. L. 1867, art. 26. Les administrateurs doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. — Ces actions sont affectées en totalité à la garantie de tous les actes de la gestion, même de ceux qui seraient exclusivement personnels à l'un des administrateurs. — Elles sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité, et déposées dans la caisse sociale.

Cf. L. 1863, art. 7. — La loi de 1867 ne fixe pas le nombre de ces actions; les statuts peuvent l'abaisser autant qu'ils voudront, pour qu'il ne soit pas trop difficile de trouver des administrateurs. — Le 2e al. établit, dans la mesure des actions exigées, la *solidarité*, qui n'est pas de droit commun entre les administrateurs. Cette solidarité est très exorbitante, car ils ne choisissent pas leurs collègues, qui leur sont imposés par l'assemblée générale; et elle leur incombe lors même que la mesure aurait été décidée malgré leur opposition la plus formelle. Aussi trouvera-t-on difficilement des administrateurs (2). Les statuts pourront se contenter d'un nombre très faible d'actions; sauf à faire voter ensuite par l'assemblée générale qu'on devra en avoir un chiffre beaucoup plus élevé; cette dernière exigence n'étant pas dans les statuts ne sera pas soumise aux règles de l'art. 26; et on pourra stipuler que, sur les actions exigées en plus par l'asemblée générale, il n'y aura pas solidarité (3).

De ce que les actions sont inaliénables, on doit conclure qu'elles ne peuvent être saisies au préjudice des droits de la société et de ses ayants cause (4).

(1) Brav., t. I, p. 351. Al. n. 341.
(2) De Courcy, *Soc. anonymes*, p. 93 et suiv.
(3) De Courcy, p. 99. — *Contrà* : Pont, n. 1623.
(4) Al. n. 539. Pont, n. 1625.

Source BIU Cujas

312. Lorsque les administrateurs auront cessé leurs fonctions, l'article ne dit pas quand ces actions seront libérées du droit de gage de la société. Dans notre première édition nous avions pensé qu'elles devaient être affectées au gage, tant que dure la responsabilité des administrateurs, c'est-à-dire pendant trente ans à partir de la cessation de leurs fonctions. Mais cette opinion nous paraît trop rigoureuse, et vraiment de nature à effrayer les administrateurs : sans doute pendant trente ans on peut voir apparaître des faits, révélant des fraudes de leur part, et donnant lieu à un recours de la société contre eux ; mais s'ils ont rendu leurs comptes, et si ceux-ci ont été acceptés par l'assemblée générale, on doit dire qu'ils sont déchargés de leur dette principale envers la société, et cette décharge couvrirait certainement les fautes qu'ils auraient pu commettre dans leur gestion. C'est à l'assemblée générale à voir si elle est suffisamment édifiée pour leur donner leur décharge, mais si elle la leur a donnée, comme elle était maîtresse de sa créance contre eux, elle est liée par son consentement et n'a plus d'action (V. *infrà*, n. 313). S'il faut toujours réserver le cas de fraude, nous pensons que cette responsabilité purement éventuelle, et peu probable, ne peut être considérée comme une dette actuelle des administrateurs, susceptible d'être garantie par un gage ; ni surtout comme ayant été dans les prévisions du législateur lorsqu'il a affecté les actions dont nous parlons « *à la garantie de tous les actes de la gestion.* » Nous dirons donc que ces actions seront libérées dès la reddition de compte des administrateurs, et devront leur être remises par leurs successeurs, libres de toute entrave à leur circulation (1).

312 *bis*. L. 1867, art. 40. Il est interdit aux administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son compte, à moins qu'ils n'y soient autorisés par l'assemblée générale. — Il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés, aux termes du paragraphe précédent.

Cf. L. 1863, art. 23. Mais cette interdiction a subi une atténuation. En 1867, on a substitué au mot *opérations* les mots *entreprises* et *marchés*, qui indiquent, non plus une opération isolée, mais une convention ayant pour effet de produire des rapports suivis et prolongés. Ainsi, les administrateurs pourront, sans autorisation, faire avec la société des actes isolés de commerce, fussent-ils même très répétés : comme lui vendre ou lui acheter des marchandises, prendre son papier à l'escompte ou lui porter le leur. Mais ils ne pourraient pas se charger envers la compagnie d'une construction, d'une fourniture au mois ou à l'année (2) ; faire une assurance contre l'incendie, ou un abonnement pour assurances maritimes. On a pensé que ces opérations suivies et prolongées donnent plus facilement prise à la fraude, et qu'il était facile

(1) Al. n. 539. Pont, n. 1627. — Béd., L. 1867, n. 334, 389, admet qu'elles sont libérées dès le jour de la cessation des fonctions ; cette doctrine est absolument inadmissible.

(2) On est d'accord pour excepter le cas où l'entreprise serait donnée par adjudication publique avec concurrence ouverte à tous (discussion au Corps législatif). Rivière, n. 264, 266. Mat. et Bourg., n. 233. Al. n. 553. Béd., L. 1867, n. 472. Ly. C. et R., n. 480.

Source BIU Cujas

d'obtenir pour elles l'autorisation de l'assemblée, qui serait une entrave insupportable pour les actes isolés.

La sanction de la loi sera la résiliation des marchés incriminés, s'ils durent encore (1); des dommages intérêts (2), et la révocation possible des administrateurs coupables (3).

2° Etendue de la responsabilité des administrateurs.

313. Voyons d'abord leur responsabilité pour leur **gestion** au cours de la société.

L. 1867, art. 44. Les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement, suivant les cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

« *Individuellement ou solidairement,* » conformément aux règles du droit commun. C'est-à-dire qu'en principe la responsabilité sera individuelle pour chacun, à raison de ses propres fautes Il n'y aura solidarité que si la faute est commune à tous, par exemple pour une décision prise en conseil d'administration (4), ou s'il est impossible de reconnaître la part qui revient à chacun (5). Il n'y a d'exception que pour les actions déposées à titre de garantie en vertu des statuts; sur celles-ci, la solidarité existera toujours (L. 1867, art. 26).

313 bis. 1° *Responsabilité envers la société.* Ils sont soumis à cet égard à l'action de mandat, et tenus dans les termes de l'art. 1992, C. civ. Ils sont vis-à-vis de la société exactement dans la même situation que les gérants dans les autres sociétés; ils ont les mêmes pouvoirs et doivent compte de tous leurs actes. Ils répondent seulement des fautes caractérisées que ne commettrait pas un bon commerçant; mais on ne peut leur reprocher les conséquences fâcheuses d'actes qui n'étaient pas imprudents au moment où ils ont été décidés; les risques inséparables de toute entreprise commerciale ne leur sont pas imputables.

Leur mandat étant collectif, donné au nom de la société, l'action qui en naît appartient à la société, et l'assemblée générale peut en disposer et y renoncer; si elle y a renoncé, directement ou indirectement, en ratifiant les actes des gérants, aucun actionnaire ne peut plus les poursuivre de ce chef (6).

Ils seront en outre responsables envers certains actionnaires personnellement, si leurs rapports mensongers sur l'état des affaires de la société ont pu les déterminer à acheter des actions (7). Cette poursuite sera individuelle; elle

(1) Béd., L. 1867, n. 471. Al. n. 553. Ly. C. et R., n. 480, note 2.
(2) Béd., L. 1867, n. 470.
(3) Vavass., n. 342. Riv., n. 263. Al. n. 553.
(4) Paris, 1er août 1868, D. P. 69. 2. 65.
(5) Lyon, 17 août 1865, D. P. 66. 2. 194.
(6) Req. 20 févr. 1877, D. P. 77. 1. 201. — Pont, n. 1706-1708.
(7) Req. 7 mai 1872, D. P. 72. 1. 233. — Dans ce cas, l'indemnité à payer aux actionnaires pourra consister dans le remboursement intégral du prix d'achat contre remise des titres, si l'on juge qu'ils n'auraient pas acheté sans le dol; elle peut aussi être seu-

Source BIU Cujas

naît, pour chacune des parties lésées, du délit qui la concerne; elle ne peut donc être entravée par les décisions de l'assemblée générale; elle pourrait être exercée lors même que celle-ci aurait déclaré décharger les administrateurs (1).

314. 2° *Responsabilité envers les tiers.* Ici nous trouvons la plus grande différence entre les administrateurs et les gérants des autres sociétés dont nous avons parlé jusqu'ici. N'étant que mandataires et non associés en nom (2), ne faisant pas le commerce pour eux-mêmes, les actes ordinaires de la gestion commerciale de la société ne les obligent pas normalement (C. com., art. 32), car le mandataire oblige son mandant et ne s'oblige pas lui-même (3).

Ils peuvent seulement être obligés exceptionnellement envers les tiers par les faits dommageables qu'ils peuvent commettre envers eux dans les termes du droit commun de l'art. 1382 du C. civ. (4); — ou bien lorsqu'ils ont excédé les bornes de leur mandat, à moins qu'ils ne leur aient donné une suffisante connaissance de l'étendue de celui-ci (C. civ., art. 1997); ou à moins que la société, en ratifiant ce qu'ils ont fait (dans les cas où cela est possible, V. *infrà*), n'ait pris l'obligation pour elle (5).

Ils seront aussi responsables envers les créanciers sociaux pour toute diminution du capital social, contrairement à l'a. 33, C. com., et aux a. 1 et 24 de la L. 1867, soit par remboursements d'actions, soit par distributions de dividendes fictifs. C'est la même question que pour les conseils de surveillance, V. *suprà* au n. 289. Ajoutons seulement : — le contexte de l'a. 44 signifie évidemment, pour qui le lira sans prévention, que *les administrateurs sont responsables... envers les tiers, soit... soit des fautes qu'ils auront commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs;* n'appliquer cette fin de l'article qu'à leur responsabilité envers les associés, ce serait manifestement faire violence au texte; — le « droit commun », dont parle l'article est toujours l'art. 1382, comme nous l'avons expliqué au n° cité; les règles d'administration posées par la loi de 1867 ont été certainement édictées par le législateur aussi bien dans l'intérêt du public que dans l'intérêt des associés; — l'art. 41 permettant (ici sans aucun doute possible) aux tiers d'arguer la société de nullité pour défaut de nomination des administrateurs, ou pour irrégularités dans leur nomination (car l'art. 41 renvoie à l'art. 25), c'est une preuve que le législateur a considéré les fonc-

lement de la différence du prix d'achat et de la valeur réelle, si l'on juge qu'ils auraient acheté quand même, mais à un taux inférieur : Paris, 1er août 1868, D. P. 69. 2. 5. — Comp. Req. 9 juin 1874, D. P. 76. 1. 387.

(1) Mêmes arrêts.

(2) Ils sont sans doute nécessairement actionnaires; mais comme tels ils ne sont tenus qu'au versement de leur mise; s'ils ne l'ont pas versée intégralement, ils ne sont obligés envers les créanciers sociaux qu'au prorata de leur apport promis, et au même titre que tous les actionnaires : Pard., n. 1041, Al. n. 335.

(3) Paris, 30 juillet 1867, D. P. 67. 2. 238. — L. belge, a. 51.

(4) V. des applications : Paris 12 août 1879, D. P. 80. 2. 41; Req. 10 août 1880, D. P. 81. 1. 457; Req. 12 avril 1881, D. P. 81. 1. 433.

(5) Paris, 30 juill. 1867, D. P. 67. 2. 238. — Pont, n. 1712. — Le C. com. ital. a. 147, les déclare solidaires.

Source BIU Cujas

tions des administrateurs comme s'exerçant aussi dans l'intérêt des tiers; — enfin l'art. 42 les rendant formellement responsables *envers les tiers* de l'omission des formalités initiales fournit un argument puissant d'analogie (1).

315. Voyons maintenant spécialement la responsabilité des administrateurs pour l'omission des **formalités initiales**.

L. 1867, art. 42. Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. — La même responsabilité solidaire peut être prononcée contre ceux des associés dont les apports ou les avantages n'auraient pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24.

« *Ou des actes et délibérations* ». Ces mots renferment un renvoi inexact à l'article précédent, qui ne prononce pas une semblable nullité ; ils renvoient en réalité à l'art. 61, 2e al., qui était primitivement avant l'art. 42; il s'agit du défaut de publicité de certaines décisions très importantes (2).

Pour l'omission des formalités initiales, les fondateurs sont responsables sans difficulté (3). — **Q.** *Mais les premiers administrateurs le sont-ils aussi?* — 1er S. *Non* : La faute est imputable seulement aux fondateurs, et à l'assemblée générale, qui est seule chargée de vérifier leur déclaration (art. 24, *in fine*); — si l'art. 42 parle des administrateurs, ces mots se réfèrent seulement à la nullité *des actes et délibérations* qui ont eu lieu pendant qu'ils étaient en fonctions. — 2e S. *Oui* (!) : Ils doivent aussi vérifier l'accomplissement des formalités initiales; le silence de l'assemblée générale ne les couvre pas; ils ne doivent pas se charger de faire marcher une société qui est en contravention à la loi; — le mot *administrateurs* est mis dans l'article d'une manière tout à fait générale et la loi disant *les fondateurs...* **et** *les administrateurs* (et non pas *ou*) indique bien que leur responsabilité peut coexister dans les cas qu'elle indique (4) ; — toute la question revient à savoir s'ils étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue; or, la nullité ne peut être encourue qu'au moment de la constitution de la société, puisqu'on n'annule pas ce qui n'existe pas encore ; et cette constitution n'a lieu qu'après qu'ils ont accepté leurs fonctions (art. 25, *in fine*) (5).

316. **Q** *Quelle est l'étendue de cette responsabilité solidaire?* — 1er S. *Elle s'applique à toutes les dettes sociales*, et non pas seulement au préjudice causé par la nullité ; ainsi, elle oblige les fondateurs et administrateurs à payer tous les

(1) Req. 13 janv. 1869, D. P. 70. 1. 67. — Béd., L. 1867, n. 493. Pont, n. 1710. Ly. C. et R., n. 481.

(2) Mat. et Bourg., n. 242. Rivière, n. 268 *bis*. Al. n. 555. Ly. C. et R., n. 471, note 3. — La C. de Cassation refuse d'appliquer au cas de l'a. 61 la solidarité édictée par l'a. 42: Req. 16 janv. 1878, D. P. 79. 1. 209. C'est une conséquence de la portée exagérée qu'elle donne à notre article (V. n. 316). Mais il faut alors effacer une partie de l'a. 42.

(3) Ils le sont seuls dans la L. belge, a. 34.

(4) Mat. et Bourg., n. 243. Riv., n. 270. Al. n. 556.

(5) Cass. 13 mars 1876, D. P. 77. 1. 19. — Béd., L. 1867, n. 482. Griolet, note dans D. P. 69. 2. 145. — Pont, n. 1293, n'applique l'article qu'aux administrateurs nommés par les statuts.

Source BIU Cujas

créanciers sociaux, lors même que les pertes auraient été causées par des malheurs indépendants des vices de la constitution de la société : — la loi les déclare responsables, sans dire de quoi; ce mot, dès lors, doit s'entendre dans le sens où l'on dit *associé responsable*, c'est-à-dire tenu des dettes sociales *in infinitum ;* — la loi ajoute : *sans préjudice des droits des actionnaires ;* il faut donc que les fondateurs et administrateurs soient tenus autrement envers les tiers qu'envers ces derniers, à l'égard desquels ils ne sont tenus que des conséquences immédiates de leur faute; — l'art. 42 serait inutile en présence de l'art. 44, s'il n'y ajoutait rien ; — la règle, dans les sociétés commerciales, est que ceux qui gèrent sont responsables solidairement de toutes les dettes ; si l'on veut s'y soustraire, il faut remplir les formalités de la loi ; faute de le faire, on reste sous l'empire du droit commun ; — l'origine de notre article est dans la L. de 1863, art. 25 ; or, à cette époque, les membres du conseil de surveillance des commandites par actions étaient responsables de toutes les dettes sociales (L. 1856, art. 7) ; la loi de 1863 n'a pas pu admettre une responsabilité moindre pour les administrateurs et fondateurs des sociétés à responsabilité limitée ; et la loi de 1867 ayant reproduit la loi de 1863 doit conserver le même sens, quoique la règle ait été changée pour la commandite (1).

2e S. *Elle ne s'applique qu'au préjudice causé par la nullité de la société :* — lorsque la loi déclare quelqu'un responsable pour un certain fait, le sens naturel c'est qu'on est responsable du préjudice causé par ce fait, et non d'autre chose; et toute responsabilité étant rigoureuse doit s'entendre restrictivement; or les arguments du premier système ne sont pas concluants; — on veut entendre le mot *responsable* dans le sens d'*associé responsable;* mais la loi s'est servie du premier mot tout seul, et non des deux derniers; c'est donc dépasser sa pensée que de traduire l'article comme on le fait ; — l'art. 42 n'est peut-être pas parfaitement rédigé, et il fait peut-être double emploi avec l'art. 44; mais cela se voit dans les art. 8 et 9 de la loi, et n'a donc rien d'étonnant ici; en tout cas, cela ne nous autorise pas à ajouter aux rigueurs de la loi; — il n'est nullement démontré que le législateur considère la société anonyme comme une exception aux principes, tandis que les autres sociétés représenteraient l'état normal; il a constitué un certain nombre de formes de sociétés qui sont toutes, au même titre, des types que l'on peut adopter, et l'une n'est pas le droit commun, tandis que l'autre serait l'exception ; sans doute, si l'on n'a pas rempli les formalités légales, le pacte social est nul, les tiers sont autorisés à dire qu'il n'y a devant eux qu'une société de fait ; mais les règles de cette société de fait ne doivent pas être prises dans un des types auquel le législateur aurait donné la préférence sur les autres (comme cela a lieu pour la communauté légale) ; on doit seulement rechercher comment, en fait et au su des tiers, les choses se sont passées, et admettre que les associés ne sont liés envers les tiers que dans la mesure indiquée par les apparences extérieures de cette société de fait (V. n. 359) ; — enfin, la règle relative au conseil de surveillance étant changée, rien ne nous force plus à donner à notre article l'interprétation qu'on donnait sous la loi de 1863 ; et,

(1) Req. 16 janv. 1878, D. P. 79. 1. 209, etc. — Rivière, L. 1867, n. 27. Griolet, D. P. 69. 2. 145, note. Choppard, *Rev. crit.*, 1878, p. 65 et suiv.

Source BIU Cujas

si son texte en passant dans notre art. 42 n'a pas été modifié, c'est qu'il se prête aussi à la responsabilité restreinte admise par l'art. 8 de la loi nouvelle; — il faut, en effet, remarquer que le second alinéa de l'art. 42, relativement à ceux qui ont fait des apports en nature, reproduit exactement celui de l'art. 8, et se borne, comme celui-ci, à renvoyer à la responsabilité édictée par son 1er al.; or, il serait bien singulier que, pour ces personnes, la responsabilité variât suivant qu'elles sont dans une société en commandite par actions ou dans une société anonyme, car leur situation et leur faute sont exactement les mêmes; cet alinéa nous paraît établir une liaison intime entre l'art. 8 et l'art. 42, comme il y en avait autrefois une entre l'art. 25 de la L. 1863 et l'art. 7 de la loi de 1856; donc, le principe étant modifié dans l'art. 8, il faut admettre la même modification dans l'art. 42; — enfin l'art. 42 vise aussi la nullité des actes et délibérations de l'art. 61, 2e al.; admettrait-on que si l'on a négligé de publier une légère modification aux statuts, les administrateurs vont, pour ce seul fait, être responsables *in infinitum* de toutes les dettes sociales? Il le faudrait pourtant, car le mot *responsables solidairement* tombe sur toutes les hypothèses (la jurisprudence recule devant cette conséquence, V. n. 318, mais elle efface pour cela une partie de l'a. 42) (1).

Celui qui aurait payé le tout aurait recours contre les autres, au prorata du montant de leurs actions : C. civ., a. 1214.

§ 2

De l'assemblée générale.

317. Règles communes à toutes les réunions.

L. 1867, art. 28. Dans toutes les assemblées générales, les délibérations sont prises à la majorité des voix. — Il est tenu une feuille de présence; elle contient les noms et domiciles des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. — Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siège social et doit être communiquée à tout requérant.

Les 2e et 3e al. contiennent des détails bien peu importants pour être mis dans une loi.

La majorité est toujours la même; mais la composition de la réunion et la manière de voter varient suivant l'objet de la réunion. Il y en a trois classes :

318. 1o *Réunions initiales ou constituantes*, pour la constatation de l'existence des conditions constitutives (art. 24, *in fine*); la vérification des apports, etc. (art. 24 et 4); la nomination des administrateurs et des commissaires du contrôle (art. 25. 1er al.). Il y a une grande importance à représenter tous les intérêts.

L. 1867, art. 27, 2e al. Néanmoins, dans les assemblées générales, appelées à vérifier les apports, à nommer les premiers administrateurs et à vérifier la sincérité de la décla-

(1) Nîmes, 21 janv. 1861, D. P. 61. 2. 126. — Duvergier, *Lois*, 1863, p. 387. Romiguière, L. 1863, n. 159, 162. Mat. et Bourg., n. 244. Béd., L. 1867, n. 479. Al. n. 557. Sourdat, *Responsabilité*, 4e éd., n. 1250. Lescœur, *France judic.*, 1877, p. 485, 487. Pont, *Soc.*, n. 1307. — L. belge, a. 52, 2e al.

Source BIU Cujas

ration des fondateurs de la société, prescrite par le deuxième paragraphe de l'art. 24, tout actionnaire, quel que soit le nombre des actions dont il est porteur, peut prendre part aux délibérations avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans qu'il puisse être supérieur à dix.

Art. 30. Les assemblées qui ont à délibérer sur la vérification des apports, sur la nomination des premiers administrateurs, sur la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs aux termes du § 2 de l'art. 24, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié au moins du capital social. — Le capital social, dont la moitié doit être présentée pour la vérification de l'apport, se compose seulement des apports non soumis à la vérification. — Si l'assemblée générale ne réunit pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social, elle ne peut prendre qu'une délibération provisoire. Dans ce cas, une nouvelle assemblée générale est convoquée. Deux avis, publiés à huit jours d'intervalle, au moins un mois à l'avance, dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires adoptées par la première assemblée, et ces résolutions deviennent définitives si elles sont approuvées par la nouvelle assemblée, composée d'un nombre d'actionnaires représentant le cinquième au moins du capital social.

319. 2° *Réunions ordinaires.* — Elles se tiendront au moins une fois par an (art. 27) : peut-être plus souvent (V. art. 33, 2e al.).

L. 1867, art. 27. Il est tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire soit à titre de mandataire, pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur.

Elles auront pour objet : d'entendre le rapport des censeurs (art. 32) et des administrateurs; d'approuver le bilan et les comptes (art. 32, 2e al.), ainsi que les dividendes proposés, auxquels on appliquera les trois derniers alinéas de l'art. 10 :

L. 1867, art. 45, 2e al. Sont également applicables, en matière de société anonyme, les trois derniers paragraphes de l'art. 10.

Elles nommeront les commissaires du contrôle pour l'année; rééliront les administrateurs aux moments voulus. Enfin, elles prendront toutes les mesures qui dépassent les pouvoirs des administrateurs (v. art. 33, 2e al.), et qui cependant sont comprises dans l'objet de la société tel qu'il est défini par les statuts (v. *infrà* au 3°); elles pourront autoriser les actes que les administrateurs ne peuvent pas faire seuls, comme par exemple les aliénations d'immeubles, les hypothèques, ou ratifier ceux qu'ils auraient faits en excédant leurs pouvoirs, pourvu toutefois que ces actes ne soient pas absolument interdits par les statuts (1). Elles pourraient, dans tous les cas, ratifier les actes de mauvaise administration, compris dans les pouvoirs des administrateurs et renoncer à leur en demander compte (V. n. 313 *bis*) (2).

Ces réunions ont moins d'importance que les précédentes et les suivantes ; il ne s'agit que de prendre des décisions sur les intérêts de la société ; le législateur

(1) Req. 27 et 28 déc. 1853, D. P. 54. 1. 143 et 145. — V. Delangle, n. 437. Al. n. 337, 344.

(2) Req. 27 déc. 1853, D. P. 54. 1. 145.

Source BIU Cujas

ne devait pas entraver la marche des affaires par trop d'exigences, ni imposer des assemblées trop nombreuses où l'on ne pourrait arriver à aucun résultat.

L. 1867, art. 27, 1er al. Il est tenu, chaque année au moins, une assemblée générale à l'époque fixée par les statuts. Les statuts déterminent le nombre d'actions qu'il est nécessaire de posséder, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire pour être admis dans l'assemblée, et le nombre de voix appartenant à chaque actionnaire, eu égard au nombre d'actions dont il est porteur (1).

Art. 29. Les assemblées générales qui ont à délibérer dans des cas autres que ceux qui sont prévus par les deux articles qui suivent, doivent être composées d'un nombre d'actionnaires représentant le quart au moins du capital social. — Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est convoquée dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts, et elle délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représenté par les actionnaires présents.

320. 3° *Réunions extraordinaires.*

L. 1867, art. 31. Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications aux statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social.

Elles sont importantes comme les premières; aussi on exige les mêmes conditions.

Tous ces actes sont des *modifications aux statuts.* En principe, les statuts, à moins d'une clause insérée dans l'acte social, ne peuvent être changés dans leurs stipulations fondamentales que par l'unanimité des associés; car personne ne peut être lié sans son consentement et en dehors de ce qu'il a consenti (V. n. 162) (2). Il faut décider que la loi nouvelle n'est pas venue déroger à ces principes, et quand elle parle de modifications aux statuts, de prorogation ou de dissolution anticipée, elle suppose que ces changements sont prévus et autorisés par les statuts eux-mêmes, et peuvent avoir lieu à la majorité (3), et elle établit des règles sévères pour la formation de cette majorité. Il résulte en effet du contexte des art. 29, 30 et 31, que la loi a voulu dans ce dernier article, non pas diminuer les garanties existant de droit commun pour les actionnaires, mais les augmenter. — On doit seulement, dans les sociétés par actions, entendre plus largement ces modifications, qui ne touchent pas aux bases du pacte social : puisque l'on ne demande aucun concours personnel aux associés, il suffit que leurs droits pécuniaires ne soient pas atteints par le changement, qu'on ne leur demande pas plus d'argent, ni pour plus longtemps, qu'on n'augmente pas leurs risques, qu'on ne diminue pas leur part de profits et leurs chances de gain; en un mot qu'on ne touche pas à l'*objet* ou à la *cause* de leurs obligations,

(1) Si les statuts étaient muets, tous les actionnaires seraient admis à l'assemblée, et ils auraient chacun une voix (c'est du moins l'opinion générale). V. Al. n. 543. Duvergier, *Soc.*, n. 288. Béd., L. 1867, n. 399. Ly. C. et R., n. 489. De Courcy, p. 108 et suiv.

(2) Rej. 14 déc. 1869, D. P. 70. 1. 179, etc., etc.

(3) Paris, 19 avril 1875, D. P. 75. 2. 161, et les conclusions de M. l'avocat général Hémar; Rej. 21 juin 1881, D. P. 81. 1. 465 (motifs). — Pont, n. 1688.

Source BIU Cujas

ni à l'*objet de la société*. Mais ils ne seraient pas lésés parce qu'on changerait, à la majorité seulement, certaines conditions de l'exploitation, qu'on se livrerait à quelques opérations légèrement différentes (1).

On a demandé si cette facilité devrait être accordée pour la *fusion* entre deux sociétés. Il faut répondre non en principe ; il faudrait l'unanimité ; ou bien chaque société se dissoudrait à la majorité, si cela est possible ; on rembourserait les dissidents, et, à l'unanimité des restants, on constituerait la nouvelle société. Il n'y aurait d'exception que si les statuts avaient stipulé cette faculté de fusion ; ce qui existe par exemple pour les compagnies de chemin de fer.

§ 3

Des commissaires du contrôle ou censeurs.

321. I. — **Nomination.**

L. 1867, art. 32, 1er al. L'assemblée générale annuelle désigne un ou plusieurs commissaires, associés ou non, chargés de faire un rapport à l'assemblée générale de l'année suivante sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs.

Ils ne sont nommés que pour un an (art. 25, 1er al.), et on peut en prendre *un* ou *plusieurs ;* ils sont rééligibles, puisque rien ne l'interdit ; *associés ou non ;* on prend souvent un expert en comptabilité commerciale ; évidemment, ils peuvent être salariés.

L. 1867, art. 32, 3e al. A défaut de nomination des commissaires par l'assemblée générale ou en cas d'empêchement ou de refus d'un ou plusieurs commissaires nommés, il est procédé à leur nomination ou à leur remplacement par ordonnance du président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête de tout intéressé, les administrateurs dûment appelés.

322. II. — **Fonctions.**

Ils font un rapport annuel sur la situation de la société, le bilan et les comptes (art. 32, 1er al., *suprà*). Ils ont à vérifier toutes les opérations sociales, comme le conseil de surveillance des commandites par actions (V. not. l'art. 34, 3e al.) ; mais leur contrôle n'est pas permanent, ils n'ont qu'à préparer la délibération de l'assemblée (2) :

L. 1867, art. 32, 2e al. La délibération contenant approbation du bilan et des comptes est nulle, si elle n'a pas été précédée du rapport des commissaires.

Et ils ne peuvent commencer leur travail de contrôle que dans les trois derniers mois de l'année :

L. 1867, art. 33. Pendant le trimestre qui précède l'époque fixée par les statuts pour

(1) V. pour le principe et des exemples intéressants, les conclusions citées de M. l'avocat général Hémar, et la note sous l'arrêt de Paris, cité à la note précédente. Pont, n. 1687. Ly. C. et R., n. 491 avec des formules un peu différentes.— La L. belge, a. 59, et le C. com. ital. a. 158 étendent beaucoup les pouvoirs de la majorité. Mais le C. italien permet aux dissidents de se retirer.

(2) *Contrà :* L. belge, a. 55. C. com. ital. a. 183 et suiv.

Source BIU Cujas

la réunion de l'assemblée générale, les commissaires ont droit, toutes les fois qu'ils le jugent convenable dans l'intérêt social, de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société. — Ils peuvent toujours, en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale.

On n'a pas voulu qu'ils pussent entraver l'action des administrateurs. Leurs quatre-vingt-dix jours se réduisent à soixante et quinze, car leur rapport doit être prêt quinze jours avant l'assemblée (art. 35).

323. III. — **Responsabilité.**

L. 1867, art. 43. L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la société sont déterminés d'après les règles générales du mandat.

Q. *Sont-ils aussi responsables envers les tiers?*— P. ex. si, faute de surveillance, ils ont permis de fausser les écritures et les inventaires et de cacher longtemps des déficits qui ont amené la faillite de la société. C'est la même question que nous avons déjà examinée pour les membres du conseil de surveillance dans les commandites par actions (n. 289), et pour les administrateurs dans la société anonyme (n. 314). La négative, outre les arguments développés au n° 289, pourrait encore s'appuyer sur le silence de notre art. 43, qui ne parle pas des tiers, tandis que les art. 42 et 44 en parlent à propos des administrateurs (1). — Néanmoins nous admettons encore ici l'affirmative pour les autres motifs donnés au même n° 289 : — s'il n'y a là qu'une application de l'a. 1382, il n'y avait besoin d'aucun texte spécial pour appliquer ce droit commun aux censeurs ; le silence du législateur n'est donc pas une objection décisive ; — or cette fonction de censeur paraît bien instituée par la loi aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans l'intérêt des associés (2).

Pour l'étendue, en droit, de leur responsabilité, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit pour le conseil de surveillance. En fait, elle sera moindre, car n'ayant aucun contrôle à exercer pendant les neuf premiers mois de l'année, on ne pourra aucunement les rechercher pour les faits qui se seront passés dans cette période.

§ 4

Précautions imposées dans la gestion.

324. L. 1867, art. 34. Toute société anonyme droit dresser, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive. Cet état est mis à la disposition des commissaires. — Il est, en outre, établi chaque année, conformément à l'article 9 du Code de commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société. — L'inventaire, le bilan et le compte des profits et pertes sont mis à la disposition des commissaires le quarantième jour, au plus tard, avant l'assemblée générale. Ils sont présentés à cette assemblée.

Art. 35. Quinze jours au moins avant la réunion de l'assemblée générale, tout action-

(1) *Sic :* Béd., L. 1867, n. 389.

(2) *Sic :* Req. 13 janv. 1867, D. P. 70. 1. 67. — Pont, n. 1697. Ly. C. et R., n. 485.— Mat. et Bourg., n. 249; Al. n. 560, sans se prononcer sur la question que nous examinons, admettent très formellement que les fonctions des censeurs sont instituées aussi bien dans l'intérêt des tiers que dans celui des associés.

Source BIU Cujas

naire peut prendre, au siège social, communication de l'inventaire et de la liste des actionnaires, et se faire délivrer copie du bilan résumant l'inventaire et du rapport des commissaires.

« *Tout actionnaire* ». — Même ceux qui n'auraient pas le droit de figurer à l'assemblée parce qu'ils n'ont pas assez d'actions? Nous le croyons : s'ils ne peuvent pas y paraître, ils peuvent communiquer leurs observations à ceux qui auront le droit d'y aller et qui les feront valoir. — Pour exécuter l'article, il faudra en général imprimer ces documents (1). Cette publicité anticipée aura de grands inconvénients : elle accentuera les divergences qui pourront se produire, les envenimera, et nuira au dehors au crédit de la société.

325. L. 1867, art. 36. Il est fait annuellement, sur les bénéfices nets, un prélèvement d'un vingtième au moins, affecté à la formation d'un fonds de réserve. — Ce prélèvement cesse d'être obligatoire lorsque le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social.

« *Fonds de réserve* ». Les statuts peuvent exiger plus, mais ne peuvent pas exiger moins.

Q. *Pour calculer les bénéfices nets faudra-t-il déduire l'intérêt afférent au capital-actions?* Soit un capital-actions de 2 millions, un bénéfice net de 150,000 fr.; faudra-t-il prendre pour base du calcul de notre article ces 150,000 fr., ou, en déduisant l'intérêt de ce capital, qui est de 120,000 fr., prendre seulement 30,000 fr.? dans le premier cas, le prélèvement serait de 7,500 fr.; dans le second, il serait seulement de 1,500 fr. — Nous pensons qu'il ne faut pas déduire cet intérêt, car le mot *bénéfices nets* s'entend naturellement de tout ce qui a été gagné dans l'année; et nous avons plusieurs fois soutenu que les associés n'ont pas un droit absolu à l'intérêt de leurs mises (2). — Seulement, si l'on admettait la jurisprudence de la Cour de cassation, d'après laquelle on peut prendre ces intérêts même sur le capital, pourvu que les statuts le permettent, notre question ne signifierait plus rien, car on reprendrait d'une main ce qu'on laisserait de l'autre. Mais il n'est pas sûr que cette jurisprudence persiste.

326. L. 1867, art. 37. En cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de provoquer la réunion de l'assemblée générale de tous les actionnaires à l'effet de statuer sur la question de savoir s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. — La résolution de l'assemblée est, dans tous les cas, rendue publique. — A défaut, par les administrateurs, de réunir l'assemlée générale, comme dans le cas où cette assemblée n'aurait pu se constituer régulièrement, tout intéressé peut demander la dissolution de la société devant les tribunaux.

La *dissolution* doit nécessairement être proposée; mais l'assemblée est souveraine; si elle la rejette, il n'y a pas de recours aux tribunaux; car le 3e al. n'admet ce recours que si l'assemblée n'a pas pu se prononcer sur ce point.

L. 1867. art. 38. La dissolution peut être prononcée sur la demande de toute partie intéressée, lorsqu'un an s'est écoulé depuis l'époque où le nombre des associés est réduit à moins de sept.

(1) Si l'on n'imprimait pas ces documents les frais de copie seraient à la charge de l'actionnaire dans l'intérêt de qui ils sont faits; c'est la seule solution possible dans le silence de la loi. Al. n. 547. — *Contrà :* Riv., n. 542. Béd., L. 1867, n. 434.

(2) *Sic :* Al. n. 548. Béd., L. 1867, n. 445 et suiv. — *Contrà :* Riv., n. 444. Vavasseur, n. 355. Mat. et Bourg., n. 224. Pont, n. 1594. Ly. C. et R., n. 493.

Source BIU Cujas

C'est la sanction de l'art. 23, mais bien modérée ; car la nullité ne peut être demandée qu'un an après, et elle est facultative !

L. 1867, art. 39. L'article 17 est applicable aux sociétés anonymes.

V. ce que nous avons dit sous cet art. 17, *suprà*, n. 299.

327. **Dispositions transitoires.**

L. 1867, art. 46. Les sociétés anonymes actuellement existantes continueront à être soumises, pendant toute leur durée, aux dispositions qui les régissent. — Elles pourront se transformer en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en obtenant l'autorisation du gouvernement et en observant les formes prescrites pour la modification de leurs statuts.

La société peut avoir intérêt à se transformer, si le régime de la loi est plus doux que celui qui avait été imposé par le gouvernement, et pour pouvoir plus facilement modifier les statuts (art. 31). Mais il faut l'autorisation du gouvernement, et, s'il n'y avait qu'une très faible majorité, le gouvernement pourrait la refuser, pour respecter les droits acquis. — Ces règles ne s'appliqueraient pas s'il y avait fondation d'une société nouvelle pour le même objet, et pas seulement transformation de l'ancienne (1).

L. 1867, art. 47. Les sociétés à responsabilité limitée pourront se convertir en sociétés anonymes dans les termes de la présente loi, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts. — Sont abrogés les art. 31, 37 et 40 du Code de commerce et de la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée.

1er al. On peut y avoir intérêt pour pouvoir augmenter le capital. — Il n'est pas nécessaire, suivant nous, que les statuts aient prévu la possibilité de cette modification : — d'abord cette prévision n'est guère probable ; — ensuite l'art. 47 n'exige pas cela, comme l'art. 19 l'exige pour les commandites par actions ; — ici la transformation est bien moins considérable que pour les commandites, car on ne supprime pas d'un seul coup la responsabilité solidaire des gérants ; cette modification nous paraît être de celles qui ne touchent pas aux bases du pacte social et n'exigent pas l'unanimité des actionnaires (2).

APPENDICE AU CHAPITRE V.

Règles relatives aux tontines et aux compagnies d'assurances.

328. Elles font l'objet du titre V de la loi du 24 juillet 1867.

L. 1867, art. 66. 1er al. Les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, restent soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement.

Les *tontines* sont des associations (3) où l'on met en commun un certain

(1) Req. 17 août 1875, D. P. 76. 1. 359.

(2) Béd., L. 1867, n. 518. — *Contrà :* Riv., n. 307. Al. n. 573.

(3) M. Boureuille, conseiller d'État, en a indiqué cinq espèces, dans les travaux préparatoires de la loi de 1867 ; elles peuvent avoir pour but : — 1° l'accroissement du capital, avec aliénation totale ou partielle des revenus ; — 2° l'accroissement du ca-

Source BIU Cujas

capital, soit pour partager à un moment donné entre les survivants ce capital augmenté des intérêts, soit pour partager les revenus, soit pour le placer à fonds perdu et distribuer annuellement les revenus entre ceux qui survivent. — Elles ne sont pas commerciales; elles ne sont même pas, à proprement parler, des sociétés, car il n'y a pas augmentation du capital, et l'intérêt n'est pas commun entre les associés; il est alternatif; les uns profitent du malheur des autres (V. n. 155). Aussi, la loi les qualifie-t-elle seulement d'associations. — Elles sont dangereuses à cause de l'incertitude de l'évaluation des chances de survie, qui permet d'abuser les souscripteurs. Aussi, elles ont toujours été soumises à l'autorisation du gouvernement : Av. du cons. d'État du 1er avril 1809.

Les *assurances mutuelles sur la vie* ressemblent beaucoup aux tontines; elles présentent les mêmes dangers, et avaient été soumises à la même autorisation par un avis du conseil d'État du 15 octobre 1809; mais on discutait sur son autorité (1).

Les *assurances à prime sur la vie* sont des contrats par lesquels les assurés versent tous les ans une certaine somme qu'on appelle prime, pour qu'un certain capital soit payé, soit à leur décès à leurs héritiers (assurance en cas de décès), soit à eux-mêmes, s'ils vivent à un âge déterminé (assurances en cas de vie). Les sociétés qui se chargent de centraliser et de répartir les fonds font acte de commerce (comp. n. 48).

Les sociétés entre pères de famille pour exonérer leurs enfants du service militaire tombent-elles sous le coup de notre article? Il faut distinguer d'après les stipulations du contrat : si la part versée par les prémourants doit augmenter celle des survivants, il y a tontine, notre article s'applique; s'il n'y a pas de profit à réaliser des survies, si les sommes versées sont rendues en cas de décès, il ne s'applique pas (2).

Toutes ces sociétés sont soumises à l'autorisation du gouvernement. *Restent-elles en même temps soumises à toutes les dispositions de la L. de* 1867? Non, en général ; car ces dispositions ont pour but de parer aux dangers de la suppression de l'autorisation gouvernementale. Mais elles sont soumises aux dispositions qui ne se rattachent pas à cette idée; comme les règles sur la distribution de dividendes fictifs, etc. (3).

329. L. 1867, art. 66, 2e al. Les autres sociétés d'assurances pourront se former sans autorisation. Un règlement d'administration publique déterminera les conditions sous lesquelles elles pourront être constituées.

Ce règlement d'administration publique est contenu dans le *décret du* 22 *janvier* 1868, qui réglemente toutes les sociétés d'assurances, sur la vie ou autres.

pital, sans aliénation des revenus; — 3° l'accroissement des revenus, sans aliénation du capital; — 4° l'accroissement des revenus, avec aliénation du capital; — 5° la formation d'un capital par accumulation des revenus, sans aliénation du capital des mises. Séance du 13 juin 1867. V. Al. n. 623.

(1) V. Al. n. 617.

(2) M. Boureuille, au Corps législatif, séance du 13 juin 1867.

(3) Ly. C. et R., n. 498.— La Cour de cassation ne leur applique pas les peines édictées par les art. 15 et 45 : Cr. rej. 9 mai 1879, D. P. 79. 1. 315.

Source BIU Cujas

L. 1867, art. 67. Les sociétés d'assurances désignées dans le paragraphe 2 de l'article précédent, qui existent actuellement, pourront se placer sous le régime qui sera établi par le règlement d'administration publique, sans l'autorisation du gouvernement, en observant les formes et les conditions prescrites pour la modification de leurs statuts.

Cet article diffère de l'art. 46 en ce qu'il n'exige pas une nouvelle autorisation du gouvernement; cette garantie est remplacée par les exigences spéciales du règlement d'administration publique. — Cette faculté est concédée à toutes les sociétés d'assurances autres que celles sur la vie, sans distinction entre les assurances mutuelles ou à primes : le texte est absolu (1).

CHAPITRE VI.

DES SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE.

330. Cette nouvelle modalité des sociétés a été créée en 1867 pour offrir plus de facilité aux **sociétés coopératives** (2). Ces sociétés s'étaient beaucoup développées en France après 1863, à la suite du voyage fait par les ouvriers français à l'exposition de Londres. Mais déjà auparavant, en 1848, il s'était fondé de nombreuses *associations ouvrières*, même avec subvention de l'État; un petit nombre seulement avaient prospéré. C'est en Angleterre que ces sociétés ont été pratiquées pour la première fois. L'idée première est peut-être française; car on la trouve indiquée dans un cours de droit commercial professé à Lyon par Ozanam, à propos des solutions possibles du problème des relations entre le capital et le travail.

Qu'est-ce que la *coopération?* Le mot, qui nous est venu de l'Angleterre, est assez vague; il n'indique par lui-même que la collaboration active qui existe dans toute société. D'autre part, les sociétés coopératives ont des formes très variées qu'il paraît difficile de faire rentrer dans une même définition. Il y a cependant une idée commune; c'est celle-ci : *Faire soi-même ses affaires au moyen de l'association, en supprimant les intermédiaires coûteux.*

Spécialement pour les ouvriers, le but est de supprimer l'intermédiaire du capitaliste en gardant pour eux les bénéfices que celui-ci prélève. — Le succès de cette idée tient à l'antagonisme entre le capital et le travail, qui, aux yeux de l'économie politique, ont besoin l'un de l'autre; antagonisme exagéré beaucoup par les meneurs des ouvriers. On a présenté les sociétés coopératives comme le remède suprême à l'infériorité des ouvriers, comme le moyen d'affranchir le travail à l'encontre du capital. Mais elles n'ont et n'auront jamais qu'un rôle restreint pour supprimer quelques abus et réaliser des améliorations partielles; parce que, en général, la puissance du capital est une loi nécessaire. Leur rôle principal est de servir de caisses d'épargne perfectionnées et plus encourageantes, de transformer peu à peu l'ouvrier en capitaliste, ce qui est le seul moyen de l'affranchir de la prépondérance du capital.

Les sociétés coopératives présentent trois types principaux auxquels tous les autres peuvent se ramener : — 1° sociétés de consommation; — 2° sociétés de crédit; — 3° sociétés de production.

(1) Ly. C. et R., n. 501. Pont, dans Sirey, 1872. 2. 255. — *Contrà :* Av. Cons. d'Ét. 8 avril 1880, D. P. 80. 3. 43.

(2) Consultez, pour plus de détails, Cauwès, *Précis d'écon. polit.*, 2e éd., n. 929 et suiv.

Source BIU Cujas

331. 1° *Sociétés de consommation.*

Leur objet est d'acheter en gros les objets de consommation journalière et de les revendre aux associés, en faisant bénéficier ceux-ci des profits pris habituellement par les marchands de détail.

Dans leur forme la plus parfaite, elles vendent aux associés aux mêmes prix que les détaillants, et c'est seulement plus tard, à la fin du trimestre, du semestre ou de l'année, qu'on répartit, sous forme de dividende, les bénéfices réalisés. On a ainsi l'avantage de mettre en garde la société contre les risques de dépréciation, d'avaries de ses denrées, risques qu'elle ne pourrait pas couvrir si elle ne vendait qu'au prix de revient ; mais surtout on prémunit l'ouvrier contre l'augmentation de consommation qui suivrait immédiatement l'abaissement des prix ; on le force à économiser sans s'en douter; on réalise *l'épargne par la dépense.* C'est ainsi que ces sociétés sont des caisses d'épargne perfectionnées. Elles sont habituellement le point de départ de toutes les autres sociétés coopératives, en servant à former le premier fonds nécessaire à celles-ci.

Ordinairement on vend même au public, afin de pouvoir faire des achats plus considérables et de mieux écouler les denrées ; et l'on attire les acheteurs en leur distribuant aussi une partie des bénéfices en proportion de leurs achats.

Cette forme de société coopérative s'est développée surtout en Angleterre (1); on y comptait, en 1879, 1173 sociétés de consommation avec un capital de 144 millions de fr., et vendant pour 509 millions. Il en existe en France; il y en a plusieurs à Paris, et plusieurs compagnies de chemins de fer en ont formé entre leurs ouvriers.

Mais cet instrument d'élévation pour les ouvriers n'a qu'une sphère limitée : il ne peut être appliqué que si l'on a un gérant capable et se contentant d'émoluments modestes; — si les besoins auxquels on veut pourvoir sont fixes et peu variés; car s'il fallait avoir une grande variété de marchandises, on ne pourrait plus acheter avantageusement; — et enfin, si la concurrence n'a pas déjà forcé les marchands de détail à baisser les prix au minimum qui est économiquement possible.

332. 2° *Sociétés de crédit.*

Il y a d'abord le *crédit mutuel,* qui consiste à réunir les épargnes des associés par de faibles cotisations périodiques pour les prêter à ceux qui en auront besoin, en prenant un intérêt modéré, qui rémunérera pourtant les déposants au moins à l'égal des caisses d'épargne. Mais ce moyen est limité, et il exige qu'on réunisse ensemble des ouvriers de professions diverses, pour que les temps de chômage ne tarissent pas la source du capital au moment même où le besoin de l'emprunter se fait sentir.

Un autre système plus puissant consiste à obtenir du crédit au dehors, moyennant un certain fonds formé comme nous venons de le dire, et moyennant l'engagement solidaire des associés à qui on fera plutôt crédit, parce que dans le nombre il y en aura toujours qui pourront payer.

Ces deux formes sont très avantageuses pour les ouvriers, non seulement pour leur offrir une aide en cas de détresse momentanée, mais surtout pour leur permettre de travailler d'une manière plus indépendante et plus fructueuse en devenant propriétaires de leurs instruments de travail, ou en achetant eux-mêmes leurs matières premières.

Elles se sont développées surtout en Allemagne, sous l'influence de M. Schultze-Delitsch, dans les petites villes, et beaucoup plus pour les petits artisans et marchands

(1) L'exemple le plus célèbre du succès de ces sociétés est celui de la Société des *équitables pionniers de Rochdale*, entre ouvriers tisserands de flanelle qui (de 1844 à 1879) a su former un capital de 5 millions, réparti entre près de 8,400 associés. — Il s'est formé aussi une société coopérative pour fournir les denrées aux autres sociétés coopératives, c'est la *Wholesale Society* de Manchester, qui en 1874 vendait à 794 sociétés, avait un capital de 1,522,250 fr., des fonds en dépôt pour 4,956, 300 fr., et a vendu pour 49,120,750 fr. — Consult. Francesco Vigano, *Banques populaires,* t. II, p. 102 et suiv., 365 et suiv.

Source BIU Cujas

que pour les ouvriers proprement dits (1). Elles se sont aussi largement propagées en Russie et en Italie.

Mais il faut, pour les établir, des ouvriers qui se connaissent, pour avoir confiance les uns dans les autres et se constituer solidaires. Comme il faut, d'autre part, prendre les associés dans des professions différentes, cette condition est très difficile à remplir, surtout en France, où la population ouvrière est très nomade. Sans cela, il y a beaucoup de risques à courir qui ramènent le taux élevé du crédit.

333. 3° *Sociétés de production.*

Leur objet est de donner à l'ouvrier, non un salaire, mais une part de bénéfices, en faisant l'entreprise par l'association des ouvriers. — Cette forme a un grand attrait pour les ouvriers français par suite de leur antagonisme irréfléchi contre leurs patrons qu'ils envient. — Mais en parlant de la loi des salaires, nous avons signalé les difficultés de cette entreprise : — il faut des capitaux pour faire des avances; pour attendre la transformation des matières achetées, leur vente, le recouvrement de leur prix, pour laisser passer les mortes saisons, etc.; — il faut des ouvriers dévoués à la chose commune, qui ne cherchent pas à se reposer en profitant du travail des autres; — il faut surtout des administrateurs capables et expérimentés (ce qui est le plus rare, car les ouvriers n'ont pas fait leur éducation commerciale, et ne peuvent pas la faire à leurs dépens); — il faut enfin une clientèle, que des ouvriers ne trouvent pas aisément.

La première tentative fut faite en France, en 1831, par des ouvriers menuisiers; en 1834, fut fondée l'association des bijoutiers en doré qui prospèrent encore, et ont un capital de 100,000 fr. Ces sociétés se développèrent surtout en 1848, où la Constituante leur vota une subvention de trois millions; mais sur cinquante-six sociétés subventionnées, quatre seulement ont prospéré. Un plus grand nombre de celles qui ne furent pas subventionnées prospèrent encore (2).

Les associations coopératives peuvent avoir encore d'autres objets, comme de construire des logements pour les ouvriers (exemple : la Société coopérative immobilière de Paris); d'acheter en commun des matières premières; de vendre en commun les produits réalisés individuellement par les membres. Elles rentrent toutes dans la définition générale que nous avons donnée et dans les types que nous avons décrits.

Condition légale des sociétés coopératives.

334. Voyons, d'abord, les ressources que leur offrait la législation avant 1867 (3). — Quatre conditions juridiques devraient être réalisées pour leur fonctionnement :

1° *Possibilité d'augmentation facile du capital;* car leur caractère essentiel est de n'avoir pas un capital formé, mais un capital en voie de formation (4). — Ce désidératum était à peu près impossible à réaliser dans les sociétés à forme commerciale, à raison de la nécessité de publier le capital social et toutes ses augmentations ou diminutions, formalité longue et coûteuse, et qui ne peut se répéter à tout instant; — pour la société en nom collectif, il faut de plus publier le nom de tous les associés; — enfin, dans les sociétés par actions, il fallait la souscription de la totalité du capital social, le versement du quart, etc.; toutes conditions impossibles à remplir ici.

2° *Possibilité des retraits de fonds et de la retraite des associés.* Les ouvriers ne peu-

(1) V. pour plus détails : *Cours d'économie politique à l'usage des ouvriers et artisans,* par Schultze-Delitsch, traduit par Rampal.

(2) Il existe en Angleterre des sociétés de production, mais en petit nombre; 16 seulement avaient envoyé leurs rapports à l'agence centrale en 1873. La plus importante de beaucoup est celle des équitables pionniers de Rochdale, qui, ayant débuté comme société de consommation, s'est ensuite étendue à la production en créant un moulin populaire, puis une filature, et a fait à ce titre pour près de cinq millions d'affaires en 1873.

(3) V. Béd., L. 1867, n. 530, 531.

(4) Mat. et Bourg., n. 268. Béd., L. 1867, n. 534.

Source BIU Cujas

vent apporter leurs épargnes qu'avec la certitude de pouvoir les retirer en cas de besoin ; et il faut qu'ils puissent se retirer eux-mêmes, si les nécessités de leur travail les appellent ailleurs. — Les obstacles signalés plus haut se reproduisaient aussi pour cette condition.

3° *Possibilité d'apport en travail :* souvent l'ouvrier n'a que cela à offrir. — Il était très difficile d'organiser cet apport pour les commanditaires dans la commandite simple (C. com., art. 27 et 28); et pour les actionnaires dans les sociétés par actions, car comment l'évaluer au début de la société ?

4° *Responsabilité des associés envers les tiers, suffisante sans être écrasante :* on a souvent exprimé en France le désir de pouvoir établir la *mutualité contributive*, ou *obligation personnelle proportionnelle aux mises*, c'est-à-dire une obligation conjointe, pouvant dépasser la mise, sans être solidaire, et se divisant entre les associés au prorata de leurs apports; or, ceci n'existe dans aucune de nos formes de sociétés. Dans la commandite et les sociétés par actions, on ne peut offrir son crédit au delà de sa mise ; dans la société en nom collectif, au contraire, la solidarité est beaucoup trop lourde, elle ne pourrait être utile que pour les sociétés de crédit puisant à l'extérieur; enfin, la société civile permet de contracter une obligation conjointe, mais égale pour tous (C. civ., art. 1863) et non pas proportionnelle; et il faut pour cela que tous les associés figurent dans tous les contrats, par eux-mêmes ou par mandataire spécial (C. civ., art. 1863, 1864) (1).

La société civile aurait encore été la forme qui aurait le mieux convenu, quand elle est possible : on peut augmenter ou diminuer le capital sans publicité; on peut stipuler que la retraite d'un associé, sa mort, sa déconfiture, son interdiction, ne rompront pas la société ; et régler dans les statuts un mode de liquidation sommaire pour ce cas ; — on peut organiser les apports en travail (C. civ., art. 1853, 2e al.), en évaluant cet apport pour la répartition des bénéfices, afin d'éviter l'évaluation arbitraire de ce même art. 1853; — on peut avoir une responsabilité envers les tiers, sinon proportionnelle, du moins conjointe et égale. — Il y a encore l'inconvénient que la société n'est pas personne morale, dans l'opinion la plus répandue. Mais il y a souvent cet obstacle plus grave, que beaucoup des sociétés coopératives sont commerciales; seraient seules civiles les sociétés de consommation ne vendant qu'aux associés (2), et les sociétés de crédit ne prêtant qu'aux associés (3) ; toutes les autres font habituellement de véritables actes de commerce, et sont, par conséquent, commerciales. Pour celles-ci, la commandite simple était encore la forme la moins mauvaise, malgré les inconvénients signalés plus haut.

335. En 1865 on voulut créer une forme de société qui s'adaptât aux besoins des sociétés coopératives (4) ; le projet cherchait à définir la coopération, ou plutôt énumérait les applications connues alors; on essaya successivement deux rédactions. Mais on reprocha à cette manière de procéder, qu'elle ferait obstacle aux idées nouvelles qui pourraient se présenter. — On voulut ensuite restreindre la loi aux sociétés entre ouvriers; mais dans l'enquête ils repoussèrent tout privilège. — On se décida donc à faire des dispositions de droit commun. Mais alors, dans la crainte de ramener les abus que l'on avait voulu corriger dans les premiers titres de la loi, on restreignit beaucoup les

(1) La loi autrichienne du 9 avril 1873 permet de s'obliger pour le double de la mise; et la L. belge, a. 86, 4e al., de s'obliger solidairement ou *divisément*.

(2) Bourges, 19 janv. 1869, D. P. 69. 2. 133; Cons. d'Et, 8, 29 juin 1877, D. P. 77. 100. — Beslay. t. I, p. 49. Ly. C. et R., n. 518, note. On peut ajouter les sociétés agricoles ou extractives.

(3) *Contrà :* Ly. C. et R., n. 518, note.

(4) *Sic :* L. belge, a. 85 et suiv.; C. com. ital. a. 220-227.

Source BIU Cujas

concessions, et l'on adapta beaucoup moins bien les dispositions de la loi aux besoins que l'on voulait satisfaire.

336. La *loi du 24 juillet* 1867 s'occupe de ces sociétés dans son *titre III*, sous la rubrique : *Dispositions particulières aux sociétés à capital variable.*

Elle n'a pas créé de type nouveau de société; aussi l'on devra toujours adopter l'un des anciens types; elle a seulement permis de modifier ces types, en accordant quelques facilités. Mais elle laisse subsister plusieurs des anciennes difficultés : notamment elle n'organise pas une forme de responsabilité nouvelle pour satisfaire les besoins signalés (1).

337. L. 1867, art. 48. Il peut être stipulé, dans les statuts de toute société, que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par les associés ou l'admission des associés nouveaux, et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués. — Les sociétés dont les statuts contiendront la stipulation ci-dessus seront soumises, indépendamment des règles générales qui leur sont propres, suivant leur forme spéciale, aux dispositions des articles suivants.

« *Toute société* » civile, (2) ou commerciale; par intérêts ou par actions (3). — On a soutenu que notre titre ne s'appliquait qu'aux sociétés par actions : cela a été dit quelque part dans la discussion au Corps législatif; et on argumente aussi de ce que les deux premiers titres supposent des sociétés par actions (4). Mais l'esprit de la loi est tout à fait général; dans la discussion, beaucoup de choses ont été dites, qui n'ont pas été sanctionnées en définitive; on a pu vouloir indiquer seulement que toutes les règles de notre titre ne seraient pas applicables aux sociétés par intérêts; par exemple les art. 49 et 50; — si la loi ne parle que des sociétés par actions dans ces deux premiers titres, elle parle de toutes les sociétés commerciales dans le quatrième; — enfin, l'art. 53, qui ne peut avoir d'intérêt que pour les sociétés civiles (car ce qu'il accorde existait déjà pour les autres), montre bien que notre titre est tout à fait général (5).

L'art. 48 consacre la possibilité de l'augmentation et de la diminution du capital si souvent demandée; les art. 57 et 58, 2e al., adaptent la publicité à cette forme.

Pour qu'il y ait société à capital variable, il faut que le capital soit susceptible à la fois d'augmentation et de diminution. Une société où il ne serait susceptible que d'augmentation ne pourrait bénéficier des faveurs de notre titre, notamment de l'abaissement des actions à 50 fr. (a. 50). Car cette aug-

(1) Peut-être pourrait-on satisfaire à ces besoins indiqués au n. 334, en créant une société anonyme (que l'on peut créer par intérêts ou avec des actions de valeur inégale; v. *suprà* au n. 304), et en stipulant que la mise des associés (jusqu'à concurrence de laquelle chacun peut être poursuivi) consistera, d'abord dans les fonds versés par chacun d'eux, et ensuite dans une somme, calculée au prorata de ce premier apport, pour payer toutes les dettes sociales. On réaliserait ainsi la *mutualité contributive.* La cour de Grenoble, 24 mars 1874, (D. P. 77. 5. 411), n'admet pas cette clause dans une société en commandite. Mais nous n'y voyons pas d'objection déterminante.

(2) V. pourtant, Pont, n. 1732 et suiv.

(3) Il y a exception pour les sociétes anonymes d'assurances à primes. Décr. 22 janv. 1868, a. 1, 2e al.

(4) Béd., L. 1867, n. 533.

(5) Vavasseur, n. 401 et suiv. Al. n. 557. Pont, n. 1732, 1741. Ly. C. et R., n. 505.

Source BIU Cujas

mentation a toujours pu être stipulée ; la loi n'avait rien à faire pour ce cas (1.) On ne pourrait pas non plus prendre seulement dans l'art. 48 la faculté de diminution pour échapper au principe que nous avons établi aux numéros 174 *bis*, 209 et 219 (2).

338. L. 1867, art. 49. Le capital social ne pourra être porté, par les statuts constitutifs de la société, au-dessus de la somme de deux cent mille francs. — Il pourra être augmenté par des délibérations de l'assemblée générale, prises d'année en année ; chacune des augmentations ne pourra être supérieure à deux cent mille francs.

Cette limitation a été introduite pour que des sociétés riches et donnant matière à la spéculation ne pussent profiter des facultés accordées. Du reste, le ministre a cité au Corps législatif des chiffres prouvant que ce capital n'est jamais atteint dans les sociétés coopératives, et qu'on n'en approche même jamais au début : avec le minimum de 50 fr. par action, la constitution de ce capital suppose quatre mille souscripteurs ; or, il est sans exemple qu'il y en ait eu jamais plus de mille. — Le second alinéa atténue encore beaucoup la rigueur du premier

Cette disposition restrictive n'a de raison d'être que pour les sociétés où la spéculation est possible, les sociétés par actions ; l'a. 49 ne s'appliquerait donc pas aux sociétés par intérêts, pas plus que l'a. 50 ; d'ailleurs le mot *assemblée générale* qui s'y trouve paraît bien supposer une société par actions (3).

339. L. 1867, art. 50. Les actions ou coupons d'actions seront nominatifs même après leur entière libération ; ils ne pourront être inférieurs à cinquante francs. — Ils ne seront négociables qu'après la constitution définitive de la société. — La négociation ne pourra avoir lieu que par voie de transfert sur les registres de la société, et les statuts pourront donner, soit au conseil d'administration, soit à l'assemblée générale, le droit de s'opposer au transfert.

Cet article ne s'applique bien évidemment que si la société est par actions ; il n'a d'utilité que dans ce cas.

Sur certains points il restreint les facultés accordées par les deux premiers titres de la loi : en exigeant que les actions soient toujours nominatives (al. 1 et 3). Mais cette condition était désirée pour les sociétés coopératives, où tous les membres doivent se connaître et s'agréer mutuellement. Aussi le troisième alinéa permet de stipuler dans les statuts le contrôle du conseil d'administration, ou de l'assemblée générale sur tous les nouveaux associés. — On a prétendu que cet alinéa n'excluait pas la cession par voie civile (4), mais cette voie aurait tous les inconvénients qu'on a voulu éviter (5) ; du reste, avec la faculté qu'ont les associés de se retirer, il n'y a pas d'intérêt à faciliter la cession. — On avait même proposé de ne pas permettre du tout la négociation : mais on a considéré qu'il serait plus avantageux pour la société que l'associé sortant se trouvât un remplaçant pour ne pas diminuer le capital social (6).

(1) Lyon, 12 janv. 1872, D. P. 72. 2. 176. Pont, n. 1738. — *Contrà :* Al. n. 582. Ly. C. et R., n. 517.

(2) *Contrà :* Labbé, dans J. du Palais, 1878, p. 969.

(3) Mat. et Bourg., n. 277. Riv., n. 327. Béd., n. 539, 541. Al. n. 584. Pont, n. 1742. Ly. C. et R., n. 514. — *Contrà :* Vavasseur, n. 403.

(4) Riv., n. 335.

(5) Béd., L. 1867, n. 564. Al. n. 588. Pont, n. 1751.

(6) Béd., L. 1867, n. 552. — Ceci nous explique pourquoi la société peut rester

Source BIU Cujas

D'autre part, l'art. 50 accorde une grande facilité; c'est la possibilité d'abaisser les coupures à 50 fr. — Et la société jouira de cet avantage lors même que le capital sera ultérieurement élevé au-dessus de 200,000 fr. : car l'article est tout à fait général, et un amendement dans le sens que nous indiquons a été repoussé, comme inutile, par le gouvernement et par la commission (1).

340. L. 1867, art. 51. Les statuts détermineront une somme au-dessous de laquelle le capital ne pourra être réduit par les reprises des apports autorisés par l'article 48. — Cette somme ne pourra être inférieure au dixième du capital. — La société ne sera définitivement constituée qu'après le versement du dixième.

Les tiers ne compteront jamais d'une manière absolue que sur le minimum de capital déterminé par les statuts. — Pour la constitution de la société, l'article se contente du versement d'un dixième au lieu du quart; soit, pour le capital minimum, cinq fr. par actionnaire. Et encore la loi n'exige pas que chaque actionnaire ait versé son dixième (2), à la différence de ce que l'art. 1er exige pour le versement du quart; il suffit que le dixième du capital existe dans la caisse sociale, quelles que soient les proportions dans lesquelles il aura été fourni par chacun : — en effet chacun pouvant se retirer et reprendre tout son apport, on ne pouvait exiger que son dixième individuel fût mis dès l'abord et restât toujours en caisse; — enfin l'art. 52, 1er al., parlant de la retraite de l'associé, vise comme restrictif le 1er al. de l'art. 51, mais non le 3e.

Avant même que le dixième ne soit versé, rien n'empêche la société d'exister, comme société civile par exemple, entre les parties, pour accumuler les versements de 50 c., 10 c., jusqu'à ce qu'on ait formé la somme voulue (3).

Il faudra de plus, pour la constitution de la société, la souscription de la totalité du capital social; l'art. 1er de la loi n'est pas modifié sur ce point, et l'art. 48 y renvoie (4).

Ces conditions ne sont plus exigées pour les augmentations ultérieures du capital (5).

341. L. 1867, art. 52, 1er al. Chaque associé pourra se retirer de la société lorsqu'il le jugera convenable, à moins de conventions contraires et sauf l'application du paragraphe 1er de l'article précédent.

Ce principe est nécessaire en général pour le succès de la coopération. — « *Quand il le jugera convenable* »; donc il n'a pas à respecter les conditions des art. 1869 et 1870, C. civ. (6); sauf dans le cas de coalition entre quelques-uns, pour se retirer en masse (7). — « *A moins de conventions contraires* ». Car il

société par actions, malgré les restrictions mises à la négociabilité (V. p. 219); la liberté absolue de la retraite remplace pour l'actionnaire la liberté de l'aliénation.

(1) Mat. et Bourg., n. 286. Béd., L. 1867, n. 555. Al. n. 587.

(2) Al. n. 589.

(3) M. Forcade de la Roquette au Corps législatif. — Al. n. 590.

(4) Béd., L. 1867, n. 556. Pont, n. 1746.

(5) Béd., L. 1867, n. 557.

(6) Béd., L. 1867, n. 568. Pont, n. 1758.

(7) Rapport de M. Mathieu au Corps législatif. Vavasseur, n. 407. Béd., L. 1867, n. 568. Al. n. 597. Pont, n. 1758.

Source BIU Cujas

peut y avoir des inconvénients à cette retraite. — « *Et sauf l'application du paragraphe* 1er *de l'art.* 51 », c'est-à-dire lorsque la reprise de l'apport ferait descendre le capital social au-dessous du minimum.

L. 1867, art. 52, 2e al. Il pourra être stipulé que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cesseront de faire partie de la société.

On avait reconnu cette faculté comme nécessaire pour la vie des sociétés coopératives, car elles sont fondées sur la confiance réciproque, l'honnêteté et le zèle pour la chose commune. Si la stipulation existe dans les statuts, le droit de l'assemblée générale est péremptoire et sans appel (1). — Il faut ajouter aussi : sauf l'impossibilité de rembourser la mise (art. 51, 1er al.).

342. L. 1867, art. 52, 3e al. L'associé qui cessera de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, restera tenu, pendant cinq ans, envers les associés et envers les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite.

La loi organise ainsi une liquidation partielle à l'égard des tiers. — Le terme de cinq ans est emprunté à l'art. 64 du C. comm. ; on a admis que la société pouvait être considérée comme dissoute à son égard, puisque sa retraite était prévue par les statuts et par la loi. Du reste, ce recours est peu efficace, car il est difficile de suivre un ouvrier pendant cinq ans (2). C'est une nouvelle raison pour que les tiers ne comptent que sur le minimum du capital qui ne peut être retiré.

Le législateur n'a rien réglé sur la liquidation des droits de l'associé sortant à l'égard de la société. A nos yeux, c'est une question d'interprétation des statuts. Puisqu'ils contiendront forcément une clause stipulant le retrait des mises, il faudra consulter les termes de cette clause. S'ils ont seulement stipulé la reprise *des apports*, il nous semble que l'associé reprendra sa mise, non augmentée par les bénéfices, ni diminuée par les pertes, sauf l'application de l'a. 51, 1er al. (3).

343. L. 1867, art. 54. La société ne sera point dissoute par la mort, la retraite, l'interdiction, la faillite ou la déconfiture de l'un des associés ; elle continuera de plein droit entre les autres associés.

Cette règle s'appliquera même si la société est par intérêts. Les statuts peuvent d'ailleurs stipuler le contraire (4). D'après l'article, la société continuera entre les autres associés ; mais elle ne continuera pas de plein droit avec les héritiers ; sauf dans le cas où le capital serait réduit au minimum (art. 51), car alors il faudrait attendre qu'on pût les rembourser.

L. 1867, art. 53. La société, quelle que soit sa forme, sera valablement représentée en justice par ses administrateurs.

(1) Vavass., n. 409. Riv., n, 346. Béd., L. 1867, n. 572. Al. n. 598.
(2) M. Pouyer-Quertier au Corps législatif. — Béd., n. 563, 574.
(3) Comp. Béd., L. 1867, n. 574. Pont, n. 1761, 1762. — La L. belge, a. 96, règle ses droits d'après le dernier bilan.
(4) Mat. et Bourg., n. 303. Riv., n. 354. Al. n. 600.

Source BIU Cujas

Cet article fait disparaître un des inconvénients de la forme civile, pour les sociétés coopératives (1).

CHAPITRE VII.

FORMES ET PUBLICATION DES SOCIÉTÉS, ET THÉORIE GÉNÉRALE DES NULLITÉS DE SOCIÉTÉS.

Trois sections : — 1° Formes ; — 2° Publication ; — 3° Théorie générale des nullités de sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

FORMES.

Art. 39 (Code de commerce). Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics, ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du Code civil.

344. Indépendamment des raisons qui le rendent nécessaire en droit commun, l'écrit est exigé ici, par exception aux règles ordinaires pour les contrats commerciaux, parce que toute société suppose des rapports compliqués à régler pour lesquels on ne peut se fier à la mémoire des parties ou des témoins, et parce qu'il faut un écrit pour pouvoir publier la société. La règle remonte à l'ord. de 1673, mais était peu observée (2).

Q. *Aucune autre preuve ne pourrait-elle suppléer à l'écrit?* En d'autres termes, est-il exigé *ad solemnitatem* ou seulement *ad probationem?* — D'abord, pour l'avenir, il est certain que rien ne peut y suppléer, car si l'on n'a pas rédigé d'écrit on ne peut faire les publications dans les formes légales, et la société serait toujours nulle pour défaut de publication (v. *infrà*, C. com., art. 42 *in fine;* L. 1867, art. 36 *in fine*) (3). — Mais pour le passé, pour établir les bases de la liquidation des faits accomplis, nous admettrons qu'on peut prouver autrement que par l'écrit ; par exemple, par l'aveu, le serment, et même par témoins au dessous de 150 fr. ou avec un commencement de preuve par écrit : — nous considérons que notre art. 39 n'est que la reproduction de l'art. 1834, 1er al., comme l'art. 41 reproduit le 2e al., et que toutes ces dispositions consacrent en notre matière les règles de l'art. 1341. C. civ., car il n'y a aucune raison d'exiger plus rigoureusement un écrit pour les sociétés commerciales que pour les sociétés civiles ; c'est déjà une certaine rigueur que de ne pas admettre pour les premières les modes de preuve usités en droit commercial ; — l'art. 41 déclarant que sa disposition s'applique même au-dessous de 150 fr., *a contrario* l'art. 39, qui ne dit rien de pareil, ne s'applique pas nécessairement au-dessous de 150 fr. ; — c'est ainsi qu'on in-

(1) Riv., n. 350. Béd., L. 1867, n. 576. Al. n. 599, Lescœur, *Soc.*, p. 258, note. — *Contrà :* Pont, n. 1767, qui restreint l'article aux sociétés civiles à formes commerciales.

(2) Pot., *Soc.*, n. 82.

(3) Delangle, *Soc.*, n. 512. Malep. et Jourd., p. 106 et suiv. Béd., *Soc.*, n. 347. Al. n. 385. Pont, n. 1110. Ly. C. et R., n. 296.

Source BIU Cujas

terprétait autrefois l'ordonnance de 1673 (tit 4. art. 1) (1), que notre article a reproduite (2).

La nécessité d'une preuve écrite n'existe pas pour les tiers, qui ne peuvent pas se la procurer (C. civ., art. 1348); ils pourront prouver par tous les moyens (3). Cela s'appliquera p. ex. aux créanciers des associés (4); aux cohéritiers d'un enfant associé avec son père et obligé au rapport (5); à l'administration de l'enregistrement (6).

L'art. 39 ne s'appliquait pas autrefois aux sociétés anonymes, pour lesquelles l'art. 40 exigeait un acte authentique; mais la L. de 1867, art. 21, 2e al., permet de les constituer par acte sous seing privé :

L. 1867, art. 21, 2e al. Elles pourront, quel que soit le nombre des associés, être formées par un acte sous seing privé fait en double original.

La règle est donc applicable maintenant à toutes les sociétés commerciales (7).

345. **Nombre des doubles** nécessaires quand l'acte est sous seing privé. — En principe, il en faut autant que d'associés (C. civ., art. 1325, auquel renvoie notre art. 39).

Q. *Cette règle s'applique-t-elle à la commandite simple?* — 1er S. *Non ; il suffit de deux*, un pour les commandités et un pour les commanditaires; ce sont les deux seuls *intérêts distincts* (C. civ., art. 1325) ; — pour la commandite par actions la L. 1867, art. 1, se contente de deux doubles (8). — 2e S. *Oui* ; il en faut autant que d'associés : d'abord autant que d'associés en nom, qui entre eux sont associés en nom collectif (C. com., art. 24); mais même autant que de commanditaires qui peuvent très bien avoir des intérêts distincts et opposés; par exemple, si quelques-uns ont fait des apports en nature, si quelques-uns n'ont pas versé leurs mises, se sont immiscés; — quant à la loi de 1867, art. 1, si elle dit que deux doubles suffisent, c'est donc que ce n'était pas le droit commun; cette règle a d'ailleurs des motifs spéciaux que nous indiquons immédiatement (9).

Pour les sociétés par actions, deux doubles suffisent d'après la loi de 1867, art. 1 et 21, parce qu'il y en a un qui est déposé chez le notaire avec la déclaration des gérants ou fondateurs (art. 1 et 24), et qui est ainsi à la disposition de tout le monde (10). — Il suffit de deux doubles pour la preuve; mais

(1) V. Jousse et Bornier sous l'ordonnance.

(2) Troplong, *Soc.*, n. 227. Al. n. 386. Pont, n. 1113. Ly. C. et R., n. 296. — *Contrà :* Merlin, *Rép.*, v° *Soc.*, sect. 2, § 2, a. 2.

(3) Req. 21 mai 1878, D. P. 78. 1. 456. — Al. n. 378. Pont, n. 1117. Ly. C. et R., n. 296.

(4) Nancy, 25 avril 1853, D. P. 53. 2. 249.

(5) Colmar, 23 juin 1857, D. P. 58. 2. 44. — L'enfant qui voudrait éviter le rapport des profits qu'il aurait pu faire dans une association commerciale avec son père devrait s'être muni d'un acte authentique de société (C. civ., art. 854).

(6) Req. 9 avril 1875, D. P. 75. 1. 370.

(7) Sauf dans le cas cité à la note 5.

(8) Pard., n. 1027. Molinier, n. 488. Brav., t. I, p. 222.

(9) Demang. sous Brav., t. I, p. 222. Beslay, n. 183. Al. n. 363. Ly. C. et R., n. 347.

(10) Et cela s'appliquerait même s'il y avait plusieurs associés en nom dans la commandite par actions; car le texte de l'art. 1 est général, et le motif que nous avons donné s'applique aussi à ce cas. — *Contrà :* Beslay, n. 187.

Source BIU Cujas

il faudra en rédiger quatre en réalité, car deux autres sont nécessaires pour la publication (L. 1867, art. 56).

Art. 41. Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs.

« *Aucune preuve par témoins* » ; mais cela n'empêche pas la preuve par les livres (1).

346. **Droits fiscaux.** — L'*enregistrement* des actes de société ne donnait lieu qu'à un droit fixe de 3 fr. d'après la L. 22 frim. an 7, art. 68, § 3 ; de 5 fr. d'après la L. 28 avril 1816, art. 45. Ce droit a été transformé en un droit gradué par la L. 28 fév. 1872, art. 1 et 2. Sous l'empire de toutes ces lois la dispense du droit proportionnel n'existe qu'autant que l'acte de société ne contient « ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles et immeubles, entre les associés ou autres personnes » ; mais évidemment cette réserve ne vise pas les obligations, libérations ou transmissions entre les associés et la société, car sans cela la dispense n'aurait aucune application (2).

Est-il dû un droit de *transcription* lorsqu'un immeuble est apporté à la société? Les dispositions que nous venons de rappeler rendent ce point douteux (3).

SECTION II.

PUBLICATION.

347. Ces formalités sont exigées pour faire naître la nouvelle personne morale, qui sera la société, et pour que cette personnalité puisse invoquer des droits à l'encontre des tiers ; et aussi afin de dispenser, dans chacune des opérations que l'on fera, de la nécessité de demander et de fournir la preuve de l'existence de la société et des stipulations qui intéressent les tiers. Par ces formalités les associés, après avoir traité entre eux, traitent avec le public (4). — Après deux essais restreints des ordon. de Blois, 1576, et de 1629 (a. 414), la publicité avait été organisée par l'ord. de 1673, tit. 4, a. 2-6. Mais la sanction, qui était la nullité, n'était pas admise en pratique (5).

§ Ier

Modes de publicité.

348. Les modes de publicité d'après le C. com., art. 42-46, complétés en 1814 et 1833, étaient un extrait : — déposé aux greffes, — publié dans les jour-

(1) Req. 21 juin 1864, D. P. 64. 1. 416.

(2) V. Demang. sous Brav., t. I, p. 496.

(3) V. la discussion de la question dans Demang. sous Brav., t. I, p. 499. — En tout cas, cette transcription ne fait pas partie des mesures de publicité (v. sect. 2), dont la négligence entraîne la nullité de la société : Rej. 26 avril 1880, D. P. 80. 1. 268.

(4) On a pu dire avec assez de justesse qu'elle forme un nouveau contrat entre la société et les tiers : Brav., t. I, p. 185, 192.

(5) Jousse, sous l'a. 2, note 4.

Source BIU Cujas

naux, — et affiché (ce qui n'est plus exigé maintenant). Ces articles sont abrogés par l'art. 65 de la loi de 1867.

L. 1867, art. 65. Sont abrogées les dispositions des articles 42, 43, 44, 45 et 46 du code de commerce.

Actuellement il y a deux modes généraux pour toutes les sociétés et trois modes spéciaux aux sociétés par actions.

I. — Pour toutes les sociétés.

349. 1° *Dépôt d'un double* entier (et non plus seulement d'un extrait) aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix :

L. 1867, art. 55, 1er al. Dans le mois de la constitution de toute société commerciale, un double de l'acte constitutif, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il est notarié, est déposé aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce du lieu dans lequel est établie la société.

S'il n'y a pas de tribunal de commerce, le dépôt devra avoir lieu au greffe du tribunal civil, qui fait fonction de tribunal de commerce (1).

Cette formalité du dépôt est commune à toutes les sociétés ; mais elle comprend certaines pièces de plus pour les sociétés par actions (art. 55, 2e al.) ; et encore une de plus pour la société anonyme (art. 55, 3e al.).

L. 1867, art. 55, 2e et 3e al. A l'acte constitutif des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes sont annexées : 1° une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart ; 2° une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans les cas prévus par les art. 4 et 24. — En outre, lorsque la société est anonyme, on doit annexer à l'acte constitutif la liste nominative, dûment certifiée, des souscripteurs, contenant les noms, prénoms, qualités, demeures et le nombre d'actions de chacun d'eux.

L. 1867, art. 59. Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt prescrit par l'art. 55 et la publication prescrite par l'art. 56 ont lieu dans chacun des arrondissements où existent des maisons de commerce. Dans les villes divisées en plusieurs arrondissements, le dépôt sera fait seulement au greffe de la justice de paix du principal établissement.

La publication n'est exigée que là où il y a *des maisons de commerce*, des succursales de la société ; mais non dans tous les endroits où la société a des rapports avec le public, sans avoir une maison de commerce organisée, p. ex. une société d'assurances n'a pas besoin d'être publiée partout où elle a des agents ; à plus forte raison en est-il ainsi pour les endroits où existe une usine sans qu'il y ait là aucune maison de vente (2).

Utilité du dépôt :

L. 1867, art. 63, 1er al. Lorsqu'il s'agit d'une société en commandite par actions ou d'une société anonyme, toute personne a le droit de prendre communication des pièces déposées aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce, ou même de s'en faire délivrer à ses frais expédition ou extrait par le greffier ou par le notaire détenteur de la minute.

(1) Brav., t. I, p. 186. Al. n. 373. — Si une société n'a pas de siège, ni de succursale en France, elle échappe aux prescriptions de la loi : Paris, 10 août 1847, *Collection Lehir*, 48. 2. 90. Al. n. 373.

(2). V. Delangle, *Soc.*, n. 526. Béd., L. 1867, n. 608. Al. n. 373.

Source BIU Cujas

Ce droit n'existe que dans les sociétés par actions ; donc le dépôt est complètement inutile dans les sociétés par intérêts. La loi a manqué de logique.

350. 2° *Insertion d'un extrait* de l'acte de société dans un des journaux d'annonces judiciaires :

L. 1867, art. 56, 1er et 2e al. Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte constitutif et des pièces annexées est publié dans l'un des journaux désignés pour recevoir les annonces légales. — Il sera justifié de l'insertion par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

On avait proposé de créer un journal spécial pour cela ; ce qui aurait beaucoup facilité les recherches : mais cette proposition n'a pas été admise (1).

L'extrait doit contenir seulement ce qui intéresse les tiers :

L. 1867, art. 58. L'extrait doit énoncer que la société est en nom collectif ou en commandite simple, ou en commandite par actions, ou anonyme, ou à capital variable. — Si la société est anonyme, l'extrait doit énoncer le montant du capital social en numéraire et en autres objets, la quotité à prélever sur les bénéfices pour composer le fonds de réserve. — Enfin, si la société est à capital variable, l'extrait doit contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital social ne peut être réduit.

Art. 57. L'extrait doit contenir les noms des associés autres que les actionnaires ou commanditaires; la raison de commerce ou la dénomination adoptée par la société et l'indication du siège social ; la désignation des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société; le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires ou commanditaires; l'époque où la société commence, celle où elle doit finir, et la date du dépôt fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

C'est-à-dire : — 1° *la nature de la société* (art. 58, 1er al.); — 2° *le nom de tous les associés solidairement responsables* (art. 57, 1re disp.); il n'y en aura pas dans la société anonyme; la loi après le code ne veut pas qu'on indique le nom des commanditaires et actionnaires, parce qu'il y a des personnes que cela aurait détourné de souscrire et que les tiers ont moins d'intérêt à les connaître ; — 3° *Le montant du capital social et le montant des valeurs fournies ou à fournir par les actionnaires et commanditaires* (art. 57, 4e disp.). L'indication du capital social doit contenir, non seulement le numéraire, mais encore les « autres objets » qui entrent dans sa composition (art. 58, qu'il faut certainement étendre de la société anonyme à la commandite par actions); et nous ajouterons aussi les apports en industrie (2). — On a soutenu que le montant du capital social ne doit pas être indiqué dans la société en nom collectif, parce qu'il importe peu aux tiers, et parce que la fin de cette disposition montre qu'elle est spéciale aux sociétés en commandite et anonyme (3). Mais il faut répondre que la première partie de cette disposition est générale dans sa formule, quoique la seconde soit spéciale, et que les tiers, créanciers de la société, ont intérêt à savoir quel est le fonds social qui for-

(1) Béd., L. 1867, n. 586-589.

(2) Vavasseur, n. 436. Béd., L. 1867, n. 605. Al. n. 606. Pont, n. 1162.

(3) Trib. de com. Seine, 16 oct. 1873, *Droit* du 18 décembre.—Mat. et Bourg., n. 131. Al. n. 389, 605.

Source BIU Cujas

mera leur gage exclusif (1). — Il faut indiquer si l'apport est fourni ou simplement promis; c'est ce qu'exige l'article. Et dans ce dernier cas, si les actions peuvent être mises au porteur; ce qui réduit à la moitié le capital sur lequel les tiers peuvent compter (art. 3) (2). — 4° *La raison sociale ou le nom adopté* (art. 57, 2e disp.). — 5° *L'indication du siège social* (art. 57, 2e disp.). — 6° *Les gérants ou administrateurs* (art. 57, 3e disp.), si tous ne gèrent pas (3). — 7° *Le commencement et la fin de la société* (art. 57, 5e disp.). — 8° *La date des dépôts aux greffes* (*ibid.*).

De plus, pour la société anonyme, il faut indiquer *la quotité à prélever pour le fonds de réserve* (art. 58, 2e al.). Et pour les sociétés à capital variable, *le capital minimum* (art. 58, 3e al.).

Enfin on doit publier toute clause des statuts qui dérogera au droit commun si elle doit être opposable aux tiers (4).

Formes de l'extrait :

L. 1867, art. 60. L'extrait des actes et pièces déposés est signé, pour les actes publics, par le notaire, et, pour les actes sous seing privé, par les associés en nom collectif, par les gérants des sociétés en commandite ou par les administrateurs des sociétés anonymes.

On justifiera de la publication de cet extrait par un numéro du journal enregistré, ou par un extrait des registres de l'enregistrement; on ne pourrait la prouver par témoins (5).

Délai de ces deux formalités : un mois (art. 55 et 56); d'après le code de commerce, c'était seulement quinze jours. — Le délai part de la constitution; c'est-à-dire de la signature de l'acte dans les sociétés par intérêts (6); et dans les sociétés par actions, de la délibération de l'assemblée qui remplit les dernières conditions pour la constitution (L. 1867, art. 4, 2e al.; art. 5, et art. 55, dern. al.).

II. **Pour les sociétés par actions.**

351. Trois modes de plus :

3° *Droit de se faire délivrer copie des statuts.*

L. 1867, art. 63, 2e al. Toute personne peut également exiger qu'il lui soit délivré, au siège de la société, une copie certifiée des statuts, moyennant paiement d'une somme qui ne pourra excéder un franc.

4° *Affiche dans les bureaux de la société.*

L. 1867, art. 63, 3e al. Enfin, les pièces déposées doivent être affichées d'une manière apparente dans les bureaux de la société.

5° *En-tête des papiers de la société.*

(1) Req. 20 juill. 1870, D. P. 71. 1. 339. — Vavasseur, n. 434. Pont, n. 1158. Ly. C. et R., n. 301.

(2) Cela résulte des mots « capital à fournir », et d'ailleurs a été dit formellement dans la discussion. — Béd., L. 1867, n 598. Al. n. 605. Pont, n. 1163.

(3) Cette règle s'applique aux administrateurs des sociétés anonymes; le texte est général. Vavasseur, n. 433. Béd., L. 1867, n. 601, 602. — *Contrà :* Al. n. 604.

(4) Al. n. 389. Pont, n. 1160.

(5) Req. 18 mars 1846, D. P. 46. 1. 241.

(6) Lyon, 5 avril 1881, D. P. 82. 2. 32.

Source BIU Cujas

L. 1867, art. 64, 1er et 2e al. Dans tous les actes, factures, annonces, publications et autres documents, *imprimés* ou *autographiés*, émanés des sociétés anonymes ou des sociétés en commandite par actions, la dénomination sociale doit toujours être précédée ou suivie immédiatement de ces mots, écrits lisiblement en toutes lettres : *Société anonyme* ou *société en commandite par actions*, et de l'énonciation du montant du capital social. — Si la société a usé de la faculté accordée par l'art. 48, cette circonstance doit être mentionnée par l'addition de ces mots : *A capital variable.*

Publication des changements à l'acte social.

352. C'est la même que pour l'acte originaire :

L. 1867, art. 61. Sont soumis aux formalités et aux pénalités prescrites par les art. 55 et 56 : tous actes et délibérations ayant pour objet la modification des statuts, la continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, la dissolution avant ce terme et le mode de liquidation, tout changement ou retraite d'associé, et tout changement à la raison sociale. Sont également soumises aux dispositions des art. 55 et 56 les délibérations prises dans les cas prévus par les art. 19, 37, 46, 47 et 49 ci-dessus.

Le principe qui domine cet article et qui servira à préciser quelles seront les *modifications* aux statuts qui devront être publiées, c'est qu'on doit publier tout ce qui altère les mentions qui intéressent les tiers et qui ont dû être publiées dans l'extrait au début de la société (1).

Q. *Doit-on publier les changements de gérants ou d'administrateurs ?* — On l'a contesté surtout pour les administrateurs des sociétés anonymes, puisque ces changements sont normaux et prévus (2). Mais il faut l'admettre : le nom des premiers a dû être publié dans l'extrait ; — cette désignation intéresse au plus haut degré les tiers ; et il ne leur suffit pas de savoir qu'il *a pu* y avoir un changement à telle époque, il faut qu'ils sachent s'il a eu lieu ; — l'art. 62 nous indique sur ce point l'esprit de la loi, puisqu'en ce qui concerne les sociétés à capital variable, il excepte de la dispense de publicité, la retraite des gérants ou administrateurs (3).

L. 1867, art. 62. Ne sont pas assujettis aux formalités de dépôt et de publication les actes constatant les augmentations ou les diminutions du capital social opérées dans les termes de l'art. 48, ou les retraites d'associés, autres que les gérants ou administrateurs, qui auraient lieu conformément à l'art. 52.

§ 2

Sanctions.

353. Les modes de publicité spéciaux aux sociétés par actions (L. 1867, art. 63 et 64), ont pour sanction la responsabilité civile des sociétés qui ne se seront pas conformées à la loi. — L'art. 64 édicte de plus, pour ses dispositions (4), une sanction pénale :

(1) Req. 15 juill. 1878, D. P. 79. 1. 361. — Brav., t. I, p. 428. Béd., L. 1867, n. 618. Al. n. 398, 610. Pont, n. 1188. Ly. C. et R., n. 303.

(2) Vavasseur, n. 433.

(3) Demang. sur Brav., t. I, p. 427. Béd., L. 1867, n. 601, 602. Ly. C. et R., n. 303.

(4) Tous les auteurs sont d'accord pour admettre que la sanction pénale ne s'applique qu'aux formalités édictées par l'art. 64 seul, et non à celles édictées par l'art. 63 : — si le texte est amphibologique, les peines doivent se restreindre en cas de doute ;

Source BIU Cujas

L. 1867, art. 64, 3e al. Toute contravention aux dispositions qui précèdent est punie d'une amende de cinquante francs à mille francs.

Pour les deux modes de publicité communs à toutes les sociétés, la sanction est plus grave, c'est la nullité de la société :

L. 1867, art. 56, 3e al. Les formalités prescrites par l'article précédent et par le présent article seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés ; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé aux tiers par les associés.

Cf. C. com., a. 42, *in fine*. Si l'on a négligé seulement de publier des clauses dérogatoires au droit commun; ces clauses seules seront nulles (1).

Dans ces cas la nullité est acquise pour le passé et tout intéressé pourrait l'invoquer dans la mesure que nous allons déterminer. Mais on peut corriger les omissions et rendre ainsi la société valable *erga omnes* pour l'avenir (2).

C'est à ce propos que nous jugeons opportun de traiter d'une manière générale la théorie des nullités de sociétés; nous y consacrons une section spéciale.

SECTION III.

THÉORIE GÉNÉRALE DES NULLITÉS DE SOCIÉTÉS.

354. Nous ne parlons d'abord ici que des **nullités absolues**; il y en a trois grandes catégories : — 1° Nullités existant de droit commun pour tous les contrats (C. civ., art. 1108 et suiv.); notamment pour objet illicite; — 2° Nullités pour défaut des formalités constitutives dans les sociétés par actions (L. 24 juillet 1867, art. 7 et 41); — 3° Nullités pour défaut de publicité, dans toutes les sociétés commerciales (L. 1867, art. 56, 3e al.).

Ces trois catégories de nullités ont ce trait commun, qu'elles sont absolues et d'ordre public (3); que par conséquent elles peuvent être invoquées par toute partie intéressée (4), et qu'elles ne sont pas susceptibles de se couvrir par la ratification, expresse ou tacite, par exemple par l'exécution de la convention (5); ni par la prescription de dix ans (C. civ., art. 1304) (6).

— si l'on avait voulu que la sanction s'appliquât à l'art. 63 aussi, on aurait fait un article à part du 2e al. de l'art. 64; — enfin, dans les travaux préparatoires, un député remarqua que l'art. 63 n'avait pas de sanction (pénale, du moins), et on ne releva pas cette assertion. Mat. et Bourg., n. 326. Vavasseur, n. 450. Rivière, n. 408. Béd., L. 1867, n. 633. Al. n. 615.

(1) *Contrà :* Paris, 9 août 1877, D. P. 79. 2. 193.

(2) Paris, 26 janv. 1855. D. P. 55. 2. 195. — Pard., n. 1008. Delangle, *Soc*, n. 537 et suiv. Malep. et Jourd., p. 115. Delangle, n. 537. Mol. n. 276. Demang. sous Brav., t. I, p. 193. Béd., L. 1867, n. 625, 693. Al. n. 374. Pont, n. 1229. Ly. C. et R., n. 316.— *Contrà :* Frémery, p. 51.

(3) Spécialement pour la publicité : Cass. 1er févr. 1880, D. P. 82. 1. 21.

(4) Sont seuls *parties intéressées*, ceux dont l'intérêt naît d'un rapport juridique avec la société. Cela exclurait, p. ex. un concurrent de la société qui voudrait la faire disparaître : Beslay et Lauras, n. 580, 581. Pont, n. 1246. Ly. C. et R., n. 435.

(5) Cass. 31 déc. 1844, D. P. 45. 1. 75. — Troplong, *Soc.*, n. 241 et suiv. Delangle, *Soc.*, n. 531. Horson, t. I, quest. 19. Beslay, n. 643. Al. n. 379. Ly. C. et R., n. 435 *bis*. — *Contrà :* Malep. et Jourd., p. 115. Molinier, n. 376. Persil, p. 214.

(6) Dall., *Soc.*, n. 1263. Rivière, n. 74. Béd., L. 1867, n. 159. Al. n. 472. Pont, n. 1237 et suiv. Ly. C. et R., n. 435 *bis*. — *Contrà* : Vavasseur, n. 262. Beslay, n. 643.

Source BIU Cujas

Voyons leurs effets d'abord pour l'avenir, et ensuite pour le passé.

I. — **Effets de la nullité dans l'avenir.**

355. Pour l'avenir, la nullité, une fois prononcée, produit les mêmes effets que la dissolution de la société : les opérations sociales doivent cesser immédiatement, il faut procéder à la liquidation et au partage.

Elle peut être invoquée dans ce but par tous les intéressés. D'abord par les tiers, créanciers sociaux, s'ils ont intérêt à arrêter les opérations pour conserver leur gage qui est le fonds social. — Ensuite par les associés entre eux pour sortir au plus tôt d'une position fausse et illégale (1). — Elle peut même être invoquée par eux quoique les créanciers sociaux ne la demandent pas, quoiqu'ils veuillent mêmes'y opposer, par exemple parce qu'ils prétendraient qu'en poursuivant l'exploitation du commerce social on améliorerait considérablement la situation : — les créanciers sociaux ne pourraient invoquer la fin des art. 7 et 56, 3e al , de la L. de 1867, qui interdisent aux sociétés d'opposer la nullité aux tiers ; en effet, ce n'est pas leur *opposer* la nullité que de demander la nullité pour l'avenir; — on ne blesse par là aucun droit acquis pour eux, et ce sont seulement leurs droits acquis que la loi a voulu protéger; — ils ne sont pas plus lésés que si la société était dissoute par une des nombreuses causes qui peuvent toujours se produire; — la loi ayant été violée, il faut évidemment cesser toutes les opérations; on ne peut autoriser personne à continuer sciemment et aux yeux de tous la violation de la loi (2). — Enfin les créanciers personnels des associés auraient les mêmes droits que leurs débiteurs; ils pourraient exiger *erga omnes* la dissolution immédiate pour soustraire, dans l'avenir, les mises de leurs débiteurs au gage des créanciers sociaux.

II. — **Effets de la nullité dans le passé.**

356. Il faut ici distinguer les différentes catégories de nullités.

S'il y a nullité pour absence des conditions essentielles à tout contrat, absence totale de consentement, par exemple, ou violation de quelque disposition légale (3), ou objet illicite ; la société n'a pu à aucun égard produire aucun effet, et la nullité peut être invoquée sans restriction par toute partie intéressée : — par les créanciers sociaux ; cela ne peut faire aucune difficulté ; — par les associés entre eux, de telle sorte que la liquidation et le partage du fonds social auront lieu entre eux sans tenir compte des conventions sociales, infectées d'un vice radical, comme s'il y avait eu une simple société de fait; et les juges du fait apprécieront uniquement, d'après les principes généraux du contrat de société et d'après les faits, l'étendue des obligations et des droits des associés (4) ; — par les associés, à l'encontre même des créanciers sociaux,

(1) V. les autorités citées à la note 5 de la page précédente.

(2) Pont, n. 1258.

(3) Par exemple les lois sur la pharmacie : Cass. 15 nov. 1876, D. P. 77. 1. 70.

(4) Cass. même arrêt. V. Duvergier, n. 31. — Lorsque l'objet de la société est illicite en lui-même, il faut aller plus loin : il ne peut y avoir aucune action en répartition des bénéfices, dont la cause est absolument viciée : Rej. 10 janv. 1865, D. P. 65. 2. 290. Aub. et Rau, § 378, note 9. Ly. C. et R., n. 271. Mais chacun a droit de reprendre sa mise qui est sans cause entre les mains des gérants : Cass. 15 janv. 1855, D. P. 55. 1. 5. Pont, *Soc* , n. 53. Ly. C. et R., n. 271. *Contrà :* Delam. et Lepoitv. t. I, n. 65. Troplong, *Soc.*, n. 105. Aub. et Rau, *loc. cit.*

Source BIU Cujas

lesquels ne pourront aussi invoquer que les conséquences de la société de fait ayant existé entre les associés (1) ; — enfin par les créanciers personnels des associés (2).

357. Si la nullité est fondée sur le défaut des formalités constitutives dans une société par actions, ou sur le défaut de publication, les textes (L. 1867, art. 7 et 56, 3e al.) établissent une restriction : ils disent bien que la nullité peut être invoquée par toute personne intéressée, mais ils ajoutent qu'*elle ne peut être opposée aux tiers par les associés*. Sans doute, l'art. 41 pour les sociétés anonymes ne contient pas cette dernière partie, mais nous avons admis qu'il faut l'y suppléer, car il y a exactement la même situation que dans l'art. 7, et l'art. 41, reproduisant la formule initiale où il parle de toute personne intéressée, paraît bien se référer à la règle même de l'art. 7.— Il faut donc examiner en détail les principales situations qui peuvent se présenter.

358. 1° *Les associés sont entre eux* seulement; les créanciers sociaux sont tous payés ; et les créanciers personnels des associés n'interviennent pas, tous les associés étant parfaitement solvables. — Dans ce cas nos articles laissent toute latitude aux associés pour invoquer la nullité, car ils sont évidemment des *intéressés*, et l'exception finale de ces articles ne vise pas cette hypothèse (3). Ils pourront donc, sans difficulté, opposer la nullité aux gérants, aux fondateurs ou aux admistrateurs, qui sont en faute de n'avoir pas rempli les formalités ; refuser d'exécuter les obligations auxquelles ils auraient été soumis en vertu du pacte social ; leur réclamer leurs rapports, et, de plus, demander une indemnité pour le dommage que leur cause la nullité de la société (L. 1867, art. 8 et 42).

Mais entre eux, entre ceux qui ne sont pas en faute, l'effet de nullité n'est pas aussi complet : il s'agit de liquider et de partager le fonds social ; or, sur quelles bases convient-il de faire cette liquidation et ce partage? Si l'on poussait à bout les conséquences de la nullité, on dirait, comme en cas de nullité pour objet illicite, qu'il n'y a eu qu'une société de fait et que les tribunaux doivent régler leurs rapports entre associés d'après la théorie générale du contrat de société, combinée avec les faits, sans tenir compte de la convention originaire. Mais en allant au fond des choses, on remarque que le consentement donné par les associés au pacte social n'était ici entaché d'aucun vice qui le rendit inefficace en lui-même ; s'il ne les lie pas absolument, c'est seulement par suite de l'absence de certaines formalités légales. Donc, si en fait ils se sont conformés au pacte social, il est plus naturel de régler leurs rapports d'après ce pacte que d'après les données assez divinatoires d'une société de fait. En somme, le fait dominera ici sur la convention nulle, en ce sens que l'on devra avant tout rechercher comment les choses se sont passées en réalité ; les clauses qui jusqu'alors n'ont pas été pratiquées n'auront absolument aucune force obligatoire, et on ne pourra ramener rétroactivement les associés à l'accomplissement de ces clauses. Mais sur tous les points où la convention aura été pratiquée, celle-ci devra servir à interpréter les

(1) Ly. C. et R., n. 271.
(2) Pont, n. 1263.
(3) V. Brav., t. I, p. 192, 193. Beslay, n. 582-587. Al. n. 401. Ly. C. et R., n. 312.

Source BIU Cujas

faits et sera la base des règlements d'intérêts à faire entre les parties (1). Seulement, s'il y a dans les statuts quelque disposition contraire à la loi, elle sera effacée pour cette liquidation (2).

359. 2° *Les créanciers sociaux* ne sont pas désintéressés, et sont en face des associés. Ceux-ci ne peuvent pas leur opposer la nullité (3), quand même les associés auraient été de bonne foi (4); et les créanciers pourraient au contraire invoquer la nullité contre les associés; nos articles sont formels sur ces deux points. — Mais en général les créanciers sociaux auront intérêt à invoquer l'existence de la société pour pouvoir opposer à tous les associés les actes faits par leur gérant, lesquels n'engagent les associés qu'autant qu'il y a société (5), pour être payés par les gérants avant les actionnaires qui demandent le remboursement de leurs apports, et même pour poursuivre les commanditaires et actionnaires en complément de leurs mises (6). Les créanciers sociaux auront même le plus souvent à rechercher les preuves de cette société que les associés dissimuleront pour éviter ces obligations, et si la société a eu les apparences d'une société en nom collectif, ils invoqueront la solidarité contre les associés. — Ils peuvent cependant avoir intérêt à arguer de nullité au moins certaines clauses du pacte social; par exemple, s'ils ont traité avec un associé à qui ils ont cru le pouvoir de gérer, quoique l'acte non publié lui enlevât la gestion (7). Mais s'ils peuvent écarter l'application de certaines clauses détachées parce qu'elles ne sont pas publiées, ils ne peuvent pourtant pas diviser l'application des clauses qu'ils prétendent maintenir (8), et, par exemple, invoquer l'acte pour prouver qu'il y avait société, et l'écarter en tant qu'il stipule que la société sera en commandite ou anonyme (9); s'il n'y a pas eu fraude et si les apparences n'ont pas dû les faire compter sur la solidarité des associés (10).

Ils peuvent arguer de la nullité lors même qu'ils auraient connu personnellement la société; c'est ce qu'on admet en général toutes les fois que des formalités exigées dans l'intérêt des tiers n'ont pas été observées (11).

(1) Req. 7 juill. 1879, D. P. 80. 1. 123, etc., etc. — Gouget et Merger, v° *Agent de change*, n. 193. Pâris, n. 688. Aubry et Rau, § 378, note 5. Massé et Vergé, t. IV, § 714, note 8. Bravard, t. I, p. 193-194. Beslay, n. 627-636. Al. n. 386. Ly. C. et R., n. 313, 436. — *Contrà :* Locré, *Esp. du C. com.*, t. I, p. 183. Mol. p. 249. Pont, n. 1263 et suiv. La L. belge, a. 4. *in fine*, s'explique formellement dans le sens de notre opinion.

(2) Req. 22 nov. 1869, D. P. 70. 1. 23. — Pont, n. 1268.

(3) Aix, 4 janv. 1868, D. P. 69. 2. 242.

(4) Béd., *Soc.*, n. 70. Al. n. 474. Ly. C. et R., n. 435, 3° — *Contrà :* Brav., t. I, p. 156 et suiv.

(5) Rej. 13 mars 1854, D. P. 54. 1. 130.

(6) Paris, 16 janv. 1862, D. P. 62. 2. 184.

(7) Pard., n. 1009. Béd., *Soc.*, n. 368. Al. n. 383.

(8) Mêmes auteurs.

(9) Malep. et Jourd., p. 218. Brav., t. I, p. 226, et Demang., t. I, p. 342. Beslay, n. 637-640. Pont, n. 1255. — *Contrà :* Delangle, *Soc.*, n. 478, 568. Béd., *Soc.*, n. 394.

(10) Req. 28 fév. 1859, D. P. 59. 1. 408.

(11) Rennes, 6 mars 1869, D. P. 70. 2. 224. — Beslay, n. 605. Ly. C. et R., n. 315.

Source BIU Cujas

Un créancier peut l'invoquer contre un autre créancier; par exemple, pour faire tomber une hypothèque (1).

360. 3° *Les créanciers personnels des associés* interviennent au débat. Ce sont eux surtout qui ont intérêt à invoquer la nullité de la société, pour concourir au marc le franc sur le fonds social avec les créanciers sociaux; tandis que ceux-ci voudront argumenter de la validité de la société à leur égard pour les écarter. Le débat le plus grave va donc s'élever entre les deux masses. Quelle est celle qui triomphera? En d'autres termes : Q. *les créanciers personnels des associés peuvent-ils opposer la nullité aux créanciers sociaux pour concourir avec eux sur le fonds social?* — 1er S. *Non :* — les associés ne le peuvent pas; or les créanciers des associés ne peuvent intervenir que comme exerçant les droits de leurs débiteurs (art. 1166, C. civ.), puisque nous ne supposons pas qu'ils soutiennent que la société a été formée en fraude de leurs droits (art. 1167); et puisque le texte de nos articles ne consacre pas expressément pour eux un droit indépendant de celui des associés; — en outre, la publicité n'est pas organisée dans leur intérêt : car, d'une part, le nom des commanditaires et des actionnaires n'est pas publié (L. 1867, art. 57, 4e disp.); d'autre part, au moins dans une certaine opinion, le montant du capital social n'est pas publié dans les sociétés de personnes (V. n. 350) (2). — 2e S. *Oui* (!) : ils sont compris dans le mot *les intéressés* dont se servent nos articles, et ne sont pas compris dans l'exception, qui ne vise que « *les associés* »; ces dispositions consacrent donc un droit propre dans leur personne, indépendant de celui de l'article 1166, C. civ.; — la publicité est aussi organisée dans leur intérêt; car nous avons admis, avec la jurisprudence, en vertu de la généralité de l'art. 57, 4e disp., de la loi de 1867, qu'on doit publier le capital social, même dans les sociétés de personnes; et si l'on ne publie pas le nom des commanditaires et actionnaires, il a été expliqué, dans les travaux préparatoires du Code, que c'était en vertu d'une faveur spéciale, dans le but de ne pas effrayer les personnes qui voudraient apporter leurs capitaux; — il faut aller plus loin et dire que c'est *surtout* pour eux que la publicité a été organisée, car ce sont eux surtout qui souffrent de l'existence de la société, et qui voient échapper à leur droit de gage les apports de leurs débiteurs; — en somme, la publicité est nécessaire pour que la personnalité morale de la société prenne naissance à l'égard des tiers; or, ces tiers intéressés sont surtout les créanciers personnels des associés; donc, si le corps moral n'a pu prendre naissance, ils sont en droit de dire : il n'y a pas à notre égard de fonds social; les créanciers sociaux n'ont aucun privilège à notre encontre (3). — Ils auront ce droit lors même qu'ils auraient connu personnellement la société (Cf. *suprà*, n. 359, *in fine*) (4).

En dehors des conséquences de la personnalité morale, ils doivent pourtant reconnaître qu'une société de fait a existé à l'égard de leur débiteur, et que

(1) Pont, n. 1257, 1277.

(2) Brav., t. I, p. 194-195. Beslay, n. 607-623.

(3) Angers, 5 déc. 1873, D. P. 77. 5. 415; Poitiers, 27 mars 1874, D. P. 76. 2. 15, etc. — Pard., n. 1009. Delangle, *Soc.*, n. 547. Troplong, *Soc.*, n. 251. Mol. n. 239. Mat. et Bourg., n. 270. Riv. n. 71. Béd., L. 1867, n. 583 (V. tom., n. 166). Al. n. 380. Beudant, *Rev. crit.*, t. XXV, p. 335. Pont, n. 1250. Ly. C. et R., n. 311.

(4) Al. n. 380.

Source BIU Cujas

celui-ci a pu être obligé par les actes du gérant dans les termes du pacte social; réduit à ces termes, le pacte social est une convention valablement passée par leur débiteur et qui leur est opposable.

361. Alors comment régler les droits de tous ces créanciers sociaux et personnels? — Suivons les conséquences de l'inexistence du corps moral. Il s'ensuit d'abord qu'il ne peut y avoir faillite de la société (1), mais seulement des associés individuellement. Ensuite quels seront les droits des divers créanciers contre les associés? Pour répondre il faut distinguer ce qui concerne les associés en nom et ce qui concerne les commanditaires ou les actionnaires.

Les associés en nom sont copropriétaires du fonds social dans la mesure de leurs mises; il faut donc répartir d'abord ce fonds social entre eux dans cette mesure; puis, sur la part de chacun d'eux et sur leurs biens personnels réunis, nous ferons concourir à la fois les créanciers sociaux agissant solidairement contre cet associé et figurant par conséquent à son passif pour l'intégrité de leurs créances (2).

Quant aux commanditaires ou actionnaires, qui ne peuvent être tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises, il faudra, en l'absence du corps moral, les considérer comme créanciers de ces mises à l'encontre des gérants ou des fondateurs et administrateurs (3); et ils seront censés exercer cette action sur la masse des biens du gérant ou fondateur, concurremment avec les créanciers sociaux agissant pour l'intégralité de leurs créances; un dividende sera ainsi déterminé; puis, sur le dividende afférent à chaque associé, ses créanciers personnels concourront avec les créanciers sociaux au prorata de leurs créances propres.

362. 4° *Les débiteurs sociaux* auront bien rarement intérêt à invoquer la société, car cela ne saurait les dispenser de payer leurs dettes (4).

363. Nous ne dirons qu'un mot des **nullités relatives**, en matière de société, fondées sur l'incapacité ou les vices du consentement d'un associé. Etant relatives, elles ne peuvent être invoquées que par celui dont le consentement n'a pas été complet; mais cette règle ne s'applique intégralement que pour le passé. — Pour l'avenir, ceux qui ont contracté avec lui ne peuvent pas être obligés de rester indéfiniment sous le coup de la nullité; ils le sommeront donc de se prononcer immédiatement, et faute par lui de le faire, ils pourront demander la dissolution de la société pour cause légitime (C. civ., art. 1871) (5).

(1) Poitiers, 27 mars 1874, D. P. 76. 2. 15. — Pont, n. 1375.

(2) Rej. 13 fév. 1855, D. P. 55. 1. 308. — Al. n. 380, 385. Pont, n. 1273, avec des distinctions.

(3) V. D. P. 49. 1. 408 en note. Beslay, n. 641.

(4) Pont, n. 1248. V. Pard., n. 1009. Delangle, n. 345. Beslay, n. 600-606. Al. n. 384. — Comp. Nancy, 16 mars 1878 et Rej. 10 févr. 1879, D. P. 79. 1. 265.

(5) Brav., t. I, p. 150-151. Demolombe, *Mariage*, t. II, n. 345.

Source BIU Cujas

CHAPITRE VIII.

DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

Art. 47. Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

364. Le Code ne dit pas sociétés, il dit *associations;* nous argumenterons plus tard de ce mot. L'ordonnance de 1673 était muette sur ce genre d'associations; pourtant il existait en pratique, comme nous le verrons bientôt, et les commentateurs de l'ordonnance en traitent dans leurs ouvrages.

Le Code y consacre quatre articles; et dans l'art. 48 il a essayé de définir cette association; mais la nature de celle-ci est assez variée et la définition est fort peu précise :

Art. 48. Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce; elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.

Cette formule est extrêmement vague et s'en réfère à peu près uniquement à la convention des parties (1). Il importe pourtant de préciser la définition pour distinguer la *participation* des sociétés en nom collectif et en commandite, avec lesquelles elle pourrait le plus facilement se confondre, qui entraînent la solidarité des associés en nom, et qui sont soumises à des conditions de forme et de publicité qui ne sont pas exigées pour la participation. Aussi il y a un très grand nombre d'arrêts rendus sur cette question.

Art. 49. Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

Art. 50. Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

365. Le Code étant complètement insuffisant sur ce point, il faut remonter à l'ancien droit, que nos rédacteurs modernes ont en général suivi, comme nous l'avons dit. La participation était appelée autrefois *association* ou *société en participation; compte en participation; compte à demi; société anonyme* (nous avons déjà signalé ce mot comme ayant deux sens différents dans notre ancien droit et dans notre droit moderne). — Pothier en donnait la définition suivante : « La société anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi compte en participation, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent d'*être de part* dans une certaine négociation qui sera faite par l'une d'elles en son nom seul (2). » — Cette définition, rapprochée des dénominations usitées dans notre ancien droit, fait ressortir les deux caractères suivants pour la participation : — 1° On est convenu de partager les bénéfices et les pertes, et en cela la participation ressemble à une société; — mais 2° il n'y a pas *collaboration active,*

(1) Le C. com. ital., a. 234, donne une formule plus précise.

(2) Pot., *Contrat de Soc.*, n. 61. — V. aussi Savary, 2e part., liv. I, ch. I. Jousse et Bornier sous l'ord. 1673, tit. IV, art. 1.

Source BIU Cujas

soit par le concours personnel, soit par le concours du crédit, soit par le concours des capitaux; chacun, ou l'un des coparticipants tout seul, agit isolément en son nom seul; et par là la participation diffère essentiellement des sociétés (1). — Savary cite comme exemples : l'achat d'une cargaison par un négociant, de compte à demi avec un autre, de façon à partager les bénéfices ou les pertes; l'achat au loin d'une marchandise qui fait défaut sur une place, toujours de compte à demi entre deux négociants; le concert fait entre plusieurs acheteurs dans un même marché, ayant pour but de ne pas se faire concurrence pour ne pas faire monter les prix, et de partager ensuite entre eux les marchandises achetées dans les proportions déterminées.

366. Ces précédents établis, nous admettrons que la participation a encore aujourd'hui les mêmes caractères. Le caractère essentiel, c'est *l'absence de collaboration active;* c'est-à-dire que les coparticipants ne travaillent pas en commun, n'ont pas formé un fonds commun exploité pour tous, ne font pas concourir leur crédit respectif à l'affaire sociale (2). — Ils ne travaillent pas en commun : un seul ou quelques-uns agissent pour tous, ou bien l'un agit indépendamment d'un côté, par exemple pour faire des achats, tandis que l'autre agit indépendamment, d'un autre côté, par exemple pour faire des ventes (3). — Il n'y a pas de fonds commun (4) : celui qui agit fournit par devers soi les fonds nécessaires aux opérations qu'il fait (5), ou les reçoit d'un autre ou des autres, mais sans qu'ils deviennent la copropriété des coparticipants (6). — Ils ne mettent pas en commun leur crédit (7); car un seul dans chaque acte est connu des tiers, qui ne suivent que sa foi et ne comptent que sur son crédit.

De ce caractère fondamental, l'absence de collaboration active, il s'ensuit qu'il n'y a pas de raison sociale (8); sans cela il y aurait société en nom collectif (9); — qu'il n'y a pas de personnalité morale (10) : ni quant à la compétence (11); ni quant à la représentation en justice (12); ni quant au privilège des créanciers sociaux sur les apports (13); — qu'il n'y a pas solidarité entre les coparticipants, pas même une dette conjointe ; celui-là seul est obligé qui

(1) Pont en fait une véritable société (n. 1775 et suiv.); et l'identifie avec une société civile (n. 815, 1771).

(2) Al. n. 408. V. aussi Brav., t. I, p 368, — *Contrà :* Pont, n. 1775 et suiv.

(3) Cass. 4 juin 1860, D. P. 60. 1. 267; Nancy, 5 juin 1869, D. P. 72. 2, 115. — Brav., t. I, p. 368, 2°. Al. n. 408.

(4) Troplong, *Soc.*, n. 499. Brav., t. I, p. 368, 5°. Al. n. 408. — *Contrà :* Pont, n. 1775 et suiv., 1783.

(5) Req. 4 déc. 1860, D. P. 61. 1. 302.

(6) Poitiers, 13 juin 1870, D. P. 70. 2. 189; Req. 22. déc. 1874, D. P. 76. 1. 72. — C. com. ital., a. 236.

(7) Brav., t. I, p. 368, 3°. Pont, n. 1796. C'est le caractère fondamental, suivant Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 102, 103.

(8) Req. 30 juill. 1877, D. P. 78. 1. 290, etc. — Pont, n. 1793.

(9) Même arrêt ; etc.

(10) Pont, n. 1801. Ly. et R., n. 527. — C. com. ital., a. 235.

(11) Cass. 16 août 1865, D. P. 66. 1. 200. Brav., t. I, p. 368, 2°; 369, 6°.

(12) Aix, 2 mai 1871, D. P. 72. 2. 165.

(13) Brav., t. I, p. 368, 4°.

Source BIU Cujas

a traité avec les tiers, sauf règlement entre eux (1); — qu'il ne peut y avoir faillite de la participation, mais seulement faillite individuelle des copartici-pants (2).

Une conséquence de cette nature de la participation, c'est qu'en pratique elle n'est employée que pour des opérations isolées, ou pour un ensemble d'opérations qui ne doivent pas durer pendant un temps bien long, parce qu'elle ne se prête pas facilement, soit à des rapports permanents entre les coïntéressés, soit à une entreprise fixe et prolongée (3). C'est ce qu'indique l'art. 48, en disant qu'elle « *est relative à une ou plusieurs opérations de commerce* ».

367. Des auteurs ont voulu faire de cette condition, *naturelle* à la participation, un caractère *essentiel*. De cette doctrine il résulterait deux choses : — 1° qu'il ne pourrait pas y avoir participation si l'on a pour objet, en s'associant, une entreprise suivie et prolongée, lors même que tous les caractères indiqués plus haut se rencontreraient dans l'association (4) ; — 2° qu'en dehors des *associations en participation*, définies ci-dessus et ne présentant pas les caractères essentiels d'une société, il peut y avoir de véritables *sociétés en participation*, caractérisées alors par l'unité d'opération (5). Ces deux solutions sont corrélatives l'une de l'autre. — On argumente dans ce sens du texte de l'art. 48, où le législateur n'a pas su trouver d'autre définition de la participation que de dire qu'elle a pour objet une ou plusieurs opérations ; tous les exemples cités par Savary portent sur des opérations isolées (V. *suprà*, n. 365) ; l'art. 48 montre qu'on a suivi son inspiration sur ce point ; c'est ce qui résulte aussi de travaux préparatoires (6) ; — on argumente aussi de la place des art. 47 et suiv. dans le titre *des sociétés*, et des mots de l'art. 47 : « indépendamment des trois espèces de sociétés-ci-dessus » ; donc, dit-on, la participation est aussi une société ; — l'art. 50, C. com., ne la sépare nettement des sociétés qu'au point de vue des *formes ;* donc elle peut s'en rapprocher pour le fond (7).

Nous n'admettons pas ce système, qui n'est pas conforme aux précédents historiques, et qui n'est pas rationnel ; car quel motif y aurait-il de donner des règles totalement différentes pour une société qui aurait pour but seulement quelques opérations, au lieu d'avoir pour objet un ensemble d'opérations ? — ce caractère même est très peu précis ; car quel sera le nombre d'opérations qui sera nécessaire pour constituer un ensemble, une entreprise durable ? On ne le dit pas et on ne peut le préciser ; — quant à l'art. 48, il indique un caractère ordinaire, naturel ; non pas un caractère essentiel de la participation, car il n'est nullement rédigé dans une forme impérative ; c'est également le

(1) Paris, 27 janv. 1876, D. P. 79. 2. 74 , Cass. 21 mars 1876, D. P. 76. 1. 198.— Pont, n. 1792. V. Brav., t. I, p. 368, 3°.

(2) Caen, 18 mai 1864, D. P. 65. 2. 103.

(3) *Sic :* Al. n. 408.

(4) Douai, 3 fév. 1875, D. P. 77. 2. 140.

(5) V. dans Brav., t. I, p. 377-382, l'énumération de tous les caractères qu'il assigne à ces sociétés en participation.

(6) Locré, t. XVII, p. 258, 309, 350.

(7) Douai, 3 févr. 1875, D. P. 77. 2. 140. — Locré, sur l'a. 47. Pard., n. 1046. Persil, sur l'a. 47. Malep. et Jourd., p. 260. Delangle. *Soc.*, n. 606 et suiv. Brav., t. I, p. 369 et suiv., et Demang., t. I, p. 376, en note. Pont, n. 1787, 1788.

Source BIU Cujas

sens des travaux préparatoires; on y a d'ailleurs aussi exprimé que la participation n'existe pas à l'égard des tiers (1); — l'a. 47 commence sans doute par dire : « indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus »; mais ensuite, pour parler de la participation, il dit : « l'*association* en participation »; l'opposition des deux mots indique bien clairement qu'il ne regarde pas la participation comme une véritable société; — enfin, si cette matière est placée au titre des sociétés, c'est parce qu'elle présente certaines analogies avec les sociétés et que les anciens commentateurs en traitaient à ce propos; mais déjà ceux-ci indiquaient une foule de différences, et les art. 47-50 sont tous consacrés aussi à signaler des différences (2).

368. L'art. 48 consacre la liberté des parties quant aux conditions de la participation; et l'association restera toujours une participation, quoique les parties aient écarté certains des caractères que nous avons énumérés, si les caractères essentiels d'une société proprement dite ne sont pas réalisés (3); notamment si l'on n'a pas organisé le concours des personnes d'une part, de leur crédit ou de leurs capitaux d'autre part, et pourvu que les tiers n'aient pas pu croire à l'existence d'une véritable société. — Ainsi tous pourraient traiter avec les tiers, et seraient par là débiteurs, non seulement conjoints, mais même solidaires; car on admet que la solidarité est de droit commun en matière commerciale, lorsque les tiers ont pu constater une communauté d'intérêts entre les débiteurs (V. n. 435) (4). — Ainsi, dans certains actes, l'un des coparticipants pourrait agir au nom des autres, en vertu d'un mandat exprès, pourvu qu'il ne se présentât pas comme ayant, dans tous les actes et envers tout le monde, le droit d'agir en leur nom, pourvu qu'il n'agit pas sous une raison sociale, ou que cette manière de traiter ne se renouvelât pas assez fréquemment pour faire croire à l'existence d'une société en nom collectif (5). — On pourrait encore établir la copropriété de certaines choses ou de certaines sommes, s'il n'y a pas un fonds social commun, affecté à toutes les opérations sociales (6); on pourrait même établir un siège social (7).

Il faut admettre, avec la Cour de cassation, que les cours d'appel sont souveraines pour apprécier si telle société est ou non une participation (8).

369. Jusqu'ici nous avons surtout indiqué les caractères négatifs de la participation; nous devons maintenant donner les solutions positives corrélatives; nous le ferons en précisant les points suivants : — 1° Capital de l'entreprise; — 2° Droits des tiers; — 3° Partage.

(1) Jaubert et Regnault : Locré, t. XVII, p. 194, 195.

(2) Paris, 7 fév. 1863, D. P. 63. 2. 62. etc. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 31. Ly. C. et R., n. 522. — C. com. ital., a. 233.

(3) Rennes, 28 janv. 1856, D. P. 56. 1. 182.

(4) Poitiers, 6 avril 1870, D. P. 70. 2. 192. — C'est ce que la L. belge, a. 108, admet dans ce qu'elle appelle *association momentanée*.

(5) Même arrêt.

(6) Rennes, 28 janv. 1856, D. P. 56. 2. 182. — Al. n. 408.

(7) Req. 6 mars 1877, D. P. 77. 1. 103. — *Contrà :* Pont, n. 1807.

(8) Cass. 8 mai 1867, D. P. 67. 1. 225. — Al. n. 415.

Source BIU Cujas

1° Capital de l'entreprise.

370. Il est le plus souvent fourni par celui qui agit, ou par chacun de ceux qui agissent, pour les opérations qu'il fait. Alors celui qui traite devient seul propriétaire de ce qu'il achète (1), et il en reste propriétaire lors même qu'il aurait fait passer les marchandises à ses coparticipants, qui seront comme des dépositaires ou des commissionnaires à l'effet de faire les opérations ultérieures (2), s'il y a lieu, par exemple, de les revendre. Il s'ensuit qu'il pourra les revendiquer en cas de faillite de ces coparticipants (3). Mais aussi elles restent à ses risques, du moins si la perte ne se rattache pas aux opérations communes; car dans ce dernier cas, elle serait à la charge de l'entreprise et chacun devrait y contribuer (4). Il faudrait des circonstances exceptionnelles et des conventions bien formelles pour le considérer comme ayant revendu ces marchandises à ses coparticipants.

Il peut se faire aussi que les valeurs nécessaires à l'opération soient fournies, à celui qui agit, par un ou par plusieurs autres de ses coparticipants. Alors il faut distinguer suivant les cas. — Si c'est de l'argent ou des choses fongibles qui sont ainsi envoyées, celui qui a reçu devient propriétaire, et les opérations qu'il fait avec ces valeurs lui confèrent les mêmes droits que nous venons d'indiquer; il est seulement débiteur de ces valeurs envers ses coparticipants (5). — Si c'est un objet certain, mobilier ou immobilier, et que la jouissance ou l'usage seuls soient nécessaires pour l'opération, il reste la propriété de celui qui l'a fourni; celui qui l'a reçu n'est que dépositaire et ne peut l'aliéner. Si, au contraire, il est destiné à être vendu, suivant les faits il y aura ou il n'y aura pas translation de la propriété : celui qui a reçu peut n'être qu'un dépositaire et un commissionnaire pour les opérations ultérieures; il peut aussi être considéré comme acquéreur de ces objets, d'après les conventions des parties (6).

2° Droits des tiers.

371. Ceux qui ont traité avec un des coparticipants ont action contre lui et contre lui seul (7). Ils peuvent poursuivre tous les biens dont il est propriétaire, soit qu'il le fût avant la participation, soit qu'il le soit devenu par suite de la participation, comme nous venons de le dire. Mais ils subiront sur tous ces biens le concours de ses créanciers personnels, car lui seul est débiteur, et les biens acquis comme conséquence de la participation ne sont pas distincts de ses autres biens. Les participants ne peuvent pas agir en distraction de ces biens; ils viendraient seulement au marc le franc sur le patrimoine entier du coparticipant, en vertu de leur créance contre lui.

Q. *Ceux qui ont traité avec l'un des coparticipants pour l'objet de la participa-*

(1) Req. 22 déc. 1874, D. P. 76. 1. 72. — Vincens, t. I, p. 380. Al. n. 409, 410. Ly. C. et R., n. 528.

(2) Al. n. 410.

(3) Nancy, 5 juin 1869, D. P. 72. 2. 115, etc. — Vincens, t. I, p. 380. Al. n. 410. Pont, n. 1841. Ly. C. et R., n. 528.

(4) Pont, n. 1830 et suiv. Ly. C. et R., n. 529. — *Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 98. — V. Mol. n. 608.

(5) Al. n. 409.

(6) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 32. Al. n. 413. Ly. C. et R., n. 528.

(7) Aix, 16 mai 1868, D. P. 68. 2. 48. — C. com. ital. n. 235.

Source BIU Cujas

tion n'ont-ils pas une action directe contre les autres coparticipants? — 1er S. *Oui*: ils ont l'action *de in rem verso*, si ces derniers ont profité de l'opération (1). — 2e S. *Non* (!) : nos codes n'ont nulle part admis cette action comme règle générale; nous l'avons déjà dit : celui qui traite avec quelqu'un suit sa foi, n'a que lui pour débiteur, et ne peut pas aller chercher ceux qui ont pu profiter de l'opération, pour les poursuivre (2).

Il en serait autrement, bien entendu, si les coparticipants avaient tous contracté, ou si l'un avait agi comme mandataire des autres (3). Alors ils seront solidaires d'après les principes que nous exposerons plus bas (n. 435) : car l'existence d'un intérêt commun entre eux aura par cela même apparu aux tiers (4). De même en cas de délit commis en commun (5); et si les tiers ont pu croire à une société en nom collectif (6).

3° **Partage.**

372. C'est dans ce partage que se réalise la *participation*, comme son nom l'indique. Il faut liquider l'opération et répartir les bénéfices et les pertes entre les intéressés. Cette répartition se fera conformément à la convention, et, à défaut de convention, elle devrait avoir lieu au prorata des capitaux engagés par chacun dans les opérations faites de compte à demi (7). — Il pourrait être convenu que l'une des parties ne contribuerait aux pertes que jusqu'à concurrence d'une somme fixe; la participation alors imiterait la commandite (8). — Si parmi les intéressés, il y a des insolvables, la part de ceux-ci devra être répartie entre les autres (9).

Si l'opération a une certaine durée, pourrait-on exiger une répartition des bénéfices ou une contribution aux pertes, au cours de l'opération, avant qu'elle ne soit liquidée? — Oui : d'après les usages du commerce, les bénéfices sont censés réalisés, et les pertes fixées aux époques des inventaires ou du règlement des comptes entre les parties par les écritures (10). Il en serait de même, si la participation avait pour objet plusieurs opérations distinctes, à la fin de chaque opération (11).

(1) Alger, 10 juin 1871, D. P. 72. 2. 207, parait être dans ce sens. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Soc.*, § 2, n. 2. Pard., n. 1049. Malep. et Jourd., n. 264 et suiv.

(2) Rennes, 4 mars 1880, D. P. 81. 2. 210.—Troplong, *Soc.*, n. 780-802. Delangle, *Soc.*, n. 603, 604. Vincens, t. I, p. 378. Molinier, n. 597. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 38. Massé, n. 1983. Béd., *Soc.*, n. 443 et suiv. Al. n. 413. Ly. C. et R., n. 530. — L. belge, a. 125, 2e al.

(3) Req. 10 août 1875, D. P. 77. 1. 109.

(4) Metz, 29 nov. 1854. D. P. 55. 2. 135. — Pard., n. 1049. Troplong, *Soc.*, n. 855. Delangle, *Soc.*, n. 603, 604. Mol., n. 580 et suiv. Brav., t. I, p. 379. Béd., *Soc.*, n. 442, *in fine*. Al. n. 414. Pont, n. 1799 et suiv., 1851, 1852. Ly. C. et R., n. 531; consult. note dans Dalloz, 1870. 2. 48.

(5) Req. 12 janv. 1881, D. P. 81. 1. 248.

(6) Req. 23 juill. 1877, D. P. 78. 1. 88.

(7) Casaregis, *Disc.* 39.

(8) Mol. n. 617 et suiv. Brav., t. I, p. 382. Al. n. 411. Pont, n. 1824. Ly. C. et R. n. 532.

(9) Req. 29 mai 1845, D. P. 45. 1. 449. — Pont, n. 1838. Ly. C. et R., n. 533.

(10) Dall., v° *Soc.*, n. 1651. Béd., *Soc.*, n. 467. Al. n. 412. Pont, n. 1835.

(11) Rouen, 31 juill. 1845, D. P. 46. 2. 6.

Source BIU Cujas

CHAPITRE IX.

DISSOLUTION, LIQUIDATION ET PARTAGE DES SOCIÉTÉS.

Quatre Sections : — 1° Dissolution ; — 2° Liquidation ; — 3° Partage ; — 4° Prescription.

SECTION PREMIÈRE.

DISSOLUTION.

373. Les causes de dissolution sont indiquées dans l'art. 1865, C. civ ; nous les avons déjà énumérées à propos des sociétés civiles ; nous y revenons pour discuter leur application aux diverses sociétés commerciales.

Trois paragraphes : — 1° Causes de dissolution de plein droit ; — 2° Dissolution en justice ; — 3° Publicité.

§ Ier

Dissolution de plein droit.

Six causes :

374. 1° **Expiration du terme** convenu. — Sauf prorogation (C. civ., art. 1866) ; mais la prorogation devrait en général être acceptée par l'unanimité des associés, à moins qu'elle n'eût été prévue par les statuts. Elle devrait être rédigée et publiée comme la convention originaire (V. n. 352). La prorogation pourrait encore résulter tacitement de la continuation des opérations après le terme fixé (1) ; mais elle devrait toujours être publiée sous peine de nullité pour l'avenir (2).

2° **Extinction de la chose.** — V. nos explications sommaires sur l'art. 1867, C. civ. (*suprà*, n. 154).

3° **Consommation de la négociation ;** — quand la société est faite en vue d'une affaire ou d'une série d'affaires déterminée.

4° **Mort naturelle** d'un associé ; — sauf stipulation contraire, souvent usitée, d'après laquelle les héritiers reprennent sa part, déterminée, soit par une liquidation partielle, soit, pour plus de simplicité, d'après le dernier inventaire (3) ; — et sauf continuation avec les héritiers (C. civ., art. 1868) (4).

5° **Mort civile, interdiction, déconfiture** d'un associé ; nous ajouterons *la faillite* d'un associé (5). — C'est qu'alors il est souvent impossible

(1) Rej. 14 mars 1848, D. P. 48. 1. 120. — *Contrà :* C. com. ital. a. 190.

(2) Poitiers, 27 mars 1874, D. P. 76. 2. 15.

(3) Mais ils ne pourraient réclamer une part du fonds de réserve, avant la fin de la société : Dijon, 22 janv. 1877, D. P. 79. 2. 73.

(4) Req. 24 déc. 1877, D. P. 79. 5. 386 — V. Demang. sous Brav., t. I, p. 400.

(5) Req. 4 août 1880, D. P. 80. 1. 464. — Pot., *Contr. de Soc.*, n. 146. Delangle, *Soc.*, n. 661. Pâris, n. 897. Brav., t. I, p. 398. Al. n. 248. — *Contrà :* Pard., n. 1066. Troplong, *Soc.*, n. 906.

Source BIU Cujas

d'exiger de lui l'exécution de ses obligations. Les statuts pourraient néanmoins écarter cette cause de dissolution (1).

375. **Nota :** Ce 4° et ce 5° ne s'appliquent qu'aux sociétés faites *intuitu personæ ;* ils ne s'appliquent pas aux actionnaires dans les sociétés par actions (2), ni aux sociétés à capital variable (L. 1867, art. 54). — Il y a controverse pour savoir s'ils s'appliquent aux commanditaires dans la commandite par intérêts. Nous admettrons qu'ils s'appliquent à eux ; parce que la société est aussi contractée *intuitu personæ* à leur égard ; car, sans cela, on aurait fait une commandite par actions (3). — Il y a encore un doute spécial pour le cas de faillite des commanditaires quand ils ont versé leurs mises. On dit que dans ce cas la faillite ne doit pas dissoudre la société, car ces commanditaires n'ont plus d'obligations à remplir (4). Nous admettrons néanmoins la dissolution : les commanditaires qui ont versé leur mise doivent encore leur concours personnel pour le contrôle, la surveillance, les conseils (art. 28), et ce concours exige la confiance réciproque, qui n'est plus possible en cas de faillite ; ils peuvent encore être éventuellement obligés pécuniairement, par exemple pour la restitution de dividendes fictifs (L. 1867, a. 10), ou pour des faits d'immixtion dans la gestion (art. 28) (5).

376. 6° **Volonté de l'un des associés,** mais seulement si la société est faite pour une *durée illimitée*, et à la condition que la retraite ne soit pas inopportune et faite de mauvaise foi (C. civ., art. 1869 et 1870). — Cette cause est encore inapplicable aux sociétés par actions et aux sociétés à capital variable, mais pour une autre raison que les causes précédentes : c'est que l'associé pouvant toujours se retirer en vendant ses actions, ou même en reprenant sa mise (dans les sociétés à capital variable), il ne peut pas avoir d'intérêt légitime à faire dissoudre la société (6).

Nous ajouterons une cause spéciale aux sociétés par actions : ce serait le fait de la réunion de toutes les actions dans les mêmes mains, ce qui est possible dans les sociétés qui n'ont pas un très fort capital (7).

Faut-il ajouter à ces causes la faillite de la société (non plus celle d'un associé)? — Cette faillite pourra le plus souvent rentrer dans l'extinction de la chose, car l'actif sera ordinairement absorbé par le passif. Mais cela n'est pas nécessaire, car nous verrons que la faillite est possible quoique plus tard il reste un excédant d'actif; d'autre part, il peut y avoir un concordat au profit de la société (arg. de l'art. 531), ce qui lui laisse un actif, et en tout cas suppose bien qu'elle dure encore. Donc nous dirons que la faillite de la société n'est pas pour celle-ci une cause spéciale de dissolution (8).

(1) Paris, 28 nov. 1874, D. P. 77. 2. 141 ; Req. 18 janv. 1881, D. P. 81. 1. 244.

(2) Pard., n. 1057. Brav., t. I, p. 400. Al. n. 237. Pont, n. 1895.

(3) Pard., n. 1057. Troplong, *Soc.*, n. 888. Delangle, *Soc.*, n. 644. Malep. et Jourd., n. 299 et suiv. Pâris, n. 863. Brav., t. I, p. 401. Pont, n. 1895. Ly. C. et R., n. 552. — *Contrà* : Al. n. 237. C. com. ital., a. 191, 2° al.

(4) Pard., n. 1066. Pâris, n. 893. Al. n. 249.

(5) Pont, n. 1908.

(6) Brav., t. I, p. 408. Al. n. 254 et suiv.

(7) V. des solutions intéressantes : Req. 10 avril 1867, D. P. 67. 1. 398.

(8) Paris, 12 juill. 1869, S. 71. 1. 233. — Demang. sous Brav., t. V, p. 676. Al. n. 251. Ly. C. et R., n. 558. Pont, n. 1909. — *Contrà :* Amiens, 30 janv. 1867, D. P. 69. 1. 98. C. com. ital., a. 189, 4°, même en cas de concordat.

Source BIU Cujas

2

Dissolution en justice.

377. L'art. 1871, C. civ., cite des exemples des causes qui peuvent autoriser à faire prononcer en justice la dissolution, et ajoute : « ou autres cas semblables ». Nous distinguerons deux catégories de causes : — 1° Une cause commune à tous les contrats : l'*inexécution des obligations* (C. civ., art. 1184) qui donnera lieu, en outre, à des dommages-intérêts; — 2° Tout autre *juste motif* laissé à l'appréciation des tribunaux, qui constateront seulement que ce motif rend impossible la marche de la société (1); ce sera, par exemple, l'infirmité d'un associé; une inimitié entre les associés; une simple diminution du capital social (Cf. L. 1867, art. 37) (2). Les causes de cette catégorie peuvent être invoquées par ceux mêmes de qui elles proviennent, à la différence de celles de la première catégorie (3). Cette règle est d'ordre public et aucune convention ne peut l'écarter (4).

§ 3

Publicité.

378. Elle est exigée par l'art. 61 de la loi du 24 juillet 1867, reproduisant sur ce point l'art. 46 du code de commerce. Elle doit être donnée même lorsque la société n'a pas été publiée; car les tiers peuvent arguer de l'existence de cette société, puisque la nullité provenant du défaut de publicité ne leur était pas opposable (5); à la charge seulement de prouver qu'ils en connaissaient l'existence (6). — La sanction est que la dissolution non publiée ne sera pas opposable aux tiers (L. 1867, art. 56, 3e al., et 61, 1er al.); ce qui est surtout important en ce que les pouvoirs des gérants ne seront pas censés révoqués (Cf. C. civ., art. 2005).

Parmi les causes de dissolution, il en est au moins une dont on n'est pas obligé de publier l'arrivée ; c'est le terme : l'art. 61 (L. 1867) est formel sur ce point ; cela tient à ce que la clause relative au terme a été publiée avec les statuts (7). Mais on devrait publier l'arrivée de la condition (8). — *Doit-on publier les faits non volontaires qui dissolvent la société?* P. ex., la mort d'un associé, l'extinction de la chose? — Cela sera toujours plus sûr, puisqu'un doute est possible. Mais cela ne nous paraît pas exigé, car l'art. 61 de la loi (comme l'art. 46 du Code) ne parle que des *actes et délibérations* ayant pour objet la

(1) Ils sont souverains sur ces questions : Req. 15 mars 1881, D. P. 82. 1. 421, etc.

(2) V. divers cas : Pard., n. 1067 et suiv. Delangle, *Soc.*, n. 674 et suiv. Duvergier, n. 450. Troplong, *Soc.*, n. 993 et suiv. Paris, n. 916 et suiv. Malep. et Jourd., n. 314 et suiv. Brav., t. I, p. 415. Al. n. 258 et suiv.

(3) Brav., t. I, p. 416.

(4) Paris, 28 nov. 1874, D. P. 77. 2. 141. — Ly. C. et R., n. 560.

(5) Douai, 3 févr. 1875, D. P. 77. 2. 140. — Brav., t. I, p. 424. Pont, n. 1203

(6) Même arrêt.

(7) Brav., t. I, p. 420.

(8) Al. n. 229. — *Contra :* Pont, n. 1196.

Source BIU Cujas

dissolution de la société (1). — La dissolution en justice devrait être publiée, à raison du même texte (2).

SECTION II.

LIQUIDATION.

379. La liquidation est une opération qui a pour but de réaliser l'actif et d'éteindre le passif, de manière à faire ressortir l'actif net qui se partagera ensuite entre les associés. Il y a encore pour cela une série d'opérations assez longue à faire : des ventes des marchandises en magasin, des recouvrements de créances, des paiements de dettes. Mais à partir de la dissolution, il n'y a plus lieu à des opérations nouvelles d'un commerce actif (3), il n'y a plus de collaboration tendant à produire des bénéfices; il ne reste plus qu'à terminer les opérations commencées, et pour cela il subsiste seulement une *communauté passive* d'intérêts qu'on travaille à rendre partageable.

Malgré l'objet restreint des opérations à réaliser et malgré la dissolution de la société, il faut admettre, avec la pratique et tous les auteurs récents, que *la personne morale survit* dans l'intérêt de la liquidation; en effet la garantie que cette personnalité offre aux créanciers ne doit pas disparaître au moment même où elle va produire son effet le plus important (4). — De ce que la personnalité morale survit dans l'intérêt de la liquidation, il s'ensuit : — que les créanciers sociaux continuent à avoir leur droit de préférence sur le fonds social; — que la liquidation peut être mise en faillite; — qu'elle est valablement représentée par les liquidateurs pour les actions en justice actives ou passives (5); pour les paiements à recevoir (6); — que le juge du siège social ou bien celui du domicile élu reste compétent (7); — enfin que la propriété des biens réside toujours sur la tête de l'être moral; d'où les immeubles ne sont pas grevés des hypothèques générales du chef des associés (8); on peut les aliéner sans formalités quoiqu'il y ait des mineurs parmi les associés ou leurs héritiers (9); la purge aura lieu sur la société (10). — Mais la personnalité morale ne subsiste que dans l'intérêt de la liquidation, et non dans l'intérêt des associés. D'où il suit que le droit de ceux-ci sera censé avoir été, dès le jour de la dissolution, mobilier ou immobilier, suivant le résultat du partage de la société.

(1) Req. 15 déc. 1880, D. P. 82. 1. 393, etc. — Pard., n. 1088. Delangle, *Soc.*, n. 580. Béd., *Soc.*, n. 403 et suiv. Brav., t. I, p. 421 et suiv. Pont, n. 1194. Ly. C. et R., n. 561. — *Contrà :* Troplong, *Soc.*, n. 993. Al. n. 246 et suiv.

(2) *Contra :* Pont, n. 1200.

(3) Rej. 25 août 1879, D. P. 79. 1. 465. — Pont, n. 1932. — C. com. ital., a. 201.

(4) Req. 16 août 1880, D. P. 82. 1. 80. — Troplong, *Soc.*, n. 1004-1006. Pâris, n. 937, 941 et suiv. Frémery, p. 69, note 5. Béd., *Soc.*, n. 480. Brav., t. I, p. 439. Massé, n. 1006. Al. n. 421-422. Pont, n. 1930. Ly. C. et R., n. 563. Loi belge, a. 111. — *Contrà :* Pard., n. 1070. Dageville, t. I, p. 79. Delangle, *Soc.*, n. 687. Malep. et Jourd., p. 325, 341, 346.

(5) Même arrêt.

(6) Req. 27 juill. 1863, D. P. 63. 1. 460.

(7) Bourges, 21 août 1871, D. P. 73. 2. 34.

(8) Cass. 29 mai 1865, D. P. 65. 1. 380. — Pont, n. 1391.

(9) Même arrêt.

(10) Req. 27 juill. 1863, D. P. 63. 1. 460. — Pont, n. 1931. Ly. C. et R., n. 563.

Source BIU Cujas

380. La liquidation pourrait être faite par tous les associés ou par les gérants de la société. Mais souvent cela sera peu utile; la liquidation est une opération peu intéressante, exigeant certaines connaissances assez restreintes, mais ne demandant aucune capacité commerciale. Les associés aimeront mieux occuper autrement leur temps et leur intelligence, et on nommera un liquidateur souvent étranger à la société (1).

Le liquidateur peut être nommé dans l'acte même de la société; cela présente l'avantage qu'il est toujours plus facile de s'entendre à ce moment (2). Mais si la société doit durer un temps assez long, cela n'est pas praticable. Alors le liquidateur sera nommé après la dissolution par les associés. — **Q.** *Faudra-t-il pour cela l'unanimité?* On l'admet assez généralement en disant que, faute de l'obtenir, on devrait s'adresser à la justice (3).—Nous reconnaissons que si les statuts sont muets et si quelques associés veulent liquider eux-mêmes, c'est leur droit et on ne peut aller contre leur volonté. Mais alors la justice serait aussi impuissante que la majorité. Si au contraire les statuts ordonnent la nomination d'un liquidateur, le choix peut être fait à la majorité; ce n'est que l'exécution du pacte social.

On peut choisir un ou plusieurs liquidateurs, associés ou non. Leur mandat est révocable, s'il n'a pas été donné dans l'acte de société (C. civ., art. 1856). Il sera révoqué de la même manière qu'il a pu être conféré (V. la question précédente).

Devoirs des liquidateurs.

381. D'abord, faire l'inventaire avec le bilan, en arrêtant tous les comptes (4).

Puis réaliser l'actif : en vendant les marchandises en magasin, les objets servant à l'installation commerciale ou industrielle; en recouvrant les créances de la société.

Ensuite payer les dettes de la société. Ce sont eux que les créanciers sociaux doivent poursuivre, comme autrefois le gérant, tout en conservant leur action personnelle, et solidaire, s'il y a lieu, contre les associés. — Les liquidateurs doivent ainsi payer les créanciers intégralement avant de faire aucune répartition du fonds social entre les associés, car les créanciers doivent être payés avant les associés (5). S'il y a des créanciers à terme ou conditionnels, ils doivent garder entre leurs mains de quoi les désintéresser. — S'ils n'ont pas entre leurs mains de quoi satisfaire tous les créanciers, ils doivent le constater par le bilan, et faire verser par les associés tout ce qui leur manque dans la limite des apports promis par chacun d'eux, et proportionnellement à ces apports (6). Ils atteindront ainsi toutes les dispenses d'apport qui auraient

(1) Troplong, *Soc.*, n. 1035. Pâris, n. 984. Horson, quest. 22. Malep. et Jourd., p. 324. Al. n. 423-424. Pont, n. 1929.

(2) Brav., t. I, p. 429.

(3) Troplong, n. 1025, 1026 et suiv. Pâris, n. 987. Malep. et Jourd., p. 323. Béd., *Soc.*, n. 485. Al. n. 423. Pont, n. 1941, Ly. C. et R., n. 564. C. com. ital., a. 197, 2e al. *Contrà :* Persil, p. 380. Delangle, *Soc.*, n. 685. Brav., t. I, p. 430.

(4) C. com. ital., a. 200.

(5) C. com. ital., a. 201.

(6) C. com. ital., a. 202.

Source BIU Cujas

pu être consenties à quelques associés, et toutes les reprises d'apport, directes ou indirectes (1) qui auraient pu avoir lieu au cours de la société (V. n. 209, 210, 249).

Quelle est l'étendue de ce droit de la société ou de ses représentants? Elle est très facile à préciser à l'égard des commanditaires ou actionnaires : on ne pourra leur demander que le versement ou le rétablissement de leur mise (C. com., art. 26, 33) (2). Mais, pour les associés en nom, on peut hésiter. Nous pensons qu'on ne pourra, par l'action dont nous parlons, leur réclamer aussi que l'apport qu'ils avaient promis dans le pacte social ; et qu'on ne pourra pas, en invoquant la solidarité à laquelle ils se sont soumis, leur demander, au delà de cet apport, tout ce qui est nécessaire pour le paiement des dettes sociales. Sans doute, ils sont tenus indéfiniment envers les créanciers sociaux ; mais cette poursuite indéfinie ne pourrait être exercée que par ceux-ci ou par leurs représentants (p. ex. les syndics de la faillite de la société); elle ne pourrait pas être exercée par la société ou par ses représentants exclusifs. En effet les associés en nom ont sans doute promis *à la société* d'acquitter ses dettes solidairement; c'est envers la société une promesse de cautionnement (V. *suprà*, n. 189); mais ils n'ont jamais promis à la société de verser *dans la caisse sociale* plus que leur apport (cf. n. 249, 4°); la société n'a donc pas le droit d'exiger ce versement; et à plus forte raison n'est pas tenue de l'exiger; elle n'a qu'à laisser ses créanciers veiller à leurs droits sur ce point. Les liquidateurs, qui sont les représentants de la société et nullement des créanciers (3), ne demanderont donc, aux associés solidaires, comme aux commanditaires ou actionnaires, que le complément de l'apport promis par eux dans le pacte social (4).

Si les liquidateurs négligeaient de réclamer promptement aux associés ce que ceux-ci doivent verser, ils seraient responsables envers eux, comme mandataires aux termes de l'art. 1991, du dommage qui pourrait résulter plus tard de l'insolvabilité de quelques associés, se répartissant contributoirement entre les autres.

Les associés pourraient-ils décharger le liquidateur de cette obligation, ou même lui donner le mandat impératif de partager le fonds social sans payer les dettes? Le liquidateur en acceptant ce mandat n'engagerait-il pas sa responsabilité à l'égard des tiers créanciers? On pourrait être tenté de le rendre responsable, en vertu de l'a. 1382, d'un acte qui va faire disparaître le gage des créanciers, et tomber à l'égard des associés sous le coup de l'a. 1167. (V.

(1) Ceci comprend toute restitution de mise faite en dehors des conditions de l'amortissement, c'est-à-dire qui ne serait pas prise uniquement sur les bénéfices (V. *suprà*, n. 233, 249 *in fine*, et 295); tout rachat d'actions avec les fonds sociaux (V. même n. 249, 5°); tout paiement de dividendes ou d'intérêts fait en l'absence de bénéfices (V. *suprà*, n. 200, 212, 214, 231, 249, 6°, 293), sauf dans les cas où l'art. 10 de la L. 24 juillet 1867 dispense de les rapporter, c'est-à-dire dans le cas où les actionnaires auraient été de bonne foi, ou dans le cas où, étant de mauvaise foi, ils seraient couverts par la prescription de cinq ans (V. *suprà*, n. 293, 295).

(2) Lyon, 7 avril 1865, D. P. 65. 2. 178. Cf. Al. n. 428.

(3) Cass. 16 mai 1877, D. P. 78. 1. 81 ; Rouen, 1er avril 1881, D. P. 82. 2. 92. — Pont, n. 1936.

(4) Req. 16 fév. 1874, D. P. 74. 1. 414. — C. com. ital., a. 202 *in fine*.

Source BIU Cujas

au n° 391). Mais ce partage n'est pas nécessairement fauduleux, les associés peuvent très honnêtement vouloir arrêter les frais d'une liquidation suspendue par un procès considérable ou par une créance à longue échéance, cesser de payer le liquidateur, et rentrer dans la disposition de leurs capitaux; tout en se tenant prêts à acquitter les dettes dès qu'elles seront liquides et exigibles (V. aussi au n° 391). Il n'y a donc aucune faute de la part du liquidateur à accepter le mandat dans ces termes; sauf bien entendu le cas d'une fraude sciemment concertée.

Une fois les créanciers payés, ils partageront le solde actif entre les associés, suivant les règles, qui seront données à la section 3; ce partage rentre dans leurs attributions (1).

Pendant toute la durée de la liquidation, les liquidateurs doivent faire les actes conservatoires, tenir des registres réguliers, dresser les états de situation et les communiquer aux actionnaires (2).

Ils sont responsables pendant trente ans à raison des faits de leur gestion. Mais seulement envers les associés; car ils ne sont pas mandataires des créanciers et il n'y a pas de texte qui les rende responsables envers les tiers (3).

Pouvoirs des liquidateurs.

382. Ils ont tout pouvoir pour vendre les marchandises, en détail ou en bloc, sans pouvoir faire aucune opération nouvelle, en continuant les anciennes seulement dans la mesure où cela est nécessaire afin de ne pas perdre (4); — pour poursuivre les débiteurs à mesure des échéances et leur donner quittance; pour faire traite sur eux (5); — même pour consentir un concordat aux débiteurs faillis (car les remises contenues dans le concordat sont considérées comme des actes de bonne administration); — pour payer les créanciers avec les deniers existants, à mesure des échéances (6); — pour agir et défendre en justice, au nom de la société, dont la personnalité morale subsiste à cet effet (V. *suprà*, n. 379).

Peuvent-ils emprunter? Nous dirons non, en principe, si ce n'est pour sommes modiques et à bref délai. Sans doute cela peut être utile, quand il y a avantage à payer immédiatement une dette et qu'on est obligé d'attendre des rentrées. Mais ils devront consulter les associés qui aimeront peut-être mieux faire les fonds (7). — A plus forte raison ne pourraient-ils pas donner

(1) Lyon, 13 janv. 1877, D. P. 79. 2. 95.

(2) Brav., t. I, p. 431 et suiv. Ly. C. et R., n. 565.

(3) Ly. C. et R., n. 570.

(4) Lyon, 29 juill. 1852, D. P. 54. 2. 101; Rej. 13 mars 1854, D. P. 54. 1. 130. — Ils obligent alors les associés, comme partout où ils agissent dans la limite de leur mandat. Al. n. 428.

(5) Paris, 29 août 1849, D. P. 50. 2. 4.

(6) Par contre les anciens gérants ne peuvent plus être poursuivis comme tels; les associés au contraire continuent à pouvoir l'être dans la mesure de leurs obligations personnelles : Brav., t. I, p. 436, 437. Ly. C. et R., n. 567. Et ils sont solidaires; les poursuites contre les liquidateurs interrompent la prescription contre eux. Ly. C. et R., *ibid.*

(7) Frémery, p. 70. Troplong, *Soc.*, n. 1012. Horson, t. I, p. 38 et suiv. Massé, n. 1962. Al. n. 430. Pont, n. 1960. — *Contrà* : Malep. et Jourd., p. 332. Vincens, t. I, p. 362, n. 2. Delangle, *Soc.*, n. 690. Paris, n. 1012. Ly. C. et R., n. 568.

Source BIU Cujas

à gage pour cela les marchandises sociales (1), ni hypothéquer les immeubles (2).

Peuvent-ils vendre les créances? Oui, en règle générale, car ils ont le pouvoir d'en recouvrer le montant de quelque façon que ce soit, mais pourvu que ce ne soit pas à des conditions trop onéreuses (3). Surtout ils peuvent le faire en endossant les effets en portefeuille (4).

Vendre les immeubles? On l'admet souvent en disant que cela est nécessaire pour partager (5). Mais il y a le principe de l'art. 1988, C. civ., qui dit que le mandat général ne comprend pas le pouvoir d'aliéner; — les associés peuvent désirer partager en nature, et beaucoup d'auteurs appliquent ici l'art. 826, C. civ. (v. *infrà*, n. 385); — même en supposant qu'il faille vendre, la vente est aussi nécessaire dans la faillite; pourtant les syndics ne peuvent vendre les immeubles sans une permission spéciale du juge-commissaire (art. 572) (6).

Transiger et compromettre? Nous l'admettrions seulement pour les intérêts dont ils peuvent disposer d'après les règles ci-dessus : C. civ., art. 2045, et C. pr., art. 1004 (7).

383. Quelquefois la liquidation est faite *à forfait*, souvent par un seul associé, qui, à certaines conditions, se charge seul envers ses coassociés de toutes les dettes sociales : il peut alors être poursuivi pour le tout, quand même il aurait été auparavant simple commanditaire (8); mais cette convention ne saurait faire perdre aux créanciers sociaux leurs actions personnelles contre les autres associés.

SECTION III.

PARTAGE.

384. Le code de commerce ne dit rien sur ce point; mais son art. 18 renvoie d'une manière générale aux règles du code civil, et l'art. 1872 de ce code renvoie aux règles sur le partage des successions. C'est donc aux art. 815 et suiv., C. civ., que l'on trouvera les règles du partage des sociétés. Nous ne les reproduirons pas ici; nous nous bornerons à quelques mots sur les points un peu délicats.

(1) Pâris, n. 1008. — *Contrà :* Al. n. 430. Pont, n. 1954.

(2) Pard., n. 1074, 2°. Troplong, *Soc.*, n. 1022. Delangle, n. 688. Béd., n. 497. Brav., t. I, p. 435. Al. n. 430. Code allemand, art. 137, § 2. — *Contrà :* Pont, n. 1958.

(3) Troplong, *Soc.*, n. 1017. Béd., n. 497. Al. n. 428. Pont, n. 1956. — *Contrà :* Delangle, n. 691. Persil, p. 387. Pâris, n. 1006. Malep. et Jourd., n. 329.

(4) Paris, 29 août 1849, D. P. 50. 2. 4, etc. — Pont, n. 1955.

(5) Troplong, n. 1017. Al. n. 428. Pont, n. 1957. Ly. C. et R., n. 568.

(6) Pard., n. 1074. Delangle, n. 691. Persil, p. 387. Pâris, n. 1006. Malep. et Jourd., p. 329. Brav., t. I, p. 434.

(7) Paris, 6 janv. 1854, D. P. 54. 5. 713. Pard., n. 1074, 2°. Vincens, t. I, p. 362. Horson, t. I, p. 49. Al. n. 429. Pont, n. 1959. Ly. C. et R., n. 569. Code allem., art. 137. — *Contrà :* Troplong, *Soc.*, n. 1023. Delangle, n. 688. Persil, p. 364. Malep. et Jourd., p. 332 et suiv. Béd., *Soc.*, n. 488 et suiv. Brav., et Demang., t. I, p. 433, 434, et note 1 de la page 434.

(8) Rej. 18 juill. 1870, D. P. 70. 1. 348.

Source BIU Cujas

L'art. 815, permettant à toute personne qui est dans l'indivision de demander le partage à tout moment, ne s'applique qu'après la dissolution de la société (1). Jusque-là, il n'y a pas indivision; car la société, être moral, est seule propriétaire du fonds social. Même dans les sociétés civiles quoiqu'il y ait indivision, puisqu'elles ne sont pas personnes morales, nous avons vu que la copropriété des associés est grevée d'une servitude d'indivision pour toute la durée de la société (*suprà*, n. 158) (2).

Comme conséquence aussi de la personnalité morale, nous admettons que l'art. 883 ne fait rétroagir l'effet du partage que jusqu'au jour de la dissolution (3). La question est discutée, mais elle n'a pas un très grand intérêt; car d'une part, ce sont, en général, des meubles qu'il s'agit de partager, et, d'autre part, quant aux immeubles, ceux même qui font rétroagir l'effet du partage dès avant la dissolution de la société, doivent au moins accorder que tous les droits consentis par l'administration sociale sont opposables aux associés qui acquièrent ces immeubles dans le partage; car l'administration est leur mandataire (4).

385. Quant aux *formes*, le partage ne sera pas soumis aux formalités du partage judiciaire, lors même qu'il y aurait des mineurs; c'est une conséquence de ce que la personne morale subsiste pour la liquidation (*suprà*, n. 379) (5). On ne sera pas non plus obligé de vendre les immeubles en justice (6). Pour la même raison, il n'y aura pas lieu à l'apposition des scellés; ce qui du reste est pratiquement impossible à raison des opérations à faire pour la liquidation (7).

Q. *Appliquera-t-on l'art.* 826, *qui permet à tout copartageant d'exiger le partage en nature?* — Je ne l'admettrais pas en principe; il n'y a pas, en général, d'intérêt d'affection pour les biens servant à une exploitation commerciale; le but principal des associés, ce sont les bénéfices qui résulteront de cette exploitation; si la majorité juge qu'il est plus avantageux de réaliser, un seul associé ne peut, par son opposition, faire perdre les autres. — Donc la vente pourrait être exigée par la majorité, même en dehors des conditions où l'a. 826 le permet, même s'il s'agit d'un immeuble (8). — Seulement, si la vente n'est pas décidée, si le bien reste dans la masse à partager en nature, alors il faut admettre que chacun peut exiger que tel ou tel bien soit fractionné et ne soit pas mis tout entier dans un seul lot.

(1) Brav., t. I, p. 462. Al. n. 229. Pont, n. 1986.

(2) *Contrà :* pour les sociétés civiles, Duranton, t. XVII, n. 392.

(3) Delangle, *Soc.*, n. 707. Duvergier, n. 478. Brav., et Demang., t. I, p. 465, et la note. Al. n. 258. Ly. C. et R., n. 575. — *Contrà :* Troplong, n. 1066. Béd., *Soc.*, n. 511-513.

(4) L'intérêt se présenterait si un non-gérant avait aliéné un immeuble : Ly. C. et R., n. 575. Demang. sous Brav., t. I, p. 466, note.

(5) Al. n. 427.

(6) Troplong, *Soc.*, n. 1007. Vincens, t. I, p. 364 et suiv. Pâris, n. 1060. Al. n. 427. — *Contrà :* Béd., *Soc.*, n. 497.

(7) Al. n. 427. — On n'appliquera pas les peines du détournement et du recel; l'art. 792 C. civ., n'est même pas dans le chapitre du partage : Pont, n. 787, 1985. Ly. C. et R., n. 579.

(8) Brav., t. I, p. 472-474. — *Contrà :* Al. n. 268. Ly. C. et R., n. 578.

Source BIU Cujas

Q. *Faut-il admettre ici un retrait analogue au retrait successoral* (C. civ., art. 841)? Si l'un des associés a vendu sa part, les autres pourront-ils écarter l'acquéreur du partage en lui remboursant son prix d'achat? — Je ne l'admettrais pas; — ce retrait, comme tous les retraits, est exceptionnel dans notre droit moderne, il est une atteinte à la liberté; et il n'y a pas identité complète de situation; — le motif du retrait successoral, qui est d'empêcher les étrangers de pénétrer dans les secrets des familles, n'existe pas ici; la société étant dissoute, n'a plus besoin du secret pour ses opérations (1). Cela sera surtout vrai pour les sociétés par actions, ouvertes à tout venant.

386. On doit appliquer, bien certainement, au partage des sociétés, les règles sur la garantie (C. civ., art. 885) (2); sur le privilège des copartageants (C. civ., art. 2103, 2109) (3); sur la rescision pour lésion (C. civ., art. 887 et suiv.). — Ce qu'un associé doit à la société viendra de plein droit en déduction de sa part, même s'il est en faillite (4).

L'art. 882, qui permet aux créanciers des copartageants d'intervenir au partage, et restreint leur droit de l'attaquer comme fait en fraude de leurs droits, s'appliquerait aussi au partage des sociétés; car c'est bien une règle concernant le partage des successions (C. civ., a. 1872), et il n'y a, suivant nous, aucune raison de faire une différence avec les autres règles (5). Seulement, il est évidemment inapplicable aux créanciers *de la société*, qui ne sont pas uniquement créanciers des copartageants, qui correspondent, au contraire, aux créanciers de la succession à partager.

SECTION IV.

PRESCRIPTION.

387. Pendant toute la durée de la société, les actions pour ou contre elle sont soumises au droit commun en matière de prescription. Il n'y a de règle spéciale qu'après la dissolution :

Art. 64. Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dis-

(1) Duranton, t. XVII, n. 443. Troplong, *Soc.*, n. 1059-1060. Delangle, n. 713, 714. Aubry et Rau, § 359 *ter*, texte et note 44; § 386, texte et note 5. Duvergier, n. 474. Persil, p. 49. Béd., *Soc.*, n. 504. Brav., t. I, p. 474-476. Al. n. 265. Pont, n. 783, 1985. Ly. C. et R., n. 579. — *Contrà :* Pard., n. 1085. Dageville, t. I, p. 80. Pâris, n. 1079.

(2) Delangle, *Soc.*, n. 708. Béd., *Soc.*, n. 510. Brav., t. I, p. 467.

(3) Brav., t. I, p. 468.

(4) Cass. 8 févr. 1882, D. P. 82. 1. 817 : il y a compensation légale. Ce résultat sera analogue à celui que produirait le rapport des dettes dans les successions; mais il ne faut pas appliquer toutes les règles de ce rapport, notamment le cours des intérêts de plein droit (C. civ., a. 856) : Cass. 24 févr. 1879, D. P. 79. 1. 103. Pont, n. 1984.

(5) Brav., et Demang., t. I, p. 466. — *Contrà :* Cass. 2 nov. 1834, D., v° *Société*, n. 795. Troplong, *Soc.*, n. 1061. Delangle, n. 706. Duvergier, n. 475. Béd., *Soc.*, n. 505. Al. n. 267. Pont, n. 785, 1985. Ly. C. et R., n. 577. — V. Massé, n. 1744.]

Source BIU Cujas

solution, a été affiché et enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire.

Il est délicat de préciser quelles sont au juste les actions qui se prescrivent ainsi par cinq ans (1). Nous nous expliquerons d'abord sur ce point : nous traiterons ensuite de la situation de l'associé liquidateur ; et enfin de l'interruption de la prescription.

I. **Quelles actions se prescriront par cinq ans.**

Passons en revue les différentes actions qui peuvent exister entre les divers intéressés après la dissolution de la société.

388. 1° **Action des créanciers sociaux sur le fonds social.** Cette action sera dirigée contre le liquidateur, représentant la personne morale sociale, qui se survit à elle-même à cet effet. Elle assure aux créanciers sociaux un droit exclusif sur ce fonds resté entre les mains du liquidateur, avec le droit même de mettre encore la société en faillite et de faire remplacer le liquidateur par un syndic (2).

Cette action ne se prescrira que par trente ans. C'est au moins elle que l'art. 64 a réservée en limitant sa disposition aux « actions contre les associés *non liquidateurs* »... Cela ne peut pas faire de doute (3).

Mais ordinairement elle s'éteindra en fait beaucoup plus tôt par la disparition totale du patrimoine débiteur, lorsque la personne morale sociale aura cessé d'exister. Nous avons vu plus haut que la personnalité morale de la société survit à la dissolution dans l'intérêt de la liquidation (n. 379). Mais après la clôture de la liquidation et le partage du fonds social, cette personnalité fictive disparaît ; le patrimoine qui servait de gage aux créanciers s'évanouit ; il n'y a plus d'action à exercer sur lui (4). On ne pourra pas non plus alors atteindre le liquidateur, qui se déchargera en prouvant qu'il a rendu ses comptes, puisqu'il n'est personnellement tenu à rien vis à-vis des créanciers, dont il n'est pas le mandataire (V. n. 381 *in fine*) (5).

Les créanciers n'ont pas à se plaindre, car ils ont su dès le début qu'ils traitaient avec un débiteur dont l'existence était éphémère, et qui devait disparaître sans laisser, comme les personnes physiques, de continuateur légal dans une famille. — Nous réservons seulement le cas où cette dissolution de la liquidation serait frauduleuse (V. n. 392).

389. 2° **Actions des créanciers sociaux contre les associés.** Ils ont d'abord leur **action directe**. C'est l'action qu'ils avaient au cours de la société et que la dissolution n'a pas dû éteindre (6) : à savoir une action solidaire contre les associés en nom, une action en complément de mise, ou

(1) D'après la L. belge, a. 127, et le C. com. ital. a. 919, la prescription de cinq ans est beaucoup plus étendue.

(2) Pont, n. 1992.

(3) Troplong, *Soc.*, n. 1049. Brav., t. I, p. 446. Al. n. 433. Pont, n. 2012. Ly. C. et R., n. 582.

(4) M. Pont, au n° 1992, a fort bien mis en lumière cette doctrine. — Comp. Req. 18 août 1840, S. 40. 1. 836 ; Rej. 23 mai 1870, D. P. 70. 1. 415.

(5) Pont, n. 1996, et suiv.

(6) V. Al. n. 431.

Source BIU Cujas

en reconstitution de la mise, si elle a été indûment rendue, contre les commanditaires ou actionnaires (V. *suprà*, n. 189, 210, 228, 292).

C'est à cette action que s'applique la prescription de cinq ans de l'art. 64 : — le texte vise bien évidemment ce cas, en parlant de « toutes actions contre les associés » ; — c'est aussi à cette hypothèse qu'on a fait continuellement allusion dans les travaux préparatoires.

Les motifs, indiqués aussi dans les travaux préparatoires, sont que les associés, après la dissolution, ont pu se livrer à de nouvelles affaires ; et qu'ils ne doivent pas être exposés indéfiniment aux poursuites personnelles, qui pourraient les arrêter et les gêner beaucoup dans leurs nouvelles entreprises. — Aujourd'hui que l'analyse a été poussée plus loin, nous pouvons dire plus exactement : les associés se sont obligés à fournir leurs apports (même celui de leur crédit solidaire, pour les associés en nom) et à les maintenir pendant toute la durée de la société (V. n. 174 *bis*, 209, 249) ; cet engagement, ils l'ont pris même envers les tiers en faisant naître la personnalité sociale par la publicité (V. n. 210). Mais ils ne se sont engagés que *ad tempus*, jusqu'à la dissolution ; une fois la dissolution publiée, on aurait donc pu les tenir pour dégagés. L'équité demande pourtant que les tiers ne voient pas leur gage disparaître instantanément par un événement que souvent ils n'ont pas pu prévoir ; de même que l'action sur le fonds social leur est conservée tant que dure la liquidation, et que la personnalité sociale survit à cet effet, on leur donne un délai pour agir. Ce délai est de cinq ans (1) ; les considérations développées dans les travaux préparatoires, expliquent pourquoi le législateur a posé ici un délai préfix, au lieu de se référer au terme incertain de la clôture de la liquidation.

Le point de départ de la prescription de cinq ans est la dissolution (art. 64). Mais si la dissolution devait être publiée, la prescription ne courra qu'à partir de la publication : — car c'est seulement alors que la dissolution commence à pouvoir être opposée aux tiers ; — la fin de l'article suppose qu'une interruption ne peut se produire qu'après cette publication ; donc c'est alors seulement que la prescription a dû commencer (2).

La prescription sera acquise au bout de cinq ans lors même que la liquidation ne serait pas terminée ; lors même qu'elle n'aurait pas été sérieusement entreprise (3). C'est aux créanciers à veiller à leurs droits.

390. Il y a encore plusieurs points controversés (4).

(1) Ce délai est plutôt une faveur qui leur est faite qu'une restriction au délai ordinaire de la prescription.

(2) Req. 14 déc. 1869, D. P. 70. 1. 179. Trib. de comm. de Châtillon-sur-Seine, 13 déc. 1880, D. P. 81. 3. 47. — Brav., t. I, p. 444. Al. 438.

(3) Pont, n. 2004.—*Contrà :* Merlin, *Quest.*, v° *Soc.*, § 11, n. 2. Béd., n. 661, 664. Troplong, n. 1061.

(4) Nous nous bornons à mentionner la doctrine de quelques arrêts, d'après lesquels l'a. 64 ne s'appliquerait pas au cas où l'on a choisi pour liquidateur un étranger : la société serait alors censée faire elle-même sa liquidation, par son mandataire : Paris, 26 avril 1877, D. P. 79. 2. 81. Béd., n. 692. — L'argument n'est nullement concluant, car on pourrait le faire également lorsque le liquidateur est un associé ; il est aussi le mandataire de la société ; — cette doctrine semble être la contre-partie de l'opinion que nous repousserons (au n° 394) sur la position de l'associé liquidateur, qui donnerait plus de garanties aux tiers. V. contre cette doctrine : Rej. 27 janv. 1880, D. P. 80. 1. 104. Brav., et Demang., t. I, p. 448. Al. n. 433. Pont, n. 2005. Ly. C. et R., n. 581.

Source BIU Cujas

D'abord il faut revenir sur l'énumération des actions que nous avons groupées ensemble au commencement du numéro précédent : l'article 64 s'applique sans difficulté à l'action personnelle contre les associés solidaires. Mais **Q.** *S'appliquera-t-il également à l'action contre les commanditaires ou actionnaires en versement ou en restitution de leur mise?* — 1er S. *Non :* ils ont une dette parfaitement définie, qu'ils savent n'avoir pas acquittée, beaucoup moins onéreuse que celle des associés tenus *in infinitum;* — dans les travaux préparatoires, on a toujours parlé seulement de faire disparaître la solidarité après les cinq ans (1). — 2e S. *Oui* (!) : le texte est général, aussi bien que les motifs donnés plus haut ; — si, dans les travaux préparatoires, on a toujours cité le cas de la solidarité, c'est que ce cas est plus frappant ; c'est aussi que l'action directe contre les commanditaires ou actionnaires ne résulte pas très clairement du Code (elle est même encore controversée maintenant) et qu'on n'y pensait pas alors ; — enfin la loi de 1867 fournit deux arguments décisifs d'analogie : son art. 10 fait prescrire par cinq ans la poursuite *contre les actionnaires* en restitution de dividendes fictifs perçus de mauvaise foi ; c'est une hypothèse bien moins favorable que la nôtre ; et dans la discussion de la loi, on a présenté cette règle comme une application de l'art. 64 du Code ; il en est de même de l'art 52 de la loi, qui libère par cinq ans l'associé, actionnaire ou non, d'une société à capital variable, quand il s'est retiré (2).

391. **Q.** *La même prescription s'appliquera-t-elle dans le cas spécial où,* **après la dissolution,** *les associés auraient partagé le fonds social, sans laisser au liquidateur de quoi payer les créanciers?* Il est certain que normalement les associés ne doivent partager le fonds social qu'après avoir payé tous les créanciers, ou en laissant au liquidateur de quoi les payer. — 1er S. *Non* : les associés sont au moins en faute ; — ils se sont constitués liquidateurs par cela seul qu'ils sont devenus détenteurs d'une portion du fonds social, affecté au gage des créanciers ; ils sont donc alors dans l'exception de l'art. 64 et non plus dans la règle ; — d'ailleurs l'art. 64 ne vise que les actions nées pendant la société et s'exerçant après la dissolution ; mais dans le cas qui nous occupe l'action des créanciers est née après la dissolution, du fait de la perception illicite des sommes distribuées ; elle ne peut commencer à se prescrire avant d'être née ; l'art. 64 n'y est donc pas applicable (3). — 2e S. *Oui* : — on n'est pas liquidateur par cela seul qu'on détient une portion du fonds social ; il faut avoir reçu et accepté le mandat de faire toutes les opérations, très compliquées peut-être, de la liquidation ; c'est abuser des mots que d'appeler associés-liquidateurs, ceux qui ont partagé le fonds social ; donc la règle de l'a. 64 s'applique à eux, et non pas l'exception ; — enfin la loi de 1867 est venue confirmer de tous points cette doctrine : les actionnaires qui ont reçu, même *de mauvaise foi*, des dividendes fictifs, lesquels sont aussi une répartition indue du fonds social, sont protégés par la prescription de cinq ans (art. 10) ; l'associé qui s'est retiré d'une société à capital variable et a repris

(1) V. Locré, t. XVIII, p. 271, 277. — Brav., et Demang., t. I, p. 442. Ly. C. et R., n. 581.

(2) Req. 21 juill. 1835, D., *Rép*, vo *Soc.*, n. 1439. — Al. n. 438. Lombard, p. 161. Pont, n. 2007.

(3) Brav., t. I, p. 447, 448. Ly. C. et R., n. 586. Pont, n. 2009.

Source BIU Cujas

sa mise est aussi complètement à l'abri après cinq ans (art. 52); et dans les travaux préparatoires de la loi on a présenté ces deux solutions comme des applications de l'art. 64 du Code (1). — 3e S. *Il faut distinguer si les associés ont ignoré ou ont su qu'il y avait des dettes impayées* (!) : — *s'ils ont ignoré l'existence de ces dettes*, nous appliquerons la prescription de cinq ans : — aux arguments du 2e S. nous ajouterons que l'action qui appartient alors aux créanciers est exactement la même qu'ils auraient pu exercer en cas de restitution indue d'apports au cours de la société (v. n. 389); les associés n'ont contracté aucune nouvelle obligation depuis la dissolution; ils ne sont toujours soumis qu'à leur obligation primitive de fournir et de maintenir leurs apports, tant que le passif de la société n'est pas acquitté; cette obligation était imprescriptible pendant la durée de la société; elle est devenue prescriptible par cinq ans depuis la publication de la dissolution; on comprend donc très bien que la prescription puisse courir depuis cette époque, aux termes de l'a. 64; — nous regardons comme décisifs, les arguments tirés des art. 10 et 52 de la loi de 1867; on pourrait sans doute objecter, que dans le cas de ces articles le fonds social continue à exister, tandis qu'ici il a disparu, et par le fait même des associés; mais nous répondrions que cette disparition est un fait prévu et parfaitement normal, puisque ce fonds n'était constitué que pour un temps déterminé (v. n. 388); ce fait ne peut donc être imputé aux associés de bonne foi. — *Mais si les associés ont connu l'existence de dettes non payées*, il n'y a plus lieu, suivant nous, à la prescription de cinq ans; car dès lors, est né un droit nouveau contre les associés; ce droit ne peut commencer à se prescrire avant d'être né; la prescription ne peut courir de la dissolution, antérieure peut-être de plusieurs années au fait qui a fait naître l'action; l'art. 64 est inapplicable dans son texte, et ses motifs n'existent plus; — je dis qu'un droit nouveau est né; en effet leur acte qui met fin à la liquidation est susceptible de deux interprétations, l'une honnête, l'autre malhonnête; toutes deux conduisent au même résultat; — l'interprétation honnête, c'est que pour éviter de prolonger indéfiniment une liquidation coûteuse, par ex. en attendant le paiement d'une dette à longue échéance ou litigieuse, ils se sont dit : « partageons, nous serons toujours là pour payer quand le moment sera venu »; dès lors, ils ont pris sur eux la dernière opération de la liquidation; celle-ci n'est close qu'en apparence; les associés ne peuvent se dire absolument étrangers à la liquidation, ils ne sont pas, aux termes de l'a. 64, « des associés non liquidateurs »; (sur ce point nous nous nous rapprochons du 1er S.); — l'interprétation malhonnête, c'est qu'ils ont espéré échapper aux créanciers; dès lors ils sont soumis à l'action révocatoire de l'a. 1167, C. civ.; en effet ils ont sciemment diminué et même anéanti le patrimoine qui servait de gage aux créanciers; ils l'ont rendu insolvable; on est donc bien dans les conditions de l'a. 1167; — dans l'une comme dans l'autre interprétation, ils ne peuvent prescrire que par trente ans.

Il restera à savoir laquelle des deux interprétations devra être admise en fait. Tout dépendra, pensons-nous, des circonstances dans lesquelles la liquidation a été close; à défaut d'indications dans ces circonstances, on considé-

(1) Req. 27. janv. 1873, D. P. 73. 1. 371; et la note de M. Labbé (S. 1873. 1. 433; et *J. Pal.* 1873, p. 1121). Lombard, p. 161. Dolez, p. 265.—Comp. Req. 15 déc. 1880, D. P. 82. 1. 393.

Source BIU Cujas

rera, comme une présomption grave, leur conduite en présence des poursuites du créancier. S'ils se déclarent prêts à payer pour la société, sauf à discuter peut-être la validité ou la quotité de la dette; on les traitera comme étant de bonne foi, et chacun d'eux ne sera tenu que dans la proportion et dans la mesure de la part qu'il aura prise dans le fonds social. S'ils cherchent à échapper à leur obligation, le créancier pourra faire révoquer, comme frauduleux, la clôture de la liquidation et le partage (1); faire renaître la personne morale de la société; réclamer aux associés le rétablissement du fonds commun; faire même déclarer la faillite de la société, si, après ce rétablissement elle n'est pas solvable; et entraîner ainsi la faillite des associés solidaires (n. 894). Les associés ne pourront se plaindre, ils porteront la peine de leur mauvaise foi.

392. Les créanciers ont encore contre les associés l'**action oblique** du chef de la société en liquidation (C. civ. a. 1166). L'action de celle-ci durant trente ans, comme nous allons le voir, les créanciers théoriquement en jouiront pendant tout ce délai. Mais après la clôture de la liquidation et le partage (sauf la révocation pour fraude), leur débiteur ayant disparu et n'ayant plus aucun droit, ils ne sauraient plus en exercer de son chef.

393. 3° **Action des associés les uns contre les autres ou de la liquidation contre eux.** Un associé peut avoir été obligé de payer à un créancier au delà de sa part (2); il a recours contre ses coassociés, chacun pour sa part. Il peut avoir recouvré des valeurs sociales; ses coassociés lui demanderont de les partager. — D'un autre côté, le liquidateur a généralement le devoir de faire verser par les associés ce qui est nécessaire pour payer les dettes sociales, dans la mesure de leurs obligations (v. n. 381). Il pourra les poursuivre de ce chef, soit avant d'avoir payé, soit après avoir payé les dettes sur la foi de ce recours.

Toutes ces actions ne se prescriront pas par cinq ans; elles ne se prescriront que par trente ans : — sans doute l'art. 64 pourrait dans ses termes comprendre aussi ces actions, mais il a été dit maintes fois, dans les travaux préparatoires du Code, que la prescription de cinq ans ne concernait pas les actions des associés entre eux; — il aurait été inique de laisser un associé ou le liquidateur faire seul des pertes, réaliser seul des profits du chef de la société (3), sans qu'il pût ou dût les faire partager à ses associés; — il ne s'agit plus ici d'appliquer des effets exorbitants des sociétés commerciales (solidarité, personnalité morale), il ne s'agit plus que d'appliquer au contraire les règles d'équité qui tempèrent les conséquences de ces effets exorbitants; — on ne poursuit plus les associés, comme ayant constitué un être moral qui a régulièrement disparu; on réclame d'eux l'exécution d'un contrat ordinaire

(1) Nonobstant l'a. 882 C. civ., qui s'applique aux créanciers des associés, et non aux créanciers de la société (n. 383).

(2) Cela ne peut arriver qu'aux associés solidaires; car nous avons dit que non seulement les commanditaires ou actionnaires ne peuvent être poursuivis que jusqu'à concurrence de leurs mises, mais qu'ils ne peuvent l'être que *proportionnellement* à leurs parts (n. 210).

(3) C'est surtout sur cette hypothèse de recouvrements faits après coup que l'on a raisonné dans les travaux préparatoires. V. not. les paroles de MM. Regnault de Saint-Jean-d'Angély et Bigot-Préameneu : Locré, t. XVII, p. 273, 274, 275.

Source BIU Cujas

qui les lie entre eux ou envers le liquidateur; il n'y a pas de raison pour que les actions nées directement de ce contrat (société, ou mandat) se prescrivent plus brièvement que celles nées de tout autre contrat (1).

Les créanciers sociaux vont pouvoir, en vertu de l'art. 1166, C. civ., user de ces actions contre les associés; n'éluderont-ils pas par cette action oblique la prescription de cinq ans admise contre les actions précédentes? L'action du chef de la liquidation ne sera pas bien dangereuse; car elle s'éteindra lors de la clôture de la liquidation, probablement avant la fin des cinq ans (v. n. 392). L'action du chef d'un associé, ne sera pas à craindre s'il a payé au créancier tout ce que celui-ci pouvait exiger de lui, car n'étant plus débiteur, on n'a aucune action de son chef. Il faut donc le supposer insolvable. Mais alors il faut remarquer que cet associé, lui, n'aura pu être poursuivi par les créanciers sociaux que pendant cinq ans; et que par conséquent s'ils veulent exercer le recours en son nom, ils le feront bien peu de temps après l'expiration de ce délai, car ils n'ont aucun intérêt à attendre. Le résultat voulu par la loi sera donc obtenu, non pas tout de suite à l'expiration du délai de cinq ans, mais peu de temps après. Il faut aussi remarquer, d'une part que cette action sera toujours divisée contre les coassociés et jamais solidaire (C. civ., art. 1214); d'autre part que les coassociés, s'ils n'étaient pas exposés à un recours de ce genre de la part des créanciers sociaux, y seraient toujours exposés de la part de l'associé lui-même et de ses créanciers personnels. Cette action oblique des créanciers sociaux ne pourra donc pas beaucoup leur nuire.

II. **Position de l'associé-liquidateur.**

394. L'art. 64 n'édicte la prescription de cinq ans qu'en faveur de l'associé non liquidateur. Quelle est au juste la situation de l'**associé-liquidateur?** En tant que liquidateur, en tant qu'il a encore une partie du fonds social entre les mains, il est certain qu'il peut être poursuivi pendant trente ans (*suprà*, n. 387). Mais s'il est actionné sur ses biens personnels, comme associé en nom pour toutes les dettes sociales, ou comme commanditaire ou actionnaire jusqu'à concurrence de sa mise, pourra-t-il être poursuivi également pendant trente ans? C'est une question très controversée. **Q.** *L'associé liquidateur, poursuivi comme associé, peut-il invoquer la prescription de cinq ans?* — 1er S. *Non* : — le texte de l'art. 64 l'exclut formellement de la règle qu'il édicte; les motifs de l'article ne s'appliquent pas non plus à lui, car il s'est chargé de liquider les affaires de la société, il n'a pas pu se croire tranquille de ce côté; il doit pendant trente ans s'attendre à des poursuites comme liquidateur; il doit bien prévoir aussi qu'il sera poursuivi comme associé, puisqu'il sait bien que les valeurs sociales ne suffiront pas à payer les créanciers (2). — 2e S. *Oui* (!) : — si l'art. 64 ne parle que des actions contre les associés non liquidateurs, c'est uniquement pour réserver l'action contre les liquidateurs, associés ou non; — l'associé-liquidateur ne devra pas se croire

(1) Req. 27 janv. 1873, D. P. 73. 1. 371 (motifs); Paris, 26 avril 1877, D. P. 79. 2. 81. — Delangle, *Soc.*, n. 725. Béd., *Soc.*, n. 680, 687. Brav. et Demang., t. I, p. 445. Al. n. 433. Pont, n. 2012. — *Contrà :* Massé, n. 3016.

(2) Rej. 28 mai 1872, D. P. 72. 1. 247. — Pard., n. 1090. Delvincourt, *Dr. comm.*, t. II, p. 67. Troplong, *Soc.*, n. 1051. Béd., *Soc.*, n. 702 et suiv. Vincens, t. I, p. 372. Dalloz, *Soc.*, n. 1067, 1068. Lombard, p. 159.

Source BIU Cujas

libéré après cinq ans, parce qu'après ce délai il peut encore être poursuivi comme liquidateur; mais c'est uniquement comme liquidateur qu'il peut être poursuivi pendant trente ans; ce n'est pas comme associé; l'article ne dit rien de pareil; — pourquoi traiter plus rigoureusement un associé quand il est liquidateur que quand il ne l'est pas? il a eu en main les valeurs sociales, mais il les a employées à payer les créanciers; il sait que tous ne sont pas payés intégralement, mais les autres associés peuvent le savoir aussi, et il ne s'est pas engagé plus que les autres à payer sur ses biens propres; pourquoi ne serait-il pas libéré par le même temps qu'eux? Tout en étant liquidateur, il a pu aussi se livrer à d'autres opérations; il serait lésé, comme les autres, s'il devait immobiliser indéfiniment les capitaux qui devraient servir à payer les créanciers; — enfin le 1er S. détruit en grande partie l'avantage de l'art. 64 pour les autres associés, que l'article vise cependant directement; en effet, si l'associé-liquidateur est obligé après cinq ans de payer sur ses biens propres, il aura action en recours contre ses associés, et cette action entre associés ne se prescrira que par trente ans (V. n. 393); cette action pourra être exercée par les créanciers sociaux non payés (art. 1166); les autres associés seront donc exposés pendant trente ans à être poursuivis pour les dettes sociales, ce que l'art. 64 a voulu éviter; sans doute ce recours ne sera pas solidaire, il se divisera entre les associés solvables; mais quoique divisé il n'en sera pas moins très onéreux pour eux; l'art. 64 restera à peu près lettre morte à leur égard (1).

III. Interruption de la prescription.

395. L'art. 64 admet que la prescription de cinq ans peut être interrompue par des poursuites judiciaires; nous ajouterons les autres modes d'interruption énumérés dans l'art. 2248, C. civ., car rien n'indique, dans l'art. 64, la pensée de les exclure (2). Cela s'appliquera, par exemple, au paiement d'acompte emportant reconnaissance (3). — Mais cette prescription ne serait pas suspendue par la minorité des créanciers ou de leurs héritiers; car cette cause de suspension ne s'applique pas aux courtes prescriptions (C. civ., art. 2268) (4). — La fin de l'article paraît bien supposer que l'interruption de la prescription doit être spéciale à chacun des associés contre qui on veut l'invoquer, et il ne distingue pas entre les associés solidaires et ceux qui ne l'étaient pas. Il faut en conclure qu'à partir de la dissolution l'obligation solidaire des associés en nom est transformée en une simple obligation *in solidum*, ou en solidarité imparfaite (5).

(1) Malep. et Jourd., p. 343 et suiv. Brav. et Demang., t. I, p. 449 et suiv. Al. n. 433 et suiv. Dolez, p. 268. Ly. C. et R., n. 583.

(2) Demang. sous Brav., t. I, p. 460. Al. n. 439.

(3) Cass. 19 janv. 1859, D. P. 59. 1. 72.

(4) Pard., n. 1090, 1°. Delangle, *Soc.*, n. 727. Béd., *Soc.*, n. 699. Demang. sous Brav., t. I, p. 460. Al. n. 438. Ly. C. et R., n. 590. Pont, n. 2020. — Code allem., art. 149.

(5) Troplong, *Soc.*, n. 1050. Béd., *Soc.*, n. 684, 685. Brav., t. I, p. 438.

Source BIU Cujas

1er APPENDICE AU TITRE III.

NOTIONS SUR L'ARBITRAGE FORCÉ.

396. Autrefois toute contestation entre associés devait être soumise à des arbitres, et non à la juridiction consulaire ordinaire : C. com., art. 51 à 63. — On voulait, par là : — éviter la publicité, souvent très dommageable au crédit de la société; — avoir des juges plus versés dans la connaissance de ces affaires; — faciliter la conciliation entre les parties.

Mais en pratique on reconnut : — que les arbitres n'étaient pas plus capables que les juges des tribunaux de commerce; — que souvent chacun épousait la cause de celui qui l'avait nommé, et que l'affaire était décidée uniquement par le tiers arbitre; — les affaires marchaient très lentement devant eux; — et ils demandaient des honoraires très forts, ce qui rendait la justice plus coûteuse. Aussi l'arbitrage forcé fut-il supprimé par une *loi du 17 juillet* 1856 (autre que celle relative à la commandite par actions, dont nous avons parlé). Et les contestations entre associés sont soumises aux tribunaux de commerce; on a dans ce sens, en abrogeant les art. 51-53, C. com., ajouté un paragraphe à l'art. 631, le 2°.

Q. *Pourrait-on dorénavant stipuler que toutes les contestations entre associés seraient jugées par des arbitres?* — Ce serait l'insertion dans l'acte de société de la *clause compromissoire* dont la validité, au point de vue général, est très discutée entre les auteurs; ici, en particulier, on pourrait être tenté de l'admettre, puisque ce serait mettre seulement dans les statuts ce qui était autrefois dans la loi (1). Nous sommes de ceux qui n'admettent pas la validité de la clause compromissoire en général, qui la regardent comme prohibée par l'art. 1006, C. pr. civ., exigeant que le compromis indique l'objet du litige; il est impossible de le connaître au moment où l'on rédige les statuts. On objecte que la clause compromissoire n'est pas le compromis, c'est seulement une promesse de compromis; mais cette promesse est aussi dangereuse que le compromis prohibé par l'art. 1006 : elle l'est même plus, car non seulement on ignore l'objet du litige, mais on ignore quels seront les arbitres choisis (2); — cette clause est autorisée dans un des contrats commerciaux, l'assurance maritime (art. 362, C. com.); mais elle n'est nulle part autorisée dans les sociétés; — dans les travaux préparatoires de la loi de 1856 on a refusé formellement de l'autoriser, en expliquant les motifs de ce refus (3).

(1) Brav., t. I, p. 441 et suiv. Dalloz, v° *Arbitrage*, n. 454.

(2) Req. 1er déc. 1881, D. P. 81. 1. 321 ; Amiens, 10 juin 1881, D. P. 82. 2. 164. — Boitard et Colmet Daage, n. 1184.

(3) Demang. sous Brav., t. I, p. 442.

Source BIU Cujas

IIe APPENDICE.

DES SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.

396 *bis*. En principe les sociétés étrangères (1) ont une existence légale en France, si elles sont régulièrement constituées suivant la loi de leur pays. Car la capacité des étrangers est régie par leur loi nationale (arg. de l'a. 3, 3e al. C. civ.), et il n'y a aucune raison pour distinguer entre les personnes réelles et les personnes morales, du moment que l'existence de celles-ci n'est contraire à aucune règle d'ordre public en France (a. 3, 1er al. C. civ.). Elles ont le droit de contracter et d'agir en justice, comme d'y défendre (a. 15, C. civ.).

Il n'y a eu de difficulté que pour les sociétés anonymes : lorsque les sociétés françaises de ce genre étaient soumises à l'autorisation du gouvernement, les sociétés étrangères pouvaient-elles fonctionner en France à la seule condition d'être régulièrement constituées dans leur pays? Après quelques hésitations, on avait reconnu qu'elles avaient besoin aussi de l'autorisation du gouvernement français : en effet cette autorisation était certainement une règle d'ordre public, et, comme telle, elle s'imposait à ces sociétés (C. civ., a. 3) (2). Cette doctrine a été consacrée par la L. 30 juin 1857, a. 2, qui a en même temps permis une autorisation générale pour toutes les sociétés d'un même pays; autorisation que cette loi même donnait pour la Belgique.

Actuellement donc l'autorisation peut être donnée de trois manières différentes : — 1o *Autorisation individuelle* par décret, dans les termes de l'a. 37 C. com.; — 2o *Autorisation générale* pour toutes les sociétés d'un pays, *par décret* en Conseil d'Etat : L. 30 mai 1857, a. 2; — 3o *Autorisation générale par un traité de commerce* (3), qui peut actuellement être négocié par le pouvoir exécutif, mais n'est définitif qu'après avoir été voté par les deux chambres (L. 16 juill. 1873, a. 8).

La loi du 24 juillet 1867, en dispensant les sociétés françaises de l'autorisation gouvernementale, n'a pas abrogé la loi de 1857 dont elle n'a pas parlé; — celle-ci doit être considérée comme encore en vigueur en vertu du principe, *specialia generalibus derogant;* — d'ailleurs, la réglementation de la loi de 1867 n'étant pas faite pour elles, elles seraient plus libres en France que les sociétés françaises; ce qui est inadmissible (4).

(1) Consulter : *La condition légale des sociétés étrangères en France;* et *De la condition légale des sociétés étrangères en France et en Autriche*, par Ch. Lyon-Caen. — *De la situation légale des sociétés étrangères en Belgique* par Namur (Journal de droit international privé, 1875, p. 380 et suiv.). Demang. sur Brav., t. I, p. 485 et suiv. Al. n. 628 et suiv.

(2) Paris, 15 mai 1863, D. P. 63. 2. 84, etc. Ly. C. et R., n. 545. Pont, n. 1871. — En tout cas elles pouvaient être poursuivies devant les tribunaux français, au moins comme sociétés de fait; car elles ne pouvaient exciper elles-mêmes de leur irrégularité : Amiens, 2 mars 1865, D. P. 65. 2, 105. Ly. C. et R., n 545. Pont, n. 1872.

(3) Exemple : traité de commerce avec l'Angleterre du 30 avril 1862. V. Cass. 19 mai 1863, D. P. 63. 1. 218.

(4) Ly. C. et R., n. 541. Pont, n. 1867.

Source BIU Cujas

Il faut décider d'une manière générale qu'aucune des règles de la loi de 1867 ne s'applique aux sociétés étrangères régulièrement autorisées : — dès que l'ordre public français est sauvegardé par l'autorisation, leur capacité et leur constitution sont régies par leur loi nationale (C. civ. a. 3, 3e al.); — sans doute, la loi de 1857, art. 2, et les actes d'autorisation (not. le traité de commerce anglais, du 30 avril 1862) stipulent souvent la condition de se conformer aux lois françaises; mais cette clause ne vise que les règles imposées à tous les étrangers pour agir en France (1).

Ces règles s'appliquent non seulement aux sociétés anonymes, mais encore aux autres espèces de sociétés, qui seraient soumises *dans leur pays* à l'autorisation préalable. Cela résulte formellement du texte de l'a. 1er de la loi de 1857, auquel renvoie l'art. 2 (2).

En sens inverse, les sociétés anonymes, appartenant à un pays où l'autorisation du gouvernement n'est pas nécessaire pour leur fonctionnement, sont-elles soumises en France à la nécessité d'une autorisation dans les termes indiqués ci-dessus? La question était très douteuse avant la loi de 1867; car le texte de la loi de 1857, a. 1er, était amphibologique, et l'on pouvait soutenir qu'il était contraire à l'ordre public français de voir une société anonyme fonctionner sans les garanties d'une autorisation préalable. Depuis la loi de 1867, cette raison n'existe plus, et nous pensons qu'il faut interpréter le texte dans le sens de la liberté (3).

396 *ter*. Il reste à déterminer un point : *quand une société sera-t-elle une société étrangère?* Il faut qu'elle ait son siège social, son centre d'exploitation à l'étranger (4) : car la nationalité ne pouvant être déterminée par la naissance, comme pour les individus, ne peut l'être que par le domicile. Peu importerait que la société eût fait ses émissions en France et qu'elle y eût la plupart de ses actionnaires.

(1) Lyon, 7 janv. 1881, D. P. 81. 2. 153, etc. — Ly. C. et R., n. 541. Pont, n. 1878 et suiv.

(2) Ly. C. et R., n. 541, 3o. Pont, n. 1868.

(3) Paris, 8 juill. 1881, 15 févr. 1882, D. P. 82. 2. 201, et la note.

(4) On est d'accord sur le principe : Cass. 20 juin 1870, D. P. 70. 1. 416. Ly. C. et R., n. 546. Pont, n. 1856. L. belge, a. 128, 129. C. com. ital., a. 230, 4e al. — Mais il y a difficulté lorsque le lieu d'exploitation (chemin de fer, mine, port) est à l'étranger, tandis que le siège social, les bureaux, le conseil d'administration sont en France : appliquant les principes du domicile, comme nous le disons au texte, nous déciderons que la société est française : Cass. 20 juin 1870, D. P. 70. 1. 416 *Contrà* : Ly. C. et R., n. 546.

Source BIU Cujas

PARTIE DEUXIÈME.

DES CONTRATS EN DROIT COMMERCIAL.

INTRODUCTION.

CONDITIONS GÉNÉRALES DU MOUVEMENT COMMERCIAL.

397. Les contrats commerciaux ont essentiellement pour objet la circulation des biens au moyen des échanges. Nous devons d'abord voir les lois générales de cette circulation; et cela dans trois paragraphes : — 1° Lois économiques intimes de l'échange; — 2° Conditions économiques extrinsèques de l'échange; — 3° Condition juridique générale du commerce; vue d'ensemble sur les contrats commerciaux et la propriété commerciale.

§ Ier

Lois économiques intimes de l'échange. (1)

398. L'homme ne pouvant produire lui-même tout ce qui lui est nécessaire, puisqu'il y consommerait sa vie pour obtenir une existence bien misérable, *l'échange* est pour lui le seul moyen de satisfaire à ses besoins : grâce à la loi féconde de la division du travail, il parvient à produire dans un temps donné une bien plus grande somme de choses utiles à tous, et, par le moyen de l'échange, il se procure bien plus largement ce qui est nécessaire pour entretenir sa vie et la rendre agréable.

L'échange en nature est un mode très primitif de réaliser ces avantages, car il arrivera rarement que celui qui aura besoin d'un objet pourra offrir, à celui qui l'a, ce que ce dernier désire, et dans la quantité qu'il faut pour que l'échange s'opère. La **monnaie** est un intermédiaire universellement accepté pour faciliter les échanges, qui prennent alors le nom de *ventes;* elle permet de décomposer l'échange en deux actes : celui à qui j'offre ce dont il a besoin me donne de la monnaie, et avec cette monnaie je vais trouver celui qui possède ce dont j'ai besoin, et je me le procure. Nous développerons plus tard la théorie de la monnaie dans notre introduction au titre 8 de notre livre Ier.

(1) Consult. Cauwès, *Précis d'écon. pol.* 2e éd. t. I, n° 503 et suiv.

Source BIU Cujas

399. La monnaie n'étant qu'un intermédiaire pour faciliter les deux opérations doit, en général, s'éliminer dans le raisonnement, comme en arithmétique on élimine une quantité commune aux deux termes d'une équation; et l'on arrive à constater, dans l'exemple cité tout à l'heure, que j'ai en définitive échangé mes produits contre d'autres produits, la monnaie n'ayant joué qu'un rôle secondaire et transitoire. L'économie politique généralise cette loi et affirme que *les travaux, produits ou services s'échangent toujours contre des travaux, produits ou services;* ou plus brièvement, en étendant un peu le sens des mots : *les produits s'échangent contre les produits* ou *les services s'échangent contre les services.* — Et cette vérité se démontre très facilement : en effet, tout argent provenant de la vente d'un produit est nécessairement destiné à être employé tôt ou tard en produits destinés soit à la consommation, soit à une nouvelle production; — et réciproquement tout argent, payé en achetant un produit, vient nécessairement d'une production récente ou ancienne. Donc, après une première opération, achat ou vente, la contre-partie, vente ou achat, peut bien se faire attendre quelque temps, mais elle arrivera fatalement, et nous ramènera toujours à la loi posée ci-dessus.

400. L'échange fait apparaître la valeur. La **valeur** *est le rapport de deux services échangés,* suivant la définition excellente de Bastiat, en prenant le mot *service* dans son sens le plus général, dans le sens de l'avantage qu'une partie fait à l'autre dans un échange. En effet, si l'on dit qu'un objet en vaut deux autres, c'est que le service rendu en fournissant le premier objet est égal à deux fois le service rendu en fournissant un objet de la seconde classe. — Chaque **service** se mesure toujours par le travail épargné à celui qui reçoit l'objet; — et pas toujours par le travail employé à le produire; — ainsi celui qui aura trouvé en se promenant un diamant naturel l'échangera contre des objets d'une très grande valeur, quoiqu'il n'ait fait lui-même aucun travail, mais parce qu'il épargne à celui qui l'acquiert un travail énorme pour aller le chercher aux lieux de production. — Le travail épargné dépend de la difficulté de se procurer un pareil objet, c'est-à-dire de sa **rareté** relative; — et celle-ci dépend à la fois de l'**offre** et de la **demande** : plus un objet est offert, moins il est rare; plus il est demandé et plus il est rare. — Enfin *l'offre* elle-même dépend de la facilité plus ou moins grande de production; car plus un objet sera difficile à produire, moins on pourra en offrir sur le marché, et réciproquement : ainsi l'air et l'eau, quoique essentiellement utiles, n'ont pas en général de valeur, parce qu'en général on se les procure très facilement. — La *demande* dépend du besoin (naturel ou factice) que l'on a de l'objet; car un objet inutile (même pour l'ornement ou la vanité) ne sera jamais recherché quand même on se le procurerait très difficilement. — En résumé, la rareté d'un objet dans le commerce dépend du rapport entre l'offre et la demande de cet objet; et la valeur relative de deux objets dépend de leur rareté respective.

401. Le **prix** d'une chose est sa valeur exprimée en monnaie, ou, en d'autres termes, sa valeur par rapport à la monnaie. Mais il ne faut pas croire que le prix d'une chose exprime sa valeur abstraite; cette idée serait exacte si la monnaie à laquelle on compare chaque chose avait une valeur fixe, si sa rareté ne variait pas. Mais la rareté de la monnaie, quoiqu'un des éléments les moins variables, n'est pas absolument invariable. Le prix ne peut donc être une mesure fixe de la valeur. Ainsi, il ne suffit pas de constater qu'une chose se vendait 10 livres, il y a un siècle, et se vend 10 francs maintenant, pour établir qu'elle n'a pas changé de valeur, parce que la valeur de l'argent a beaucoup baissé depuis un siècle.

Le **prix courant** est celui auquel se vend une marchandise donnée sur un marché donné à un moment donné; — en entendant par marché, non pas un lieu déterminé, mais l'ensemble des vendeurs et des acheteurs d'une même place. — Le prix courant tend toujours à s'établir à peu près uniforme dans toutes les transactions qui se font sur le même marché au même moment : car un acheteur ne se décide à donner un certain prix d'une marchandise qu'après s'être assuré qu'il ne peut pas trouver

Source BIU Cujas

près d'un autre vendeur un prix plus faible; et un vendeur ne se décide à donner sa chose pour un certain prix que s'il voit ne pas pouvoir obtenir plus d'un autre acheteur. — Pour les objets qui se vendent sur les marchés publics, le prix courant est constaté par des tableaux officiels appelés *mercuriales*. — Ces mercuriales sont très utiles, parce que bien souvent, pour les transactions qui se font entre deux marchés successifs, on se réfère simplement aux prix du dernier ou du prochain marché.

402. Le **prix de revient** est ce qu'une chose coûte à produire, la somme des frais de production : salaires, intérêts des capitaux, rente du sol, risques, impôts. Il est le régulateur ordinaire du prix courant : car, si le prix courant est inférieur au prix de revient, il cessera d'être rémunérateur; on cessera de produire; et, l'offre s'arrêtant, le prix courant remontera; — si, au contraire, le prix courant est bien supérieur au prix de revient, la production, très rémunérée, s'augmentera rapidement et fera redescendre les prix par l'abondance de l'offre. Un écart considérable ne peut se produire que momentanément, pendant le temps nécessaire pour que le mécanisme que nous venons de décrire produise son effet, ou bien par le résultat des *monopoles naturels* ou *artificiels*, empêchant la concurrence nécessaire au fonctionnement de ce mécanisme.

403. **Théorie des débouchés.** Les débouchés sont les facilités que l'on a pour écouler les produits fabriqués ou accumulés. C'est, en définitive, ce qui influe sur la demande.

S'il est vrai que les produits s'échangent contre des produits, on voit que la production se sert de débouché à elle-même; plus un peuple produit, plus il consomme : et chaque branche de production a intérêt à ce que les autres soient prospères. Ainsi l'on achète, en France, dix ou quinze fois plus qu'il y a cinq cents ans, uniquement parce qu'on produit plus. Et ce principe se vérifie à chaque instant dans la pratique : supposez une mauvaise récolte, il est bien certain que cette année-là, les agriculteurs ayant moins d'argent, consommeront moins et achèteront moins d'outils; l'industrie en souffrira. — La même chose a lieu entre les nations; une nation a intérêt à trafiquer avec celles qui sont les plus prospères, parce que celles-ci lui offriront une plus grande quantité de produits en échange d'une même quantité des siens. C'est une démonstration entre plusieurs autres de l'*harmonie des intérêts* entre les individus et entre les nations.

Nous pouvons maintenant revenir sur notre principe que les produits s'échangent contre les produits, et l'établir plus complétement en démontrant directement qu'une nation ne peut pas solder longtemps ses achats avec du numéraire ou réciproquement. Cela n'arrive que momentanément sous l'influence de circonstances transitoires, et le numéraire finit toujours par revenir : supposons qu'une disette, par exemple, fasse sortir beaucoup du numéraire du pays A vers le pays B, qui produit beaucoup de blé, — évidemment, les prix de tous les objets baisseront en A, puisque le numéraire sera devenu rare, et qu'une même pièce de monnaie achètera plus d'objets qu'auparavant; réciproquement, les prix monteront en B par l'abondance du numéraire; — de plus, en B, l'abondance du capital augmentera la demande des produits et fera encore monter les prix; — dès lors, les consommateurs de B auront intérêt à s'approvisionner en A, où ils achèteront plus de choses pour une même somme d'argent; et, en effet, ils s'y approvisionneront directement ou indirectement, et ramèneront par là le numéraire en A; ce dernier pays aura, en définitive, soldé ses achats de blé avec ses produits, le numéraire aura seulement permis d'espacer dans le temps les diverses parties de l'opération.

404. La **spéculation commerciale**, dont nous avons fait un des caractères essentiels des actes de commerce (1), est la *prévision des débouchés;* c'est le calcul des besoins prochains ou lointains de la consommation pour régler sur eux la production

(1) V. *suprà*, n° 29 et 30.

Source BIU Cujas

ou l'accumulation des produits. L'essence du commerce est de prévoir l'avenir. L'industrie produit en vue des besoins futurs. Le commerce proprement dit transporte les produits dans le temps ou dans l'espace ; là encore la prévision de l'avenir est nécessaire; car, même pour le transport dans l'espace, l'opération ne pouvant se faire en un instant, il faut, pour l'entreprendre, être sûr que les besoins qu'on veut satisfaire existeront encore lorsque les produits arriveront.

On applique surtout le nom de spéculation à la spéculation dans le temps. Elle a un rôle éminemment utile : elle accumule en temps d'abondance et de bas prix, pour fournir en temps de rareté et de prix élevé. Le négociant y trouve son compte, mais la société en profite aussi ; car par là se trouve empêché le gaspillage en temps d'abondance, et la souffrance poignante en temps de disette. Ce rôle est utile surtout pour les denrées de première nécessité, où la privation en temps de disette est plus cruelle et quelquefois mortelle; ceci fait toucher du doigt l'erreur des lois de la Révolution et du premier Empire contre les accapareurs. La seule précaution à prendre, c'est d'empêcher que cette spéculation ne se combine avec le monopole ou ne le devienne; car alors le consommateur est à la merci du spéculateur.

Cette spéculation dégénère souvent en un véritable jeu, et souvent le mot de spéculation est appliqué exclusivement à ces opérations fictives qui déguisent des paris peu moraux. Mais il faut bien savoir qu'à côté de la spéculation malhonnête, il y a la spéculation honnête et éminemment utile à la société.

405. La spéculation amène souvent des **crises commerciales.** Une crise est un embarras dans la circulation, la fermeture des débouchés. Il semble au premier abord, quand il y a crise, qu'il y a eu excès de production, puisque les produits ne peuvent pas s'écouler. Cela peut être vrai pour des crises spéciales à une industrie particulière. Mais cela n'est pas vrai pour les crises générales : puisque la production se sert de débouché à elle-même, si tout le monde avait produit beaucoup, tout le monde consommerait beaucoup. Nous allons, du reste, le démontrer plus directement. — Il y a deux grandes classes de crises générales :

1° *Les crises exceptionnelles* provoquées par des accidents étrangers au commerce : guerre, insécurité sociale, famine. Ici la production avait été normale, mais les faits habituels sur lesquels la spéculation avait compté ont été profondément altérés : la consommation se restreint, parce que le numéraire se cache, s'accumule en prévision de désastres possibles, ou s'emploie en achat d'objets de première nécessité; et, d'autre part, la production est arrêtée sur beaucoup de points, faute de sécurité ou de capitaux, et ne peut fournir des consommateurs pour les objets produits ailleurs. — Cela peut arriver encore par suite d'une sortie considérable de numéraire, gênant les échanges par la suppression de l'instrument avec lequel ils se font. Il y a alors *crise monétaire.*

2° *Crises normales* ou *périodiques* provoquées sans cause extérieure par la marche imprudente du commerce. Voici le mécanisme qui ramène ces crises à des périodes plus ou moins rapprochées; elles sont l'effet de la prospérité même du commerce : — on est, nous le supposons, dans une période de prospérité; les capitaux sont abondants, la production générale est active, et la consommation très large partout; — des entreprises nouvelles se fondent en comptant sur cet état de choses; mais leur production, apportant plus de produits sur le marché, amène une baisse des prix, et comme elles n'ont pas calculé cette éventualité, comme elles ne pouvaient marcher qu'aux anciens prix, elles ne trouvent plus une rémunération suffisante et doivent tomber, tandis que les anciennes, plus solides, résistent, mais souffrent; par suite de ces désastres, la consommation se restreint et la crise devient générale. — Dans ce cas, y a-t-il eu excès de production? Non, il y a eu seulement une production réalisée dans des conditions intrinsèquement vicieuses; car une production qui n'est pas rémunératoire est une pure destruction de valeur, puisqu'on consomme 11, par exemple, pour produire 10; et celle qui ne peut être rémunératoire que dans des circonstances exceptionnelles est évidemment destinée à tomber au premier choc.

Source BIU Cujas

§ 2

Conditions extrinsèques de l'échange (1).

406. Ce mécanisme naturel, et si providentiellement ingénieux, des échanges ne peut produire tous les avantages économiques décrits ci-dessus qu'autant que les échanges se font sous l'empire de la **liberté.** Il faut, pour cela, que chacun puisse chercher sans entraves le meilleur placement de ses produits et la manière la plus avantageuse d'employer l'argent qui lui en revient. C'est aussi ce qu'exige la plus stricte justice, qui défend d'empêcher l'être libre de s'assurer la plus grande somme de bonheur qui soit à sa portée. Mais la liberté n'est possible que si d'ailleurs le *respect du droit* est assuré; car sans cela elle dégénérera bien vite en abus et en tyrannie. — Donc *la liberté sous l'égide du droit,* telle est la loi générale à laquelle doivent être soumis les échanges quant à leurs conditions extrinsèques.

Voyons comment et dans quelle mesure cette loi peut se réaliser dans la pratique.

407. *Entre les individus* la liberté peut et doit être complète parce que le respect de la justice et du droit est assuré par la haute surveillance de l'État. Aussi, une fois le respect de la justice garanti, l'État n'a pas à s'occuper de diriger l'activité des citoyens d'un côté plutôt que d'un autre; il n'a qu'à laisser faire les lois naturelles. D'où : pas de lois fixant un maximum des prix, pas de lois contre les accapareurs; pas de monopoles organisés sous le prétexte de l'intérêt général (comme manière de percevoir l'impôt les monopoles sont discutables, mais ne sont pas condamnés absolument par l'économie politique; par exemple, les poudres, les tabacs, les postes, etc.).

408. *Entre les diverses parties d'un même État,* la même liberté doit régner pour les mêmes raisons; il ne faut pas que le gouvernement s'imagine d'établir des entraves à la circulation pour accumuler les produits ou les disperser suivant ce qu'il croit le plus utile; le mécanisme naturel des échanges les dirigera là où seront les besoins. Donc pas de ces barrières locales entravant la circulation, comme il y en avait tant autrefois. Si ces barrières existent comme mesure fiscale pour percevoir l'impôt, elles sont toujours regrettables; mais on peut les défendre à raison de la nécessité de recouvrer l'impôt. C'est ainsi que les octrois existent encore partout en France à la porte des villes.

409. *Entre les États* la liberté des échanges présente plus de difficulté et a soulevé bien plus de discussions; et l'intervention des gouvernements a duré bien plus longtemps et dure encore. — Trois systèmes se sont succédé en France sur ce point :

410 1° *Système mercantile* ou *de la balance du commerce.* — C'est le plus primitif de tous : il partait de cette idée fausse, que la richesse d'une nation consiste essentiellement dans les métaux précieux, l'or et l'argent, et de cette autre idée, également fausse, qu'à toute importation de produits étrangers correspond une sortie de numéraire, et à toute exportation une entrée de numéraire. Aussi le gouvernement surveillait avec le plus grand soin la *balance du commerce,* c'est-à-dire le tableau comparatif des importations et des exportations, afin d'arrêter l'essor des importations et de favoriser les exportations. On disait que la balance était *favorable* quand les exportations excédaient les importations; *défavorable* dans le cas contraire.

On réfute ce système (2) en montrant d'abord que le numéraire n'est pas la richesse. C'est ce que prouve l'exemple de l'Espagne où la décadence a eu pour signal l'arrivée des galions d'Amérique. A quoi sert l'abondance du numéraire? Uniquement à faire monter le prix nominal de toutes les autres marchandises par suite de l'avilissement

(1) Consult. Cauwès, *Précis d'écon. pol.* n. 695 et suiv.

(2) V. Cauwès, *Précis d'écon. pol.* n. 730 et suiv.

Source BIU Cujas

des métaux précieux; mais un peuple n'en est pas plus riche, attendu qu'il n'a pas pour cela plus de choses utilisables. — Sans doute il faut une certaine quantité de numéraire pour faciliter les échanges; mais on peut affirmer que si un pays est calme et prospère, et pourvu que le gouvernement ne s'en mêle pas, ce numéraire nécessaire viendra toujours de l'étranger; parce que là où il manque les prix baissent, et les autres peuples viendront s'y approvisionner de produits. Et réciproquement, s'il est en excès, les prix monteront, les nationaux seront poussés à acheter au dehors et personne d'autre part ne venant acheter chez eux, le numéraire sortira. Ce sont là des nécessités inéluctables, plus fortes que tous les gouvernements; elles feront ce que toutes les lois seraient impuissantes à faire, et aucune législation ne saurait les arrêter.

D'autre part il n'est pas vrai que nécessairement les importations fassent sortir du numéraire et que les exportations en fassent entrer. Car en général les produits s'échangent contre des produits : donc si un peuple importe beaucoup, c'est ordinairement qu'il a beaucoup de produits à envoyer en échange. Toute la question serait de savoir si l'on est dans la règle ordinaire ou dans un cas exceptionnel. Pour cela il faudrait savoir ce que deviennent les produits importés, s'ils sont employés utilement ou consommés en pure perte; et c'est ce que la balance du commerce ne nous dit pas.

Nous arrivons là au vice le plus palpable du système mercantile, c'est que les chiffres dont il fait sa base sont des données tout à fait inexactes, et ne nous renseignent pas du tout sur les opérations qu'ils sont censés représenter. Par exemple : 100 de produits français sont envoyés au Brésil, ils y sont vendus 150, et on importe en retour 150 de cafés : la balance du commerce attestera une perte de 50, tandis qu'au contraire les Français ont gagné 50; — supposez que ces mêmes 100 soient chargés sur un vaisseau qui périt en sortant du port; vous aurez 100 exportés sans importation correspondante, la balance dira que nous avons gagné 100. — Aussi on avait conseillé malignement au gouvernement de faire charger toutes les richesses de la France sur des vaisseaux et de les faire sombrer en mer; c'était le moyen de s'assurer toujours une balance favorable.

411. 2° *Système protecteur*. Il a été la base de notre législation depuis Colbert jusqu'au traité de commerce de 1860 avec l'Angleterre, suivi de traités semblables avec les autres puissances. — Son but est de protéger l'industrie nationale en prohibant les produits similaires étrangers, ou en les grevant de taxes qui rendent impossible la concurrence. Cela paraît être un objet très louable.

Pourtant, comme principe purement économique, ce système est absolument faux : — 1° Il favorise le producteur, mais aux dépens du consommateur, qui paie tout plus cher, et tire de sa poche tout ce que gagne le producteur. Or les producteurs sont quelques-uns; le consommateur, c'est tout le monde; c'est donc celui-ci qui est le plus intéressant. — 2° On n'augmente pas la richesse nationale en faisant produire plus chèrement en France ce qu'on trouverait meilleur marché ailleurs. En effet, le sort des travailleurs de tout ordre doit être désintéressé de la question, car les capitaux employés à cette production désastreuse s'emploieraient dans une autre, si celle-là n'existait pas, et feraient gagner autant de monde. Il reste seulement qu'on paie le produit plus cher. Au contraire, un État a tout intérêt à profiter des avantages naturels de ses voisins en achetant ce qu'ils produisent à meilleur marché. — 3° C'est un leurre pour le producteur lui-même, parce qu'on ne le protège pas seul; on est obligé de protéger aussi son voisin qui réclame; et beaucoup d'industries étant ainsi protégées, les matières premières, la main-d'œuvre reviennent plus cher, et en somme notre producteur n'y gagne rien. — 4° Ce procédé est nécessairement injuste, car on ne peut protéger toutes les industries, ni les protéger toutes également. Il y en a, au contraire, à qui on fait un tort irréparable : ce sont celles qui ne craignent pas la concurrence étrangère (comme nos vins, nos soieries, nos articles de Paris) et qui sont prohibées à l'étranger par voie de rétorsion.

Source BIU Cujas

412. 3° *Système du libre-échange.* C'est le seul admissible au point de vue économique et comme principe : — chaque peuple, comme chaque individu, produit ce qu'il est le plus apte à produire ; et, en achetant ce qu'il ne produit pas, obtient en réalité une bien plus grande somme de satisfactions : le principe de la division du travail est aussi fécond entre les peuples qu'entre les individus : — c'est une justice rigoureusement due au peuple ; car lui faire payer un produit 50 c. plus cher pour protéger un industriel, c'est prendre 50 c. dans sa poche pour les donner à celui-ci ; — ce système en établissant entre les peuples une solidarité d'intérêts tend à entraver, sinon à empêcher, les guerres.

413. Mais si ce système est, pour nous, incontestable en principe, dans un état parfaitement normal, comme *loi-limite* (si l'on peut ainsi parler), c'est-à-dire comme une loi dont on s'approchera toujours de plus en plus, sans peut-être la réaliser jamais complètement, il ne nous paraît pas pouvoir être appliqué absolument dans la pratique. Il doit recevoir des exceptions pour les raisons suivantes :

1° La liberté, avons-nous dit, n'est possible et féconde que si d'ailleurs le respect de la justice est assuré. Or, entre les nations il n'y a pas une pareille sécurité : la guerre est toujours possible et doit toujours être prévue, et, si elle ne ferme pas toutes les communications, elle peut fermer les plus importantes. Donc, il est bon, il est de la plus vulgaire prudence qu'un peuple assure la production chez lui des choses au moins qui sont essentielles à la vie et qui sont nécessaires pour faire la guerre, sans cela il marcherait à une défaite certaine. Quant aux choses qui ne sont pas aussi essentielles, on serait exposé à souffrir de leur privation et à les payer très cher en cas de guerre ; mais on peut braver cette éventualité ; et il y a ici surtout une question de mesure et de probabilités : est-il bon de payer une marchandise plus cher pendant vingt, trente ou quarante ans, pour ne pas la payer très cher pendant une année ?

2° Il résulte de ce que nous venons de dire que, si cela est possible, il vaut toujours mieux qu'une nation produise elle-même ce dont elle a besoin. Si donc une industrie a en elle-même des conditions de vitalité suffisantes, mais si momentanément, par suite de circonstances exceptionnelles, par exemple parce qu'elle débute seulement, elle a besoin d'une certaine protection pour s'implanter, on ne devrait pas lui refuser cette protection ; de même si un pays, par suite de circonstances malheureuses, est grevé de taxes énormes, il a le droit de chercher à assurer à ses industriels un moyen de lutter contre l'étranger qui, moins grevé de taxes, produit à meilleur marché. Mais il ne faudrait pas faire de ce régime artificiel, un état normal, pour des branches de production où la nation est nécessairement et irrémédiablement inférieure.

414. Nous ne nous sommes placés jusqu'ici qu'au point de vue économique ; mais à côté de ce point de vue, il y a le point de vue *fiscal ;* des droits peuvent être perçus à l'entrée des marchandises étrangères, à titre d'impôt. En effet l'État fait payer par l'impôt la protection qu'il assure aux transactions ; et le commerce a tout avantage à acheter ainsi cette protection, car il paierait bien plus cher la sécurité dont il a besoin, si les particuliers devaient se charger de la garantir, et cette sécurité serait bien imparfaite. Cette protection étant accordée aux transactions internationales comme aux autres, celles-ci doivent payer l'impôt comme les autres. Seulement les économistes font remarquer que l'intérêt du fisc est en faveur des droits modérés qui sont plus productifs, tandis que les droits très forts arrêtent les transactions.

Indépendamment de cette limite pratique, au point de vue de la justice seule, il paraît équitable que, si le produit étranger paie à l'étranger, pour arriver à un certain degré de fabrication, des taxes moindres que le produit français en France pour arriver au même point, on le grève au moins de taxes suffisantes pour établir l'égalité au point de vue fiscal du producteur français et du producteur étranger, et les laisser lutter seulement avec leurs ressources naturelles (1). — On pour-

(1) Cette observation était déjà faite par Adam Smith, Liv. IV, ch. 2.

Source BIU Cujas

rait même aller plus loin, et admettre que l'État français pourrait, sans se préoccuper de ce que le produit étranger a pu payer à l'étranger, percevoir, au profit du trésor français, un droit égal à la somme de tous les droits payés en France par le produit français pour arriver au même degré de fabrication; on dirait que pour circuler en France à titre égal, il doit avoir payé en France une somme égale. Quant au consommateur, il ne pourrait se plaindre, car s'il paie plus de ce côté, il paiera moins d'un autre, puisqu'il faut toujours la même somme au budget. — Ceci donne au fisc une marge bien large.

415. **Le système admis en France** est un **système protecteur tempéré.** Il a été inauguré en 1860 par le traité de commerce avec l'Angleterre, suivi d'autres traités pareils avec les autres nations. Il repose sur les bases suivantes: — 1° suppression de la prohibition et de tous droits prohibitifs, — 2° établissement de droits protecteurs modérés; — 3° tendance à admettre en franchise beaucoup de matières premières. — Une loi du 26 juillet 1872, sur les matières premières, avait grevé celles-ci de droits assez forts; d'ailleurs dans un but purement fiscal, pour subvenir aux charges du budget. Mais elle s'est trouvée impraticable à cause des traités de commerce existant avec les autres nations qui ont refusé d'y renoncer; aussi elle a été abrogée par la loi du 25 juillet 1873, qui laisse leur plein effet aux traités de commerce. — Depuis cette époque, après l'adoption d'un nouveau tarif général, le 7 mai 1881, la plupart des traités ont été renouvelés; mais à peu près sur les mêmes principes que les précédents.

Notions pratiques générales sur les douanes.

416. Il y a deux grandes classes de droits de douane : ceux qui se réfèrent au commerce et ceux qui se réfèrent à la navigation maritime.

I. — Droits de douane au point de vue commercial (1).

417. Les droits sur les marchandises sont fixés de deux manières différentes; il y a: — 1° les droits *ad valorem*, calculés à tant pour 100 de la valeur de la marchandise; — ces droits plus justes sont presque toujours difficiles à percevoir à cause de la difficulté d'évaluation, surtout pour les marchandises dont les qualités peuvent avoir des degrés innombrables; — 2° *des droits spécifiques*, dépendant uniquement de l'espèce de la marchandise sans tenir compte de la qualité; ils sont évalués à tant par kilogramme; — moins justes que les précédents, ils sont plus commodes.

Les marchandises paient, en outre, un faible *droit de statistique* appelé anciennement *droit de balance*, destiné à couvrir les frais de confection et de rédaction des tableaux du mouvement commercial, appelés jadis balance du commerce. Ce droit est payé par toutes les marchandises, même celles admises en franchise (L. 22 janv. 1872, art. 3).

En principe ces droits sont dus par toute marchandise qui est introduite sur le sol français. Mais il y a deux ordres d'exceptions faites dans l'intérêt même du commerce français :

418. I. — Exceptions ayant pour but d'éviter ces droits aux marchandises qui touchent ou traversent notre sol sans être destinées à être consommées en France, et cela dans l'intérêt des transports terrestres ou maritimes français.

Divers moyens ont été ou sont employés.

1° *Ports francs*, par exemple Marseille autrefois. La frontière était reculée pour la douane en deçà des limites de la ville, de sorte que toute marchandise pouvait y entrer sans payer de droits et n'en supportait aucun si elle ressortait par navire; elle ne payait que si elle pénétrait plus avant sur le territoire français. Ce système avait l'inconvénient de faire payer les droits de douane aux produits provenant de la ville même ou apportés par terre, et pénétrant ou rentrant en France; de sorte que si on favorisait le com-

(1) V. Cauwès, *Précis d'éco. pol*, n. 744, et suiv.

Source BIU Cujas

merce maritime du port franc, on nuisait à son commerce terrestre et à son industrie. De plus, cette frontière était difficile à garder; on ne pouvait multiplier les ports francs. Aussi il n'y en a plus maintenant (1).

419. 2° *Entrepôts.* Ce sont des bâtiments placés sous la garde de la douane et traités comme un terrain neutre, de sorte que les marchandises peuvent y être déposées et réexportées sans payer de droits; elles ne paient que quand on les fait sortir pour l'intérieur du pays, pour la *consommation*, comme on dit.

On peut vendre les marchandises qui sont déposées à l'entrepôt; elles peuvent être vendues de deux manières : soit *à l'entrepôt*, c'est-à-dire droits non payés, ceux-ci seront alors à la charge de l'acheteur; soit *à l'acquitté* ou *à la consommation*, c'est-à-dire les droits payés par le vendeur.

A côté de l'entrepôt réel, il y a l'*entrepôt fictif*, lorsque, faute de bâtiments suffisants, on considère, moyennant certaines précautions, les magasins d'un commerçant comme un entrepôt jouissant des avantages ci-dessus. Exemple : en matière d'octroi, les magasins des marchands de vin de Bercy, depuis l'extension des limites de Paris.

420. 3° *Transit.* C'est pour les marchandises qui ne font pas seulement escale dans un port français, mais qui traversent réellement notre territoire. Il y a encore plus d'intérêt à appeler ces marchandises, puisque l'industrie des transports français y gagne plus. — Deux moyens surtout sont employés pour dégrever ces marchandises : — elles peuvent traverser le territoire français dans des caisses ou des wagons plombés par la douane sans payer aucuns droits, — ou bien payer les droits à l'entrée et se les faire rembourser à la sortie au moyen des *acquits à caution* dont nous parlerons tout à l'heure.

421. II. — Exceptions ayant pour but d'éviter les droits aux produits qui viennent se faire manufacturer en France pour être ensuite réexportés. C'est dans l'intérêt du manufacturier français, pour que ses produits puissent lutter sur les marchés étrangers.

Deux moyens sont employés pour cela :

1° *Drawbacks* ou *primes à l'exportation.* On fait payer la matière première à l'entrée en France; mais toutes les fois qu'un négociant exporte des objets fabriqués avec ce genre de matière, il reçoit une prime, dite prime à l'exportation, qui représente ce que la matière a payé en entrant. — Ce système a l'inconvénient qu'on n'établit pas dans chaque cas particulier la provenance de la matière première : il suffit que cette matière soit du genre taxé à l'importation. Mais il peut se faire qu'elle ait été produite en France; et alors la douane est exposée à rembourser plus qu'elle n'a reçu, puisqu'on peut fabriquer avec des matières non importées, et exporter proportionnellement plus qu'on n'a importé.

422. 2° *Acquits à caution* ou *admission temporaire.* Le commerçant ne paie rien au moment de l'importation; il s'engage seulement, avec caution, à réexporter, dans un certain délai, trois mois par exemple, ou bien à payer les droits à ce moment, s'il ne réexporte pas. L'engagement souscrit par l'importeur est l'*acquit à caution*, et on lui remet un *certificat de décharge* qu'il doit rapporter acquitté dans le délai fixé.

Ce système a l'avantage que la douane est sûre de ne pas payer plus qu'elle n'a reçu. Mais elle n'est pas encore sûre que l'on ne soustraira pas aux droits certaines matières employées définitivement à l'intérieur; celui qui les a importées peut en effet se libérer vis-à-vis de la douane en exportant des matières similaires d'origine française, qui n'avaient aucun titre à la faveur de la loi. — Ceci se réalise surtout par le concours de deux commerçants différents, au moyen du trafic des acquits à caution : celui qui a importé et consommé définitivement en France cède, en payant une faible prime et

(1) Il existe encore des *pays francs*, comme le pays de Gex, près de notre frontière suisse; mais leur privilège tient à des causes locales, et non à des motifs d'intérêt général.

Source BIU Cujas

par l'intermédiaire d'un courtier, son obligation d'exporter à celui qui a besoin d'exporter une marchandise similaire; et il se trouve avoir importé la première marchandise sans rien payer à l'État. C'est ce qui se passe notamment pour les blés, importés au midi de la France; comme le nord de la France en exporte souvent beaucoup, le blé français qui sort par le Nord sert à affranchir des droits le blé russe qui entre au Midi et est consommé en France.

Pour éviter ces fraudes on avait, pendant quelque temps, exigé l'*identique*, par exemple pour les fers; on les marquait à leur entrée et la marque devait exister encore à la sortie. Mais cette méthode empêchait de leur faire subir des transformations suffisantes, et on a dû y renoncer.

423. Quelques mots encore sur *les tableaux des douanes*. Ces tableaux, publiés tous les mois, reproduisent, sous quelques chefs peu nombreux, la somme des importations et des exportations qui ont eu lieu pendant le mois, avec un résumé des mêmes indications pour tous les mois écoulés de l'année. Ils indiquent assez exactement le mouvement du commerce. — On y distingue le *commerce général* de la France, c'est-à-dire la circulation des marchandises non nationalisées, qui n'ont fait que passer en France, pour lesquelles la France n'est qu'un intermédiaire entre les autres nations; — et le *commerce spécial* de la France, c'est-à-dire la circulation des marchandises d'origine française ou de destination définitivement française, où la France joue le rôle de producteur ou de consommateur définitif.

Ces tableaux présentent la *valeur officielle* et la *valeur réelle*. La valeur officielle établie en 1826 pour chaque marchandise n'a plus rien de réel; elle sert uniquement à établir des points de comparaison : il faut que cette valeur reste toujours la même pour qu'on puisse comparer les chiffres de deux années voisines ou éloignées. La valeur réelle est la valeur courante moyenne de l'année, constatée chaque année par des renseignements demandés aux chambres et tribunaux de commerce et centralisés au ministère du commerce; elle exprime réellement ce que valaient, au cours actuel, les marchandises importées ou exportées.

II. — Droits de douane au point de vue de la navigation (1).

424. Leur but est de protéger la marine marchande française en lui assurant du fret; et cela, non seulement dans l'intérêt de cette branche de notre industrie nationale, mais dans l'intérêt de la marine de l'État et de la défense du territoire, parce que la marine marchande sert beaucoup en cas de guerre, au moins pour les transports, parce qu'il est important d'avoir des constructeurs habiles et des marins exercés, et que c'est la marine marchande qui sert à les former les uns et les autres. On sait que, depuis Colbert, notre marine militaire recrute son personnel par l'*inscription maritime* où sont portés tous les marins valides qui servent sur des navires particuliers.

Trois systèmes se sont succédé pour l'organisation de cette protection : — 1° Un système très protecteur, créé surtout par la L. 21 sept. 1793, qui est notre *acte de navigation*, développé en 1814 et 1815. — 2° Un système modéré, inauguré par la L. 19 mai 1866 *sur la marine marchande*, et continué par d'autres lois. — 3° Un dernier système, plus sévère que le précédent, provoqué surtout par la nécessité d'établir de nouveaux impôts, mais aussi, dans une certaine mesure, par un retour vers les idées de protection : L. 30 janv. 1872, *sur la marine marchande*.

I. — *Réserve du cabotage pour la marine française*. Le cabotage est la navigation d'un port de France à un autre port de France; on distingue le petit cabotage, qui a lieu dans une même mer, la Méditerranée ou l'Océan; et le grand cabotage, qui passe de l'une dans l'autre.

II. — *Réserve pour notre marine du trafic avec les colonies*; c'est ce qu'on appelle le

(1) V. Cauwès, *Précis d'écon. pol*, n. 761, et suiv.

Source BIU Cujas

système colonial. Il a été supprimé par décr. 9 juill. 1869, à cause de l'insuffisance de nos transports pour nos colonies.

III.—Pouvaient seuls être français les navires *construits* en France. Cette règle a été supprimée en 1866 ; on a facilité la naturalisation ou *francisation* des navires, avec certaines conditions cependant. En échange de cette mesure défavorable aux constructeurs français, on a facilité l'introduction des matières premières destinées à la construction. — La L. 30 janv. 1872, art. 5, a établi des droits d'importation sur les navires eux-mêmes.

IV. — *Système d'impôts*. — Il y a trois droits de douane différents pour protéger la navigation française :

426. 1° *Droit de tonnage*. C'est le prix de la protection de l'État pour les navires qui stationnent dans les eaux françaises ; il est payé à l'entrée des ports, et il est spécial aux navires étrangers. — Il a été supprimé à partir du 1er janv. 1867, pour éviter les droits pareils dont les navires français étaient frappés à l'étranger par voie de rétorsion ; mais il pouvait être rétabli par mesure spéciale pour le même motif. — Il a été rétabli d'une manière générale pour *tout navire*, même français, à titre d'impôt par la L. 30 janv. 1872, art. 6 ; il est de 50 c. par tonneau pour les navires venant de l'Europe et de la Méditerranée, de 1 fr. pour les autres.

Il y a encore des droits de tonnage qui n'ont aucun caractère protectionniste, et qui sont levés pour payer certaines dépenses utiles à la navigation : comme les réparations considérables faites à un port ; l'entretien ou même l'établissement de certains passages, par exemple le canal de Suez.

Ces droits soulèvent la question du *jaugeage* des navires, c'est-à-dire du mesurage du nombre de tonneaux qu'ils peuvent porter. Cette question a donné lieu à des difficultés à propos du canal de Suez. A cette occasion, le gouvernement français a modifié notre ancienne méthode de jaugeage, reconnue défectueuse, et adopté la méthode anglaise ; cette méthode est exposée dans un décret du 24 mai 1873 (D. P. 73. 4. 73). — Nous reviendrons sur cette question à propos des ventes, au titre 7, ch. 2.

427. 2° *Surtaxe de pavillon*. C'est un droit payé par les marchandises, importées sur un navire étranger, et qui s'ajoute aux taxes générales dont sont grevées les marchandises à raison de leur nature. — Ce droit avait été supprimé en 1866. — Il avait été rétabli par la L. 30 janv. 1872, art. 1. — Il a été de nouveau supprimé par la L. 28 juillet 1873, abrogeant les art. 1 et 2 de la L. 30 janv. 1872.

428. 3° *Surtaxe d'entrepôt*. C'est un autre droit supplémentaire destiné à empêcher qu'on n'élude les lois sur la surtaxe de pavillon : les marchandises d'importation lointaine viendraient par navire étranger dans un port voisin, Liverpool par exemple, et de là seraient importées en France par navire français de manière à ne pas payer la surtaxe de pavillon, ou même par navire étranger de manière à la payer moindre. On les frappe de la surtaxe d'entrepôt, quand elles ont ainsi *fait entrepôt* dans un port d'Europe. — Ce droit avait été maintenu en 1866 pour appeler sur le marché français les marchandises qui ont l'espoir de se placer en France, et éviter que les navires n'allassent se décharger en Angleterre, sauf à rembarquer celles destinées à la France ; ce qui aurait appelé tous les acheteurs en Angleterre au détriment du commerce français. — La L. 30 janv. 1872, art. 3, les relève à 3 fr. par 100 k. toutes les fois qu'ils ne sont pas plus forts. Ce taux a été jugé nécessaire pour obtenir le résultat cherché.

V. — *Primes à la construction des navires et à la navigation*. Elles ont été établies par la L. 29 janv. 1881, pour remédier aux souffrances de notre marine marchande, atteinte surtout par l'insuffisance de fret de sortie. On n'a pas voulu revenir aux surtaxes précédemment employées, pour éviter surtout les mesures de rétorsion de la part des nations étrangères.

Source BIU Cujas

§ 3

Condition juridique générale du commerce.

429. Avant d'aborder l'étude des contrats commerciaux, nous avons quelques mots à dire de certaines catégories de **biens** spéciales au droit commercial. Le code de commerce n'en parle pas, et ils ne donnent pas lieu à une bien longue théorie juridique. Ils se ramènent tous à la propriété des **fonds de commerce** et de leurs accessoires.

Le *fonds de commerce* est constitué essentiellement par la clientèle, l'achalandage. Il rentre donc dans la classe des biens incorporels; et comme il n'y a aucune raison pour le déclarer immobilier, il doit être considéré comme un bien mobilier (1). — Le fonds de commerce embrasse en général comme accessoires, compris tacitement dans les aliénations dont il peut faire l'objet : — 1° les installations et les marchandises en magasins, qui peuvent, dans certains cas, avoir une très grande importance; — 2° les droits, créances et recouvrements à faire (2); — 3° les divers droits utiles se rattachant à l'exploitation, notamment le droit au bail des lieux occupés par le commerce (3).

430. A la propriété de l'achalandage se rattache celle du **nom commercial**, de **l'enseigne** de l'établissement (4), le droit d'apposer sur ses produits certains **noms**, certaines **marques**, ou de les désigner au public par certains signes distinctifs, comme la forme, la couleur des enveloppes, des étiquettes. — Nos lois se sont préoccupées spécialement de protéger la propriété des noms apposés sur les produits, celle des marques également apposées, et les secrets de fabrique (5).

La *L.* 28 *juillet* 1824 (art. 1) punit des peines portées à l'art. 423, C. pén.: « Quiconque aura, soit apposé, soit fait apparaître sur des objets fabriqués le nom d'un fabricant autre celui qui en est l'auteur, ou la raison commerciale d'une fabrique autre que celle où lesdits objets ont été fabriqués, ou, enfin le nom d'un lieu autre que celui de la fabrication. » Cette loi protège donc, non seulement l'apposition du nom du commerçant ou de la maison, mais celui de la fabrique, et même celui du lieu de fabrication; car ce nom est souvent un grand élément de crédit pour un produit, par exemple le nom de *Louviers* pour les draps.

La *L.* 23 *juin* 1857 *sur les marques de fabrique et de commerce* permet à tout commerçant de s'assurer le droit exclusif d'apposer une certaine marque à ses produits, moyennant un dépôt du modèle de cette marque, en double

(1) Metz, 3 juin 1841, D., v° *Industrie et comm.*, n. 374 — Duranton, t. IV, n. 164. Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, n. 365. Troplong, *Contr. de mar.*, n. 414. Aub. et Rau, 4e édit., § 507, note 16.

(2) Metz, 3 juin 1841, *l. cit.*

(3) Rouen, 9 juin 1828, D., v° *Ind. et comm.*, n. 374. — Al. n. 1138.

(4) Caen, 23 févr. 1881, D. 82. 2. 167.

(5) Ambroise Rendu, *Traité pratique des marques de fabrique et de la concurrence déloyale* (Paris; Cosse et Marchal; 1859, in-8°).

Source BIU Cujas

exemplaire, au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Ce dépôt n'a d'effet que pour quinze années; mais il peut être renouvelé. La loi édicte des peines correctionnelles contre ceux qui auront contrefait ou imité ces marques. — La *L.* 27 *novembre* 1873 permet d'obtenir la garantie de l'État, affirmant la sincérité de la marque par un timbre ou un poinçon apposé sur ou à côté de la marque. Le droit à payer à l'État devait être fixé par un règlement d'administration publique, dans les limites de 1 cent. à 1 fr. par objet marqué du timbre de l'État; de 5 cent. à 5 fr. pour l'apposition du poinçon; cette fixation a fait l'objet du Déc. 25 juin 1874 (D. P. 75. 4. 20-22).

Enfin, l'art. 418, C pén., punit la divulgation des secrets de la fabrication par tous ceux qui sont employés dans une fabrique.

431. Quant au droit exclusif au *nom* et à *l'enseigne* d'un établissement, il n'est assuré par aucune disposition particulière. Comme l'achalandage lui-même, il est protégé seulement par l'art. 1382, C. civ. Toutes les fois qu'il y aura eu des manœuvres déloyales pour détourner la clientèle, soit par la calomnie, la diffamation ou le dénigrement, soit par l'usurpation ou l'imitation du nom ou de l'enseigne de l'établissement, soit par l'imitation de l'aspect extérieur de cet établissement, ou des enveloppes de ses produits, ou de ses factures, il y aura lieu à des dommages-intérêts en vertu de cet art. 1382. — L'atteinte à l'achalandage n'est réprimée que si elle est frauduleuse, car la concurrence loyale est libre; ce qui est punissable, c'est uniquement la *concurrence déloyale* (1).

Les contrats ou les dispositions testamentaires peuvent imposer des obligations plus rigoureuses : ainsi, celui qui vend un fonds de commerce s'interdit expressément et même tacitement de faire aucune concurrence à son cessionnaire, même celle qui serait loyale pour un autre. Il en est de même de ses héritiers. Il en serait aussi de même pour les héritiers de celui qui aurait légué son fonds de commerce (2). — De même un bailleur qui loue à un commerçant s'interdit souvent de louer un local de la même maison à un commerce rival. Et il peut, en louant à un autre commerçant, lui interdire la concurrence avec le premier. Ces stipulations donneront lieu à des dommages-intérêts pour tout fait de concurrence, même loyale d'ailleurs.

432. Nous avons déjà parlé de la **vente d'un fonds de commerce** pour nous demander si elle est ou non commerciale; et nous avons répondu affirmativement dans tous les cas (V. n. 36 et 50).

Relativement à cette vente d'un fonds de commerce, il existe à Paris un usage singulier qui ne tend à rien moins qu'à établir au profit des créanciers, même chirographaires, du vendeur, un certain droit de suite sur le prix de la vente. Il est d'usage que les ventes de fonds de commerce sont publiées dans les journaux d'annonces, et qu'à partir de ce moment dix jours sont accordés aux créanciers du vendeur pour faire, entre les mains de l'a-

(1) V. un nombre immense d'applications dans Dalloz : *Jur. gén.*, v° *Industrie et commerce*, n°s 381 et suiv.; *Table de 22 années*, v° *Propriété industrielle*, n°s 132 et suiv.; la *Table de dix années* (1867-1877), et depuis les tables annuelles, *eod. v°*.

(2) Sur tous ces points, V. Dall. : *Jur. gén*, v° *Industrie et comm.*, n. 215-218; *Table de 22 années*, v° *Liberté du commerce*, n. 89-100; la *Table de dix années*, et depuis 1877 les tables annuelles, *eod* v°.

Source BIU Cujas

cheteur, opposition au paiement du prix; il s'ensuit que pendant ces dix jours l'acheteur ne peut valablement payer son prix entre les mains du vendeur, et que, s'il le payait, il s'exposerait à être obligé de le payer de nouveau entre les mains des créanciers opposants du vendeur. — L'autorité obligatoire de cet usage est reconnue, à très peu près unanimement, par la jurisprudence (1). Il a même été jugé que le délai de dix jours doit être franc, et qu'on ne doit y comprendre, ni le jour de la publication, ni celui du paiement par l'acheteur, de sorte que celui-ci ne peut payer valablement que le onzième jour, non compris celui de la publication. Nous croyons aussi que l'usage doit être suivi sur ce point; car il n'est pas contraire à une disposition impérative ou prohibitive de la loi. V. à notre introduction générale (n. 22).

La vente d'un fonds de commerce est soumise à un droit d'enregistrement de 2 p. 100, comme toutes les mutations de meubles à titre onéreux (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § 5, 1°). La *L.* 28 *février* 1872, art. 7, 8 et 9, rappelle, précise et sanctionne plus énergiquement cette obligation fiscale. Ce droit de 2 p. 100 est perçu sur le prix de l'achalandage, sur le prix de cession du bail, et sur le prix des objets mobiliers ou des immeubles par destination, servant à l'exploitation du fonds. Quant aux marchandises neuves garnissant le fonds, elles ne sont assujetties qu'à un droit de 50 cent. par 100 fr., à la condition, seulement, qu'il sera stipulé pour elles un prix particulier, et qu'elles seront désignées et estimées, article par article, dans le contrat ou dans la déclaration (art. 7). Les art. 8 et 9 appliquent à ces mutations, quoique mobilières, une série de règles, auparavant spéciales aux mutations immobilières, et ayant pour but d'assurer la perception du droit, telles que l'obligation de faire l'enregistrement ou la déclaration dans un certain délai (trois mois); les peines pour défaut d'enregistrement ou de déclaration dans ce délai, et pour les dissimulations de prix; l'expertise pour la constatation des insuffisances de prix, et la recherche des mutations secrètes (2).

433. Arrivons maintenant aux **contrats commerciaux.**

Le commerce, avons-nous dit, a pour but essentiel la circulation des biens pour les faire arriver du producteur primitif au consommateur. — Il se compose donc essentiellement d'une série de ventes et d'achats, qui, en général, sont tous commerciaux, excepté la première vente faite par le producteur primitif et le dernier achat fait par le consommateur. La *vente* est donc le principal contrat commercial. — A côté de cette circulation intellectuelle, il y a très souvent des faits de transport matériel qui sont aussi caractéristiques du commerce. Le *contrat de transport* sera, après la vente, un contrat essentiellement commercial.

Il y a d'autres contrats accessoires, mais non moins importants que les premiers : — ainsi, des personnes servent d'intermédiaires pour les achats ou les transports, ce sont les *commissionnaires*, les *agents de change* et *les courtiers;*

(1) Trib. civ. Seine, 31 mars 1868, D. P. 68. 3. 96; et 8 oct. 1869; D. P. 70. 3. 87. — *Contrà :* Trib. civ. Seine, 29 mai 1878, *le Droit* du 2 juillet.

(2) V. G. Demante, *Explication de la L.* 28 *février* 1872 (Paris, Cotillon, 1873, in-8°), p. 63 et suiv., et *Principes de l'enregistrement*, 3e éd., t. II, p. 437-456.

Source BIU Cujas

et un lieu est désigné où ces agents intermédiaires et les commerçants peuvent se rencontrer et traiter ensemble : c'est la *Bourse de commerce*. Nous aurons à étudier l'organisation juridique de ces opérations. — Enfin, à un moment ou à un autre, les marchandises peuvent être données en *gage*.

Le code de commerce traite de ces divers contrats relatifs aux marchandises dans les titres 5, 6 et 7 du livre Ier. Nous les commenterons dans l'ordre inverse de leurs numéros; d'abord, le titre 7, *Des achats et des ventes;* puis, le titre 6, *Du gage et des commissionnaires*, et, enfin, le titre 5, *Des bourses de commerce, agents de change et courtiers*. Cet ordre n'intervertira pas beaucoup celui du Code, et sera plus logique et plus commode pour l'intelligence des matières.

434. A côté de cette circulation des marchandises, il y a une circulation inverse de la *monnaie*, qui solde les achats, qui va du consommateur au producteur originaire. C'est là l'ordre logique de cette circulation. Mais, en fait et chronologiquement, chaque achat donnant lieu à une créance immédiate du prix, la monnaie circule en quelque sorte par soubresauts : du premier acheteur au premier vendeur, puis du second acheteur au premier, puis du troisième au second, du quatrième au troisième, etc. Et en général chaque acheteur est obligé de faire l'avance de ce prix, jusqu'au moment où il aura pu, en vendant les marchandises, le recouvrer contre son propre acheteur. Le *crédit* qui permet de retarder l'exécution des obligations offre le moyen d'éviter cette gêne considérable, et d'attendre, pour payer, que l'on ait soi-même revendu et touché le prix. Il établit un moyen terme entre l'ordre logique et l'ordre chronologique dans la circulation de la monnaie. — On voit que la circulation de la monnaie et du papier de crédit est une autre branche des opérations commerciales aussi importante que la première. Le Code n'en traite que dans le titre 8, *De la lettre de change et du billet à ordre*. Nous étudierons les autres matières relatives au même objet, comme introduction ou comme appendices à ce titre 8.

535. **Quelles sont les règles générales applicables aux contrats commerciaux?** Nous avons déjà traité cette question en nous demandant quelles sont les sources du droit commercial (*suprà*, n. 21 et suiv., 24 et suiv.); et nous avons admis qu'à défaut de la loi spéciale au commerce, c'est en général dans le code civil qu'il faut chercher nos règles. Il y aura donc lieu d'appliquer ici en principe les règles du titre *Des contrats ou obligations conventionnelles* au code civil. Nous n'avons pas besoin d'insister plus longuement.

Il y a pourtant doute pour l'application des art. 1139 et 1202, C. civ.

On admet généralement que la mise en demeure a lieu en matière commerciale même par une simple lettre missive (1), même sans écrit (2). L'usage a dérogé à l'art. 1139 (cf. n. 24).

Q. *La solidarité se présume-t-elle plus facilement en droit commercial qu'en droit*

(1) Paris, 5 févr., 6 nov. 1874 (2e et 5e chambre), D. P. 77. 2. 11. Ly. C. et R., n. 596. — *Contrà :* Paris, 1er déc. 1874 (4e chambre), D. P. 77. 2. 11.

(2) Bordeaux, 22 nov. 1864. *J. Mars.* 1865. 2. 14. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 22. Ly. C. et R., n. 596.

Source BIU Cujas

civil? — 1er S. *Non :* aucun texte ne l'indique; et la solidarité étant exceptionnelle ne peut s'établir sans texte ou sans convention formelle (1). — 2e S. *La solidarité se présume toujours en droit commercial :* — c'était l'ancien droit : Pothier cite l'exemple de plusieurs commerçants achetant ensemble sans être associés (*Oblig.*, no 265); de même Jousse (comm. de l'ord., Titre 4, art. 7), Bornier (*ibid.*), Savary (Parère 55); — cette idée a été conservée par nos codes; car, dans la discussion au conseil d'État sur l'art. 1202, C. civ., M. Bigot-Préameneu a dit que les usages du commerce seraient maintenus par un article spécial; c'est l'art. 1107, 2e al. (2). — 3e S. *Elle ne se présume pas toujours, mais seulement quand les tiers ont pu croire à une société tacite* (!) (C. com , art. 22); quand même cette société pourrait être à leurs yeux une simple participation; car on admet que la solidarité existe, même dans la participation, quand elle se manifeste aux tiers ; — c'est la concession qu'il faut faire aux usages du commerce, à notre ancien droit et à l'observation de M. Bigot-Préameneu; mais cette concession suffit pour s'accorder avec tous ces éléments ; on s'en convaincra en se référant à nos anciens auteurs; — si la solidarité est exceptionnelle, un usage aussi universellement et presque officiellement reconnu, peut l'établir aussi bien qu'une convention expresse (v. *suprà*, n. 22); mais il faut se renfermer rigoureusement dans les limites de fait de cet usage (3). — Les conséquences de ce système sont les suivantes. La solidarité se présumera : si l'on s'est présenté ensemble aux tiers, surtout pour les achats et ventes; si plusieurs ont sollicité ensemble une commission. Mais elle ne se présumera pas toutes les fois que les tiers n'auront pas pu s'y tromper : ainsi le commissionnaire de transport et le voiturier, obligés ensemble, ne sont pas solidaires, (c'est le Code qui l'indique dans l'art 108, et qui confirme ainsi notre distinction); — deux liquidateurs ne seront pas solidaires, ni plusieurs mandataires (C. civ., art. 1995), ni la caution engagée au dos d'un simple billet (4).

Voir les titres 6 et 5 après le titre 7.

(1) Brav., t. II, p. 255.

(2) Frémery, p. 21 et suiv. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 39. Troplong, *Mandat*, n. 497. Ly. C. et R., n. 597. — C. com. ital., a. 40.

(3) Pard., n. 182. Dall., v° *Commissionnaire*, n. 83. Al. n. 1181-1183. Massé, n. 1909 et suiv.

(4) Colmar, 22 mai 1844, D., v° *Obligations*, n. 1359.

Source BIU Cujas

TITRE VII.

DES ACHATS ET VENTES.

436. Ce titre n'a qu'un article, l'art. 109, consacré uniquement à *la preuve* des achats et ventes, et cet article doit être considéré comme applicable à tous les contrats commerciaux. Nous devrons donc traiter d'abord, dans un premier chapitre, des modes de preuve des contrats commerciaux en général; par là notre titre se rattachera à l'introduction qui précède. Puis, dans un second chapitre, nous étudierons la vente commerciale.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA PREUVE DES OBLIGATIONS COMMERCIALES.

Art. 109. Les achats et ventes se constatent : — par actes publics ; — par actes sous signature privée ; — par le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties ; — par une facture acceptée ; — par la correspondance ; — par les livres des parties ; — par la preuve testimoniale, dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre.

437. On est universellement d'accord pour admettre que cet article s'applique, dans son ensemble, à tous les contrats commerciaux (1). Il y a exception seulement pour ceux où la loi exige un écrit : — la société (C. com., art. 39, 41 ; L. 1867, art. 1, 21 ; V. *suprà*, n. 344) ; — la lettre de change (C. com., art. 112), le billet à ordre (art. 187), ainsi que les acceptations (art. 132), les endossements qui s'y réfèrent (a. 137) ;— la vente des navires (a. 195) ; — l'affrétement (art. 273) ; —le prêt à la grosse (art. 311) ; — l'assurance (art. 332).

Une question générale à examiner est celle de savoir *si ces modes de preuve doivent être admis lorsque l'obligation n'est commerciale que d'un seul côté?* Elle n'a vraiment d'intérêt que pour la libre admission de la preuve testimoniale et pour les facilités de preuve qui en sont la conséquence; car les autres modes de preuves ne paraissent pas pouvoir faire difficulté. — Nous admettrons que cela dépend de la qualité de celui *contre qui* on veut faire la preuve; s'il est commerçant on pourra prouver contre lui par les modes commerciaux : — c'est en effet, dans l'intérêt du défendeur que la loi limite les modes de

(1) V. Demang., t. II, p. 450. Al. n. 1010 et suiv. Bonnier, *Preuves*, n. 174. Ly. C. et R., n. 601. — Voir surtout une démonstration détaillée dans Cresp et Laurin, *Dr. marit.*, t. I, p. 245 et suiv. — La L. belge, 15 déc. 1872, a. 25, qui reproduit l'a 109 en le résumant, est explicite sur ce point. *It.* C. com. ital., a. 44.

Source BIU Cujas

preuve; — pour les livres de commerce la loi nous dit aussi qu'ils ne peuvent pas faire preuve contre le non-commerçant, mais bien contre le commerçant (C. civ., art. 1329, 1330) (1). — Mais ce commerçant pourra alors invoquer les preuves commerciales pour prouver sa libération (2). — Toutes ces règles s'appliqueront quelle que soit la juridiction (civile ou commerciale) saisie (3).

438. Avant d'énumérer les modes de preuve, une observation importante doit être faite; elle nous fournira un principe qui domine toute la matière. C'est que, d'après l'art. 109, *in fine*, la preuve testimoniale est admise sans restriction en matière commerciale; en combinant cette disposition avec l'art. 1353, C. civ., on arrive à cette conclusion que dans cette matière les présomptions de l'homme sont aussi toujours admises; donc le juge de commerce peut former sa conviction de toute manière, suivant sa conscience (4). Il n'est pas cependant tout à fait dans la même situation qu'un juré, qui peut et doit se borner à déclarer qu'il est convaincu de tel fait en son âme et conscience, sans rendre compte des motifs de sa conviction. Le juge consulaire est obligé de motiver ses jugements, et, par conséquent, de rendre compte des raisons qui ont formé son opinion; ces raisons doivent aussi être déduites des éléments qui lui ont été fournis au cours du procès et non d'ailleurs (5); mais il à toute latitude pour déduire de ces éléments les motifs de sa conviction (6). — Cette observation domine toute notre matière, et elle influe sur les autres modes de preuve en faisant écarter toutes les rigueurs spéciales qui ont pu être édictées par nos lois.

Sept modes sont énumérés dans l'art 109; nous en ajouterons trois de droit commun : les présomptions, l'aveu et le serment.

439. I. — **Actes publics;** c'est-à-dire les actes notariés. Ils sont rares en matière commerciale, si ce n'est pour les sociétés. Ils seraient nécessaires pour l'ouverture de crédit avec constitution d'hypothèque sur un immeuble; et pour tous les contrats passés par ceux qui ne savent ou ne peuvent pas signer. — Nous renvoyons au droit civil.

440. II. — **Actes sous signature privée.**

Q. *Faut-il, dans les contrats synallagmatiques, autant de doubles que de parties contractantes?* (C. civ., art. 1325). — Nous admettrons que non, avec la grande majorité des auteurs (7) : — les juges ayant toute latitude d'appréciation,

(1) V. Cass. 19 nov. 1862, D. P. 62. 1. 472. — Aub. et Rau, § 757, note 1. Demang. sur Brav., t. II, p. 461. Massé, n. 2545. Ly. C. et R., n. 625. — Bonnier, *Preuves*, n. 174, ne se prononce pas.

(2) Massé, n. 2543. Al. n. 1046. — *Contrà* : Rouen, 8 mars 1878, *J. Pal.* 1878, p. 1005. Brav. et Demang., t. 2, p. 461. Aub. et Rau, t. 8, § 763 *bis*. Ly. C. et R., n. 625.

(3) Demang. sous Brav., t. II, p. 461, note 2. Ly. C. et R., n. 625. — *Contrà* : Al. n. 1046.

(4) Req. 2 avril 1878, D. P. 80. 1. 32, etc., etc.

(5) Pas. p. ex. de la connaissance personnelle qu'il pourrait avoir des faits : Cass. 21 mai 1878, D. P. 78. 1. 263, etc.

(6) Comp. Delam. et Lepoitv., t. I, n. 130. Demang. sous Brav., t. II, p. 450. Massé, n. 2366.

(7) Pard., n. 245. Delam. et Lepoitv., t. I, n. 139. Aub. et Rau, t. VI, p. 387. Brav., t. II, p. 251. Vincens, t. II, p. 25. Massé, n. 2416. Bonnier, *Preuves*, n. 693. Ly. C. et R., n. 605. — *Contrà :* Demang. sous Brav., t. II, p. 253 et suiv. Al. n. 1049.

Source BIU Cujas

comme nous venons de le dire, peuvent parfaitement tenir compte de l'acte non fait double; — l'usage commercial, qui est constant sur ce point, peut déroger au droit civil (v. n. 24, 25); — d'autre part, les livres des parties sont un contrôle très efficace; — on peut argumenter *à contrario* de l'art. 39, qui exige les doubles pour la société (1) et qui serait inutile si telle était la règle générale; — enfin les autres écrits admis comme modes de preuve par l'art. 107, les factures, la correspondance, ne sont pas nécessairement faits en double. — Seulement il faut dire qu'alors les juges ne seraient pas tenus d'ajouter foi à l'acte : ils pourraient en tenir tel compte qu'ils jugeraient convenable (2).

Q. *Faut-il, sur les simples billets, le bon ou approuvé?* (C. civ., art. 1326). — L'art. 1326 en dispense formellement les commerçants; la question n'est donc possible que pour les non-commerçants faisant acte de commerce. Nous admettrions que cette formalité est nécessaire dans ce cas (3). Mais nous excepterions les engagements à forme commerciale (comme la lettre de change, le billet à ordre, l'acceptation, l'endossement, l'aval, donnés sur ces effets de commerce) (4).

Q. *Quand les actes sous seing privé auront-ils date certaine à l'égard des tiers?* — Nous admettrons qu'ils l'auront même sans les conditions de l'art. 1328, C. civ., par les raisons données plus haut : les juges ont toute latitude d'appréciation, et il y a le contrôle des livres des parties (5).

441. III. — **Le bordereau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé des parties.** — Ils doivent, au moment où ils font faire une opération, l'inscrire immédiatement sur un *carnet*, puis la reporter ensuite sur leurs registres, et enfin ils remettent aux parties une note constatant l'opération faite; c'est cette note qu'on appelle un *bordereau*. — Le projet du Code n'exigeait pas la signature des parties; cette exigence a été introduite sur la réclamation du commerce, qui craignait d'être à leur merci (6).

Quelle est l'autorité de ces bordereaux? Ce ne sont pas, suivant nous, des ac-

(1) Le Code exige aussi plusieurs doubles pour le connaissement (art. 282); on admet la même exigence pour la charte partie (V. *infrà*, sous l'article 273).

(2) Vincens, t. II, p. 35. Massé, n. 2416.

(3) Demang. sous Brav., t. II, p. 455. Massé, n. 2401, 2402. Aub. et Rau, § 756. — *Contrà :* Larombière, a. 1326, n. 19. Ly. C. et R., n. 606.

(4) Demang. sous Brav., t. II, p. 455. Massé, n. 2403-2405.— *Contrà*, pour le billet à ordre : Bourges, 21 avril 1866, D. P. 66. 2. 120.

(5) Cass. 21 août 1869, D. P. 69. 1. 407, et, sur renvoi, Grenoble, 23 nov. 1870, D. P. 71. 2. 13, etc., etc. — Pard., n. 246. Delam. et Lepoitv., t. I, n. 139. Aub. et Rau, t. VIII, p. 242; § 756. Demang. sous Brav., t. II, p. 456. Massé, n. 2434 et suiv. Ly. C. et R., n. 607. C. com. ital., a. 55, 2e al. — *Contrà :* Al. n. 1048, 1050. — Certains auteurs, admettant notre opinion, font exception pour les actes pour lesquels la loi exige que la date soit exprimée (Demang., t. II, p. 456. Massé, n. 2437), ou même simplement un écrit (Ly. C. et R., n. 608). Nous n'en voyons aucune bonne raison.

(6) V. Locré, *Législation civile, comm., etc.*, t. XVII, p. 241 et suiv. — Béd., n. 344. Demang., t. II, p. 457. Al. n. 1053. — Pour les bordereaux d'agents de change, l'obligation du secret imposée à ces agents rend l'application de cette règle impossible (V. *infrà*, au titre V).

Source BIU Cujas

tes authentiques (1) : — car si les agents de change ou les courtiers sont presque tous (2) des officiers publics, ce ne sont pas des officiers publics chargés spécialement de *constater* les conventions des parties; leurs fonctions essentielles sont de les faire conclure; et s'ils les constatent, c'est seulement une fonction accessoire; d'autre part, la loi n'a pas imposé pour ces bordereaux les solennités exigées en général pour les actes authentiques (C. civ., art. 1317); — la L. 28 ventôse an IX, art. 7, qui énumère leurs fonctions, dit seulement qu'ils « justifient devant les tribunaux la vérité et le taux des négociations »; elle ne dit pas du tout qu'ils donnent l'authenticité à leurs actes; de même l'art. 79, c. comm., dit seulement : « ils en attestent la vérité par leur signature »; — l'art. 109, dans son énumération, place les bordereaux au milieu des actes sous seing privé; — enfin, il exige la signature des parties dont l'absence n'empêche pas au contraire la validité des actes authentiques.

Mais ils sont plus que des actes sous signature privée, car il résulte de l'art. 7 (cité plus haut) de la L. 28 ventôse an IX, que la déclaration de ces agents a autorité devant la justice. D'où nous conclurons qu'ils sont dispensés de la formalité des doubles (3), et du bon et approuvé, sans difficulté et sans distinctions; — qu'ils font foi absolue de leur date, même à l'égard des tiers, et qu'ils font foi des signatures apposées (4).

Font-ils foi de cela jusqu'à inscription de faux? Nous ne l'admettrons pas puisque nous ne leur reconnaissons pas le caractère authentique; de plus : — le même art. 7 de la L. 28 ventôse an IX ne dit rien de pareil, et une semblable autorité ne peut être établie que par un texte formel; — l'arrêté du 27 prairial an X, art. 14 et 16, dit qu'ils sont responsables de la validité des signatures sans indiquer aucune exigence pour faire tomber leur témoignage : — enfin, nulle disposition ne les soumet à la peine du faux en écriture publique; ce qui devrait être s'ils étaient crus jusqu'à inscription de faux (5).

Evidemment ces règles s'appliqueraient lors même que les parties ne seraient pas commerçantes.

Les carnets ou registres des agents de change ou courtiers peuvent, à défaut de bordereaux, servir de preuve si les tribunaux croient devoir les admettre (arrêté 27 prairial an X, art. 11).

442. IV. — **Facture acceptée.**

Une facture est un écrit spécialement destiné à constater une vente (6). Elle porte, sur plusieurs colonnes, l'énumération des marchandises vendues avec leur quantité et le prix de vente. Cette énumération est précédée d'une petite

(1) Al. n. 1051. — *Contrà :* Brav. et Demang., t. II, p. 158. Lemonnier, *Commentaire des polices d'assurance*, n. 43 et suiv. Ly. C. et R., n. 609.

(2) Depuis la loi 18 juillet 1866, tout le monde peut être courtier de marchandises, et ces courtiers ne sont plus officiers publics, mais les autres le sont toujours.

(3) Demang. sur Brav., t. II, p. 458. Massé, n. 2443. Bonnier, *Preuves*, n. 693. Al. n. 1051. — *Contrà* pour les courtiers d'assurances, Al. n. 744.

(4) Al. n. 1051.

(5) Dalloz, v° *Bourses de comm.*, n. 466. Brav. et Demang., t. II, p. 178. Lemonnier, *op. cit.*, n. 43 et suiv. Al. n. 745.

(6) La facture peut constater aussi un mandat ou une commission *de vendre*. Del. et Lepoitv., t. II, p. 232-233. Demang. sous Brav., t. II, p. 245.

Source BIU Cujas

formule indiquant la vente et quelquefois certaines conditions de la vente; par exemple : *vendu à M..., ou doit M..., payable comptant, sans escompte à Paris.*

Aux yeux de la plupart des particuliers qui reçoivent une facture, elle constate surtout l'obligation pour l'acheteur de payer le prix. Mais en réalité et dans le commerce, elle sert aussi à constater les obligations du vendeur, notamment celle de livrer la chose; elle peut même transférer la propriété, si les marchandises sont désignées de façon à devenir des corps certains (C. civ., art. 1582); par exemple, par des numéros ou par une marque.

L'acheteur et le vendeur ne sont liés que par l'*acceptation* de l'acheteur, à qui le vendeur a envoyé ou remis la facture. Cette acceptation peut être expresse, et pour cela on envoie à l'acheteur deux exemplaires de la facture pour qu'il renvoie l'un d'eux revêtu de son acceptation (1); souvent cette acceptation est faite séparément par lettre. Elle peut aussi être tacite; et elle résultera notamment du fait d'avoir reçu la facture sans réclamer immédiatement; ce sera le cas le plus ordinaire (2).

Alors, l'acheteur est lié par toutes les conditions qui y sont énoncées; non seulement le prix, mais aussi, par exemple, le lieu du paiement, entraînant la compétence du tribunal (C. pr. civ., art. 420) (3).

Le vendeur est aussi lié par l'obligation de livrer les marchandises. — Et cette créance, on peut la céder (avec l'obligation correlative de payer le prix, s'il ne l'a été) en transférant la facture : — c'est ce que le Code admet pour le connaissement (art. 281); qui a beaucoup d'analogie avec la facture; — la loi fait allusion à cet usage dans l'art. 576, 2e al. (4). — La facture pourra donc, comme le connaissement, être *à personne dénommée*, et se transférera alors dans la forme civile (C. civ., art. 1690); — ou *à ordre*, et se transférera par endossement; — ou *au porteur*, et se transmettra par simple tradition. — Si les marchandises vendues sont des corps certains, puisque la facture constate la transmission de la propriété, le transfert de la facture servira à transmettre de nouveau cette propriété (V. *infrà*, n. 450) (5).

443. V. — **La correspondance.**

Nous avons vu que le commerçant doit conserver les lettres qu'il reçoit et copier celles qu'il envoie. V. au titre 2. — C'est le mode le plus fréquent de contracter dans le commerce. Très souvent on échange des lettres même pour constater un contrat formé entre présents (6). — Mais, d'ailleurs, tout le monde (ou à peu près) admet que ce mode s'applique parfaitement aussi en droit civil (7).

(1) Mais la rédaction en deux doubles n'est pas nécessaire pour la validité : Demang. sous Brav., t. II, p. 458. Al. n. 1052. Massé, n. 2446. Ly. C. et R., n. 610; — et la facture a date certaine par elle-même, sauf preuve contraire par les livres des parties; mêmes auteurs. — *Contrà :* Delam et Lepoitv., t. I, n. 158, 164.

(2) Demang. sous Brav., t. II, p. 458. Al. n. 1052, 1152. Ly. C. et R., n. 610.

(3) Al. n. 1052. — *Contra* : Massé, n. 2247, pour le cas d'acceptation tacite.

(4) Demang. sous Brav., t. I, p. 458.

(5) Mais elle ne donnera pas par elle seule la possession des marchandises (V. *infrà*, n. 480) : Demangeat sous Brav., t. II, p. 420, 421, 459 et suiv. Massé, n. 2449 et suiv.

(6) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 89.

(7) Bonnier, *Preuves*, n. 694.

Source BIU Cujas

La correspondance a l'avantage que non seulement elle est dispensée de recevoir date certaine comme les autres écrits commerciaux, mais que le timbre de la poste met sa date à l'abri de toute contestation (1). Aussi les commerçants prudents ont-ils soin de ne pas mettre leurs lettres sous enveloppe.

Un contrat formé ainsi à distance se compose toujours de deux actes; l'*offre* ou *pollicitation*, et l'*acceptation* (2). — Q. *A quel moment le contrat est-il formé?* Est-ce au moment de l'acceptation, c'est-à-dire au moment où la lettre qui la renferme est mise à la poste? (*Nota* : on ne peut pas faire remonter l'acceptation plus loin dans le passé; car une lettre écrite et non expédiée n'est qu'un projet; elle ne lie pas celui qui l'a écrite). Est-ce au moment où la lettre d'acceptation parvient à celui qui avait fait l'offre?—Cette question est discutée en droit civil, et pour les donations (C. civ., a. 932), et pour les contrats ordinaires. J'admets en principe, ici, comme en droit civil, que le contrat est formé au moment même de l'acceptation, c'est-à-dire de l'envoi de la lettre; car, dès lors, il y a concours de volontés, ce qui est nécessaire et suffit pour qu'il y ait contrat (3). — Mais il y a des tempéraments à apporter à ce principe, en tenant compte des faits et de l'intention des parties : — d'abord, si l'offre n'est pas spéciale à celui à qui elle est adressée, si elle est générale, s'il ressort de la lettre, qui la contient, qu'elle a dû probablement être faite à d'autres correspondants en même temps; dans ce cas, il n'y a pas un consentement suffisamment précis, de celui qui offre, pour le lier d'avance envers l'autre; évidemment, il n'entend être lié qu'au moment où il recevra une réponse, et envers celui dont il recevra d'abord la réponse; — ensuite, si un délai a été fixé expressément ou tacitement dans l'offre, et s'il est écoulé, ou simplement si le temps moral nécessaire pour répondre est écoulé, celui qui avait fait l'offre peut se regarder comme dégagé et traiter avec un autre; car le commerce exige la plus grande promptitude pour profiter des occasions (4). C'est ce qui a été admis, lors même que les deux lettres contenant, l'une la révocation de l'offre, l'autre acceptation, se seraient croisées (5).

444. A la correspondance nous pouvons ajouter les *télégrammes* qui permettent de contracter très rapidement à distance, et qui sont si largement employés maintenant (6). — Ils permettront quelquefois de révoquer avant son arrivée une offre faite par lettre (7). — Les conséquences des inexactitudes

(1) Demang. sous Brav., t. II, p. 460.

(2) L'acceptation peut être tacite : si l'on reçoit un ordre d'un correspondant avec lequel on est en relation d'affaires; on est lié, si l'on ne refuse pas immédiatement : Aix, 13 août 1873, D. P. 77. 5. 466.

(3) Pau, 16 juill. 1852, D. P. 54. 2. 205. Pot., *Vente*, n. 52. Duranton, t. XVI, n. 56. Aubry et Rau, § 343, note 3. Duvergier, *Vente*, n. 58 et suiv. Marcadé, sous l'art. 1108, n. 2. Demol., t. XXIV, n. 743. Ly. C. et R., n. 631.— *Contrà :* Chambéry, 8 juin 1877, D. P. 78. 2. 113. Merlin, *Rép.*, v° *Vente*, § 1, art. 3. Toullier, t. VI, n. 29. Troplong, *Vente*, n. 23 et suiv.; *Mandat*, n. 109. Pard., n. 153, 250. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 7, 102. Béd., n. 105. Al. n. 832, 1082. Massé, n. 1453.

(4) Pard., n. 269. Delam. et Lepoitv., t. II, n. 61 (avec une distinction). Al. n. 1214. — C. com. ital., a. 36, avec des règles précises de détail.

(5) V. des règles détaillées dans C. com. ital., a. 45-47.

(6) Cass. 28 fév. 1870, D. P. 70. 1. 296.

(7) Bordeaux, 13 juin 1853, D. P. 55. 2. 322.

Source BIU Cujas

que peut commettre le télégraphe ne peuvent tomber que sur celui qui a employé ce mode toujours un peu chanceux de donner un ordre ; son correspondant ne peut être lié que par ce qu'il a connu (1). Sauf recours contre les employés s'il a eu lieu.

445. VI. — **Les livres des parties.** Nous en avons traité longuement au titre 2.

446. VII. — **La preuve testimoniale,** « *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre* » ; c'est-à-dire qu'elle est permise même au-dessus de 150 fr., comme déjà dans l'ancien droit, et comme l'annonçait l'art. 1341, *in fine*, C. civ. (Cf. ord. 1667, tit. 20, a. 2 ; C. comm., art. 49). Mais les juges sont absolument maîtres de l'écarter (2).

Il faut admettre qu'il est dérogé aussi en notre matière à l'interdiction de prouver contre et outre le contenu aux actes (C. civ., art. 1341, 1er al.) ; — en effet, la réserve faite par la fin de l'art. 1341 se trouve après cette interdiction ; ce qui prouve que cette dérogation s'applique à la seconde règle de l'article comme à la première ; — l'art. 41, C. comm., qui rappelle cette interdiction pour les sociétés, serait inutile si c'était le droit commun ; — enfin, cela est conforme aux usages du commerce, où l'on cherche souvent à abréger la rédaction et où l'on n'a pas toujours une grande précision (3).

Mais il ne faut pas retourner l'article contre la facilité de la preuve, quoique son texte pût s'y prêter dans un certain cas. On pourrait entendre que, même au-dessous de 150 fr., l'admission de la preuve testimoniale serait facultative pour le juge de commerce, tandis qu'elle est un droit pour les parties en matière civile. Mais ce n'est pas là le sens de l'art. 109, *in fine*, qui est conçu uniquement dans une pensée d'extension (4).

447. VIII. — **Les présomptions ;** — soit les présomptions de l'homme admises ici sans restriction, nous l'avons dit, par la combinaison de l'article 1353, C. civ., avec notre art. 109, *in fine* (5) ; — soit les présomptions de la loi ; il y en a de spéciales aux matières commerciales, et des deux espèces admises en droit civil. Exemple de présomption *juris tantum*, admettant la preuve contraire : la présomption que les billets souscrits par un commerçant sont faits pour son commerce (art. 638) ; — exemples de présomption *juris et de jure*, n'admettant pas la preuve contraire ; celles des art. 365, 366, 446, C. comm. (6).

IX. — **L'aveu.**

(1) Trib. Marseille, 11 avril 1866 (*J. Mars*, 1866. 1. 167). Trib. Charleroy, 22 fév. 1875 (*J. de dr. intern. privé*, 1875, p. 309). Al. n. 833, 834. Ly. C. et R., n. 611. — *Contrà :* Trib. com. d'Anvers, 20 mars 1876 (*Journ. de dr. intern. privé*, 1876, p. 487). Hepp, *Revue de dr. comm.*, t. 1864, p. 133.

(2) Req. 9 août 1880, D. P. 81. 1. 214.

(3) Rej. 8 mars 1880, D. P. 80. 1. 261, etc. — Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 193. Aubry et Rau, t. VIII, p. 325 ; § 763 *bis*, note 3. Demang. sous Brav., t. II, p. 462. Bonnier, *Preuves*, 4e édit., n. 145. Al. n. 1057. Massé, n. 2570. Ly. C. et R., n. 620.

(4) Al. n. 1057. — *Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. I, n. 291. Demang. sous Brav., t. II, p. 461. Ly. C. et R., n. 620. — Massé, n. 2542.

(5) Req. 2 avril 1879, D. P. 80. 1. 32, etc.

(6) V. Demang. sous Brav., t. II, p. 463, 464.

Source BIU Cujas

X. — **Le serment.** Nous avons vu au titre 2, à propos des livres de commerce (n. 113, 116), quelques questions qui se réfèrent au serment.

APPENDICE.

De l'enregistrement des actes commerciaux.

448. Les droits d'enregistrement se divisent en *droits d'actes,* payés sur les écrits qui constatent des opérations juridiques; et en *droits de mutation* perçus sur certaines translations de droits indépendamment de tout écrit. Pendant longtemps il n'y a pas eu de droits de mutation en matière commerciale. La L. 28 février 1872 en a introduit deux : pour la vente des fonds de commerce (art. 7) et pour la vente des navires (art. 5).

Les droits d'enregistrement se divisent encore en *droits fixes* perçus uniquement d'après la nature juridique de l'acte, sans tenir compte des valeurs qui y sont engagées; et en *droits proportionnels,* perçus d'après le montant des valeurs engagées dans l'acte.

Nous n'avons en cette matière qu'à signaler une faveur spéciale faite au commerce. Ordinairement, pour les actes publics, l'enregistrement doit être fait dans un délai très court, en général quelques jours, au plus un mois; pour les actes sous seing privé relatifs à des immeubles, ils doivent être enregistrés dans le délai de trois mois; pour tous les autres actes sous seing privé, aucun délai n'est fixé, ils doivent seulement être enregistrés au moment d'en faire usage dans un acte public (par exemple un inventaire), ou en justice, ou devant une autorité constituée. C'est sur ce dernier point que nous trouvons une différence; pour les actes commerciaux, on peut les enregistrer, avant d'en faire usage, pour un *droit fixe* de 3 fr. (1), et les produire ainsi en justice sans payer le droit proportionnel. Celui-ci n'est payé que lorsque le jugement est intervenu, et seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet du jugement (L. 11 juin 1850, art. 22). Ainsi, soit un acte de vente sous seing privé de denrées au prix de 100,000 fr., et une contestation portant seulement sur les intérêts du prix pendant deux mois, soit 1000 fr.: avant de produire l'acte en justice on ne paiera que 3 fr.; et après le jugement on ne paiera le droit proportionnel que sur 1000 fr. et non sur 100,000. Le motif de cette disposition est le suivant : souvent les commerçants ayant en main un acte parfaitement probant, aimaient mieux ne pas le produire en justice, et chercher à prouver autrement, pour éviter de payer sur tout un marché lorsqu'une minime partie était en litige, ou sur plusieurs marchés constatés dans le même écrit lorsqu'un seul faisait difficulté; — de plus, on avait toujours l'espoir d'une transaction rendant inutile la production de l'acte. De la sorte, la rigueur de la loi se retournait contre le trésor; et il y avait là un grand inconvénient pour la bonne justice des tribunaux, puisque, pouvant éteindre un procès par la production d'un acte parfaitement probant, on se jetait dans les incertitudes de la preuve testimoniale.

(1) Il a été porté de 2 à 3 fr. par la L. 28 fév. 1872.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

DE LA VENTE COMMERCIALE.

449. Notre titre ne contient aucune disposition sur ce contrat; et nous ne trouvons ailleurs que fort peu de règles sur la vente commerciale. D'après les principes que nous avons posés au début de nos études, nous aurons à puiser les règles de cette matière à la fois dans le code civil (v. *suprà*, n. 24 et suiv.) et dans les usages commerciaux (V. *suprà*, n. 21 et suiv.). Nous étudierons donc dans deux sections, d'abord l'application du droit civil aux ventes commerciales, et ensuite les usages spéciaux à ces ventes, en rappelant qu'en cas de divergence, ce sont en général les usages qui doivent l'emporter (V. n. 25).

Nous avons d'abord à nous demander quand est-ce qu'une vente sera commerciale? La réponse résulte tout naturellement de l'étude générale que nous avons faite sur les actes de commerce (V. au titre 1er) : ce sera toutes les fois qu'elle fera partie d'un *achat pour revendre avec spéculation;* et ce critérium s'appliquera non seulement à l'achat, mais aussi à la revente qui suit l'achat (V. *suprà*, n. 34).

Quelles règles appliquerons-nous si la vente n'est commerciale que pour l'une des parties? Comme les règles que nous allons étudier sont fondées essentiellement sur l'intention des parties, interprétée par les usages, les juges du fait n'auront qu'à rechercher cette intention (1).

SECTION PREMIÈRE.

APPLICATION DES RÈGLES DU DROIT CIVIL.

450. Nous ne les rappellerons pas toutes, mais nous parcourrons seulement certaines règles dont l'application est douteuse ou délicate en matière commerciale.

Translation de la propriété. Nous admettons, quoique cela ait été contesté (2), qu'elle s'opère ici, comme en droit civil (C. civ., art. 1583), par la seule volonté des parties, pourvu qu'il s'agisse d'un corps certain. Seulement les ventes commerciales porteront très fréquemment sur des choses prises *in genere*, qui, en droit civil même, ne sont acquises que par la tradition ou au moins par l'individualisation. C'est uniquement dans ce sens qu'il faut entendre ces paroles du discours préliminaire du Code de commerce : « Les achats et ventes ont pour objet des valeurs mobilières dont la propriété s'acquiert par la tradition. » Mais il peut aussi arriver que les ventes commerciales aient pour objet des corps certains ; ce seront des animaux choisis par l'acheteur, des pièces de vin agréées et marquées par lui, etc., etc.; ou que des choses

(1) Ly. C. et R., n. 627.
(2) Par Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 49.

Source BIU Cujas

vendues *in genere* se trouvent individualisées autrement que par la tradition (1).

Et cette translation produira son effet même à l'égard des tiers : non pas à l'égard d'un acheteur de bonne foi, ayant reçu livraison, qui serait protégé par la règle : *en fait de meubles, possession vaut titre* (C. civ., art. 2279 et 1141); mais à l'égard, par exemple, des créanciers du vendeur qui ne pourraient plus exercer leur gage sur la chose vendue, quoiqu'elle fût encore en la possession du vendeur (2).

Ces effets se produisent dès que la vente est parfaite par le consentement des parties (C. civ., art. 1583). — Voici une décision intéressante qui est la conséquence de ces règles : si une marchandise a été mise à l'étalage avec un prix indiqué (3) ; dès qu'un acheteur déclare vouloir la prendre à ce prix, la vente est parfaite par l'acceptation de l'offre faite au public, et il est propriétaire immédiatement ; donc le marchand peut être forcé de la livrer, et condamné à des dommages-intérêts pour son refus (4). Seulement si le marchand a indiqué expressément ou implicitement qu'il ne l'offrait qu'au détail, il ne peut pas être obligé à en fournir un lot considérable, surtout si l'acheteur est un commissionnaire (5).

451. **Risques de la chose.** Ils sont pour l'acheteur dans les ventes pures et simples (C. civ., art. 1138) ; pour le vendeur dans les ventes conditionnelles (C. civ., art. 1182) (6). — Il y aura fréquemment lieu d'appliquer dans le commerce les art. 1585 et 1586, qui considèrent la vente comme conditionnelle quand elle n'est pas faite en bloc, mais à tant la mesure ; de sorte qu'alors les risques ne passent à l'acheteur que par le comptage et le mesurage (7).

Dans le code de commerce, l'art. 100 consacre la règle *res perit domino.* Il nous amène aux solutions suivantes : — si l'objet vendu est un corps certain, les risques sont pour l'acheteur dès la vente ; — s'il s'agit d'objets vendus *in genere*, et qu'ils soient livrables chez l'acheteur, ou au débarquement sur le quai d'arrivée, les risques sont pour le vendeur jusqu'à la tradition (8);

(1) Pard., n. 277. Demang. sous Brav., t. II, p. 404. Al. n. 1191-1195. Massé, n. 1591. Ly. C. et R., n. 634.

(2) Cass. 24 juin 1845, D. P. 46. 1. 551. — Demang. sous Brav., t. II, p. 404. Al. n. 1196.

(3) Souvent on affiche des marchandises à un prix très bas pour attirer l'acheteur et ensuite on fait des difficultés pour les livrer.

(4) Trib. comm. Seine, 5 janv. 1869, D. P. 69. 3. 14. — Al. 1214. Ly. C. et R., n. 631, note.

(5) Trib. comm. Seine, 15 juin 1869, D. P. 69. 3. 55.

(6). V. pour le développement de ces principes les cours de code civil. Consulter aussi : Delam. et Lepoitv., t. IV, la plus grande partie. Demang. sous Brav., t. II, p. 405 et suiv. Massé, n. 1619 et suiv. Ly. C. et R., n. 635.

(7) Req. 1er juill. 1874, D. P. 75. 1. 473. Il faut que le mesurage ait été contradictoire : Req. 11 août 1874, D. P. 76. 1. 476. — Nous renvoyons encore aux cours de code civil pour l'explication complète de ces règles et d'une difficulté délicate à laquelle elles donnent lieu. V. également : Béd., *Achats et ventes*, n. 115 et suiv. Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 116-125. Demang. sous Brav., t. II, p. 407. Al. n. 1211-1212. Massé, n. 1608, 1609. Ly. C. et R., n. 651, 653.

(8) Al. n. 1115. Ly. C. et R., n. 635.

Source BIU Cujas

— s'ils sont vendus livrables chez le vendeur, ils sont aux risques de l'acheteur dès qu'il sont sortis des magasins du vendeur (1). Dans ce dernier cas, le moment précis où les risques passent à l'acheteur n'est pas le comptage et le mesurage faits par le vendeur seul, dans ses magasins; car le vendeur n'est pas lié par cette opération; il pourrait très bien changer la destination de ces marchandises; les risques ne passent qu'au moment de la remise au voiturier chargé du transport; car, alors seulement, le vendeur est lié, la propriété est acquise définitivement à l'acheteur (2). — Les parties pourraient modifier ces règles par des conventions formelles (3). V. art. 576, 2e al.

452. **Frais.** Les frais de l'acte sont à la charge de l'acheteur (C. civ., art. 1593), ainsi que les frais d'enlèvement (C. civ., art. 1608); les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur (*ibid.*). Les droits de douane et d'octroi ne rentrent dans aucune de ces catégories (4); les lois fiscales les mettent à la charge du *propriétaire;* pour savoir qui les paie, il faut savoir, d'après les règles ci-dessus, qui est propriétaire au moment où ils se trouvent frappés des droits (5); sauf toujours les conventions des parties qui peuvent vendre *à l'acquitté ou à l'entrepôt* (V. *infrà*, n. 473).

453 **Vente de la chose d'autrui.** Elle est nulle en droit civil (C. civ., art. 1599); mais cette règle ne s'applique pas aux ventes d'objets *in genere;* par là, un très grand nombre de ventes commerciales lui échappent. Lors même qu'il s'agit d'un corps certain, il a été dit positivement, dans les travaux préparatoires, à deux reprises, que la règle ne s'appliquerait pas aux ventes commerciales : en effet, les spéculations commerciales se faisant toujours en vue d'un avenir plus ou moins prochain, il faut que l'on puisse traiter de choses dont le vendeur entend se rendre acquéreur, si les parties ont intérêt à en fixer dès à présent le prix.

Mais, comprise dans ce sens, la convention serait parfaitement valable, même en droit civil. Au contraire, dans les cas où elle tomberait en droit civil sous le coup de la nullité édictée par l'a. 1599, les raisons de cette disposition existent aussi en droit commercial (6). Donc nous la déclarerons également applicable (7).

(1) Et cela se présume toujours quand elles sont commandées à un vendeur à distance : Rouen, 28 janv. 1878, D. P. 78. 2. 102. — Pard., n. 279. Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 130 et suiv. Al. n. 1175. Ly. C. et R., n. 635.

(2) Décidé dans ce sens qu'une marchandise livrable sous vergues voyage sur le navire aux risques du destinataire : Rej. 3 mars 1873, D. P. 73. 1. 300. — Demang. sous Brav., t. II, p. 409. Al. n. 1115.

(3) Béd., *Commissionn.*, n. 288 et suiv. Demang. sous Brav., t. II, p. 410. Massé, n. 1599.

(4) *Contrà :* Demangeat, t. II, p. 414.

(5) Req. 28 juill. 1873, D. P. 77. 5. 459.

(6) Si l'acheteur a cru le vendeur propriétaire, il a entendu le devenir immédiatement; il y a nullité pour impossibilité de l'objet. S'il a connu le défaut de propriété chez le vendeur, il a entendu acheter les avantages de la possession de mauvaise foi, c'est-à-dire l'espoir de spolier le véritable propriétaire; il y a nullité pour objet illicite, ou vente d'une chose qui n'est pas dans le commerce.

(7) Demang. et Brav., t. II, p. 415. Ly. C. et R., n. 636.—*Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 51, 52. Troplong, *Vente*, n. 232. Duvergier, *Vente*, n. 223. Aubry et Rau, § 351, Al. n. 1090. — Le Code italien, a. 59, est formel pour cette dernière opinion.

Source BIU Cujas

454. **Vente d'un objet péri.** L'art. 1601, C. civ., déclare cette vente nulle; et il s'applique en principe aux ventes commerciales (1). Mais on est d'accord, même en droit civil, pour limiter cet article au cas où les parties ont cru que l'objet existait, et pour ne pas l'appliquer au cas où elles ont voulu faire une vente aléatoire, en vue précisément de la perte possible, et peut-être déjà réalisée, de l'objet. En droit commercial cette seconde hypothèse se rencontrera fréquemment, surtout à propos des objets exposés aux risques de mer; c'est ce qu'on appelle vendre *à toutes chances, à tous risques, à forfait, à risques et périls, à perte ou à gain.* Ces ventes sont certainement valables (2). — On peut réciproquement vendre une chose future; et là il faudra distinguer si l'on a vendu l'*alea*, la chance, par exemple ce que ramènera un coup de filet, auquel cas le prix est toujours dû, même si l'on ne ramène rien; ou si l'on a vendu proprement un *objet futur*, c'est-à-dire un objet pour le moment où il existera, et à condition qu'il existe; par exemple ce qui naîtra de telle femelle d'animal, dans l'année; dans ce dernier cas, le prix n'est pas dû si la chose ne naît pas (3).

Résolution de la vente.

455. 1° *Résolution pour inexécution des conditions* (C. civ., art. 1184) : — du côté de l'acheteur pour non-paiement du prix (C. civ., art. 1654); mais avec certaines restrictions en cas de faillite (V. art. 576, *infrà*); — du côté du vendeur pour défaut de livraison dans le délai fixé (a. 1610). Dans l'un et l'autre cas, elle n'a pas lieu de plein droit (art. 1184) (4); même, suivant la jurisprudence dominante, lorsqu'elle a été stipulée expressément, il faut admettre que les parties n'ont pas voulu faire produire à cette stipulation plus d'effet qu'à la résolution tacite (5).

Dans les deux cas, la partie qui est en mesure d'exécuter (le vendeur dans le premier cas, l'acheteur dans le second) a une option à l'encontre de celui qui n'exécute pas; elle peut ou demander la résolution, ou demander l'exécution du contrat.

Si elle demande la résolution, elle a droit à des dommages-intérêts, à moins qu'il n'y ait eu empêchement de force majeure. Ces dommages-intérêts seront arbitrés par les tribunaux toutes les fois que l'objet vendu ne pourra se trouver ou se placer facilement sur le marché. Si, au contraire, il s'agit d'un objet que le vendeur pourra revendre facilement sur le marché, et que l'acheteur pourra trouver aussi facilement, les dommages-intérêts ne consisteront que dans la différence des prix, si elle est défavorable à la partie qui se plaint : en cas de baisse pour le vendeur, ou de hausse pour l'acheteur. Dans les cas inverses, la partie qui demande la résolution n'aura droit à rien, car elle ne souffre aucun dommage, elle profite au contraire de la situation qui lui est ainsi faite.

(1) Merlin, Rép. v° *Vente*, art. 1, § 1. Duvergier, *Vente*, n. 240. Troplong, *Vente*, n. 255. Dufour, *Droit marit.*, n. 475. Ly. C. et R., n. 634 *bis*.

(2) Pard., n. 304. Béd., *Ventes*, n. 27-30. Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 61-65. Al. n. 1116. Dufour, n. 476.

(3) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 66-73.

(4) Paris, 1er déc. 1874, D. P. 77. 2. 61. — Pard., n. 289. Troplong, *Vente*, n. 645. Béd., n. 328. Al. n. 1158. Massé, n. 1830.

(5) Rouen, 23 mai 1871, D. P. 73. 2. 203.

Source BIU Cujas

La différence se calculera au moment de l'échéance, au moment où le contrat devait être exécuté; car c'est à ce moment-là que le dommage est causé. On ne tiendra pas compte du moment où la résolution est demandée; car le demandeur, repoussant l'exécution du contrat, n'aurait pas, en cas de règlement immédiat, profité, ni souffert des variations de prix qui se seraient produites dans l'intervalle (1).

Il peut aussi opter pour l'exécution du contrat. Le vendeur non payé peut faire saisir chez l'acheteur pour se faire payer du prix et des dommages-intérêts; mais il aura peut-être difficulté à obtenir ainsi toute la somme qui lui est due; quant à l'acheteur, faute de délivrance, il ne peut pas obtenir ainsi l'exécution directe du contrat, à moins que l'objet vendu ne soit un corps certain. — Mais une autre ressource est ouverte à l'un comme à l'autre, par l'art. 1144 du C. civ.; ils peuvent faire exécuter l'obligation aux dépens de l'autre partie. Et voici comment ce droit se traduit toutes les fois que l'objet vendu a un marché ouvert sur la place : le tribunal accorde vingt-quatre heures à la partie en retard pour s'exécuter, et autorise, à défaut de cette exécution dans les vingt-quatre heures, le vendeur à faire revendre aux enchères la marchandise vendue (2), ou l'acheteur à acheter une marchandise pareille sur la place; c'est ce qu'on appelle *se remplacer* (3); le tout aux dépens de la partie en retard qui devra à l'autre la différence (en moins dans le premier cas, en plus dans le second), entre le prix de la première vente et celui de la seconde. De la sorte, le vendeur non payé a l'avantage de ne courir les risques de l'insolvabilité de l'acheteur que pour la différence des prix et non pour le prix tout entier, et l'acheteur, qui n'a pas reçu livraison, obtient la marchandise même sur laquelle il a compté. — La différence due n'est pas, comme en cas de résolution, celle au jour de l'échéance du contrat mais celle au jour de la revente ou du remplacement; car le vendeur ou l'acheteur est complètement indemnisé lorsque le prix qu'il reçoit ou qu'il paie est ramené à ce qu'il devait être dans le contrat primitif, celui-ci étant d'ailleurs exécuté pour tout le reste (4). Seulement la partie diligente ayant l'option, optera pour la résolution si, depuis l'échéance jusqu'à sa demande, les prix ont varié à son détriment; de sorte que la partie en défaut paiera en réalité la différence la plus forte (5). — Cette option peut être exercée au moins jusqu'au moment où la partie plaignante a formulé sa demande devant le tribunal (6); et même postérieurement tant que la demande n'a pas été acceptée par l'adversaire (7).

456. Le vendeur qui n'a pu exécuter dans le délai aura souvent intérêt à

(1) Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 273. Al. n. 1164. — Massé, n. 1674, donne les deux solutions comme possibles.

(2) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 293.

(3) Marseille, 24 avril 1857, *Journ. Mars.*, t. 35. 1. 140.— Delam. et Lepoitv., 1re éd., t. III, n. 54. Ly. C. et R., n. 639. — C. com. ital., a. 68.

(4 et 5) C'est à cette double formule qu'il faut ramener la doctrine quelquefois un peu indécise des auteurs. V. Delam. et Lepoitv., n. 275 et suiv. Béd., n. 264. Al. n. 1165.

(6) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 284. Al. n. 1168.

(7) Aix, 16 mars 1871; Trib. com. Marseille, 30 août 1872; *Journ. Mars.*, 72. 1. 47, 237.

Source BIU Cujas

maintenir la vente que l'acheteur voudra faire résoudre; nous avons vu que celui-ci triomphera. Mais qu'arriverait-il, au cas inverse, si le vendeur voulait demander la résolution du contrat? En principe il faut répondre que l'inexécution de ses obligations, fût-elle l'effet de la force majeure, ne saurait lui donner aucun droit (1). Mais s'il résultait des conventions ou des faits, que le délai a été pour les deux parties une condition essentielle du contrat, et si le retard devait être considéré comme changeant tout à fait les conditions d'exécution, par exemple parce que le vendeur avait contracté en vue de certaines circonstances qui n'existent plus, on pourrait admettre que la force majeure constituerait une impossibilité d'exécution déliant les parties comme en droit commun (C. civ., a. 1302) (2).

457. 2° *Résolution pour défaut de retirement par l'acheteur dans le délai fixé* (C. civ., art. 1657) (3).

Q. *S'applique-t-elle en matière commerciale?* 1er S. *Oui* : le texte de l'art. 1657 est absolu; — les motifs existent encore plus fortement en matière commerciale qu'en matière civile, puisque la raison de l'article, c'est que, si le vendeur devait attendre l'acheteur, il perdrait peut-être une bonne occasion de placer sa marchandise (4). — 2e S. *Non* : dans les travaux préparatoires sur l'art. 1657, Cambacérès a dit formellement qu'il ne s'appliquerait pas au commerce, et cela sur l'observation de M. Bégouen, que les usages du commerce étaient contraires (5); — et dans cette pensée on a supprimé le mot *marchandises* dans l'art. 1657; — le vendeur ne risque rien, puisqu'en cas de baisse, il revendra pour le compte de l'acheteur qui lui devra la différence; il n'aurait donc que les chances de hausse; c'est injuste pour l'acheteur qui n'aurait pas le même droit en cas inverse (6); — 3e S. *Les tribunaux ne sont pas forcés d'appliquer l'art.* 1657, *mais ils le peuvent* (!) : c'est là toute la portée de la déclaration de Cambacérès ; ils doivent, sur ce point, constater l'usage; or l'unanimité de la jurisprudence montre que l'usage est dans le sens de l'article; c'est ainsi qu'on peut concilier la jurisprudence avec les travaux préparatoires; — le vendeur qui n'a pas fait crédit à l'acheteur ne peut être obligé en cas de baisse de suivre sa foi, ne fût-ce que pour la différence, à laquelle il aura droit (7).

(1) Req. 13 février 1872, D. P. 72. 1. 186, etc. — Même solution au cas inverse de non-paiement par l'acheteur : Req. 7 févr. 1882, D. P. 82. 1. 292.

(2) Trib. com. Seine, 2 janv. 1871, D. P. 71. 3. 17 ; même arrêt de Req. 1872.

(3) L'a. 1657 n'est applicable que si un délai a été fixé : Rej. 17 déc. 1879, D. P. 80. 1. 133.

(4) Jurisp. const. : Req. 19 fév. 1873, D. P. 73. 1. 301. — Duranton, t. XVI, n. 380. Favart, v° *Acheteur*, n. 4. Troplong, *Vente*, n. 680. Vincens, t. II, p. 74. Cadrés, *Modif. au code civil*, p. 192. Demang. sous Brav., t. II, p. 426. Massé, n. 1837, 1838. Ly. C. et R., n. 649.

(5) Fenet, t. XIV, p. 31, 32.

(6) Pard., n. 288. Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 244 et suiv. Duvergier, *Vente*, n. 475. Béd., n. 306. Malleville sous l'art. 1657. Coulon, *Quest. de dr.*, t. I, p. 342. Aubry et Rau, t. III, p. 281, note 5. Alauzet, *Rev. de législ.*, t. XXI, p. 331. Al., *Droit commerc.*, n. 1170, 1171. — On cite, comme constatant un usage ancien dans ce sens, Rogue, t. II, p. 78, n. 4.

(7) *Jur. const.* : Dijon. 11 février 1870, D. P. 72. 2. 193. V. *Dall.*, v° *Vente*, n. 1410.

Source BIU Cujas

458 **Privilège du vendeur et droit de revendication** (C. civ., art. 2102, 4°). D'après l'art. 550, dern. al., C. com., ils ne peuvent être exercés contre la faillite de l'acheteur; sauf, à l'égard de la revendication, la réserve des art. 576-578; nous expliquerons ces dispositions en leur lieu et place. Mais il ne serait pas exact de dire que ces droits n'existent jamais pour le vendeur commercial. En effet, lors même que l'acheteur n'est pas en faillite, le vendeur peut avoir intérêt à exercer ces droits, par exemple parce qu'il lui est plus commode de saisir l'objet acheté et de le faire revendre sans avoir à partager le prix avec personne, ou parce qu'en revendiquant il reprend la possibilité d'exercer un droit de rétention; et tant qu'il n'y a pas faillite de l'acheteur aucun article ne lui enlève ces droits que le Code civil lui accorde. De plus, même en cas de faillite, l'art. 550 ne les supprime qu'*à l'égard de la faillite*; ils pourraient être invoqués contre des tiers.

SECTION II.

USAGES SPÉCIAUX AUX VENTES COMMERCIALES.

459. Un principe domine toute cette matière : c'est qu'il importe d'assurer dès le contrat une grande fixité à la vente, de la soustraire autant que possible aux conditions quelque peu potestatives pour les parties. En effet la valeur des denrées est très variable; et les parties ne contractent que pour spéculer sur cette valeur. Si l'on permettait à l'une d'elles de se dégager facilement du contrat, l'autre serait complètement à sa merci. Beaucoup des règles d'usage que nous allons étudier ont pour objet d'assurer cette fixité.

Quatre paragraphes : — 1° Modalités usitées dans ces ventes; — 2° Obligations du vendeur; — 3° Obligations de l'acheteur; — 4° Ventes par filières.

§ 1er

Modalités usitées dans les ventes commerciales.

460. Les modalités ordinaires aux contrats sont le terme et la condition, que nous subdiviserons tout de suite pour éviter un trop grand enchevêtrement de divisions; nous aurons en outre à parler d'une modalité spéciale aux marchandises qui sont dans un entrepôt. — D'où cinq divisions : — 1° terme unilatéral; — 2° terme bilatéral ou synallagmatique; — 3° conditions communes à toute espèce de vente; — 4° conditions spéciales aux ventes maritimes, ou ventes d'objets en train de voyager sur mer; — 5° modalité spéciale aux marchandises en entrepôt.

I. — **Terme unilatéral.**

461. Très souvent on accorde un terme à l'acheteur pour payer. C'est ce qu'on appelle **vente à crédit** ou *à terme pour le paiement*, par opposition à la **vente au comptant.** Nous y reviendrons au § 3e en traitant de l'escompte dans les ventes commerciales (n. 482; v. aussi n. 681).

Il arrivera au contraire très rarement que l'on accorde un terme au vendeur pour la livraison, tandis que l'acheteur devrait payer immédiatement le prix. En tout cas cette modalité n'a pas de nom spécial.

Source BIU Cujas

II. — **Terme bilatéral ou synallagmatique.**

462. On oppose à ce point de vue les **ventes de disponible** ou **en disponible**, et les **ventes à livrer.**

La *vente de disponible* est celle d'une marchandise qui est sur les lieux prête à livrer, dans les magasins du vendeur, ou dans un entrepôt, ou sur un navire (dans ce dernier cas, on dit qu'on vend *sous vergues*). La marchandise pouvant être livrée immédiatement, rien ne s'oppose à ce que les deux parties exécutent immédiatement leurs obligations ; c'est la vente pure et simple du droit civil (1).

La *vente à livrer* est la vente d'une marchandise qu'on n'a pas, ou qu'on n'a pas présente. Le vendeur ne s'engageant à livrer que dans un certain temps, l'acheteur ne lui paiera le prix qu'au même terme ; ce terme suspend donc à la fois les obligations de l'acheteur et celles du vendeur (2). Mais le prix est fixé immédiatement, au cours du jour où la vente est faite, afin que les deux parties sachent sur quoi elles peuvent compter.

Ces ventes sont parfaitement valables, quoiqu'on l'ait contesté autrefois : sans doute ce sont ordinairement des ventes de la chose d'autrui, ou de choses qui n'existent pas encore ; mais rien ne prohibe la vente de choses futures ; et, d'autre part, la vente de la chose d'autrui est valable, même en droit civil, quand elle porte sur un genre, ce qui est le cas ici (n. 454). — Ces ventes sont éminemment utiles, quand elles sont sérieuses ; elles sont l'aliment nécessaire de la spéculation commerciale dont nous avons montré l'utilité : il importe qu'un négociant ou un fabricant puisse s'approvisionner d'avance des denrées nécessaires pour alimenter son commerce ou son usine, et cela à un prix qui lui paraît avantageux ; — et, réciproquement, il est bon qu'il puisse s'assurer d'avance, et à un prix au moins acceptable, de débouchés pour ses marchandises ou ses produits.

463. Seulement, ces ventes peuvent déguiser de véritables **jeux,** ou **paris ;** et alors elles sont condamnées, et par la morale, et par l'économie politique. C'est lorsque le marché est *fictif* et doit se solder par des *différences.* Voici comment les choses se passent : l'un vend à l'autre un lot de farines, par exemple, à 100, fin du mois ; il est entendu entre les parties que le marché ne sera pas exécuté, et, en général, elles seraient dans l'impossibilité de l'exécuter, n'ayant pas assez de capitaux pour cela. Mais, si, à la fin du mois, les farines valent 105, le vendeur, qui ne les a jamais eues, serait obligé de les acheter à 105, pour en recevoir le prix à 100, il perdrait donc 5 que l'acheteur gagnerait ; il lui paiera tout simplement cette différence. Réciproquement, si elles valent 95, l'acheteur serait obligé de les recevoir en les payant 100, et ne pourrait trouver l'argent (qu'il n'a pas) pour les payer, qu'en les revendant à 95, et il perdrait 5 ; il paiera ces 5 au vendeur. — Nous étudierons à propos des bourses (V. tit. 5, *infrà*), quelle peut être la valeur juridique de ces marchés.

(1) Cette convention se présume toujours à moins de stipulation contraire : Paris, 6 nov., 1er déc. 1876, D. P. 77. 2. 61.

(2) Il s'ensuit que, même en cas de faillite, l'une des parties ne pourrait invoquer contre l'autre la déchéance du bénéfice du terme, sans exécuter elle-même immédiatement son obligation correlative. V. *infrà* sous l'art. 444, n. 925.

Source BIU Cujas

464. La plus grande exactitude est requise dans l'exécution des ventes à livrer, car le moindre retard peut renverser complètement la spéculation de l'acheteur. Si le vendeur n'exécute pas le jour même fixé, il s'expose à ce que l'acheteur obtienne la résolution avec dommages-intérêts, ou à ce qu'il se remplace sur le marché en le rendant débiteur de la différence des prix (V. *suprà*, n. 455).

Réciproquement, l'acheteur ne doit pas pouvoir échapper à l'exécution du contrat s'il ne le trouve plus avantageux. Pour cela, il est nécessaire que dans le contrat on indique très exactement, non seulement l'espèce et la provenance de la marchandise, mais encore la qualité, afin qu'on ne puisse pas discuter sur la qualité pour demander la résiliation. Si la qualité se trouve quelque peu inférieure à celle qui a été promise, l'acheteur ne peut refuser la marchandise, mais il doit la prendre moyennant une certaine réduction de prix qu'on appelle *bonification* ou *réfaction*. Il ne pourrait résoudre le contrat que si la qualité était jugée par les experts trop différente pour qu'on puisse dire que c'est là ce qui a été vendu (V. pour les détails, *infrà*, au n. 478).

Les variations d'impôt dans l'intervalle entre la vente et l'exécution sont aux risques du vendeur, qui doit toujours donner la marchandise pour le prix convenu; car il est resté propriétaire jusqu'à la délivrance et l'impôt doit être payé par le propriétaire de l'objet imposé (1) (V. *suprà*, n. 452).

III. — Conditions dans toutes les ventes commerciales.

465. Dans la langue du commerce, on appelle **vente ferme** ou *marché ferme*, toute vente ou marché qui n'est affecté d'aucune condition. La *vente ferme* suppose habituellement que les marchandises vendues sont présentes sur les lieux et que l'acheteur a pu les examiner avant d'acheter (2); c'est un cas très fréquent pour beaucoup de marchandises (3). Souvent alors on insère dans le contrat la clause *vu et agréé*, pour enlever tout doute sur le caractère du marché; on le fait surtout lorsque les circonstances auraient pu faire naître ce doute.—Quelquefois on fait un marché ferme quoiqu'on n'ait pas pu examiner les marchandises; on les achète *telles quelles*, *à forfait*, etc.

En fait de *conditions* nous ne saurions avoir la prétention d'indiquer toutes celles qui sont possibles ou même fréquentes dans les ventes commerciales. Nous n'avons à parler que des conditions qui s'y sous-entendent tacitement ou implicitement. Ces conditions tacites tiennent toutes à l'indétermination de la chose vendue : on traite fort souvent sans avoir pu vérifier exactement la marchandise qu'on achète ; c'est le cas forcément pour toutes les ventes à livrer ; cela arrive très fréquemment même dans les ventes de disponible, par exemple pour les ventes de grosses quantités faites à la Bourse, ou sur un autre marché, ou par l'entremise de courtiers; dans toutes ces ventes que la même personne traite souvent en très grand nombre dans la même journée, une vérification préalable serait matériellement impossible. Dès lors on

(1) Rouen, 30 janv. 1872, D. P. 74. 5. 534. — *Contrà :* Al. n. 1092, avec hésitation.

(2) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 158.

(3) Il y a certainement une exagération dans l'assertion de MM. Delamarre et Lepoitvin (1re édit., t. III, n. 28) qu'il se rencontre très peu de ventes commerciales qui ne soient pas affectées d'une condition expresse ou tacite.

Source BIU Cujas

contracte tacitement sous la condition que la vérification sera satisfaisante, mais généralement on ne s'en remet pas pour cela à l'appréciation de l'acheteur. Voici les distinctions qu'il faut établir :

466. A. **L'hypothèse normale** est celle où la qualité a été déterminée d'une manière précise lors du contrat; alors la **condition** de vérification est à la fois **résolutoire** et **casuelle.** Expliquons ces divers points.

La qualité d'une marchandise absente peut d'abord être facilement déterminable, s'il n'en existe qu'une seule qualité ayant cours dans le commerce; alors il faudra et il suffira que la marchandise fournie soit de qualité *loyale et marchande* (1) (V. *infrà*, n. 477). — En dehors de ce cas la qualité peut être déterminée, soit par des dénominations ayant un sens fixé par l'usage et précisé par un certain nombre de *types* (V. *infrà*, n. 477), soit par un *échantillon* présenté à l'acheteur et agréé par lui (V. *infrà*, n. 477-478). Alors la marchandise fournie doit être exactement conforme au type indiqué ou à l'échantillon (2).

Nous avons dit que dans ces cas la condition est *résolutoire;* en effet la conformité doit se présumer jusqu'à preuve contraire de la mauvaise foi du vendeur, le contrat devra donc provisoirement s'exécuter comme s'il était absolument définitif. Il s'ensuivra que si la marchandise est individuellement déterminée ou vient à l'être, notamment par le fait de son expédition (V. *suprà*, n. 451), les *risques* seront pour l'acheteur, comme dans une vente pure et simple. On pourrait sans doute objecter que si les objets sont perdus, la vérification en est impossible, et que l'acheteur ne peut pas être obligé de les payer sans qu'il soit sûr qu'on lui a bien fourni ce qui lui avait été promis. Il faut répondre, comme nous l'avons dit tout à l'heure, que la conformité doit se présumer jusqu'à preuve contraire (3) : et, en tout cas, la règle pourra s'appliquer en cas de perte partielle.

Nous avons ajouté que c'est une condition *casuelle* et non pas potestative pour l'acheteur. Cela veut dire que l'on ne s'en remettra pas au jugement de celui-ci, qu'il ne pourra pas refuser arbitrairement les marchandises; mais que le vendeur pourra toujours exiger la nomination d'experts pour vérifier si la qualité est conforme aux clauses précises du contrat.

A raison de ce caractère nullement potestatif, ces conditions se sous-entendront aussi bien dans les ventes à livrer que dans les ventes de disponible, nonobstant les principes posés aux nos 459 et 464.

467. B. Une autre série d'hypothèses, celles-ci exceptionnelles, va nous offrir au contraire des **conditions** la plupart **suspensives** et **potestatives** pour l'acheteur, qui pourra refuser la marchandise sans contrôle, uniquement parce qu'elle ne lui conviendrait pas. Cela ramènera en définitive le contrat à une simple *promesse de vente*, obligeant le vendeur à ne pas disposer de la marchandise jnsqu'à ce que l'acheteur ait pu l'agréer (4). — A

(1) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 176, qui restreignent à tort cette règle au cas où les marchandises étaient au loin lors de la vente et ont été expédiées par le vendeur.

(2) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 180.

(3) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 179, 193.

(4) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 154.

Source BIU Cujas

raison de leur caractère potestatif ces conditions ne se sous-entendront jamais dans les ventes à livrer (V. *suprà*, nos 459 et 464).

Voici ces hypothèses, dont deux sont prévues par le code civil :

1o *Vente à l'essai.* (C. civ., art. 1588); l'acheteur se réserve d'essayer les marchandises avant de les agréer La condition ici est implicite, mais elle n'est pas tacite, elle résulte de la formule employée par les contractants; et elle ne devrait pas se présumer dans le silence des parties, à moins de circonstances spéciales. — Elle est présumée suspensive (art. 1588, C. civ.); mais les parties pourraient en faire une condition résolutoire (1).—Nous ne la considérerons pas comme potestative; le vendeur pourrait exiger une expertise pour faire constater que les marchandises sont propres à l'usage auquel elles sont destinées (2).

3o *Vente de marchandises qu'on est dans l'usage de goûter avant de les acheter* (C. civ., art. 1587); la vente ne sera parfaite qu'après que l'acheteur les aura goûtées et acceptées. Ici la condition est tacite.

Mais on a douté de l'application de cette règle aux ventes commerciales, en soutenant qu'il faut y éviter tout ce qui est potestatif, et que le goût de l'acheteur n'a pas d'importance comme dans les ventes civiles où il achète pour consommer (3). Il faut répondre que la dégustation n'aura pas le même objet, mais sera toujours nécessaire; l'acheteur aura à voir si la marchandise convient à sa clientèle dont il connaît les goûts; il aura aussi à voir si le goût est en rapport avec le prix, ce qui est très important pour lui (4).

3o *Stipulation de qualités toutes spéciales et exceptionnelles ;* il faudra que l'acheteur vérifie si ces qualités spéciales existent; c'est naturellement une condition suspensive (5).

468. Si dans le premier de ces trois cas la condition ne se présume jamais, dans les deux autres elle ne pourra se présumer que si les marchandises n'ont pas à voyager; si au contraire elles sont expédiées sur commande, le vendeur n'a certainement pas entendu faire les frais du transport sans avoir la certitude que ses marchandises ne lui reviendraient pas, et, si c'est l'acheteur qui doit payer le port, le vendeur n'a pas dû croire qu'il voulait faire ces frais s'il n'était pas décidé à garder les marchandises pourvu qu'elles fussent de qualité marchande (6).

Dans tous les cas, la décision de l'acheteur doit être notifiée dans un délai très bref pour ne pas lui permettre de se décider par des variations de cours. Ce délai est variable suivant les places et suivant les vérifications à faire; à Marseille l'usage accorde souvent trois jours; à Nantes l'option doit en général être faite d'une bourse à l'autre (7). — La condition étant suspensive, si l'acheteur ne se prononce pas dans le délai, il n'y a pas vente.

En principe les risques seront pour le vendeur; et il ne sera dû aucuns

(1) Delam. et Lepoitv., *l. cit.*, n. 149, 150. Ly. C. et R., n. 654.

(2) Aub. et Rau, § 349; t. IV. p. 335. — *Contrà :* Delam. et Lep., *l. cit.*, p. 139 et suiv.

(3) Trib. comm. Marseille, 18 fév. 1862, D. P. 62. 3. 59.

(4) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 162. Ly. C. R., n. 655.

(5) Delam. et Lep., *l. cit.*, n. 175.

(6) Iid., n. 176-180.

(7) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 163.

Source BIU Cujas

dommages-intérêts de part ni d'autre, si la vente est résolue, ou plutôt n'est pas conclue. Le tout, sauf stipulation contraire ou circonstance spéciale, p. ex. dans le cas où le vendeur aurait dû faire des frais ou exposer la chose à des risques spéciaux, pour mettre l'acheteur à même de la voir, ou réciproquement si l'acheteur a été induit en erreur par le vendeur sur les qualités qui rendaient son agrément probable et que par suite l'attente de la marchandise lui ait fait perdre du temps et peut-être l'occasion de cours favorables (1).

469. C. Il existe à Marseille un usage tout spécial : lorsque dans le contrat on n'a pas déterminé exactement la qualité de la marchandise, et que celle-ci n'a pas été vue et agréée d'avance, on sous-entend la faculté pour l'acheteur d'accepter ou de refuser la marchandise comme il l'entend; seulement il doit se prononcer dans un délai très court, de trois jours (2), et il doit dire oui ou non, sans discuter la qualité et sans pouvoir exiger une réduction sur le prix lorsqu'il ne le trouve pas en rapport avec la qualité (3). — Les décisions du tribunal de commerce de Marseille ne sont pas d'accord pour statuer si cette condition est suspensive ou résolutoire (4).

Partout ailleurs qu'à Marseille, cette condition ne se sous-entendrait pas : si le contrat n'a pas précisé la qualité de la marchandise à fournir, le vendeur se libérera en la fournissant de qualité moyenne (C. civ., art. 1246). Si l'acheteur veut se réserver d'agréer ou de refuser la marchandise, il doit insérer dans le contrat une condition formelle, qui, du reste, dans le commerce s'exprime très brièvement, p. ex. par les mots *vue dessus, vue en sus, gré dessus*, etc., suivant les différentes places. Dans ce cas, l'option doit être exercée dans un délai très court, trois jours à Marseille, d'une bourse à l'autre à Nantes.

IV. — Conditions dans les ventes maritimes.

470. Un négociant, vendant une certaine quantité de marchandises à livrer dans un délai de..., indique qu'il entend s'acquitter de son obligation au moyen de marchandises de la nature voulue, qui doivent arriver par un navire qu'il désigne ou qu'il désignera ; et par là l'exécution de son obligation se trouve subordonnée à la condition de l'arrivée des marchandises dans le délai fixé (5).

Voici d'abord les formules employées : on vend *d'ici à trois mois*, tel lot de marchandises *chargées ou à charger sur tel navire désigné* ou *à désigner venant de...*, ou plus simplement telles marchandises, *à l'heureuse arrivée de tel navire venant de...*, ou plus simplement encore telles marchandises *par tel navire venant de...*

(1) Iid., n. 176.

(2) Y compris celui de la vente : Trib. comm., Marseille, 6 nov. 1876, *Journ. Mars.*, 1877. 1. 40.

(3) V. Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 197. Demang. sous Brav., t. II, p. 412. Ripert, *De la vente commerciale; Revue crit.*, t. XXXVIII, p. 158 et suiv. Ly. C. et R., n. 657. — Consultez les jugements du tribunal de commerce de Marseille, notamment ceux des 18 février, 18, 21 mars 1862, D. P. 62. 3. 58 et 59.

(4) Comp. trib. comm. Marseille, 18 mars 1862. D. P. 62. 3. 58; Ripert, *op. cit.*, p. 163.

(5) V. C. com. ital., a. 62-66.

Source BIU Cujas

Quel avantage cherche le vendeur en faisant cette stipulation? Le voici : le vendeur à livrer d'un lot de marchandises, vendues *in genere*, s'il a compté, pour exécuter son obligation, sur des marchandises de même nature qui doivent lui arriver par mer, est exposé à une grande perte si ces marchandises n'arrivent pas dans le délai voulu : quoiqu'on dise qu'il n'y a pas de risques dans les ventes de quantités, parce que *genera non pereunt*, il court des risques bien plus forts que si, dans une vente de corps certain, il avait pris les risques pour lui. Supposez en effet que l'arrivage de marchandises sur lequel il compte vienne à manquer, et, ce qui est très probable, qu'il ne puisse pas trouver à acheter les mêmes marchandises sur place à d'aussi bonnes conditions, non seulement il ne touchera pas le prix des marchandises vendues (comme en cas de vente de corps certain à ses risques), mais de plus il devra payer des dommages peut-être très considérables à l'acheteur, faute d'exécution dans le délai convenu. C'est cette dernière responsabilité qu'il entend éviter par la stipulation que nous étudions : par elle, il subordonne l'exécution de la vente à l'arrivée des marchandises qu'il attend, de sorte que si elles n'arrivent pas, il est délié de son obligation de vendeur; sans doute il ne touche pas le prix qu'il avait espéré (1), mais du moins il ne paie pas à l'acheteur des dommages-intérêts. Il se décharge donc d'une partie des risques du voyage que font les marchandises, et il les reporte sur l'acheteur dans la mesure que nous venons d'indiquer. Par là cette convention se rapproche du contrat d'assurance. — Naturellement le sacrifice éventuel que fait l'acheteur est compensé pour lui par une diminution sur le prix qu'il aura à payer si les marchandises arrivent et lui sont fournies ; cette diminution de prix est comme la prime d'assurance que lui paie le vendeur pour les risques dont il le décharge.

Cette stipulation suppose nécessairement une vente de quantités, car dans la vente de corps certains les risques passent de plein droit à l'acheteur dès le jour du contrat; le vendeur est à couvert et n'a pas besoin de recourir à ce moyen. — Elle suppose aussi nécessairement une vente à livrer ; car, puisque les marchandises ont à voyager par mer, il est évident qu'elles ne sont pas actuellement disponibles. Elle ajoute une condition au terme qui résulte du contrat.

471. I. Supposons d'abord que le **navire** a été **désigné** lors du contrat. — Malgré la diversité des formules, la condition précise dont la réalisation rendra le contrat exécutoire, c'est l'arrivée des marchandises de la nature indiquée, qui avaient été chargées sur ce navire. Quoiqu'on dise souvent à l'heureuse arrivée *de tel navire*, la condition sera réalisée si *ces marchandises* arrivent, quand même le navire aurait péri, quand même le reste de la cargaison aurait été perdu (2). — En sens inverse la condition est défaillie lorsque l'arrivée de ces marchandises a été empêchée par *fortune de mer;* car l'acheteur

(1) Béd., p. 299 et suiv. Brav. et Demang., t. II, p. 405. Ly. C. et R., n. 662, note. *Journ. Marseille*, 1862. 2. 105. *Contrà :* Ripert, p. 160. — On peut imposer tous les risques à l'acheteur par une clause spéciale (*coût, frêt et assurance compris*) : Trib. comm. Marseille, 28 juin 1865, *Journ. Mars.*, 1865. 1. 196. Ly. C. et R., n. 665.

(2) Rouen, 7 mars 1854, D. P. 54. 2. 151. Aix, 12 mai 1874, *Journ. Mars.*, 75. 1. 17, etc., etc. Al. n. 1102, 1103. Ly. C. et R., n. 662. C. Com. ital., a. 65.—*Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. V, n. 113.

Source BIU Cujas

ne prend ainsi (dans la mesure indiquée plus haut) que les risques de la navigation; c'est ce qui résulte de la spécialité de cette clause aux ventes maritimes, et de l'intention des parties, déterminée par l'usage, d'obtenir partiellement l'effet d'une assurance. V. plus bas, sous les art. 350 et suiv., l'énumération précise de ces risques (1). — L'acheteur pourrait seulement prendre à sa charge des risques plus étendus, en achetant, *à tous risques* (2); et réciproquement s'il a fait ajouter à la clause les mots *marché ferme*, il a entendu en réduire autant que possible la conditionnalité et ne décharger le vendeur qu'au seul cas précis de *perte du navire* (3).

Toujours par une application des principes de l'assurance, application consacrée par un usage constant, le vendeur est responsable de toute *fausse déclaration* ou *réticence* (C. com., art. 348): et, s'il s'en rend coupable, le contrat pourra être annulé avec dommages-intérêts sur la demande de l'acheteur. Ainsi il doit dire tout ce qu'il sait : si le navire est parti avec les marchandises (4), ou en charge, ou en voyage seulement pour aller les prendre; si les marchandises sont chargées ou non; et, s'il a des renseignements qui précisent leur situation, leur état, leur nature, p. ex. des échantillons, il doit lors du contrat les communiquer à l'acheteur.

Si le terme expire sans que les marchandises soient arrivées, et sans qu'il soit certain qu'elles n'arriveront pas, c'est-à-dire s'il y a simple retard l'acheteur a-t-il la faculté de proroger le marché, c'est-à-dire de le maintenir en prolongeant le délai? ou le vendeur peut-il absolument se prétendre délié? A Marseille l'usage accorde à l'acheteur la faculté de proroger le marché (5). Partout ailleurs, il faudrait avant tout consulter les usages locaux. Mais nous pensons qu'à défaut d'usage spécial et de circonstances précisant l'intention des parties, on devrait suivre l'usage de Marseille malgré l'argument contraire qu'on pourrait tirer de l'art. 1176, C. civ. : il ne s'agit pas ici d'un contrat primitivement conditionnel et dans lequel un terme vient se greffer comme accessoire sur la condition; il s'agit, au contraire, avant tout d'une vente à livrer dans laquelle la faculté de prorogation est de droit commun; la condition se présente seulement ensuite comme accessoire et est destinée à garantir le vendeur contre les dommages-intérêts dus pour inexécution dans le délai; il nous semble donc que l'insertion de la condition n'enlève pas au contrat son caractère originaire, et que la résolution du contrat (ici sans dommages-intérêts) reste toujours une faculté pour l'acheteur (C. civ., art. 1184) (6).

472. II. Si le **navire** est indiqué dans le contrat comme **à désigner**

(1) Ainsi, le vendeur ne serait pas déchargé en cas de changement de navire ou de route (C. com., art. 351) : Rouen, 21 fév. 1855, *Journ. Mars.*, t. 33. 2. 54; — Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, p. 100.

(2) V. un exemple : Marseille, 16 avril 1857, *Journ. Mars.*, t. 35. 1.132.

(3) Marseille, 5 juin 1839, *Journ. Mars.*, t. 19. 1. 148. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t, III, n. 40. Al. n. 1107. Demang. sous Brav., t. II, p. 406.

(4) V. Trib. com. Marseille, 8 juill. 1868, *Journ. Mars.*, t. 46. 1. 275.

(5) V. Trib. com. Marseille, 14 mai 1860, *Journ. Mars.*, t. 38. 1. 144. — C. com. ital., a. 63.

(6) Béd., n. 220. Demang. sous Brav., t. II, p. 406. Ly. C. et R., n. 663. — *Contrà* : Al. n. 1111.

Source BIU Cujas

ultérieurement, on discute si c'est là une condition potestative pour le vendeur qui serait maître de ne pas désigner le navire, et, par là, de se dispenser d'exécuter l'obligation ; ou bien si le vendeur est positivement obligé de faire la désignation dans le délai convenu, ordinairement très court. Sans la moindre hésitation nous pensons que c'est une obligation positive pour le vendeur : — s'il y avait condition potestative de sa part le contrat serait nul (C. civ., art. 1174), car il n'y aurait pas de lien ; ce n'est pas là une disposition arbitraire du droit civil, c'est un principe essentiel qui ne peut pas ne pas s'appliquer à toutes les matières du droit commercial ; — dans le commerce, moins qu'ailleurs, on pourrait admettre cette faculté de se délier d'un contrat par sa seule volonté (1.

La sanction de cette obligation du vendeur sera que, faute de désignation dans le délai, l'acheteur aura le droit de faire résoudre la vente (C. civ., art. 1184), à moins qu'il ne veuille proroger le délai, ce qu'il est toujours maître de faire puisque la résolution n'a pas lieu de plein droit (même article 1184). Il peut aussi faire déclarer le vendeur déchu du bénéfice de la condition apposée au contrat, et transformer celui-ci en *marché ferme* (2) ; c'est encore là une application de l'art. 1184. C. civ., car la désignation ayant été la condition de la stipulation faite au profit du vendeur, le défaut de cette désignation doit lui en faire perdre le bénéfice.

Le contrat fixe toujours un délai très court dans lequel la désignation doit avoir lieu ; c'est afin que le vendeur ne puisse pas laisser venir les événements, et choisir le navire exposé aux plus mauvais risques pour les faire supporter par l'acheteur. Cette précaution prouve bien encore que l'acheteur n'a pas voulu se mettre à la discrétion du vendeur.

Le vendeur doit évidemment indiquer un navire qui puisse arriver dans le délai fixé pour l'exécution du contrat, sans cela la désignation ne serait pas sérieuse et n'acquitterait pas son obligation (3). — Il doit aussi désigner un navire en voyage, à l'aller, au retour, ou en charge ; car si le navire est déjà arrivé avec les marchandises, il n'y a plus de risque maritime à courir (4). Si le navire n'est pas encore parti, les risques sont possibles, l'assurance de ce navire serait possible, et, s'il était désigné dans le contrat même de vente avec agrément de l'acheteur, la désignation ne serait pas nulle (5) ; mais si le navire est resté à désigner, on considère que, permettre au vendeur de désigner un navire non encore parti, ce serait lui donner trop de latitude, se mettre à sa discrétion, puisqu'il peut traiter avec qui il voudra, et que l'acheteur non prévenu n'a pas entendu se lier dans ces conditions-là (6).—Si le navire désigné était en route pour un autre port, la désignation serait nulle (7).

(1) *Sic* : Alderick-Caumont, v° *Vente marit.*, n. 18 et 15. Al. n. 1105, 1106. C. com. ital., a. 62, 2e al. — *Contrà :* Aix, 25 janvier 1840, S. 40. 2. 258. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 38 et 39. Béd., n. 215.

(2) Trib. com. Marseille, 9 janvier 1861, *Journ. Mars.*, 61. 1. 177. — Alderick-Caumont, v° *Vente marit.*, n. 18 et 15. Al. n. 1105, 1106. — C. com. ital., a. 62, 2e al.

(3) Aix, 15 mai 1836, *Journ. Mars.*, t. 16. 1. 239. — Al. n. 1108, *in fine.*

(4) Trib. com. Marseille, 17 sept. 1861, *Journ. Mars.*, année 61. 1. 270.

(5) Aix, 25 juin 1868, *Journ. Mars.*, 69. 1. 100.

(6) Trib. com. Marseille, 2 fév. 1865, *Journ. Mars.*, année 1865. 1. 30.

(7) Trib. com. Marseille, 6 mai 1874, *ibid.*, 74. 1. 182.

Source BIU Cujas

V. — **Modalités spéciales aux marchandises en entrepôt.**

473. On peut vendre **à l'acquitté** ou **à l'entrepôt.**

Lorsqu'une marchandise est déposée dans un entrepôt par son propriétaire, on l'inscrit à son crédit sur le registre de la douane, appelé *sommier* ou *grand-livre;* dès lors elle ne doit être délivrée qu'à lui ; on le débitera lorsqu'elle sortira.

Ce propriétaire a la faculté de *réexporter* sa marchandise moyennant un faible droit de magasinage: — ou de *mettre à la consommation*, c'est-à-dire de la faire sortir de l'entrepôt pour la vendre en France ; — ou enfin de l'envoyer dans un autre entrepôt. S'il la vend il peut vendre à *l'acquitté* ou à *l'entrepôt.*

S'il vend **à l'acquitté,** ce qu'on appelle aussi vendre *à la consommation*, ce sera lui qui devra sortir la marchandise en payant les droits, et la livrer à l'acheteur, complètement libre quant à la circulation intérieure. Le prix est alors plus fort, puisque le vendeur fait une avance de plus. — Les droits de douane sont donc à sa charge, et les risques de l'augmentation ou de la diminution de ces droits entre la vente et l'exécution sont pour lui.

S'il vend **à l'entrepôt,** il ne se charge pas de faire sortir la marchandise; ce sera l'acheteur qui devra le faire et payer les droits, s'il veut livrer la marchandise à la consommation intérieure. C'est alors l'acheteur qui court les risques des variations de droits dans l'intervalle. — Mais comment lui donnera-t-on le droit vis-à-vis de la douane de retirer ces marchandises? Ce sera par un *transfert en douane :* le précédent propriétaire fera mentionner sur les registres de la douane que dorénavant les marchandises devront être remises, non plus à lui-même, mais à l'acheteur, toujours à charge de payer ces droits. Et ce transfert opérera délivrance au profit de l'acheteur.

On peut encore combiner ces deux modalités, et vendre *droits acquittés avec faculté d'entrepôt.* Alors l'acheteur pourra prendre la marchandise à l'acquitté moyennant le prix convenu; mais, s'il le préfère, il pourra les prendre à l'entrepôt en déduisant les droits qui seront exigibles alors. Dans le délai convenu il notifiera au vendeur de *mettre aux droits* ou de lui *faire un transfert.* Les variations des droits seront au profit ou au détriment du vendeur comme dans la vente à l'acquitté pure et simple (1). L'acheteur trouve à cette combinaison l'avantage de se décharger de ces risques de variation des droits, comme dans la vente à l'acquitté, tout en ayant l'avantage de pouvoir réexporter la marchandise sans payer les droits, comme dans la vente à l'entrepôt.

§ 2

Obligations du vendeur.

474. Ici nous avons un texte qui n'embrasse sans doute pas toute la matière, mais qui nous fournit du moins certains éléments. C'est la *L.* 13 *jum* 1866

(1) Rouen, 18 fév. 1855, D. P. 55. 2. 96. Req. 26 nov. 1861, D. P. 62. 1. 342. Trib. com. Marseille, 29 juin 1874, *Journ. Mars.*, 74. 1. 221. — Delam. et Lepoitv., t. V, n. 50 et suiv. Demang., sous Brav., t. II, p. 422-433. Ly. C. et R.. n. 677. — *Contrà :* Al. n. 1093.

Source BIU Cujas

sur les usages commerciaux. Le but de cette loi a été de constater légalement les usages généraux sur lesquels les représentants des différentes places de commerce ont pu se mettre d'accord. Cette mesure est éminemment utile pour faciliter les transactions, pour empêcher les procès, et pour favoriser les rapports de notre commerce avec l'étranger, en faisant connaître aux commerçants étrangers des usages qui seraient à leur avantage et qui pourront les déterminer à faire des affaires en France. — Il serait à désirer que cette mesure pût se continuer pour d'autres matières, si un accord peut s'établir sur les usages qui s'y réfèrent.

Cette loi est purement déclarative des usages existants; donc elle pourrait avoir un effet rétroactif.

Elle se compose d'abord de deux articles généraux donnant autorité, à partir du 1er janvier 1867, au tableau dont nous allons parler, et constatant que la loi ne s'applique qu'à défaut de convention contraire, ce qui est le droit commun dès que la loi ne concerne pas l'ordre public (C. civ., art. 6). — Ces articles sont suivis de ce que le législateur appelle un *tableau* en deux parties : — la seconde partie, qui est seule un véritable tableau, contient en trois colonnes les renseignements sur les usages relatifs à chaque espèce de marchandise; ce sont des détails dans lesquels nous n'aurons pas à entrer, si ce n'est pour y trouver des exemples; — la première partie contient neuf dispositions générales, qui demandent au contraire toute notre attention; elles sont indiquées par des chiffres romains, nous les appellerons des numéros (n° I, n° II, etc.).

Nous parlerons des obligations du vendeur : — 1° quant à la quantité de la marchandise; — 2° quant à la qualité; — 3° quant à la délivrance.

I. — **Obligations du vendeur quant à la quantité de la marchandise.**

475. La vente peut être faite au nombre, à la mesure ou au poids. — La vente faite au poids peut être *au poids brut* ou *au poids net* (L. 13 juin 1866, n° I, 1er al.).

Le *poids brut* comprend à la fois le poids de la marchandise et de son contenant (n° I, 2e al.); on peut vendre ainsi pour éviter de déballer les marchandises, et d'apprécier le poids du contenant; mais il faut alors que l'emballage soit conforme aux habitudes du commerce (n° IV), car l'acheteur a dû calculer le prix qu'il promettait en prévision de la perte qu'il subirait sur la marchandise à raison du poids du contenant; il ne faut pas que ses prévisions soient dépassées.

Le *poids net* est le poids véritable de la marchandise elle-même; on l'obtient, ou en la pesant directement après déballage, ou en déduisant du poids brut le poids du contenant (n° I, 2e al.). — Le n° VI déclare seulement que lorsqu'il y a deux emballages, l'emballage intérieur, en tant qu'il est considéré dans l'usage comme marchandise et qu'il est conforme aux habitudes du commerce, est compris dans le poids brut. — On est toujours présumé vendre au poids net toutes les fois qu'il n'y a pas une convention contraire, ou un usage constaté dans le tableau annexé à la loi (n° II).

Le poids qu'il faut déduire du poids brut pour avoir le poids net s'appelle *la tare* (V. n° I, 3e al.). Il y a la *tare réelle*, la *tare nette* et la *tare d'usage*. — La *tare réelle* est celle qui est mesurée directement, c'est-à-dire que l'on déballe

Source BIU Cujas

la marchandise pour la peser sans son contenant, et avoir ainsi directement le poids net. L'acheteur peut toujours réclamer ce mode de mesurer, même au cours de la livraison (n° III). Seulement, ce mode a très souvent l'inconvénient de détériorer la marchandise (V. n° I, 3e al.). — La *tare nette* ou *conventionnelle* est celle qui est fixée à forfait par la convention des parties; la *tare d'usage* est aussi fixée à forfait, mais par l'usage, à défaut de la convention des parties; la base de ces fixations est le poids habituel du contenant. Cette tare d'usage est indiquée au tableau pour les marchandises sur lesquelles l'accord a pu s'établir.

La loi ajoute que l'emballage reste en principe à l'acheteur, sauf convention contraire, ou sauf les exceptions portées au tableau (n° V).

476. Souvent on vend *au tonneau* ou *à la tonne*. Ce mot a divers sens : le tonneau est tantôt mesure de poids, tantôt mesure de capacité.

1° *Tonneau comme mesure de poids*. La *tonne métrique* est le poids de 1000 kil., c'est le poids d'un mètre cube d'eau. Dans toutes les ventes terrestres, quand on vend à tant la tonne, cela veut dire à tant les mille kilos (exemple, les fers, les charbons).

Dans les ventes maritimes, c'est-à-dire les ventes de marchandises chargées sur un navire, on vend *au tonneau de mer*, qui n'est pas uniformément de 1000 kil. La loi de 1866 (n. VIII) nous dit : « *Le tonneau de mer s'entend du tonneau d'affrétement tel qu'il est réglé pour l'exécution des articles* 3 *et* 6 *de la loi du* 3 *juillet* 1861 ». Ce règlement a été fait par le décret du 25 août 1861, et indique des chiffres très variables comme poids du tonneau des différentes marchandises. Quelle est la cause de ces inégalités? Et quel est le principe qui domine la fixation de ces chiffres divers?

Expliquons-nous d'abord sur le tonneau d'*affrétement* :

L'*affrétement* ou *nolissement* est le contrat par lequel un capitaine loue son navire en tout ou en partie pour le transport de marchandises (C. com., art. 273 et suiv.). Le *prix d'affrétement* ou *fret* est fixé habituellement au tonneau : le capitaine prend tant de tonneaux de telles marchandises à tel prix. — Or, pour savoir combien il peut prendre de tonneaux de telle marchandise, le capitaine doit tenir compte, non seulement du poids, mais aussi du volume de cette marchandise. Chacun de ces éléments fournit un maximum qu'il ne peut pas dépasser : — d'abord, il ne peut pas recevoir plus d'un certain poids, car, s'il allait plus loin, il ferait sombrer son navire; si donc il charge des marchandises très lourdes, eût-il de grands espaces vides dans son navire, il ne pourra plus rien y mettre, une fois qu'un certain poids sera atteint; d'autre part, il ne peut pas excéder l'espace consacré sur son navire à la cargaison; si donc il charge une marchandise légère et encombrante, comme du liège, il ne pourra pas, à beaucoup près, atteindre le poids qu'il aurait atteint dans le cas précédent. — C'est pour tenir compte de cet élément du volume que le poids du tonneau d'affrétement n'est pas uniforme : pour les marchandises légères, moins denses que l'eau, on admet, pour le tonneau, un poids moindre que celui de 1000 kil., représentant à peu près le même volume que 1000 kil. d'eau, c'est-à-dire un mètre cube. Mais on ne fait pas l'opération inverse pour les marchandises plus denses que l'eau, parce que, malgré le volume plus faible, un certain poids ne peut jamais

Source BIU Cujas

être dépassé sur le navire : pour celles-ci, le tonneau est toujours de 1000 kil. C'est là l'esprit et le principe du décret du 25 août 1861.

La loi de 1866, partant de cette détermination du tonneau pour l'affrétement, vient nous dire que la même détermination devra être appliquée lorsqu'il s'agira de la vente des marchandises chargées à bord d'un navire; et elle identifie le tonneau de mer et le tonneau d'affrétement. C'est une simplification dans les rapports entre toutes les personnes qui contractent relativement aux marchandises chargées sur les navires : le même mot ayant toujours le même sens, quel que soit le contrat dont on s'occupe.

2° *Tonneau comme mesure de capacité* pour les navires, c'est ce qu'on appelle le *tonneau de jauge*. — Il a été fixé, par l'ordonnance de marine de 1681, à 42 pieds cubes, ce qui fait en mesures actuelles 1 mètre cube, 44 centièmes. On s'en sert encore pour l'affrétement, à Bordeaux, par exemple.

II. — **Obligations du vendeur quant à la qualité.**

477. Il doit fournir la qualité promise au contrat. Si rien n'a été dit, il faut appliquer la règle de l'art. 1246, C. civ., il n'est pas tenu de donner la marchandise de la meilleure espèce, mais il ne pourra l'offrir la plus mauvaise (1). — Souvent on stipule que la marchandise sera de qualité *loyale et marchande*, c'est-à-dire qu'elle sera de la qualité habituellement reçue dans le commerce. Cela revient à la règle de l'art. 1246.

Souvent aussi il y a un grand nombre de qualités, toutes admises également dans le commerce; mais à des prix différents, bien entendu. On les indique par des numéros ou par des qualifications variées (comme *ordinaire*, *bon ordinaire*, *bonne quatrième*, etc.). Pour préciser le sens de ces désignations, il faut se référer à des **types.** Les types sont des séries d'échantillons déposés aux chambres de commerce et de courtiers, et auxquels les experts chargés de vérifier la marchandise comparent celle-ci. Ainsi pour les sucres, il y a plusieurs séries de types pour les diverses provenances, qui sont déposées à Paris, après avoir été fixées tous les ans par les délégués des principales places (V. L. 1866, tableau annexé, *v° sucres*); de même pour les cotons, il y a des séries de types à Marseille et au Havre (*ibid.*, *v° coton*).

Enfin dans la vente *à l'échantillon*, il faut que la marchandise soit conforme à l'échantillon.

478. **Qu'arriverait-t-il si la qualité n'était pas conforme?** En droit civil, l'acheteur doit voir avant d'acheter, il n'y a pas lieu à résolution s'il s'est trompé. Il peut seulement se plaindre lorsqu'il y a des *défauts cachés* (C. civ., art. 1641 et suiv.); il a alors le choix entre deux actions: l'*action rédhibitoire* pour demander la résolution de la vente, et l'*action estimatoire* ou *quanti minoris* pour demander une diminution de prix.

En droit commercial, les mêmes règles s'appliquent lorsque l'acheteur a agréé la marchandise avant d'acheter, soit qu'il l'ait vérifiée exactement et que l'on y découvre ensuite des défauts cachés (2), soit qu'une vérification sérieuse ait été pratiquement impossible et ne soit pas dans les usages; alors les défauts qu'on y découvrirait ensuite seraient des défauts cachés au sens

(1) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, p. 123. Al. n. 1134. Ly. C. et R., n. 641.
(2) Rouen, 18 mai 1866, D. P. 67. 2. 34. — Al. n. 1142 et suiv.

Source BIU Cujas

de l'art. 1641, C. civ. (1). Il en est ainsi surtout lorsque le vice ne peut se découvrir qu'à l'usage (2).

Mais il est souvent impossible d'agréer la marchandise avant d'acheter, soit à cause de la rapidité des opérations, soit parce que la marchandise n'est pas à la portée des contractants, et que souvent même elle n'est pas personnellement connue par le vendeur lui-même (V. *suprà*, n. 465). Il faut alors s'en référer aux stipulations du contrat, et, si le vendeur ne fournit pas la qualité convenue, il n'acquitte pas son obligation. Dès lors on peut *lui laisser pour compte* la marchandise fournie et en exiger une autre (V. anal. C. civ., art. 1616 et suiv.) (3), à moins que l'on ne soit plus en temps utile pour l'exécution, auquel cas l'acheteur aurait le droit de résoudre le contrat avec dommages-intérêts (C. civ., art. 1184). — Ces règles s'appliqueront toujours dans le cas où la marchandise fournie ne serait pas *loyale et marchande* (4), ou ne serait pas d'une qualité moyenne, si la qualité n'a pas été exactement précisée au contrat.

Mais dans tous les cas où la qualité a été précisée, soit par des qualifications usuelles déterminées par des *types*, soit par des *échantillons;* qu'il s'agisse d'une vente de disponible ou d'une vente à livrer, les usages admettent que, si la qualité diffère peu de l'échantillon, et si l'acheteur n'a pas un intérêt tout particulier à la conformité avec l'échantillon (5), l'acheteur ne pourra pas *laisser pour compte;* mais on pourra le forcer à prendre la marchandise, moyennant seulement une certaine réduction de prix appelée *bonification* ou *réfaction* (V. analogue, C. civ., art. 1618, 1619) (6). — L'écart admis entre la qualité de la marchandise et celle de l'échantillon varie suivant les places; ainsi il a été jugé à Marseille que la différence ne doit pas être excessive (7); à Bordeaux que la réfaction arbitrée par les experts ne doit pas excéder 5 % (8); à Rouen, 10 % (9). — Ces règles sont admises, soit que la qualité fût originairement inférieure, soit qu'elle le soit devenue par accident. — Elles sont appliquées aussi lorsqu'il y a un petit déficit par rapport à la quantité promise.

479. Il y a des **usages spéciaux,** qui modifient ces règles pour certaines marchandises, et dont s'occupe la loi de 1866, n° VIII. Ce sont les suivants : — la *tolérance;* c'est un écart usuel dans la qualité de certaines marchandises (notamment pour pousse ou poussière); lorsque cet écart n'est pas dé-

(1) Rouen, 11 déc. 1806, D., v° *Vices rédhibitoires*, n. 85 et 73. Trib. Gand, 18 fév. 1865, D. P. 65. 3. 63. — Pard., n. 284. Troplong, *Vente*, n. 557. Béd., n. 276. Al. 1143, 1144.

(2) Req. 4 janv. 1859, D. P. 59. 1. 213.

(3) Paris, 12 décembre 1874, D. P. 77. 2. 219. — Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 54. Duvergier, *Vente*, n. 97. Béd., n. 134. Al. n. 1205.

(4) Demang. sous Brav., t. II, p. 413. Al. n. 1147. — Et cela lors même qu'on aurait acheté les marchandises *telles quelles*. Al. n. 1147.

(5) Req. 20 janv. 1873, D. P. 73. 1. 360; spécialement pour les ventes à livrer : Civ. rej. 20 nov. 1871, D. P. 73. 1. 201.

(6) Req. 1er déc. 1875, D. P. 77. 1. 450, etc. — Ly. C. et R., n. 641.

(7) Trib. com. Marseille, 27 février, 19 mars 1860, *Journ. de Marseille*, t. 38. 1. 92.

(8) Bordeaux, 21 mars 1861, *Journ. du Havre*, t. 62. 2. 23.

(9) Rouen, 3 avril 1860, *Journ. du Havre*, t. 60. 2. 150.

Source BIU Cujas

passé, l'acheteur ne peut réclamer aucune réfaction ; — le *don* est une réfaction d'usage pour déchet en quelque sorte forcé de la marchandise : l'acheteur y a droit sans prouver l'existence et la quotité du déchet; c'est l'inverse de la tolérance, dans laquelle il n'a droit à rien, lors même qu'il prouve l'existence d'un certain déchet; — le *surdon* a lieu pour des altérations accidentelles, mais fréquentes et prévues; c'est un forfait facultatif pour l'acheteur, qui y a droit sans prouver la quotité de la dépréciation, mais peut aussi demander plus en prouvant qu'il subit un dommage plus fort. — Le n° VIII de la loi du 13 juin 1866 dit : « Sauf les exceptions portées au tableau ci-après il n'est accordé ni dons, ni surdons, ni tolérance. » Ces clauses particulières sont donc essentiellement exceptionnelles et ne devront se sous-entendre que dans les cas expressément spécifiés au tableau. D'ailleurs la loi exclut seulement ces réductions faites à forfait, elle n'exclut pas du tout les réfactions pour dommage *prouvé*, dont nous avons parlé au numéro précédent.

III. — **Obligations du vendeur quant à la délivrance.**

480. Le vendeur doit délivrer à l'acheteur la chose vendue (C. civ., art. 1603 et suiv.). Il y a des modes de délivrance spéciaux au commerce : — ainsi la délivrance est suffisamment opérée par la remise du *connaissement* avec la facture (C. comm., art. 576 et 92) : le connaissement étant l'écrit par lequel le capitaine d'un navire reconnait qu'il a reçu les marchandises et s'oblige à les remettre à celui qui sera régulièrement porteur de ce connaissement, dès que l'acheteur a celui-ci entre les mains, il est sûr qu'on ne remettra pas les marchandises à un autre qu'à lui (1) ; — il en est de même pour la *lettre de voiture* dans le commerce terrestre (mêmes art. ; V, n. 540) (2) ; — la remise du *récépissé* et du *warrant*, pour les marchandises déposées dans les magasins généraux, opère aussi délivrance pour les mêmes motifs (V. *infrà*, n. 500). — Le *transfert en douane* (V. ci-dessus n. 473) opère aussi délivrance, puisque, à partir du transfert fait en son nom, l'acheteur est sûr qu'on ne remettra qu'à lui les marchandises (3). — En est-il de même d'un *ordre de livraison* sur l'entrepôt ou sur un capitaine de navire? Non ; parce que l'ordre, n'étant pas accepté d'avance par l'entrepôt ou par le capitaine, peut ne pas être exécuté; le vendeur reste donc tenu tant que l'ordre n'a pas été exécuté (4).

L'apposition de la marque opère-t-elle délivrance? — Non : elle individualise la marchandise, transfère la propriété et les risques à l'acheteur (5). Mais elle ne met pas l'acheteur en possession de la chose, elle ne le protège pas contre la tradition possible à un autre possesseur, qui, s'il est de bonne foi (6), lui sera préféré; et elle ne dispense pas le vendeur des soins à donner à la

(1) Delam. et Lepoitv., t. V, n. 42-45. Demang. sous Brav., t. II, p. 419 et suiv.

(2) Mêmes auteurs. — La remise de la facture seule n'opérerait pas la délivrance : Al. n. 1131. Massé, n. 1604, 2449. *Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. V, n. 48.

(3) Al. n. 1125.

(4) Troplong, *Vente*, n. 281. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 52, 230. Al. n. 1126. Massé, n. 1603.

(5) Troplong, *Vente*, n. 281. Al. n. 1127. Massé, n. 1603.

(6) La marque ne fera souvent pas obstacle à la bonne foi; car le tiers acquéreur peut croire qu'elle est ancienne, antérieure à l'acquisition par le vendeur.

Source BIU Cujas

marchandise, elle ne lui enlève pas le droit de rétention (art. 577) (1). Elle ne serait suffisante que dans les cas où la délivrance peut avoir lieu par le seul consentement (C. civ. a 1606, *in fine*) (2).

§ 3

Obligations de l'acheteur.

481. La principale obligation est de payer le prix (C. civ., art. 1650).

Quant aux *intérêts du prix*, ils ne sont pas dus jusqu'au terme accordé pour le paiement, à moins de convention spéciale (C. civ., art. 1652); le vendeur a dû calculer le prix en conséquence du délai accordé pour le paiement : par exemple, voulant vendre à 100 au comptant, et sachant qu'on lui demandera trois mois pour payer, il aura vendu à 101,50. — Au contraire à partir du terme, ils sont dus de plein droit; c'est une dérogation à l'art. 1153, C. civ. : elle est fondée sur un usage constant ; et il faut remarquer que l'art. 1153 renvoie lui-même aux règles spéciales au commerce, sinon dans son 3e al. du moins dans son 1er ( ).

482. **Escomptes dans les ventes** (Nous ne parlons pas ici de l'escompte des billets que l'on négocie avant leur échéance; nous en traiterons dans notre introduction au titre 8). Le mot *escompte* a encore ici deux sens différents :

1° *Rabais* ou *remise sur le prix*, sans aucune condition spéciale. Cette remise se fait uniquement parce que le vendeur, pour pouvoir satisfaire ceux qui marchandent, a fixé d'avance un prix plus fort que celui auquel il entend vendre ; c'est ce qu'on appelle le *prix fort* ou *prix marqué*. Ceci est usité, par exemple en librairie ; on dit alors qu'un livre est à 6 fr. pour 7.

2° *Escompte pour prompt paiement*. Nous avons dit qu'on accorde souvent à l'acheteur des délais pour payer, afin qu'il ait le temps de revendre lui-même et de faire ses rentrées; le vendeur calcule son prix en conséquence et ajoute au prix les intérêts jusqu'au terme; par exemple, vendant à trois mois, il vend à 101 fr. 50 au lieu de vendre à 100 fr. Si l'acheteur n'use pas de ce terme et paie plus tôt, on déduit cet intérêt; si, par exemple, il paie au bout de deux mois, on ne lui fera payer qne 101 au lieu de 101 fr. 50.

Dans la pratique, il existe des termes d'usage infiniment variés suivant les genres de commerce, suivant les marchandises et suivant les places; le taux auquel l'escompte est fait varie aussi beaucoup. En 1866, lors de la préparation de la loi sur les usages commerciaux, on avait tenté un accord entre les

(1) Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 227. Demang. sous Brav., t. II, p. 418. Ly. C. et R., n. 638. — *Contrà* : Béd., n. 154. Massé, n. 1606, 1607.

(2) C'est tout ce que résulte de trois arrêts de Besançon, 16, 17 janvier, 27 février 1865, D. P. 65. 2. 13, quelquefois cités en sens contraire.

(3) Pard., n. 289. Al. n. 1155. Massé, n. 1697. Ly. C. et R., n. 646. — Des auteurs y voient une application un peu étendue de l'art. 1652, 3e al., C. civ. ; car, disent-ils, si la chose achetée ne produit pas des fruits, elle produit des bénéfices pour l'acheteur, pendant que le vendeur attend son prix : Pard., n. 289; Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 315.

Source BIU Cujas

représentants des diverses places et des divers genres de commerce; mais cette tentative ne réussit pas, à cause des divergences trop considérables. L'accord a pu seulement se faire pour les marchandises non manufacturées vendues dans les ports de mer, et a donné lieu au n° IX de la loi, d'après lequel, pour ces marchandises, « l'escompte est de 2 % au comptant, et lorsque le vendeur consent à convertir tout ou partie de l'escompte en terme, l'escompte se règle à raison de ½ pour % par mois. » Ce qui fait 6 % par an; par conséquent l'escompte usuel de 2 % suppose que le vendeur accordera facilement un terme de quatre mois, si l'acheteur présente des garanties suffisantes de solvabilité.

§ 4

Des ventes par filières.

483. Ces ventes usitées à Marseille supposent des marchandises vendues **à recevoir en un ordre de livraison.** Par cette clause le vendeur, vendant des marchandises en entrepôt ou sous vergues, p. ex., indique que la livraison sera faite par le tiers qui en est dépositaire, et l'acheteur consent à recevoir la livraison des mains de celui-ci : Le vendeur délivre à l'acheteur un ordre de livraison sur son dépositaire; mais il reste toujours garant de la délivrance dans le temps convenu; si l'ordre n'était pas exécuté, il en serait responsable envers l'acheteur (1). Il perd par là même le droit de disposer de la marchandise (2).

L'acheteur muni de cet ordre de livraison, peut revendre les marchandises avec la même clause, et remettra au nouvel acheteur son ordre de livraison pour qu'il se les fasse délivrer. De même que le premier vendeur restait garant de l'exécution, de même l'acheteur qui revend en est garant envers le nouvel acheteur. On a soutenu le contraire, en prétendant qu'il a vendu seulement sa créance contre le premier vendeur, et qu'un vendeur de créance n'est de plein droit garant que de l'existence de la créance (C. civ., a. 1693) (3). Mais cette opinion doit être rejetée, car, ce que l'acheteur a vendu, ce sont *les marchandises;* et, s'il a cédé sa créance en délivrance, c'est seulement comme moyen d'exécution de la vente principale de marchandises (4).

Le nouvel acheteur peut revendre encore dans les mêmes conditions; et cela peut avoir lieu plusieurs fois de suite. Le dernier acheteur quelconque aura action, comme nous venons de le dire contre son cédant immédiat; il aura aussi action contre le tiers désigné pour faire la livraison et qu'on appelle le *livreur*, puisque celui-ci ne doit remettre la marchandise qu'au porteur de l'ordre de livraison. **Q.** *Mais aura-t-il aussi, en cas d'inexécution de l'ordre, recours en garantie contre le vendeur primitif et contre tous les vendeurs intermédiaires?* Il faut l'admettre d'une manière générale; car, en vertu des principes du droit (C. civ., art. 1615), chaque vendeur, en cédant les marchan-

(1) Delam. et Lepoitv., t. V, n. 107. Demang. sous Brav., t. II, p. 423.
(2) Trib. com. Marseille, 7 oct. 1874, *Journ. Mars.*, 75. 1. 59.
(3) Cass. 6 mai 1857, S. 57. 1. 593.
(4) Trib. comm. Marseille, 26 avril 1858, *Journ. Mars.*, 58. 1. 51. — Al. n. 1095, 1096. Ly. C. et R., n. 669.

Source BIU Cujas

dises avec l'ordre de livraison, doit être regardé comme ayant cédé toutes les actions qu'il avait à leur égard, spécialement son action en garantie contre son vendeur immédiat. Seulement en exerçant ces actions le dernier acheteur devra subir les exceptions que le vendeur auquel il s'adresse pouvait opposer à son acheteur immédiat (1). — Cette règle s'appliquera purement et simplement si l'ordre de livraison était à personne dénommée, ou, comme on dit, *en droiture*. Mais si cet ordre était *à ordre* ou *au porteur*, en adoptant cette forme, le vendeur primitif aura renoncé à invoquer ces exceptions contre le dernier porteur (c'est le sens qui s'attache toujours à ces clauses, V. *infrà*, n. 754 et n. 854); et de plus dans le cas spécial où l'ordre était à ordre, tous les intermédiaires en adoptant la clause à ordre par l'endossement du titre ont aussi renoncé à opposer ces exceptions (V. au même n. 754) (2).

484. Quel sera l'effet de cette clause en ce qui concerne le paiement du prix? C'est ici que nous allons voir la conséquence la plus saillante de la **filière** qui s'est établie entre les acheteurs successifs. — Le dernier acheteur qui prendra livraison, ou *réceptionnaire*, se rendra débiteur direct du prix envers le premier vendeur, au nom de qui la livraison a été faite, si bien qu'il ne pourrait pas se libérer valablement entre les mains de son vendeur immédiat, et que s'il payait à celui-ci, il pourrait être obligé de repayer entre les mains du premier vendeur (3) : — tel est l'usage constant à Marseille; — d'ailleurs le premier vendeur, s'il n'a pas fait crédit, a certainement entendu que son dépositaire ne devait pas se dessaisir sans avoir reçu le prix, et s'il a accordé un délai pour payer après livraison, il a entendu que celui qui recevrait se constituerait son débiteur personnel (4).

Il n'y aura pas de difficulté si le prix de la dernière vente égale celui de la première; il sera simplement payé par le dernier acheteur au premier vendeur. — Si le dernier prix est plus fort que le premier (ce qui sera le cas normal, car chaque vendeur a cherché à revendre plus cher qu'il n'avait acheté), encore pas de difficulté, le *réceptionnaire* devra le premier prix au livreur, et le surplus, il le devra à son vendeur immédiat. — Si, au contraire, le dernier prix est plus faible que le premier (en cas de baisse dans l'intervalle), l'usage admet que le premier vendeur ne peut demander au réceptionnaire que le dernier prix, et que, pour le surplus, il recourra contre son acheteur immédiat (5). Le premier vendeur aurait aussi action pour la totalité contre le premier acheteur, si le réceptionnaire était insolvable, car le premier acheteur n'a pas pu, en passant l'ordre de livraison, se libérer entiè-

(1) Comp. Delam. et Lepoitv., t. V, n. 108. Demang. sous Brav., t. II, p. 424. Ly. C. et R., n. 672.

(2) Delam. et Lepoitv., t. V, n. 108, *in fine*. Al. n. 1097, 1098.

(3) Cass. 30 janv. 1865, D. P. 66. 1. 13. Ly. C. et R., n. 671. — Il en est ainsi du moins jusqu'à l'expiration du terme (conventionnel ou d'usage) pendant lequel le livreur peut lui réclamer le prix : Trib. com. Marseille, 14 avril 1875, *Journ. Mars.*, 75. 1. 207; ou à moins qu'il n'y ait renoncé formellement : Trib. com. Marseille, 31 mars 1863, *ibid.*, 64. 1. 104.

(4) Sur ce motif : V. trib. com. Marseille, 27 nov. 1861, *Journ. Mars.*, 61. 1. 292.

(5) Trib. com. Marseille, 12 nov. 1874, *Journ. Mars.*, 75. 1. 32.

Source BIU Cujas

rement de l'obligation qu'il avait contractée de payer tout le prix (1). Mais le premier vendeur n'aurait pas un pareil recours contre les autres acheteurs successifs avec lesquels il n'a pas traité (C. civ., art. 1165) : les principes du droit ne lui donnent aucune action pareille, car une dette ne se transmet pas tacitement comme une créance; et les usages ne lui donnent pas non plus cette action directe (2). Il pourrait seulement exercer les droits de son débiteur immédiat, en concours avec ses autres créanciers (C. civ., art. 1166).

Quant aux membres intermédiaires de la filière, chaque vendeur, par suite des mêmes principes, n'a jamais d'action que contre son acheteur immédiat, et en général seulement pour l'excédant du prix de sa vente sur la première : ainsi, si le premier acheteur ayant acheté à 100 revend à 101, il est créancier de 1 contre le second acheteur ; si celui-ci revend à 102, il est créancier de 2, etc.; car chaque acheteur nouveau, sachant qu'il ne pourra obtenir délivrance qu'en payant 100 au *livreur*, n'entend évidemment payer à son vendeur immédiat que la différence. Seulement, si l'ordre de livraison n'était pas exécuté, et que l'un des membres de la filière fournit autrement les marchandises, comme il y est obligé, il est bien évident qu'il redeviendrait créancier de la totalité du prix (3). Aussi en règlement définitif chaque membre de la filière, pour se dispenser de payer à son vendeur immédiat le prix total, doit représenter la facture acquittée par le livreur, et il a le droit d'agir contre tous les membres ultérieurs en suivant la filière pour obtenir cette facture (4).

Voir le titre VIII, après les titres VI et V.

(1) Trib. com. Marseille, 20 mai 1874, *Journ. Mars.*, 75. 1. 192. — Pourvu du moins qu'il n'ait pas à se reprocher de n'avoir pas poursuivi le réceptionnaire dans les délais voulus : Trib. com. Marseille, 2 avril 1873, *Journ. Mars.*, 73. 1. 179.

(2) Trib. com. Marseille, 31 mai 1870, *ibid.*, 70. 1. 213.

(3) V. Aix, 26 avril 1865, *Journ. Mars.*, 66. 1. 239.

(4) V. Marseille, 9 juill. 1846, *Journ. Mars.*, t, 26. 1. 1.

Source BIU Cujas

TITRE VI

DU GAGE ET DES COMMISSIONNAIRES.

485. Avant 1863, la rubrique du titre portait seulement *des commissionnaires*, et le titre ne contenait que trois sections; il disait seulement quelques mots du gage à propos du privilège du commissionnaire (anciens art. 93 et 94). — — En 1863, à cause de l'importance toujours croissante du gage commercial, on sentit le besoin de lui consacrer quelques dispositions spéciales De là naquit la L. 23 mai 1863 *sur le gage commercial*, qui se fondit dans notre titre, en y ajoutant une section, la première, en trois articles 91-93. Pour faire place à ces articles, on condensa les anciens art. 91-95 en deux, les 94e et 95e.

Dès lors notre titre embrasse trois contrats : — 1o Le gage (section 1re); — 2o La commission (section 2e); — 3o Le contrat de transport (section 3e et 4e). — Ils seront pour nous l'objet de trois chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

Deux sections : — 1o Du gage commercial en général; — 2o Des magasins généraux.

SECTION PREMIÈRE.

DU GAGE COMMERCIAL.

486. Le gage est un *contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière à son créancier pour sûreté de sa dette* (C. civ., art. 2071). — *Une chose mobilière :* car les droits analogues que l'on peut constituer sur des immeubles s'appellent l'antichrèse et l'hypothèque. — Les droits accordés par ce contrat au créancier sur la chose, sont : — le *droit de rétention*, ou droit de retenir la chose jusqu'à ce qu'il ait été payé; — et un *privilège*, ou droit de faire vendre la chose pour se faire payer sur le prix par préférence aux autres créanciers de son débiteur (C. civ., art. 2073). — C'est un moyen de crédit, accessoire d'une créance. A ce titre, cette matière se rattacherait à la circulation des capitaux dont nous devons parler à propos du titre VIII. Mais nous

Source BIU Cujas

ne voulons pas trop scinder les articles du code; d'ailleurs le gage porte sur les marchandises, et cette matière peut très bien se traiter à part.

487. **Historique du gage commercial.** — Le *code Michaud* de 1629, art. 148, avait exigé un écrit pour toute espèce de gage, sans distinction entre le gage civil et le gage commercial. De même l'ord. de 1667. — L'*ordonnnace de* 1673, tit. VI, art. 8 et 9, exigeait un acte notarié; avec l'indication précise des objets engagés, dans cet acte ou dans une facture ou un inventaire y annexé. Elle n'était pas appliquée dans toute sa rigueur; on se contentait souvent, si les contractants étaient de bonne foi, de l'expédition de la marchandise, qui précisait suffisamment les objets. — Le code civil avait réservé, dans son art. 2084, les règles spéciales au gage commercial.

Mais le code de commerce n'en disait rien, sauf quelques mots dans les art. 93 et 94 anciens. Aussi il y avait une grande controverse pour savoir s'il fallait appliquer à notre matière les règles du droit civil. On les appliquait généralement, d'abord en vertu du principe, établi par nous dans notre introduction générale, que le droit civil doit s'appliquer lorsque le code de commerce et les usages sont muets; et ensuite par un argument très fort, tiré de l'ancien art. 95, *in fine* (1).

Certaines faveurs spéciales, soit pour la constitution, soit pour la réalisation du gage, avaient été faites à certains établissements de crédit privilégiés qui peuvent faire des prêts sur gage ou des avances sur nantissement (ce qui est la même chose). V. *infrà*, n. 496 *bis*.

Enfin arriva la **Loi du 23 mai 1863,** incorporée dans le code de commerce, art. 91-94. On avait soulevé des doutes lors de la discussion de cette loi, sur l'importance du gage commercial et sur l'efficacité de la loi. Or, pour montrer le développement pris par ce contrat il suffira de citer un chiffre emprunté à l'un de nos établissements de crédit non privilégiés : le *Crédit lyonnais* accuse à son bilan du 31 déc. 1876 pour 76,344,482 fr. d'avances sur nantissement. Les *avances sur titres*, annoncées chez tous les changeurs, sont encore une preuve du développement du contrat de gage.

488. Il a été dit, dans les travaux préparatoires de la loi, que les règles du droit civil s'appliqueraient pour tout ce qui n'est pas changé par les dispositions nouvelles (D. P. 63. 4. p. 74, n° 10). Nous n'insisterons que sur ces dernières règles.

Une première question est de savoir quand ces règles s'appliqueront, quand le gage est commescial. Elle était autrefois très discutée; mais elle est tranchée par l'art. 91 (*initio*). C'est *quand la convention principale constitue un acte de commerce*. Peu importe que cette convention émane ou non d'un commerçant, que le gage soit fourni ou non par un commerçant, ou en valeurs commerciales (2). Une difficulté peut senlement se présenter, dans le cas où le gage aura été constitué comme sûreté d'une somme empruntée : comment pouver que cette somme sera employée pour le commerce? Cette lacune dans la loi a été signalée par M. Jules Favre dans la discussion; M. Vernier répondit que ce serait aux prêteurs à s'en assurer. Ils pourront exiger une

(1) Cass. 13 janv. 1868, D. P. 68. 1. 125; après divergences.
(2) Ly. C. et R., n. 690.

Source BIU Cujas

déclaration formelle de l'emprunteur qui ne pourra plus prouver contre son aveu (1). D'ailleurs, si celui-ci est commerçant, ils pourront invoquer la présomption que les billets souscrits par un commerçant sont faits pour son commerce (Art. 638, 2° al.) (2).

Nous diviserons la matière en trois paragraphes : — 1° Constitution du gage; — 2° Droits du créancier gagiste; — 3° Droits du débiteur.

§ 1er

Constitution du gage.

Deux conditions sont exigées ici, comme en droit commun : — 1° Une convention; — 2° La mise en possession du créancier.

I. — Preuve de la convention.

489. D'après le droit civil, tous les modes de preuve sont admis *inter partes;* mais à l'égard des tiers, il faut au-dessus de 150 fr. un écrit enregistré (C. civ., art. 2074) (3). — La loi nouvelle accorde plus de facilité :

Art. 91, 1er al. Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant pour un acte de commerce, se constate, à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément aux dispositions de l'article 109 du code de commerce.

Ce sont les mêmes conditions *inter partes* et à l'égard des tiers; et ces modes de preuve sont ceux de l'art. 109 déjà étudiés et qui présentent toute facilité aux parties. En effet, le motif des rigueurs du droit civil, c'est la crainte qu'un débiteur ne remette des objets à de faux créanciers gagistes pour les soustraire aux poursuites de ses créanciers chirographaires. Mais on a fait remarquer que les ventes feintes causeraient le même dommage à ces créanciers, et qu'on ne doit donc pas être plus sévère pour le gage que pour la vente; d'ailleurs, ces modes de preuve ont date certaine par eux-mêmes en matière commerciale (V. *suprà* n. 440); — enfin les livres des parties servent de contrôle aux autres preuves (Cf. n. 440) (4).

490. Lorsque c'est une créance qui est donnée en gage, le code civil (art. 2075) exige, outre les formalités communes à toute constitution de gage, la signification au débiteur cédé, exigée aussi pour la cession de créance (C. civ., art. 1690). Cette exigence est maintenue pour le gage commercial lorsque c'est une créance à forme civile qui est donnée en gage : on a dit que, cet engagement étant peu usité dans le commerce, il n'était pas utile d'abréger les formalités.

Art. 91, 4e al. Il n'est pas dérogé aux dispositions de l'article 2075 du code

(1) Ly. C. et R., n. 690.

(2) V. Béd., p. 526. Demang. sous Brav., t. II, p. 304. Ly. C. et R., n. 690.

(3) La loi 8 sept. 1830 a accordé aux prêts sur gage une grande faveur pour l'enregistrement; ils peuvent être enregistrés au droit fixe de 2 fr. Cette règle s'appliquerait encore aux prêts sur gage commerciaux, si on les enregistre : Al. n. 774.

(4) *Contrà :* C. com. ital. a. 454.

Source BIU Cujas

Napoléon en ce qui concerne les créances mobilières, dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Il faut même ajouter que l'enregistrement est alors nécessaire, car notre article renvoie complètement à l'art. 2075, C. civ., qui exige à la fois l'enregistrement et la signification ; et dans l'exposé des motifs on a dit formellement que l'acte devrait être enregistré (1).

491. Mais il y a des exceptions pour les créances de forme commerciale. — D'abord pour les *titres à ordre* :

Art. 91, 2e al. Le gage, à l'égard des valeurs négociables, peut aussi être établi par un endossement régulier, indiquant que les valeurs ont été remises en garantie.

Le mot « *négociables* » est trop large, la loi veut parler seulement des *valeurs à ordre* qui seules sont susceptibles d'endossement. — L'endossement est ordinairement employé pour en transférer la propriété (art. 136); aussi il y avait doute, avant la loi, sur la possibilité de l'employer pour transférer seulement un droit de gage ; on avait également la crainte que ce ne fût donner au créancier un droit de disposition contraire à la prohibition de l'art. 2078, C. civ. Mais on l'a admis en 1863, parce que la formule même dont on se sert précise la portée de l'endossement et les droits du créancier.

Cet endossement est appelé *endossement de garantie*, et quelquefois *endossement pignératif;* il doit contenir les mentions exigées par l'art. 138 (V. au titre 8, *infrà*), en y ajoutant que c'est à titre de garantie. Voici les deux principales formules qu'on peut employer : *Payez à l'ordre de M... à titre de garantie de la somme de..., valeur reçue comptant* (date et signature) ; — ou bien : *Payez à l'ordre de M... la somme de... valeur en garantie* (date et signature). — La dernière partie de cette formule pouvait laisser quelques doutes à raison des exigences de la loi quant à l'expression de la valeur reçue (V. tit. 8, art. 110 et 138), exigence que notre alinéa paraît bien avoir l'intention de rappeler en parlant d'un endossement *régulier*. Mais cette formule avait été admise et était généralement pratiquée avant la loi de 1863; et comme cette loi ne l'a pas proscrite formellement, il faut l'accepter sans hésiter aujourd'hui; c'est ce que reconnaît la L. 28 mai 1858, pour l'endossement du warrant délivré par un magasin général (V. *infrà*, n° 502) (2).

Notre alinéa n'exclut pas la preuve par un autre acte conformément à l'a. 109, en l'absence d'un endossement régulier : — le mot *aussi*, renvoie évidemment aux formes du premier alinéa ; — sans doute, s'il s'agissait d'une cession, l'endossement serait nécessaire pour lui faire produire de l'effet contre les tiers (v. n. 747); mais on a voulu faire une faveur au gage commercial; — les tiers sont d'ailleurs prévenus par la nécessité de la possession du titre par le créancier gagiste (v. n. 493, *in fine*); — il n'y aurait pas lieu, à défaut d'endossement, d'exiger les formalités de l'a. 1690, C civ., car le 4e al. de l'a. 91 ne se refère qu'aux créances non mentionnées par les alinéas

(1) Al. n° 779.
(2) Orléans, 24 juin 1868, D. P. 68. 2. 195. — Ly. C. et. R., n. 694.

Source BIU Cujas

précédents; il ne vise *in terminis* que les créances purement civiles, puisqu'il spécifie celles dont le cessionnaire ne peut être saisi que par la signification (1).

Il faut conclure de cette doctrine que l'endossement *irrégulier* ou *en blanc*, pourra valablement constituer le gage (2).

Art. 91, 3e al. A l'égard des actions, des parts d'intérêt et des obligations nominatives des sociétés financières, industrielles, commerciales ou civiles, dont la transmission s'opère par un transfert sur les registres de la société, le gage peut également être établi par un transfert à titre de garantie inscrit sur lesdits registres.

492. Pour les *titres nominatifs*, le gage se constituera par un *transfert* à titre de garantie, sur les registres de la société. C'est le *transfert de garantie*, appelé aussi quelquefois *transfert pignératif*. — Il pourrait se faire que les statuts de la société n'admissent pas un pareil transfert (tels sont les statuts de la Banque de France, qui n'admettent qu'un transfert pur et simple). Alors on ferait un transfert pur et simple, pour donner au créancier le droit de faire vendre à l'échéance; et l'on rédigerait un écrit entre les parties pour constater que c'est seulement à titre de garantie. Ce moyen a été indiqué par M. Cornudet au Corps législatif.

Cet alinéa permet aussi tout autre mode de constatation de l'engagement du titre nominatif, il renvoie au 1er al., de même que le 2e, en disant que le gage peut *également* être établi (3).

Pour les *titres au porteur*, la loi n'a rien dit : on appliquera simplement l'art. 91, 1er al.; on prouvera la mise en gage par tous les modes de l'art. 109; et le créancier devra être mis en possession du titre (art. 92), puisque, pour ces titres, c'est la possession qui donne le droit de les toucher (4).

II. — Mise en possesion du créancier.

Art. 92, 1er al. Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

493. Cet alinéa reproduit textuellement l'art. 2075, C. civ. Tous deux sont fondés à la fois sur la règle de l'art. 2279, C. civ., d'après laquelle, si le créancier n'était pas en possession, tout tiers qui recevrait l'objet de bonne foi lui serait préféré ; et sur l'intérêt des créanciers du débiteur, pour qu'il ne se serve pas de l'objet engagé comme d'un moyen de crédit.

Seulement, la mise en possession peut se faire par des modes spéciaux au commerce, dont nous avons déjà parlé à propos de la délivrance dans la vente, et qui s'expliqueront ici d'autant plus facilement qu'on peut très bien recevoir la possession par l'intermédiaire d'un tiers (art. 92, 1er al., *in fine*, et C. civ., art. 2076, *in fine*).

(1) Req. 12 mars 1879, D. P. 80. 1. 118. —Béd. *Commiss.* 2e éd. nos IX et X. Ly. C. et R., n. 694.

(2) Ly. C. et R., n. 694. V. Béd., p. 524. Demang. sous Brav., t. II, p. 304.

(3) Paris, 28 nov. 1878, D. P. 79. 2. 153.

(4) Cela a été dit dans les travaux préparatoires. — Angers, 14 mai 1875, D. P. 78. 2. 76; trib. civ. Seine, 8 juin 1878, *Droit* du 23 août. Demang. sous Brav., t. II, p. 308. Al. n. 775. Ly. C. et. R., n. 696.

Source BIU Cujas

Art. 92. 2e al. Le créancier est réputé avoir des marchandises en sa possession, lorsqu'elles sont à sa disposition dans ses magasins ou navires, à la douane ou dans un dépôt public, ou si, avant qu'elles soient arrivées, il en est saisi par un connaissement ou par une lettre de voiture.

« *Dans ses magasins ou navires* », c'est alors une possession tout à fait effective. — « *A la douane*, » elles y seront *à sa disposition*, quand on aura fait un *transfert en douane* à son nom (V. *suprà* n. 473); car alors lui seul peut les retirer. — Ou « *dans un dépôt public* », comme une halle, un marché au blé, un entrepôt, des docks ou magasins généraux, pourvu qu'il ait en main le titre (par exemple le warrant) avec lequel on pourra les retirer (1). — « *Par un connaissement ou une lettre de voiture* »; car le capitaine ou voiturier ne remet les marchandises qu'au porteur régulier du connaissement ou de la lettre de voiture (2).

Suffirait-il de la remise des clés des magasins où se trouvent les marchandises? L'art. 1606, C. civ., se contente de ce fait pour la délivrance; mais l'art. 92, C. comm., paraît exiger que les magasins appartiennent au créancier gagiste. Aussi l'on a jugé que le créancier n'est pas en possession quand les marchandises sont dans un magasin dépendant de celui du débiteur, lors même qu'il lui aurait été loué (3). Je crois que c'est avant tout une question de fait; il faut voir s'il est sûr que le débiteur n'a aucun accès vers les marchandises, et ne pourra plus s'en servir pour obtenir crédit ailleurs (4).

Si c'est une créance qui a été engagée, il faut aussi la remise du titre : l'art. 92, 1er al., dit « *dans tous les cas* », après que l'article précédent vient de parler des créances; de même l'art. 2076, C. civ. Sans doute, le possesseur du titre n'est pas possesseur de la créance, mais il faut que le débiteur ne puisse pas l'engager à d'autres, et tromper ses créanciers chirographaires. Cette dernière raison montre que la règle est applicable même aux titres à ordre ou nominatifs (5). — Quant aux *titres au porteur*, la remise du titre est essentielle à leur engagement; car pour eux, la possession du titre entraîne la possession de la créance.

(1) V. une autre application. Angers, 14 mai 1875, D. P. 78. 2. 76.

(2) Si le connaissement ou la lettre de voiture est à ordre, ce titre peut être transmis à cet effet par un endossement, sans qu'on indique *in terminis* la valeur fournie, à la condition d'indiquer seulement le montant de la créance en garantie de laquelle ce titre est remis, ce qui remplace en notre matière l'indication de la valeur fournie (V. *suprà*, n. 491); car l'endossement n'est pas alors un moyen de transférer la propriété : on n'a l'intention que d'en faire une procuration pour recevoir les marchandises (C. com., art. 138). — L'art. 5 de la L. 28 mai 1858, *sur les magasins généraux*, n'exige pas l'indication de la valeur fournie, dans l'endossemment du récépissé délivré par ces magasins ; et, dans l'endossement du warrant, elle n'exige que la mention de la créance garantie (V. *infrà*, n. 502). *Sic :* Troplong, *Nantissement*, n. 333. Béd., n. 205. Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 215-219. Massé, n. 2880. Al. n. 783-788. Duverdy, *Contrat de transport*, n. 21. — De même si le titre est à personne dénommée il peut être transmis par simple convention sans signification, car il n'y a pas alors une vente soumise à l'art. 1690, C. civ., mais un simple mandat, qui peut être donné de toute manière : Delam. et Lepoitv., t. VI. n. 205, 213. Al. n. 790. V. Massé, n. 2882, 2884.

(3) Trib. com. Seine, 10 oct. 1867. D. P. 71. 5. 274.

(4) Ly. C. et R., n. 698.

(5) Ly. C. et R., n. 698. — *Contrà :* Béd., p. 528. Demang. sous Brav., t. II, p. 310.

Source BIU Cujas

§ 2

Droits du créancier gagiste.

Nous étudierons : — 1° Ses droits avant l'échéance ; — 2° Ses droits après l'échéance ; — 3° Les faveurs faites à cet égard à certains établissements privilégiés.

I. — Avant l'échéance.

494. Il peut faire tous les actes conservatoires de son droit. Mais la loi de 1863 lui donne une faculté plus large dans un cas particulier :

Art. 91, dernier al. Les effets de commerce donnés en gage sont recouvrables par le créancier gagiste.

Il peut, quoique n'étant que dépositaire de l'effet, en donner quittance; ceci est très remarquable. Mais cette règle ne s'appliquerait pas à toute créance commerciale donnée en gage; elle est spéciale aux *effets de commerce*, c'est-à-dire à certaines créances destinées à circuler beaucoup, comme la lettre de change et le billet à ordre, et qui doivent être rigoureusement présentées au paiement le jour de l'échéance et protestées le lendemain. Sans la règle que nous étudions, le débiteur de l'effet n'aurait pu payer avec sécurité, ni entre les mains du débiteur, ni entre celles du créancier gagiste, et il aurait été réduit à laisser protester l'effet. — Mais le créancier, qui peut toucher l'effet à lui endossé, n'a pas le droit de le négocier par endossement avant l'échéance, ni même après l'échéance sans formalités (V. art. 93, *in fine*, et C. civ., art. 2078). C'est la différence entre l'endossement de garantie et l'endossement translatif de propriété. — De même, celui à qui l'on a remis en nantissement des titres au porteur n'a pas le droit d'en disposer (1).

II. — A l'échéance.

Art. 93, 1er al. A défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut, huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage.

495 Cette réalisation du gage est bien plus facile qu'en droit civil, où il faut au moins l'autorisation de la justice (C. civ., art 2078 et 2079). La loi exige seulement que la vente soit publique ; une vente à l'amiable eût été trop dangereuse.

Les formes de la vente sont aussi simplifiées :

Art. 93, 2e al. Les ventes autres que celles dont les agents de change peuvent seuls être chargés sont faites par le ministère des courtiers. Toutefois, sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner, pour y procéder, une autre classe d'officiers publics. Dans ce cas, l'of-

(1) Paris, 22 janv. 1864. D. P. 64. 2. 25, affaire Mirès. — Ly. C. et R., n. 700.

Source BIU Cujas

ficier public, quel qu'il soit, chargé de la vente, est soumis aux dispositions qui régissent les courtiers, relativement aux formes, aux tarifs et à la responsabilité.

Les *agents de change* sont compétents, à raison de leur monopole, pour toutes les valeurs cotées à la Bourse (V. au tit. 5, *infrà*). Du reste, la vente à la Bourse est toujours nécessairement une vente publique.

Les *courtiers* sont compétents, en principe, pour tous les autres objets et pas seulement pour les marchandises, comme on l'avait proposé d'abord. Cette attribution est en dehors de leurs fonctions ordinaires, qui consistent à s'entremettre dans les ventes privées et à les constater; mais des extensions de ce genre avaient déjà eu lieu avant 1863 (V. au tit. 5)

On peut, avec une ordonnance du président du tribunal, recourir à d'autres officiers publics; ce sera surtout s'il n'y a pas de courtiers dans la localité, ou si ce ne sont pas des marchandises qui sont à vendre. — Mais on doit se soumettre aux mêmes formes, aux mêmes tarifs et à la même responsabilité que les courtiers. — *Formes* : annonces de la vente par affiches, requête au président du tribunal de commerce avec l'état des marchandises. Une condition est imposée, c'est que les lots ne descendent pas au-dessous de 100 fr. (Décr. 4 sept. 1863). — *Responsabilité* de la solvabilité de l'acheteur et de la livraison des objets vendus. — *Tarifs* : les honoraires des courtiers sont de 50 c. à 1. fr. 50 c. °/o, au lieu de 6 à 7 °/o que prennent les autres officiers publics; les droits d'enregistrement sont de 10 c. °/o, au lieu de 2 fr. 50 c. °/o.

Art. 93, 3e al. Les dispositions des articles 2 et 7 inclusivement de la loi du 28 mai 1853, sur les ventes publiques, sont applicables aux ventes prévues par le paragraphe précédent.

V. ces articles.

Nullité du pacte commissoire de gage.

Art. 93, 4e al. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus prescrites est nulle.

496. C'est la même prohibition qu'en droit civil (C. civ., art. 2078). — Cet alinéa précise la portée du transfert ou de l'endossement de garantie. Ces actes sont nécessaires pour donner au créancier le pouvoir de faire lui-même un nouveau transfert ou un nouvel endossement au profit de l'acheteur, en exécution de la vente publique dont nous venons de parler, et pour pouvoir en toucher le prix. Mais ils ne donnent pas au créancier le pouvoir de faire une cession amiable.

Cet article défend implicitement toute stipulation qui aggraverait la position du débiteur, par exemple en fixant d'avance le lieu de la vente, l'officier qui la fera, ou en supprimant le délai de huitaine (V. trav. prép.) (1).

Il défend *toute clause* de ce genre, dans l'acte constitutif du gage tout au moins, parce qu'alors le débiteur est à la merci du créancier, et se fait d'ailleurs aisément illusion sur la facilité qu'il aura de payer. Une pareille convention postérieure à l'échéance serait en général valable. — Après le con-

(1) V. Al. n. 797.

Source BIU Cujas

trat, mais avant l'échéance, sa validité dépend de l'appréciation des faits; cette solution résulte du rejet, par le Corps législatif, d'amendements qui prohibaient cette convention avant l'échéance.

Q. *Pourrait-on stipuler que l'objet appartiendrait au créancier à l'échéance moyennant un prix fixé alors par experts, et les juges pourraient-ils, en l'absence de toute stipulation, ordonner cette mesure?* Cette stipulation et cette attribution sont permises en droit civil (C. civ , art. 2078); elles avaient été admises avant 1863, en droit commercial (1). Depuis la loi nouvelle elles sont discutées : — 1er S. *Cela est défendu* : la loi de 1863 a voulu se substituer au code civil, et elle ne reproduit pas l'art. 2078 sur ce point; — au contraire, l'art. 93, 4e al., reproduit l'interdiction de l'art. 2078 sans le tempérament; — le législateur a voulu, avant tout, la rapidité dans la réalisation du gage; aussi la procédure de l'art. 93, 1er et 2e al., est obligatoire (2). — 2e S. *Cela est permis* (1) : — Il a été dit, dans les travaux préparatoires, qu'à défaut de la loi nouvelle le Code civil s'appliquerait; — tout, dans les travaux préparatoires, montre que la procédure de l'art. 93, 1er et 2e al., a été introduite comme une faveur, une faculté pour le créancier; — il y est dit aussi formellement que l'art. 93, 4e al., reproduit l'art. 2078, C. civ., sans que l'on signale aucune différence voulue par le législateur; — on y a indiqué différentes clauses (rappelées ci-dessus), comme proscrites par cette disposition, et on n'a nullement parlé de la clause qui nous occupe (3).

III. — **Faveurs faites à certains établisssements privilégiés.**

496 *bis*. Plusieurs de nos grands établissements de crédit avaient reçu, dès avant 1863, des avantages destinés à faciliter le prêt sur gage; pour quelques-uns, ces avantages dépassent encore le droit commun tel qu'il a été établi par la loi du 23 mai 1863. En outre ils seraient applicables même à un prêt civil fait par ces établissements (4).

La **Banque de France,** entre autres opérations, fait des avances sur lingots et monnaies d'or et d'argent d'une valeur de 10,000 fr. au moins, et en donne un récépissé à ordre; elle fait aussi des avances sur diverses catégories de valeurs : effets publics français, actions et obligations de chemins de fer, obligations du Crédit foncier. — Pour elle, le gage pouvait être (dès avant 1863), constaté, même à l'égard des tiers, par un acte sous seing privé non enregistré ; elle a le droit de faire vendre le gage *dès le lendemain* de l'échéance, *sans sommation* ou autre formalité préalable (Ord. 15 juin 1834, organisant la L. 17 mai 1834) (5).

Le **Crédit foncier,** qui fait, entre autres choses, des avances sur dépôts de titres, jouit des mêmes avantages que la Banque de France (L. 19 juill. 1857).

Les **Comptoirs et sous-comptoirs d'escompte** qui font des

(1) Cass. 1er juill. 1856, D. P. 56. 1. 274.
(2) Toulouse, 27 juill. 1872, D. P. 73. 2. 230,
(3) Ly. C. et R., n. 702. Aub. et Rau, t. IV, § 434.
(4) Ly. C. et R., n. 742.
(5) Ly. C. et R., n. 743. — Al. n. 794, soutient à tort que cette ordonnance, dont il conteste d'ailleurs la validité avant la loi de 1863, a été abrogée par cette loi.

Source BIU Cujas

avances sur marchandises, effets négociables ou autres valeurs, jouissaient, dès avant 1863, des avantages généralisés depuis.

Les **monts de piété** (qui n'ont rien de commercial), destinés essentiellement à faire des prêts sur gage, constatent le contrat par une mention sur leurs registres et la délivrance d'une reconnaissance; — ils peuvent vendre le gage dès l'expiration du délai de remboursement, sans sommation ou autre formalité de justice, mais dans certaines conditions de publicité.

§ 3

Droits du débiteur.

497. Il a le droit de reprendre à tout moment l'objet engagé en payant la créance. — Le créancier alors devra lui faire une nouvelle tradition inverse des marchandises, des titres au porteur et des titres de créances. Pour les titres négociables, qui lui auront été transférés ou endossés, il devra faire un nouveau transfert ou endossement au nom du débiteur; pourvu toutefois qu'il n'ait pas touché l'effet arrivé à échéance avant le paiement de la dette principale (art. 91, *in fine*, *suprà*, n. 494).

SECTION II.

DES MAGASINS GÉNÉRAUX.

498. Les *docks* ou *magasins généraux* sont de vastes magasins destinés à recevoir en dépôt les marchandises des particuliers pour leur permettre d'en disposer facilement et sans les déplacer. Notamment en matière de gage, ils jouent le rôle du tiers convenu entre les parties qui peut détenir pour le créancier gagiste (art. 92, et C. civ., art. 2076); c'est un instrument de crédit pour le propriétaire des marchandises.

Leur origine est en Angleterre : en 1799, après des vols nombreux commis à bord des navires ancrés sur la Tamise à Londres, on eut l'idée de créer les premiers magasins de ce genre sous le nom de *West India docks*. Ils ont pris un développement immense; à Londres, ils occupent plusieurs lieues carrées. Les Anglais y trouvent de nombreux avantages : — d'abord ces magasins leur épargnent les frais de garde et les risques de vol ou d'incendie; — ensuite ils permettent aux négociants de faire un commerce souvent très considérable sans magasins, avec un simple bureau dans la Cité et des échantillons; — enfin ils permettent de disposer des marchandises sans déplacement, en transférant un simple bulletin donnant droit de les retirer, ou de constituer un gage dans des conditions analogues.

Les docks ont pris aussi un grand développement en Hollande et en Allemagne.

En France ils furent inaugurés par le décret du 21 mars 1848, rendu sur l'initiative de MM. Marie et Garnier-Pagès, pour subvenir aux difficultés que la crise politique faisait subir au commerce. Cette organisation était encore im-

Source BIU Cujas

parfaite; pourtant elle donna lieu à un développement remarquable de cette institution dans dix villes (1). — Enfin on vota la

L. 28 mai 1858, sur la négociation des marchandises déposées dans les magasins généraux, qui organisa notamment une mobilisation plus commode des marchandises, et facilita la réalisation du gage en inaugurant sur ce dernier point le système généralisé ensuite par la loi du 23 mai 1863. — Elle a été complétée par le décret réglementaire du 12 mars 1859.

Quatre paragraphes : — 1° Fonctionnement général ; — 2° Modes de négociation des titres qu'ils délivrent; — 3° Effets de cette négociation; — 4° Dispositions diverses.

§ Ier

Fonctionnement général.

L. 1858, art. 1, 1er et 2e al. Les magasins généraux établis en vertu du décret du 21 mars 1848, et ceux qui seront créés à l'avenir, recevront les matières premières, les marchandises et les objets fabriqués que les négociants et industriels voudront y déposer. — Ces magasins sont ouverts, les chambres de commerce ou les chambres consultatives des arts et manufactures entendues, avec l'autorisation du gouvernement et placés sous sa surveillance.

499. Ils sont dépositaires, tenus de la garde, responsables des pertes et avaries survenues dans le magasin. Premier grand avantage pour les commerçants; mais on n'en tire pas en général le même parti qu'en Angleterre. — Les conditions d'établissement ont été légèrement modifiées par la L. 31 août 1870, art. 5; l'autorisation est donnée maintenant par le préfet (2).

L. 1858, art. 1, 3e al. Des récépissés délivrés aux déposants énoncent leurs nom, profession et domicile, ainsi que la nature de la marchandise déposée et les indications propres à en établir l'identité et à en déterminer la valeur.

Art. 2. A chaque récépissé de marchandises est annexé, sous la dénomination de *warrant*, un bulletin de gage contenant les mêmes mentions que le récépissé.

Art. 4. L'endossement du warrant séparé du récépissé vaut nantissement de la marchandise au profit du porteur du warrant. — L'endossement du récépissé transmet au cessionnaire le droit de disposer de la marchandise, à la charge par lui, lorsque le warrant n'est pas transféré avec le récépissé, de payer la créance garantie par le warrant ou d'en laisser payer le montant sur le prix de la marchandise.

500. Le *récépissé* servira à transférer la propriété des marchandises vendues; le *warrant* ou *bulletin de gage* à les donner en gage. Cela procure une mobilisation très facile de la marchandise; deuxième avantage, très considérable pour le commerce. — La transmission du récépissé accompagné du warrant donne au cessionnaire un plein droit de disposition sur la chose; elle opère délivrance, puisque les marchandises ne peuvent être remises qu'au porteur de ces titres (Cf. *suprà*, n. 480). Celui-ci peut les céder de même. — La transmission du warrant seul met le créancier gagiste en possession du gage et lui donne le droit de le réaliser à l'échéance (Cf. *suprà*, n. 493). — La transmis-

(1) Avignon, Colmar, Dunkerque, Le Havre, Lille, Mulhouse, Nantes, Paris, Rouen, Valenciennes. — V. Al. n. 799.

(2) L'étendue de leurs droit est limitée dans les termes de l'acte d'autorisation : Rennes, 22 juill. 1881, D. P. 82. 2. 211.

Source BIU Cujas

sion du récépissé seul transfère au cessionnaire les droits qui restaient au propriétaire après la constitution du gage (V. art. 4 de la loi).

Ajoutons un dernier avantage, la possibilité de fractionner les titres, en obtenant des magasins généraux plusieurs titres au lieu d'un, pourvu qu'on soit encore porteur du récépissé et du warrant réunis; — et, même avec un récépissé unique, de ne faire que des retraits partiels (décr. 12 mars 1859, art. 15).

Formes de ces titres.

501. La loi n'a imposé aucune forme; mais les formes usitées ont été adoptées sur les indications de la Banque de France (Voir les modèles, p. 344 et 345) : — le *récépissé* et le *warrant*, facilement séparables, sont rédigés sur une seule feuille, détachée elle-même d'un registre à souche (décr. 12 mars 1859, art. 2). Sur la souche (p. 344), qui reste entre les mains du magasin, sont reproduites les principales mentions des deux bulletins, et une place est réservée pour la transcription des endossements du warrant (V. *infrà*, n. 503). Les bulletins (p. 345) contiennent tous deux l'indication précise du déposant, des marchandises déposées (en détail), la date du dépôt, et la signature de l'administrateur et du directeur du magasin général. En outre, si les parties le veulent, on y indique la *valeur* des marchandises déterminée par un courtier. L'un porte en tête *récépissé à ordre;* l'autre, *warrant à ordre.*

§ 2

Modes de négociation des bulletins.

502. Ils sont créés à ordre pour pouvoir se transmettre par un simple endossement :

L. 1858, art. 3. Les récépissés et les warrants peuvent être transférés par voie d'endossement, ensemble ou séparément.

Conditions de l'endossement :

L. 1858, art. 5. L'endossement du récépissé et du warrant, transférés ensemble ou séparément, doit être daté. — L'endossement du warrant, séparé du récépissé, doit en outre énoncer le montant intégral, en capital et intérêts, de la créance garantie, la date de son échéance, et les nom, profession et domicile du créancier. — Le premier cessionnaire du warrant doit immédiatement faire transcrire l'endossement sur les registres du magasin avec les énonciations dont il est accompagné. Il est fait mention de cette transcription sur le warrant.

Voici les formules usitées : — Pour le récépissé : *livrez à l'ordre de M...* (date et signature). — Pour le warrant : *Bon pour transfert du présent warrant à l'ordre de M... pour garantie de la somme de... payable le...* (date de l'endossement et signature).

Pour le *récépissé* il faut remarquer que la loi n'exige pas dans l'endossement la mention de la valeur fournie. Il ne faut pas, en argumentant de l'art. 137, C. com., suppléer cette exigence : — la loi nouvelle a voulu être complète dans ses indications; — il n'y a pas non plus les mêmes motifs, car le récépissé n'est pas un instrument de crédit; mais seulement un mode abrégé de transmission des marchandises; ou même un simple mandat d'en prendre livraison (V. n. 504). — La *date* est nécessaire pour permettre d'apprécier la validité du contrat; par exemple, la capacité des parties.

Source BIU Cujas

MAGASINS GÉNÉRAUX AGRÉÉS PAR L'ÉTAT.

N° ..... DU PRÉSENT.

N° ..... D'ENTRÉE.

MAGASIN GÉNÉRAL DE LA VILLETTE

MAGASIN N° .....

Il a été déposé sous le n° ....., par M. ..... demeurant à ....., rue ....., n° ....., les marchandises ci-après venues de ..... passibles des droits de douane, octroi et magasinage.

NOMBRE, ESPÈCES ET MARQUES.	NATURE ET POIDS BRUT DES MARCHANDISES.

TRANSCRIPTION DES ENDOSSEMENTS.

NUMÉROS D'ORDRE.	DATES.	NOMS DES CONCESSIONNAIRES.	SOMMES AVANCÉES.	ÉCHÉANCES.

Source BIU Cujas

MAGASINS GÉNÉRAUX AGRÉÉS PAR L'ÉTAT.

N° ..... DU PRÉSENT.

N° ..... D'ENTRÉE.

MAGASIN GÉNÉRAL DE LA VILLETTE

MAGASIN N° .....

RÉCÉPISSÉ A ORDRE.

Il a été déposé sous le n° ....., *par M.* .....
....., *demeurant à* .....
rue ....., *n°* .....
les marchandises ci-après venues de .....
passibles des droits de douane, octroi et magasinage.

NOMBRE, ESPÈCES ET MARQUES.	NATURE ET POIDS BRUT DES MARCHANDISES.
L'administrateur délégué,	*Le Directeur,*

Le warrant dépendant du présent récépissé a été négocié pour la somme de ..... payable le .....

L'Administrateur délégué. *Le Directeur,*

MAGASINS GÉNÉRAUX AGRÉÉS PAR L'ÉTAT.

N° ..... DU PRÉSENT.

N° ..... D'ENTRÉE.

MAGASIN GÉNÉRAL DE LA VILLETTE

MAGASIN N° .....

WARRANT A ORDRE.

Il a été déposé sous le n° ....., *par M.* .....
demeurant à ....., *rue* ....., *n°* ....., *les marchandises ci-après venues de* .....
passibles des droits de douane, octroi et magasinage.

NOMBRE, ESPÈCES ET MARQUES.	NATURE ET POIDS BRUT DES MARCHANDISES.

L'ADMINISTRATEUR DÉLÉGUÉ, LE DIRECTEUR,

Source BIU Cujas

Pour le *warrant* la loi exige de plus le montant *intégral... de la créance garantie*, etc. C'est ce qui remplace en notre matière l'indication de la valeur fournie exigée par l'art. 137 dans l'endossement des lettres de change; c'est bien en effet ce que le débiteur a reçu de son créancier gagiste pour lui donner ce gage. — Cette mention n'est exigée que pour l'endossement du warrant seul; car c'est alors seulement qu'il constitue un gage. Autrement il n'est encore que l'accessoire du récépissé, l'accessoire de la cession des marchandises. — Cette indication devra être reproduite dans tous les endossements successifs; car, si le créancier gagiste ne peut engager les marchandises pour une somme plus forte que sa propre créance, il peut le faire pour une somme plus faible; la première indication ne suffit donc pas pour tous les endossements successifs.

503. En général ces endossements, comme tous les endossements, et même tous les actes en matière commerciale, ont date certaine par eux-mêmes à l'égard des tiers (V. actuellement art. 91, 1er al., et 109, C. com.). Il n'y a d'exception que pour le premier endossement du warrant (1); la loi exige pour lui la *transcription* sur les registres du magasin, c'est-à-dire sur la souche d'où les bulletins ont été détachés (v. p. 345), et mention de cette transcription au-dessous de l'endos du warrant (art. 5, 3e al.). Cette formalité a été présentée dans les travaux préparatoires comme l'équivalent de l'enregistrement, exigé avant 1863 pour la constitution du gage à l'égard des tiers. Mais on ne peut pas dire qu'elle ait été abrogée par la loi de 1863, qui supprime cette dernière exigence; en effet, elle a aussi un autre but, c'est que, si l'on veut céder le récépissé, le cessionnaire puisse savoir pour quelle somme les marchandises sont grevées d'un gage; c'est une utilité analogue à celle de l'inscription des hypothèques sur les immeubles. — La transcription n'est exigée que pour le premier endossement; en effet, pour les autres il n'y a pas un nouveau contrat de gage, il n'y a pas un nouveau prélèvement sur la valeur des marchandises; car bien évidemment, le premier créancier gagiste peut céder ce qui lui a été concédé, mais rien de plus (2). Cependant les autres cessionnaires du warrant *peuvent* faire transcrire leur endos, s'ils le veulent (décr. 12 mai 1859, art. 16). — *Sanction de la transcription :* l'endossement non transcrit n'est pas opposable aux tiers; ainsi, dans le cas où un créancier du premier propriétaire des marchandises aurait fait une saisie-arrêt sur elles avant la transcription du premier endossement, il passerait avant le porteur du warrant (3).

Enfin ordinairement on mentionne sur le récépissé la négociation du warrant, et la somme que ce warrant est destiné à garantir.

La remise du warrant sans endossement ne conférerait pas le gage sur les marchandises (4).

(1) Et encore à la condition qu'il soit alors séparé du récépissé : trib. civ. Marseille, 29 sept. 1877, *Journ. Mars.*, 78. 2. 92.

(2) Trib. com. Seine, 27 décembre 1869, D. P. 70. 3. 53.

(3) Paris, 1er déc. 1866, D. P. 66. 2. 248. — Al. n. 804. Ly. C. et R., n. 721.

(4) Req. 11 juill. 1876, D. P. 77. 1. 166. Cette solution n'est pas contraire à la doctrine d'après laquelle les effets de commerce à ordre peuvent être donnés en gage par simple tradition (V. n. 491) : il ne s'agit pas ici de donner en gage le warrant, mais bien les marchandises, et le warrant non endossé n'équivaut pas à la possession des marchandises (a. 92).

Source BIU Cujas

§ 3

Effets de la négociation.

I. — Droits du porteur du récépissé.

504. Si le warrant est encore joint au récépissé, le porteur a un droit de disposition absolu sur les marchandises; il en a ordinairement la propriété libre; il pourra les transmettre en endossant lui-même les deux titres réunis; il pourra aussi les donner en gage en endossant le warrant tout seul. — L'art. 4 a évité de dire qu'il est cessionnaire; on a expliqué, dans le rapport au Corps législatif, que « le récépissé doit pouvoir être transmis à un autre titre qu'à titre de vente, et par exemple à titre de mandat pour vendre ou pour retirer la marchandise », il équivaudra alors à un ordre de livraison (1). C'est ainsi que l'endossement d'un effet de commerce peut n'être qu'un endos de procuration. Dans la pratique on transfère très ordinairement les deux titres ensemble pour constituer un simple gage (2). Il faut suivre en cela uniquement la volonté des parties, du moins *inter partes;* à l'égard des tiers, il faudrait que les termes de l'endossement limitassent sa portée.

Si le warrant est détaché, le porteur du récépissé ne peut disposer des marchandises qu'avec la charge de les dégrever par le paiement de la somme portée au warrant (art. 4, 2e al.).

L. 1858, art. 6. Le porteur du récépissé séparé du warrant peut, même avant l'échéance, payer la créance garantie par le warrant. — Si le porteur du warrant n'est pas connu, ou si, étant connu, il n'est pas d'accord avec le débiteur sur les conditions auxquelles aurait lieu l'anticipation du paiement, la somme due, y compris les intérêts jusqu'à l'échéance, est consignée à l'administration du magasin général qui en demeure responsable, et cette consignation libère la marchandise.

505. En effet, le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur (C. civ., art. 1187); le porteur du récépissé peut avoir le plus grand intérêt à vendre et à livrer immédiatement; d'ailleurs le créancier gagiste n'a pas d'intérêt contraire. Celui-ci pourra seulement discuter l'escompte qu'on lui demandera; car, si l'on anticipe le paiement, on voudra lui retenir les intérêts jusqu'à l'échéance. Ordinairement on lui accorde une bonification de dix jours, après le moment où il est payé. — Si l'on ne tombe pas d'accord, on a la ressource du second alinéa de l'art. 6 : on consigne la somme entre les mains de l'administration du magasin général. Cette consignation garantit tous les droits du porteur du warrant ; sauf dans le cas où le magasin deviendrait insolvable. Mais on a considéré, en rédigeant la loi, que ces magasins seraient de grandes entreprises ordinairement solides, et intéressées à bien faire le service des consignations ; et que, d'ailleurs, l'État, en les autorisant, pourrait exiger des garanties. Le décret du 12 mars 1859, art. 2, permet d'exiger d'eux un cautionnement proportionné autant que possible à l'étendue de la responsa-

(1) Al. n. 801.
(2) Paris, 20 mai 1862, D., v° *Warrants*, n. 39.

Source BIU Cujas

bilité qu'ils pourront encourir. — La marchandise n'est libérée que par la consignation de la somme tout entière ; c'est l'application de l'indivisibilité du gage (1). — Il faut alors consigner aussi tous les intérêts jusqu'à l'échéance : le créancier avait peut-être consenti le prêt à titre de placement.

II. — Droits du porteur du warrant.

506. Il a les droits d'un créancier gagiste. S'il est payé à l'échéance, il rend le warrant et tout est dit; s'il n'est pas payé, il a droit de faire vendre le gage :

L. 1858, art. 7. A défaut de paiement à l'échéance, le porteur du warrant séparé du récépissé peut, huit jours après le protêt, et sans aucune formalité de justice, faire procéder à la vente publique aux enchères et en gros de la marchandise engagée, dans les formes et par les officiers publics indiqués dans la loi du 28 mai 1858. — Dans le cas où le souscripteur primitif du warrant l'a remboursé, il peut faire procéder à la vente de la marchandise, comme il est dit au paragraphe précédent, contre le porteur du récépissé, huit jours après l'échéance, et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure.

Cette facilité d'exécution était une faveur avant la loi du 23 mai 1863; elle a été généralisée par cette loi : le protêt, en effet, est une véritable sommation (art. 93). — Dans tous les effets négociables, le souscripteur peut dispenser le dernier porteur de faire protêt à l'échéance, notamment par la clause *retour sans frais*. En est-il de même ici? Nous ne le pensons pas, ou du moins le protêt devrait être remplacé par une sommation au débiteur, et cette formalité diffère si peu du protêt qu'elle ne présenterait pas grand avantage; l'art. 93, 1er al., nouveau, du com., exige cette formalité huit jours avant la réalisation du gage, et le 4e al. du même article défend d'en dispenser par aucune convention (2). — Mais on pourrait dispenser du protêt en tant qu'il est le préalable nécessaire du recours contre l'emprunteur et les endosseurs (art. 9, *infrà*).

Le débiteur, qui a remboursé le warrant, peut faire vendre la marchandise à l'échéance primitive de sa dette, même contre le porteur du récépissé. On aurait pu en douter, à raison de l'obligation de garantie qu'il a contractée, si le porteur du récépissé est son acheteur ou un ayant cause de son acheteur, comme c'est le cas ordinaire. Mais il faut remarquer que cet acheteur, en présence du gage dont étaient grevées les marchandises par la négociation du warrant, n'aura payé que le surplus de leur valeur ; son vendeur se trouve alors créancier de la portion du prix que représentait le montant du warrant ; si l'acheteur veut avoir les marchandises libres entre ses mains, il doit rembourser au vendeur cette portion du prix ; sinon il y aura une sorte de résolution de la vente, au moins quant à cette partie-là.

L. 1858, art. 8. Le créancier est payé de sa créance sur le prix, directement et sans formalité de justice, par privilège et préférence à tous créanciers, sans autre déduction que celle : 1° des contributions indirectes, des taxes d'octroi et des droits de douane, dus par la marchandise; 2° des frais de vente, de magasinage et autres frais pour la conservation de la chose. Si le porteur du récépissé ne se présente pas lors de la

(1) Paris, 5 avril 1877, D. P. 79 2. 129.
(2) Ly. C. et R., n. 730, note 1. — *Contrà :* Al. n. 806.

Source BIU Cujas

vente de la marchandise, la somme excédant celle qui est due au porteur du warrant est consignée à l'administration du magasin général comme il est dit à l'article 6.

Le premier alinéa précise l'étendue des droits du porteur du warrant; ce sont les droits d'un créancier gagiste. Les déductions qu'il subit sont de droit commun (1). Pour l'application de ces déductions, le décret du 12 mars 1859, art. 17, oblige l'administration des magasins généraux à liquider ces frais à toute réquisition. — Le deuxième alinéa suppose l'hypothèse inverse de l'art. 6, et donne une solution analogue.

L. 1858, art. 9. Le porteur du warrant n'a de recours contre l'emprunteur et les endosseurs qu'après avoir exercé ses droits contre la marchandise, et en cas d'insuffisance. Les délais fixés par les articles 165 et suivants du code de commerce, pour l'exercice du recours contre les endosseurs, ne courent que du jour où la vente de la marchandise est réalisée. — Le porteur du warrant perd en tous cas son recours contre les endosseurs, s'il n'a pas fait procéder à la vente dans le mois qui suit la date du protêt.

507. Le *warrant* contient virtuellement l'obligation, par le premier endosseur, de payer la somme à l'échéance, et, comme il est à ordre, il constitue un véritable billet à ordre. Or, les endosseurs successifs d'un billet à ordre se rendent garants du paiement à l'échéance, il en est donc ainsi des endosseurs du warrant. Mais cette obligation n'est qu'en second ordre; le débiteur principal de la somme, c'est la marchandise; ils ne sont obligés à payer que si le prix de vente est insuffisant. Aussi les délais des recours contre eux ne courent que du jour de la vente (2e al.); car c'est seulement alors qu'on connaît l'insuffisance du gage. Seulement, le 3e al. prend une précaution pour qu'on ne puisse pas allonger indéfiniment les délais en retardant la vente. L'expiration des délais fait perdre le recours contre les endosseurs, mais non pas contre l'emprunteur primitif, qui s'enrichirait indûment par cette déchéance, puisqu'il a reçu la somme prêtée et ne l'a jamais remboursée, tandis que les endosseurs n'ont reçu la valeur de l'effet en aliénant celui-ci qu'après l'avoir d'abord fournie en recevant l'effet (Cf. art. 170).

§ 4

Dispositions diverses.

508. L. 1858, art 10. Les porteurs de récépissés et de warrants ont sur les indemnités d'assurance, dues en cas de sinistre, les même droits et privilèges que sur la marchandise assurée.

(1) Elles sont même plus modérées qu'en droit commun, car il résulte *à contrario* du 1° de notre art. 8, que les marchandises engagées sont exemptes du privilège *général* de la douane sur les biens des redevables, à raison des droits qui sont dus pour d'autres marchandises appartenant au même débiteur; privilège qui ordinairement passe avant tous les créanciers gagistes, sauf le bailleur pour six mois de loyer; L. 22 août 1791, tit. 13, art. 22. V. Al. n. 806. Il résulte aussi de l'a. 8, que le porteur du warrant, même de mauvaise foi, primerait le privilège d'un vendeur antérieur des marchandises : Ly. C. et R., n. 726.

Source BIU Cujas

La loi tranche en leur faveur une question très controversée, que nous résoudrons, comme règle générale, en sens inverse (V. n. 1320, 1143). Cf. L. 10 déc 1874, a. 17 (n. 1163.)

Art. 11. Les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants comme effets de commerce, avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts.

Obs. La loi traite ici les récépissés et warrants comme des effets de commerce. Mais il ne s'ensuivra pas nécessairement qu'on doive les considérer comme tels à tous égards, notamment pour l'application de l'article 446, 2e al., en matière de faillite (V. *infrà*, n. 951, 953). — Nous expliquerons l'art. 11 en parlant des banques publiques (V. *infrà*, n. 703).

L. 1858, art. 12. Celui qui a perdu un récépissé ou un warrant peut demander et obtenir par ordonnance du juge, en justifiant de sa propriété et en donnant caution, un duplicata, s'il s'agit du récépissé; le paiement de la créance garantie, s'il s'agit du warrant.

Art. 13. Les récépissés sont timbrés; ils ne donnent lieu pour l'enregistrement qu'à un droit fixe de un franc (1).— Sont applicables aux warrants endossés séparément des récépissés les dispositions du titre 1er de la loi du 5 juin 1850 et de l'article 69, paragraphe 2 n° 6, de la loi du 22 frimaire an VII. — L'endossement d'un warrant séparé du récépissé non timbré ou non visé pour timbre, conformément à la loi, ne peut être transcrit ou mentionné sur les registres du magasin, sous peine, contre l'administration du magasin, d'une amende égale au droit auquel le warrant est soumis. — Les dépositaires des registres des magasins généraux sont tenus de les communiquer aux préposés de l'enregistrement, selon le mode prescrit par l'article 64 de la loi du 22 frimaire an VII, et sous les peines y énoncées.

Le timbre pour les warrants était de 50 cent. par 100 fr.; il a été élevé à 1 fr. 50 p. 100 fr. par la L. 19 fév. 1874, art. 2.

Art. 14. Un règlement d'administration publique prescrira les mesures qui seraient nécessaires à l'exécution de la présente loi.

Art. 15. Sont abrogés le décret du 21 mars 1848 et l'arrêté du 26 mars de la même année. — Est également abrogé, en ce qu'il a de contraire à la présente loi, le décret des 23-26 août 1848.

509. Le règlement auquel renvoie l'art. 14 est le *décret du 12 mars* 1859 déjà cité souvent. Nous mentionnerons seulement ici les règles sur la *responsabilité de l'administration des magasins généraux*. Elle répond, comme dépositaire, de la garde et de la conservation des marchandises qui lui sont confiées, sauf les avaries ou déchets provenant de la nature de la marchandise, ou de son conditionnement, ou enfin de force majeure. — Elle répond aussi de l'exactitude des mentions contenues aux récépissés et warrants, du moins de ce qu'elle a pu vérifier, comme le poids, le nombre, l'état extérieur; quant à la qualité, elle répond de la qualité générique, extérieure et apparente, mais non de la qualité spécifique, intérieure et non apparente (2). — Elle répond encore de ses fautes, par exemple pour avoir laissé vendre une marchandise par le porteur du récépissé ou du warrant, sans faire consigner la somme revenant au porteur de l'autre titre correspondant (3); ou pour avoir laissé ven-

(1) 1 fr., 50 depuis la L. 28 févr. 1872, a. 4.
(2) Cass. 21 juillet 1869, D. P. 70. 1. 86. — Ly. C. et R., n. 740.
(3) Trib. com. Seine, 27 déc. 1869, D. P. 70. 2. 53.

Source BIU Cujas

dre au préjudice d'une saisie-arrêt, opposable à celui qui a fait vendre (1). — Enfin elle répond des consignations faites en vertu des art. 6, 2e al., et 8, 2e al., de la loi de 1858. Et cela lors même que ces sommes auraient été déposées par elle dans une maison de banque tombée depuis en faillite (2).

Cette responsabilité est garantie par un cautionnement (Décr., art. 2), qui peut varier de 20,000 à 100.000 fr. (L. 31 août 1870, art. 2).

En outre, il lui est interdit de faire aucune spéculation sur les marchandises pour son propre compte, afin qu'elle ne soit pas tentée d'abuser des dépôts (Décr. art. 4). Mais la loi du 31 août 1870, art. 3, lui permet de prêter sur les marchandises déposées et de négocier les warrants.

Enfin elle est obligée de mettre ses magasins à la disposition de toute personne sans préférence ni faveur (Décr. art. 6). C'est une condition imposée à tout établissement qui a un monopole concédé par l'État (V. les chemins de fer).

CHAPITRE II.

CONTRAT DE COMMISSION.

Cinq sections : — 1° Définition du contrat de commission; — 2° Formation et fin du contrat; — 3° Obligations des parties; — 4° Effets des actes passés par le commissionnaire avec les tiers; — 5° Du privilège du commissionnaire.

SECTION PREMIÈRE.

DÉFINITION DU CONTRAT DE COMMISSION.

510. Tout le monde reconnait que le contrat de commission correspond en droit commercial à ce qu'est le mandat en droit civil; on n'est pas d'accord sur les caractères distinctifs de ces deux contrats. De plus, parmi les relations même que crée le commerce, plusieurs sont assez difficiles à distinguer de la commission. — La définition suivante établira pour nous la distinction entre la commission et tout ce qui peut lui ressembler :

La commission est un contrat par lequel un commettant charge un commissionaire de faire un ou plusieurs actes de commerce déterminés, soit en agissant au nom du commettant, soit en agissant en son propre nom.

C'est en ce qu'elle a pour objet *un acte de commerce*, que la commission diffère du mandat civil; c'est en ce qu'elle a pour objet des actes de commerce *isolés et déterminés*, qu'elle se sépare des autres relations commerciales qui lui ressemblent. Ce sont ces deux points que nous allons développer.

Mais auparavant il faut, en expliquant la fin de la définition, constater que le commissionnaire, chargé de faire une affaire pour le compte d'autrui, peut recevoir mission de la traiter en son propre nom, ou bien de la faire expressément au nom de son commettant, en faisant connaître celui-ci. C'est ce

(1) Paris, 1er déc. 1866, D. P. 66. 2. 248.
(2) Colmar, 20 juillet 1865, D. P. 66. 2. 186.

Source BIU Cujas

que nous trouvons constaté dans l'art. 94, sauf à examiner bientôt une difficulté à laquelle sa rédaction a donné lieu :

Art. 94. Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. — Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom d'un commettant sont déterminés par le code civil, livre III, titre XIII.

La première manière de procéder est de beaucoup la plus fréquente dans le commerce; et dans la pratique le mot *commission* est très souvent pris dans ce sens spécial et plus étroit. — En effet, cette manière de procéder a de très grands avantages dans le commerce (1) : — le secret gardé sur les opérations du commettant, par rapport aux maisons rivales intéressées à savoir comment il conduit ses affaires; — la dispense d'un pouvoir exprès pour traiter avec les tiers, et la dispense pour le commissionnaire de prouver son mandat à chaque opération qu'il fait, pour les tiers de vérifier la signature du mandant, etc. ; — la garantie pour les tiers de la solvabilité du commissionnaire avec qui ils traitent et qu'ils connaissent ; et la dispense de vérifier la solvabilité du commettant qu'ils ne connaissent pas et qui est peut être très éloigné.

Mais la seconde manière de procéder peut aussi dans certains cas avoir des avantages : — le commissionnaire peut ne pas vouloir s'engager personnellement pour un commettant peu solvable; — si au contraire celui-ci est connu et a beaucoup de crédit, on pourra plus facilement traiter une affaire importante en son nom qu'au nom du commissionnaire moins bien posé que lui; — enfin le commettant, au lieu de souhaiter le secret, peut désirer, pour l'honneur de sa maison, qu'on sache que c'est lui qui a fait telle affaire (2). — Il est donc très possible que les affaires commerciales se traitent de la seconde manière.

I. — Distinction de la commission et du mandat.

511. **Q.** *En quoi la commission diffère-t-elle essentiellement du mandat?* — Intérêts de la question (3) : 1° le commissionnaire a un privilège (art. 95) que n'a pas le mandataire ; 2° la commission est de sa nature salariée, tandis que le mandat est gratuit; de sorte que si l'on n'a rien dit, un salaire sera dû s'il y a commission, ne sera pas dû s'il y a mandat (4). — 1er S. *C'est que le commissionnaire agit en son nom*, tandis que le mandataire agit au nom du mandant : — l'art. 94, 1er al., donne très nettement cette définition du commissionnaire, et le 2e al. renvoie au code civil, aux règles du mandat, pour celui qui agit au nom du commettant; — le projet du Code mettait dans la définition les deux manières de procéder; il a été changé sur l'observation

(1) Comp. Brav., t. II, p. 229 et suiv. Ly. C. et R., n. 754.

(2) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 23.

(3) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 68. Troplong, *Mandat*, n. 229. Vincens, t. II, p. 112. Béd., n. 124. Brav., t. II, p. 250. Al. n. 835. Ly. C. et R., n. 748.

(4) Ce salaire, à défaut de convention (ce que nous supposons ici), sera fixé d'après les usages de la place.

Source BIU Cujas

du tribunal de Marseille (1). — 2e S. *C'est que la commission a pour objet de faire un acte de commerce* de quelque manière qu'il soit traité : — l'a. 94 appelle commissionnaire, non seulement celui qui agit en son propre nom (1er al.), mais aussi celui qui agit au nom du commettant (2e al.); réciproquement l'article 1997, *in fine*, C. civ., admet que le mandataire peut agir quelquefois en son nom, c'est ce qu'on appelle le *contrat de command;* donc la manière de traiter l'affaire ne peut, à aucun point de vue, servir à distinguer le mandat et la commission; — d'autre part, l'art. 95, qui établit le privilège du commissionnaire, commence par ces mots : *tout commissionnaire*, et il vient immédiatement après l'art. 94, 2e al., qui parle du commissionnaire agissant au nom du commettant; il semble donc impossible de soutenir que le privilège n'existe pas pour ce dernier; la question est donc tranchée quant à son premier intérêt; — quant au second intérêt, le salaire est fondé sur une convention tacite; il faut donc rechercher quelle est l'intention présumée des parties; or, en matière commerciale, on présumera toujours qu'un salaire aura dû être payé; ce n'est pas seulement l'intention probable du commissionnaire de ne donner ses services que moyennant un salaire, c'est aussi l'intérêt du commettant, parce que le commissionnaire salarié est responsable plus rigoureusement de ses fautes (C. civ.. art 1994); aussi tout commerçant prudent préférera devoir un salaire à celui qu'il emploiera pour faire un acte de commerce. Ce système se trouve ainsi démontré dans ses deux conséquences pratiques (2).

En résumé la commission, dont nous signalerons à chaque pas les traits de ressemblance avec le mandat, en diffère en principe parce qu'elle a pour objet des actes de commerce; elle en diffère dans les effets juridiques en ce qu'elle est salariée, et qu'elle donne lieu au privilège du commissionnaire dans les conditions que nous déterminerons.

512. Mais à quoi reconnaîtra-t-on que l'acte dont est chargé le commissionnaire est un acte de commerce? A l'intention du commettant : si cet acte fait, dans son intention, partie d'une spéculation commerciale, par exemple s'il achète pour revendre, ou s'il revend des marchandises achetées dans cette pensée, etc.; puisque l'acte est fait *pour le compte* du commettant, l'intention caractéristique de l'acte de commerce (V. *suprà*, n. 30 et 34) doit se rencontrer chez lui (3). — La preuve de cette intention se fera de la manière ordinaire; elle sera très facile s'il s'agit d'un acte commercial en vertu de l'autorité de la loi, comme de souscrire, d'endosser, d'accepter une lettre de change; ou si le commettant est commerçant, car l'acte sera présumé fait pour son commerce, jusqu'à preuve contraire (C com., art. 631, 1°; 632, 6° al.; 638, 2e al.). Mais il faut, suivant nous, aller encore plus loin : la nature du contrat, commission ou mandat, dépend de la volonté des parties; ses effets, de même; car la

(1) Rej. 30 avril 1853. D. P. 53. 5. 140, etc. Brav., t. II, p. 228, 230, 232 et suiv. — V. code allem., art. 360, C. com. ital. a. 349, 380; mais dans cette législation le mandataire commercial a droit à un salaire (a. 349, 2e al., 361), et jouit d'un privilège (a. 362). La L. belge (5 mai 1873), art. 12 et 13, en reproduisant l'a. 94 c. com., a évité d'appeler commissionnaire celui qui agit au nom d'autrui.

(2) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 9, 22, 30. Demang. sous Brav., t. II, p. 234. Al. n. 817, 829. Clamageran, n. 344. Ruben de Couder, vo *Commissionnaire*, n. 2, 3. Ly. C. et R., n. 749.

(3) Ly. C. et R., n. 752.

Source BIU Cujas

dette du salaire résulte de leur intention, et le privilège est fondé sur une convention tacite de gage (V. *infrà*, n. 534). Dès lors, il faut admettre que, si le commissionnaire a dû croire de bonne foi que l'acte dont on le chargeait était commercial pour le commettant, il n'a aucune preuve à faire, et même on ne pourrait pas prouver contre lui que l'acte n'était pas commercial; le commettant ayant à se reprocher de l'avoir induit en erreur. Cela s'appliquera toutes les fois que le commettant étant commerçant n'aura pas averti le commissionnaire que l'acte dont il le chargeait était en dehors de son commerce, à moins que cet avertissement ne résultât des circonstances. Cela s'appliquera encore si la commission a été donnée, même par un non commerçant à un commissionnaire de profession : celui-ci a dû croire qu'on le chargeait d'un acte de commerce, et ne doit pas être présumé avoir voulu donner ses soins sans avoir les avantages, sur lesquels il compte habituellement; le tout, toujours, s'il n'a pas été dûment averti. La preuve de la commercialité de l'acte à faire ne présenterait donc de difficulté que dans le cas où la commission serait donnée par un non commerçant à un autre qu'à un commissionnaire de profession; ce qui sera un cas excessivement rare (1).

Nous réservons pour le moment la question de savoir si le commissionnaire fait lui-même acte de commerce, soit en acceptant la commission, soit en traitant avec les tiers.

II. — **Distinction entre la commission et d'autres relations analogues.**

513. On pourrait confondre avec le commissionnaire, le préposé ou facteur, le commis placier, le commis voyageur, le représentant de commerce et le courtier.

Les quatre premières fonctions se distingueront de la commission par un certain caractère de généralité, tandis que la commission est toujours donnée pour des actes spécialement déterminés; il y aura encore d'autres différences particulières à chacune d'elles : — Le *préposé* ou *facteur* est mis à la tête d'une maison ou succursale d'un commerçant; il a un *mandat général* pour tous les actes du commerce de ce commerçant, ou d'une certaine branche de ce commerce (2); il agit au nom de son patron, oblige celui-ci envers les tiers et ne s'oblige pas envers eux (comme art. 94, 2e al.); il est lié à son patron par un contrat permanent, avec appointements fixes ordinairement, plus peut-être un tant pour 100 sur les affaires, de sorte qu'il y a louage de service en même temps que mandat. — Le *commis placier* a des fonctions plus restreintes; il est chargé uniquement de vendre des marchandises; mais il a pour cela un mandat général; en outre il traite au nom de son patron et non en son propre nom, et, de plus, il est toujours attaché à une seule maison, par *un contrat permanent*, moyennant des appointements fixes (ordinairement), plus peut-être un tant pour 100 sur les opérations; il y a aussi là un louage de service. — Le *commis voyageur* a les mêmes caractères, seulement il voyage de ville en ville; c'est un préposé ambulant (3). — Le *re-*

(1) MM. Ly. C. et R., n. 749, *bis*, n'admettent pas qu'il y ait jamais commission dans ce cas.

(2) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 20. Al. n. 815. Ly. C. et R., n. 750. — V. C. com. ital. a. 267-275.

(3) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 39. V. C. com. ital. a. 377, 378.

Source BIU Cujas

présentant de commerce ne fait, comme le commissionnaire, que les affaires qui lui sont confiées par un *ordre spécial* du représenté; il est rétribué à tant pour 100; il y a là un simple mandat salarié. Mais il a ordinairement *une attache fixe* à une maison, ou à certaines maisons faisant des commerces analogues (pour qu'il puisse faire les affaires de l'une en même temps que celles de l'autre), mais non identiques (pour qu'il ne puisse pas favoriser l'une aux dépens de l'autre). Cette attache fixe implique qu'il a accepté d'avance le mandat de remplir tous les ordres qui lui seront donnés ; et réciproquement que la maison s'est engagée à ne s'adresser qu'à lui pour une certaine catégorie d'opérations ; son mandat a donc toujours un certain caractère de généralité. De plus, il n'agit jamais en son nom, mais au nom du représenté.

Le *courtier de marchandises* diffère du commissionnaire par la manière dont il opère: en principe, il *s'entremet* seulement entre les parties, les met en rapport, fait qu'elles contractent ensemble, mais *ne contracte pas lui-même*, ni en son propre nom, ni au nom d'autrui (1). Il peut seulement y avoir des points de contact délicats entre les deux professions ; de là des conflits qui ont donné lieu à la suppression du monopole des courtiers de marchandises (L. 18 juillet 1866). Nous expliquerons ce point en parlant des courtiers (V. *infrà*, tit. 5, ch. 1er) ; constatons seulement, qu'en fait, dorénavant il n'y aura pas de séparation bien tranchée entre la profession de courtier de marchandises et celle de commissionnaire. Mais cela n'empêchera pas qu'une même personne ne puisse faire tantôt des actes de courtage, tantôt des actes de commission ; ceux-ci donnant seuls droit au privilège de l'art. 95.

SECTION II.

FORMATION ET FIN DU CONTRAT DE COMMISSION.

514. La commission se forme comme tout contrat par le consentement des parties, et ce consentement n'est ici soumis à aucune forme spéciale ; la preuve peut s'en faire par tous les modes usités en droit commercial, suivant ce que nous avons dit plus haut.

Si elle est donnée par lettre, il faut qu'elle soit *acceptée* par le commissionnaire, pour que celui-ci soit obligé. Mais cette acceptation peut être tacite et elle se présumera assez souvent (2) : par exemple, s'il s'agit d'un commissionnaire de profession ou d'un correspondant avec lequel le commettant est en rapports suivis, la commission sera présumée acceptée si elle n'est pas expressément et immédiatement refusée, car le commettant, à raison des circonstances, a dû compter sur l'acceptation (3). De plus, s'il y a urgence et si l'accomplissement de la commission ne leur fait pas courir un risque trop

(1) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 13. Al. n. 815. Ly. C. et R., n. 750.

(2) Pard., n. 558. Delam, et Lepoitv., t. II, n. 167. Troplong., *Mandat*, n. 152. Béd., n. 13. Brav., t. II, p. 237 et suiv. Massé, n. 1473 et suiv. Al. n. 831. Ly. C. et R., n. 757.

(3) V. Casaregis, disc. 54, n. 31.— Al. n. 848.— Code esp., art. 120-122. C. com. ital., a. 351.

Source BIU Cujas

sérieux, les personnes dont nous venons de parler ne devront même pas refuser; elles devront exécuter la commission, sauf dans des cas très exceptionnels (1).

La commission peut-elle aussi être *donnée* tacitement? Si une personne fait un acte de commerce pour une autre, au su de celle-ci, mais sans commission formelle, aura-t-elle les droits d'un commissionnaire? Nous admettrons l'affirmative, si le prétendu commettant a pu manifester une volonté contraire; en ne disant rien il est présumé avoir consenti. S'il n'a pas pu s'opposer à l'acte, il n'y aura que gestion d'affaires : il ne sera tenu que si l'acte a été utilement géré; on pourra discuter s'il y a lieu à un salaire; il n'y aura pas le privilège du commissionnaire. Les solutions analogues sont discutées relativement au mandat en droit civil (arg. art. 1372, 1985, 2e al.); mais les auteurs même qui n'admettent pas le mandat tacite, n'appliquent pas leur doctrine à la commission (2); à plus forte raison, ceux qui, comme nous, admettent le mandat tacite en droit civil (3). Du reste le cas ne sera pas bien fréquent en droit commercial.

515. La commission cesse d'abord par les mêmes causes que tout contrat, notamment par l'expiration du terme, s'il y en a un, ou par la consommation de la négociation. Mais de plus, étant, comme le mandat, formée des deux côtés en considération de la personne, elle finit par la mort, l'interdiction, la déconfiture, la faillite de l'un des contractants (C. civ., art. 2003); par la révocation émanée du commettant, et par la renonciation du commissionnaire (4), pourvu qu'elles ne soient pas déloyales (V., dans les art. 2004-2007, C. civ., les conditions dans lesquelles elles peuvent légitimement se produire). — En droit civil, le mandataire peut renoncer au mandat, lors même que cette renonciation causerait un préjudice au mandant, s'il ne pouvait continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. On admet généralement que cette tolérance ne doit pas exister en droit commercial pour le commissionnaire, parce que le commerce a besoin de compter irrévocablement sur les engagements pris, et que le commissionnaire, en faisant profession d'être commissionnaire, en stipulant un salaire, doit être réputé avoir pris l'engagement de ne jamais renoncer à la commission quand le commettant devrait en souffrir, il doit être considéré comme ayant assumé les risques de l'opération tant que sa renonciation ne pourrait pas se produire opportunément (5).

(1) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 167-168. Al. n. 848. Ly. C. et R., n. 759. — *Contrà* : Demanget, *Commission*, t. II, n. 752-756. — Autrefois, en Italie, un commerçant ne devait pas refuser une commission d'un autre commerçant. Casaregis, *loc. cit.*

(2) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 47.

(3) Brav., t. II, p. 248. — V. Al. n. 830. Ly. C. et R., n. 756.

(4) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 280 et suiv. Béd., n. 160 et suiv. Brav., t. II, p. 245.

(5) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 186. Troplong, *Mandat*, n. 806. Vincens, t. II, p. 129. Béd., n. 24 et suiv. Demang. sous Brav., t. II, p. 247. Al. n. 875. Ly. C. et R., n. 830. — On ajoute que, ni la maladie du commissionnaire (qui doit avoir des commis dans sa maison), ni une inimitié capitale, ne justifieraient non plus une renonciation intempestive : Delam. et Lepoitv., t. II, n. 188. Demang. sous Brav., t. II, p. 248. Al. n. 875. Ly. C. et R., n. 830.

Source BIU Cujas

516. **Qui peut donner et accepter une commission?**

Toute personne, qui peut faire un acte de commerce, peut donner et recevoir une commission. Cela s'applique non seulement aux individus, mais encore aux sociétés; l'art. 94 indique formellement que la commisson peut être acceptée *sous un nom social*. Ces mots pourraient paraître exclure la société anonyme qui n'a pas de raison sociale; mais on est d'accord pour reconnaître que cette exclusion n'a pas été dans la pensée du législateur, et d'ailleurs on peut faire remarquer que si la société anonyme n'a pas de raison sociale, elle a toujours un *nom social* (V. *suprà*, n. 301) (1).

Il faut pouvoir faire un acte de commerce pour pouvoir donner une commission, puisque le commettant veut faire faire un acte de commerce pour son compte. Il faut aussi la même capacité au commissionnaire pour accepter la commission de traiter une affaire en son propre nom; car alors, vis-à-vis des tiers, c'est lui qui fait l'acte de commerce et qui en subira toutes les conséquences. Si au contraire le commissionnaire doit traiter au nom du commettant, il n'a pas besoin de cette capacité.

Appliquant ces idées à ceux qu'on appelle proprement des *incapables*, nous dirons qu'un mineur émancipé, une femme mariée, autorisés à faire le commerce, peuvent donner une commission pour un acte relatif à leur commerce, mais pour leur commerce seulement (2). Mais ils ne peuvent pas en principe recevoir une commission, parce que l'acte de commerce qu'il s'agira de faire alors ne sera plus un acte de *leur* commerce. Il n'y aurait d'exception que si la commission leur était donnée par un de leurs correspondants commerciaux, auquel ils ne pourraient refuser, à raison des relations mêmes qu'ils ont avec lui. Bien évidemment s'ils étaient autorisés pour faire le commerce de commission, aucune restriction ne les arrêterait (3).

Quant aux autres incapables, ils ne peuvent, ni donner, ni recevoir une commission; du moins ils ne peuvent recevoir la commission d'agir en leur propre nom (4). S'ils devaient seulement agir au nom du commettant, ils pourraient être choisis comme commissionnaires, de même qu'on peut leur donner un mandat (C. civ., art. 1990, qu'on généralise ordinairement), car ils ne s'obligent pas envers les tiers, et le commettant n'a à s'en prendre qu'à lui-même s'il a mal choisi son représentant.

D'ailleurs la commission peut être donnée à un commerçant ou à un non commerçant; — à un commissionnaire de profession ou non.

517. **Objet de la commission.** — La commission peut avoir pour objet tout acte de commerce, pourvu qu'il soit possible et licite. D'abord l'achat et la vente; les commissionnaires qui s'en chargent s'appellent *commissionnaires de marchandises*. Puis on peut donner commission de faire un contrat de transport, c'est l'office des *commissionnaires de transport*, qui mêlent d'ailleurs ordinairement d'autres opérations à celle-là (V. chap. 3, *infrà*). On peut faire par commission des affaires de banque, des négociations à la Bourse; les banquiers de province font faire souvent ainsi les opérations de bourse

(1) Brav., t. II, p. 240. Al. n. 847. Ly. C. et R., n. 761.

(2) Brav., t. II, p. 243.

(3) V. Brav., t. II, p. 243. Ly. C. et R., n. 762.

(4) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 53 et suiv. Brav. et Demang., t. II, p. 243. Al. n. 847.

Source BIU Cujas

pour leurs clients à la Bourse de Paris; les trésoriers généraux en font autant, du moins pour les achats ou ventes de rentes françaises; enfin ceux qu'on appelle les *remisiers* à la Bourse, apportent aussi de la même façon des affaires aux agents de change (V. *infrà* au tit. 5). Le commissionnaire peut aussi être chargé de tirer une lettre de change; on l'appelle alors *tireur pour compte* (V. article 115, *infrà* au titre 8); ou de la négocier, de l'escompter, de l'accepter, etc. — Enfin on peut donner commission pour faire tous les contrats maritimes, p. ex. pour fréter ou affréter un navire; pour l'assurer (article 332); nous nous occuperons assez longuement de l'assurance par commissionnaire, au livre 2, titre 10, chap. 1er.

518. Insistons un peu sur les **commissionnaires de marchandises**. La commission pour acheter ou vendre présente d'abord les avantages généraux de cette manière d'opérer : le secret pour les affaires du commerçant qui pourra par cette raison être amené à employer un commissionnaire même sur la place où il réside, et la possibilité de traiter à distance sans se déplacer. Très habituellement la commission pour acheter se donne séparément de la commission de vendre: on peut acheter par commissionnaire et vendre par soi-même, ou réciproquement. Les commissionnaires de profession se spécialisent aussi très ordinairement, les uns ne faisant que des achats et les autres que des ventes.

Outre les avantages déjà signalés, les *commissionnaires-vendeurs* offrent à leurs commettants celui de recevoir dans leurs magasins les marchandises à vendre. On dit qu'ils les reçoivent *en consignation*. Elles sont ainsi plus à la portée des acheteurs qui désirent les voir avant d'acheter. En outre, les commissionnaires qui ont ainsi reçu des marchandises avancent souvent à leurs commettants une partie de leur prix, soit en argent, soit en payant pour eux, soit en leur fournissant du crédit, par exemple en acceptant pour eux des lettres de change. — Du reste, la consignation se raréfie maintenant par suite de la rapidité des communications et de la correspondance qui dispensent d'avoir d'avance la marchandise au lieu où elle doit être vendue, puisque, après la vente, elle peut y arriver en très peu de temps. D'autre part, les avances sur marchandises peuvent être obtenues au moyen des magasins généraux. Aussi les commissionnaires-vendeurs sont-ils fréquemment remplacés par des commis-placiers ou des représentants de commerce vendant sans magasins sur échantillons.

L'intervention des *commissionnaires-acheteurs* présente aussi de grands avantages surtout dans les achats à crédit ou à terme, parce que les vendeurs qui traitent avec eux n'ont pas besoin de s'assurer de la solvabilité du commettant, peut-être fort éloigné; leur débiteur direct est le commissionnaire; ils suivent sa foi; il suffit qu'ils le connaissent. Souvent aussi ils obtiennent des vendeurs des prix plus avantageux, par suite de leurs relations, de l'étendue de leurs affaires, et ils en font profiter leurs commettants. Enfin ils font souvent des avances aux commettants en payant le tiers vendeur par anticipation. — Le commissionnaire-acheteur traite habituellement en son nom; mais cela n'empêche pas qu'il ne puisse être accompagné du commettant pour que celui-ci puisse faire ses choix (1). Les tiers peuvent toujours, malgré cela, suivre sa

(1) Troplong, *Mandat*, n. 547. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 125. Al. n. 821. Ly. C. et R., n. 797.

Source BIU Cujas

foi et non celle du commettant; surtout si celui-ci n'est même pas nommé aux vendeurs, comme cela arrive souvent (1). — En général aussi, quoique les tiers suivent la foi du commissionnaire, les marchandises sont envoyées par eux directement aux commettants; il n'y aurait aucun avantage à les faire passer entre les mains du commissionnaire, qui serait obligé d'avoir des magasins pour les recevoir. — Le nombre des commissionnaires-acheteurs diminue aussi par la facilité des communications permettant aux négociants de venir eux-mêmes faire leurs achats. Mais ils diminuent moins que les commissionnaires-vendeurs, parce qu'ils offrent encore l'avantage des bonifications qu'ils peuvent obtenir par leurs relations, et des connaissances spéciales qui donnent plus de sécurité à leurs commettants.

SECTION III.

OBLIGATIONS DES PARTIES.

Nous étudierons : — 1° les obligations du commissionnaire; — 2° les obligations du commettant; — 3° les effets de la convention appelée *du croire*.

I. Obligations du commissionnaire.

519. L'obligation fondamentale du commmissionnaire est d'exécuter exactement la commission dans les conditions fixées par le commettant : notamment quant à la qualité (2), à la quantité, au prix (3) de la marchandise qu'il doit acheter ou vendre; et quant au moment précis indiqué pour l'opération qu'il doit faire (ce moment peut avoir une très grande importance pour le commettant) (4).

Mais il ne doit pas être pourtant un instrument aveugle : si l'ordre qu'il a reçu n'exige pas une exécution immédiate, il doit transmettre à son commettant tous les renseignements qui peuvent intéresser l'exécution de son ordre, et l'amener peut-être à le modifier. Très exceptionnellement s'il n'avait pas le temps de consulter son commettant, et si les circonstances lui paraissaient se présenter tout à fait contrairement aux prévisions du commettant, ou rendre la spéculation projetée tout à fait impossible ou déraisonnable, il aurait le pouvoir et le devoir d'agir au mieux des intérêts de son commettant, en se portant *negotiorum gestor* en tant que besoin serait (5). Mais ce parti est très délicat à prendre; et il peut craindre de ne pas bien pénétrer les intentions du commettant et de se voir reprocher d'avoir fait manquer une spéculation peut-être hardie, mais fondée sur des raisons qu'il ne connaissait pas. Voici les règles qui nous sembleraient pouvoir être posées : il ne doit s'écarter des ordres qu'il a reçus qu'au cas où leur exécution serait devenue actuellement en contradiction évidente avec l'intention du commettant, ou avec les règles les plus certaines de la prudence commerciale; dans

(1) Marseille, 11 sept. 1844, *Journ. Mars.*, t. 24. 1. 1.

(2) V. Delam. et Lepoitv., t. II, n. 240. Brav., t. II, p. 258. Al. n. 845.

(3) V. Delam. et Lepoitv., t. II, n. 310, 329. Béd., n. 67. Brav., t. II, p. 258. Lors même que le prix ne leur a pas été indiqué, ils ne doivent pas vendre au-dessous du prix courant : Req. 28 févr. 1881, D. P. 81. 1. 344.

(4) V. Delam. et Lepoitv., t. II, n. 264. Béd., n. 84, 85. Brav., t. II, p. 257.

(5) V. Casaregis, disc. 125, n. 22. — Al. n. 842 et suiv.

Source BIU Cujas

ces conditions, le commettant ne pourrait alléguer que son ordre faisait partie d'une combinaison tout à fait exceptionnelle et devait être exécuté quand même ; on lui répondrait qu'il aurait dû alors prévenir son commissionnaire, ne fût-ce que par un mot, que rien ne devait le détourner de l'exécution ponctuelle de l'ordre. — Le commissionnaire doit d'ailleurs aviser immédiatement le commettant de la manière dont il a exécuté ses ordres (1) ; surtout des modifiéations qu'il a cru devoir y apporter. Si le commettant ne répond pas immédiatement et ne le blâme pas, il doit être censé avoir ratifié l'acte (2).

520. Le commissionnaire doit garder le *secret* des opérations qu'il fait pour le commettant, puisque c'est souvent en vue de ce secret qu'on emploie son entremise. Mais réciproquement, il a droit de garder, à l'encontre du commettant, le *secret* du nom de ses clients, pour empêcher que le commettant ne se passe de son entremise en s'adressant directement à ceux dont le commissionnaire lui aurait procuré la pratique. Il n'y a d'exception à cette règle que si la sincérité de son compte est contestée, et qu'alors il faille recourir aux clients pour vérifier les prix indiqués par lui (3). La convention de *du croire* dont nous parlerons bientôt ne change rien à ces règles ; au contraire, lorsque le commissionnaire est garant de l'opération, le nom du tiers avec lequel il a traité importe encore moins au commettant (4).

Il répond vis-à-vis du commettant de ses fautes dans l'accomplissement de la commission. La diligence qu'il doit apporter est celle d'un bon père de famille (C. civ., art. 1137) (5), c'est-à-dire celle d'un *commerçant soigneux* (6) ; mais elle s'apprécie plus rigoureusement parce que son mandat est salarié (C. civ., art. 1992), et encore plus rigoureusement s'il est commissionnaire de profession, puisqu'il se présente au public comme versé spécialement dans les opérations qu'il fait. — Ainsi le commissionnaire acheteur est garant des vices de la chose, soit des vices apparents, soit même des défauts cachés, pourvu qu'ils pussent être découverts avec beaucoup de soin (7). Il est tenu, vis-à-vis du commettant, beaucoup plus rigoureusement qu'un vendeur, parce qu'il doit prendre les intérêts de son commettant, et, comme nous le disions, parce qu'il fait profession d'avoir des connaissances spéciales relativement aux marchandises qu'il achète.

Toute commissionnaire répondra, par suite des mêmes principes, de la perte des objets à lui confiés ou qui lui ont été remis dans l'exécution de sa commission, à moins que leur perte n'ait eu lieu par cas fortuit ou force

(1) Al. n. 856. — Code esp., art. 134.

(2) Trib. com. Marseille, 14 janv. 1856, *Journ. Mars.*, t. 34. 1. 30, etc. — V. C. com. ital., a. 357, 2e al.

(3) Req. 30 mars 1859, D. P. 59. 1. 175. — Pard., n. 564. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 93. Ly. C. et R., n. 785. — *Contrà :* Al. n. 856.

(4) Pard., n. 564. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 93, *in fine*. Demang. sous Brav., t. II, p. 268. Al. n. 856. Ly. C. et R., n. 785.

(5) Req. 28 févr. 1881, D. P. 81. 1. 344. — Troplong, *Mandat*, n. 392. Dalloz, v° *Commissionnaire*, n. 54. Al. n. 852. Ly. C. et R., n. 765. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 6, veulent qu'il soit tenu de la faute très légère : cette opinion se rattache à une théorie à peu près abandonnée maintenant.

(6) Ly. C. et R., n. 765.

(7) Rouen, 18 mai 1866, D. P. 67. 2. 34. — Ly. C. et R., n. 765.

Source BIU Cujas

majeure (V. anal., art. 98 et 103); et à la condition que le cas fortuit n'ait pas été précédé d'une faute de sa part (C. civ. art. 1302). C'est à lui de prouver le cas fortuit qu'il allègue (mêmes art. 1302, C. civ. ; 98,103, C. com.); il doit prouver aussi qu'il a fait toutes ses diligences pour empêcher le sinistre ou en diminuer les conséquences ; mais il n'a pas à prouver qu'il n'avait pas commis de faute (1).

Enfin il doit continuer sa gestion jusqu'à la fin, et ne pas laisser en souffrance les affaires dont il s'est chargé (C. civ., art. 1991). Il peut cependant renoncer à la commission (*suprà*, n. 515). Mais outre qu'il ne doit pas le faire en un moment inopportun, il doit continuer ses soins à l'affaire jusqu'à ce qu'il soit efficacement remplacé (V. art. 1991, 2e al., C. civ.).

Ces obligations du commissionnaire envers le commettant seront commerciales sans difficulté s'il s'agit d'un commissionnaire de profession, car l'art. 632, 2e al., qualifie d'acte de commerce toute *entreprise* de commission. En dehors de ce cas, elles ne seront pas commerciales, si elles ne se rattachent pas d'ailleurs à des actes de commerce entre les parties : cela résulte *à contrario* de l'art. 632 qui ne qualifie pas d'acte de commerce un *acte* isolé de commission: d'ailleurs il y a là un louage de services, salarié sans doute, mais sans spéculation ou entremise proprement dite (V. *suprà*, n. 44). Il en sera autrement des obligations contractées avec les tiers par le commissionnaire agissant en son propre nom (V. *infrà*, n. 531).

521. Le commissionnaire peut-il se *substituer* une autre personne pour l'exécution de la commission? — Aucun doute n'est possible si le contrat lui en a donné l'autorisation. Même dans le cas où le contrat est muet, le Code civil ne refuse pas au mandataire le droit de se substituer quelqu'un; l'art. 1994 dit seulement que, dans ce cas, il sera responsable du mandataire substitué. Il faut donc dire que le commissionnaire, agissant au nom du commettant peut faire la substitution (art. 94, 2e al., C. com.). A plus forte raison en sera-t-il de même pour le commissionnaire, chargé d'agir en son propre nom, puisque celui-ci est maître de faire l'affaire comme il l'entend, comme s'il agissait pour son compte, et qu'il est seulement obligé d'en présenter au commettant le résultat dans les conditions où il le lui a promis (2).

Il faut seulement se demander dans quelle mesure il répondra du commissionnaire substitué. Si la substitution est autorisée par le commettant, celui-ci a consenti à n'avoir pour débiteur que le substitué, et le commettant n'en répondrait qu'au cas où il aurait choisi une personne notoirement incapable ou insolvable (C. civ., art. 1994, 2e). Si la substitution n'est pas autorisée, le commissionnaire répond de toutes les fautes du substitué comme des siennes propres (même art. 1994, 1er al.); on ne peut pas hésiter à appliquer cette disposition même au commissionnaire qui devait agir en son propre nom ; car s'il avait le droit d'agir comme il l'entendait, par conséquent même de donner la commission à un autre, c'était toujours à ses risques et périls, sous sa responsabilité. — On devra seulement tempérer ces principes, et le

(1) Casareg., disc. 23, n. 8. — Troplong, *Vente*, n. 402; *Mandat*, n. 372. Delam. et Lepoitv., t. II, n. 215. Al. n. 853.

(2) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 107 Al. n. 860. Ly. C. et R., n. 754.

Source BIU Cujas

décharger de la responsabilité, si les circonstances ont rendu la substitution nécessaire; car alors on sous-entend une autorisation tacite résultant de ce que le commissionnaire doit agir au mieux des intérêts du commettant (1); spécialement, quoique cela puisse paraître un peu plus douteux, s'il ne veut pas se charger de la commission, et que cependant il n'ait pas devant lui un temps suffisant pour prévenir le commettant et permettre à celui-ci de pourvoir à son remplacement (2).

Le commettant a-t-il une action directe contre le substitué? — Il faut répondre affirmativement, si le commissionnaire a agi au nom du commettant (C. civ., art. 1994, 2e al.). Mais s'il a agi en son propre nom, d'après les principes que nous établirons en ce qui concerne les actes faits avec les tiers par le commissionnaire, il faut dire que le tiers ne connaît que ce dernier, n'a que lui pour débiteur et pour créancier, et par conséquent pourrait toujours opposer au commettant les exceptions qu'il aurait pu opposer au commissionnaire; mais que, si ce tiers est désintéressé dans la question, le commettant pourra agir seul contre lui à l'exclusion des autres créanciers du commissionnaire (V. *infrà*, n. 532).

522. Une autre question intéressante est celle de savoir si le commissionnaire pourrait exécuter ses ordres d'achat par ses ordres de vente, et s'il pourrait même se porter lui-même vendeur ou acheteur envers son commettant, en supposant qu'il ait précisément à vendre pour son propre compte les marchandises qu'on lui demande, ou qu'il lui convienne d'acheter celles qu'on le charge de vendre. Ces deux questions doivent se résoudre de la même façon et, nous pensons, avec la majorité des auteurs, par l'affirmative(3); du moins il ne se met pas en faute par cela seul qu'il procède ainsi. Sans doute, il y a à craindre qu'il ne soutienne pas autant qu'il le doit les intérêts du commettant, soit parce qu'il tient à lui faire faire affaire avec un autre commettant qui l'a chargé précisément de l'opération inverse, soit parce que son intérêt personnel d'acheteur ou de vendeur serait en opposition avec celui du commettant. La crainte de ce soupçon devra le rendre très réservé dans des opérations de ce genre. Mais on ne peut sur ce seul fait établir une présomption de fraude; on devrait, pour l'en rendre responsable, prouver qu'il n'a pas fait en réalité tout ce qu'il devait pour son commettant, qu'il est en faute d'après le droit commun. — La L. 18 juill. 1866 sur les courtiers, a, dans son art. 7, défendu aux courtiers de faire des opérations de ce genre sans en prévenir leurs clients; mais aucun texte analogue n'existe à l'égard des commissionnaires, et le législateur de 1866 a reconnu qu'un texte formel était nécessaire pour une pareille interdiction; d'ailleurs celle-ci s'explique pour les courtiers, qui en principe ne doivent que s'entremettre entre les parties

(1) Trib. com. Marseille, 16 juin 1873, *Journ. Mars.*, 1873. 1. 238. Al. n. 859.

(2) Aix, 10 juin 1872, *ibid.*, 1873. 1. 90. — Delam. et Lepoitv., t. II, n. 189 et suiv. Ly. C. et R., n. 784.

(3) Casaregis, disc. 120, n. 33, 34. Savary, *Parf. nég*, 2e part., livre 3, ch. 2. — Cass. 11 avril 1860, S. 60. 1. 316; Rouen, 22 avril 1872, D. P. 73. 5. 99. Pard., n. 578. Persil et Croissant, p. 29. Vincens, t. II, p. 135, 137. Béd., n. 87. Pont, n. 814. Al. n. 846. Code allem., a. 376, et C. com. ital., a. 386, pour les marchandises qui ont un cours officiel. — *Contrà :* Rouen 25 mars. 1873, *Journ. Mars.*, 1874. 2. 109. Delam. et Lepoitv., n. 249. Ly. C. et R., n. 782. Code espagnol, art. 161-163. Code portugais, art. 77, 78.

Source BIU Cujas

sans jamais parler en leur nom (V. *suprà*, n. 513), tandis que c'est le contraire pour les commissionnaires.

Nous n'exceptons même pas le cas où le commissionnaire se porterait acheteur des marchandises qu'il est chargé de vendre; nous n'appliquerions pas à ce cas l'art. 1596, C. civ. (1); car cet article parle de l'adjudication, c'est-à-dire de la vente aux enchères publiques. Le même soupçon existera autant dans ce cas que dans les autres cités plus haut, mais il n'y sera pas plus grave, et la possibilité de reprocher au commissionnaire une diligence insuffisante empêchera tous les inconvénients. — Seulement dans ce cas le commissionnaire n'aura droit à aucun salaire (2).

523. S'il y a plusieurs mandataires, en droit civil ils ne sont pas solidaires, à moins d'une stipulation formelle (C. civ., art. 1995). Il en sera de même pour les commissionnaires dans deux cas : d'abord, sans aucun doute, s'ils ont été chargés de la même affaire séparément, quoique le commettant ait dû prévenir chacun d'eux qu'il donnait la même commission aux autres; ensuite si le commettant a été les chercher et les prier de se réunir pour faire l'opération dont il veut les charger. Mais, au contraire, ils seraient solidaires, d'après les principes établis plus haut, au n° 435, pour toutes les matières commerciales, s'ils s'étaient présentés ensemble au commettant pour demander la commission, car alors ils seront présumés avoir un intérêt commun (3).

II. — **Obligations du commettant.**

524. La première obligation du commettant est de payer au commissionnaire son *salaire*, car la commission, à la différence du mandat, est un contrat synallagmatique parfait, engendrant certainement et dès l'abord une obligation pour le commettant comme pour le commissionnaire (4). Le salaire est dû lors même que l'affaire n'aurait pas bien tourné pour le commettant, car c'est lui qui l'a voulue dans les conditions où elle s'est faite ; cela ne peut faire aucun doute (C. civ., art 1999) (5).

Ce salaire est habituellement fixé à tant pour cent du chiffre de l'opération faite, suivant les usages. A défaut de convention formelle, on le doit uniquement d'après les usages de la place où opère le commissionnaire (6). Le tant pour cent doit être plus fort toutes les fois que le commissionnaire doit se livrer à des démarches exceptionnellement compliquées ou onéreuses, soutenir des procès, etc. (7). Il se calcule sur le montant brut des opérations sans tenir compte des bonifications, réductions, escomptes, etc., qui peuvent être faits pour ne pas donner au commissionnaire un intérêt à ne pas les obtenir. On ajoute aussi à ce montant tous les frais avancés en plus par le commissionnaire depuis l'opération, car ces frais augmentent d'autant la

(1) *Contrà :* Bordeaux, 19 mars 1844, S. 45. 2. 118. — Al. n. 846. Ly. C. et R., n. 782.

(2) Aix, 30 juin 1866, *J. Mars.*, 1867. 1. 151.

(3) *Sic.*, absolument, Delam. et Lepoitv., t. III, n. 39. Ly. C. et R., n. 827. C. com. ital., n. 364, 4e al. — *Contrà :* Brav. t. II, p. 255. Clamageran, n. 367.

(4) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 68. Béd., n. 124. Troplong, *Mandat*, n. 229. Vincens, t. II, p. 112. Brav., t. II, p. 250.

(5) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 71. Al. n. 835.

(6) C. Com. ital., a. 361.

(7) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 79.

Source BIU Cujas

valeur de celle-ci pour le commettant : s'il s'agit d'un achat, la valeur de la marchandise est accrue pour lui de ces frais ; s'il s'agit d'une vente, le prix eût été plus fort, si le commissionnaire n'avait pas pris ces frais postérieurs à sa charge (ce qui est du reste exceptionnel) (1).

Le commettant doit ensuite, comme le mandant, rembourser au commissionnaire toutes ses avances, toutes les dépenses qu'il a faites pour la négociation (C. civ., art. 1999). — Il lui doit aussi de plein droit l'intérêt de ses avances (C. civ., art. 2001) ; et à cet égard il ne faut pas distinguer entre les avances proprement dites et les frais faits pour l'exécution de la commission ; entre commerçants au moins, tous les déboursés sont des avances, représentant la privation d'un capital et doivent donner lieu également à des intérêts de plein droit (2).

Enfin il doit indemniser le commissionnaire de toutes les pertes que peut lui avoir causées l'exécution de la commission.

Ces obligations du commettant sont toujours commerciales, qu'il ait traité ou non avec un commissionnaire de profession ; car elles sont au moins l'accessoire de l'acte de commerce qui a été traité pour son compte par le commissionnaire, et nous savons que dans la commission il s'agit toujours de faire un acte de commerce pour le commettant (V. *suprà*, n. 511).

525. **Q.** *Dans le cas où le commissionnaire a traité en dehors des conditions primitivement fixées, le commettant est-il obligé de prendre l'opération au moins aux conditions fixées?* — Nous supposons p. ex. un commissionnaire ayant commission d'acheter à 100, il a acheté à 120 ; peut-il forcer le commettant à prendre pour 100? (La question serait la même en sens inverse dans le cas de vente). — La question n'est pas nouvelle, elle se posait pour le mandataire romain : les Sabiniens disaient non ; les Proculiens disaient oui, et Justinien adopte cette dernière opinion (Inst., L. 3, tit. 26, § 8). La controverse existe encore chez nous. — Nous admettrons, en principe, la négative, car autrement le commissionnaire aurait toutes les bonnes chances et rejetterait toutes les mauvaises sur le commettant : en effet, il a acheté à 120 parce qu'il croyait l'affaire bonne malgré la hausse ; il n'a pas pu compter que le commettant prendrait à 120, mais il a cru que la hausse continuerait, et alors il aurait pu revendre en son propre nom, peut-être à 150, et gagner pour lui la différence, 30 ; — maintenant, il veut forcer le commettant à prendre à 100 ; pourquoi insiste-t-il ? Evidemment parce que la marchandise ne vaut même plus 100, elle vaut peut-être 80. Sans cela, il la revendrait facilement, et ne poursuivrait pas le commettant. Alors il sacrifie 20 sans doute ; mais, pour ne pas perdre 40, et il veut faire retomber la perte de 20 (différence entre 100 et 80) sur le commettant. Nous ne pouvons admettre que celui-ci soit ainsi à sa merci (3).

(1) V. Demang. sous Brav., t. II, p. 265. Béd., n. 137. Delam. et Lepoitv., t. III, p. 89. Ly. C. et R., n. 791.

(2) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 101. Ly. C. et R., n. 793. — *Contrà :* Brav., t. II, p. 269.

(3) Béd., n. 97. Pont, *Mandat*, n. 982. Brav. et Demang., t. II, p. 261 et suiv. Ruben de Couder, v° *Commissionnaire*, n. 53. — *Contrà :* Pard., n. 572. Delam. et Lepoitv., t. II, n. 302. Troplong, *Mandat*, n. 270. Al. n. 844. Ly. C. et R., n. 774. C. com. ital., a. 383, 2°.

Source BIU Cujas

Il faudrait seulement réserver le cas où il démontrerait par ses livres et par sa correspondance qu'il a entendu agir au mieux des intérêts de son commettant, qu'il a entendu faire l'affaire pour celui-ci, en se portant gérant d'affaire. Alors on ne devra admettre aucune des deux solutions mises en présence dans le paragraphe précédent : le commettant aura le choix de ratifier l'affaire ou de la repousser; mais, s'il l'accepte, il devra rembourser non pas le prix primitivement fixé, mais le prix plus fort réellement payé (1).

526. Q. *Le commissionnaire acheteur peut-il facturer à son commettant au-dessus du prix payé?* C'est ce qu'on appelle la question des *doubles factures*, parce que le commettant se fera donner par le vendeur deux factures : l'une pour lui au prix convenu, l'autre pour le commettant à un prix supérieur. — 1er S. *Il le peut:* — si, à raison de sa situation sur la place, à raison de ses relations, de son crédit, de ses achats par grandes masses, il obtient des conditions plus favorables, des remises ou escomptes, il est juste qu'il les garde pour lui; — ayant acheté du tiers, il revend à son commettant au prix débattu entre eux. — 2e S. *Il ne le peut pas* (!) : — il n'a pas acheté pour revendre au commettant; il a acheté directement pour celui-ci, la fixation du prix est donc acquise à ce dernier; — c'est précisément à raison des avantages qu'il peut obtenir qu'on s'adresse à lui; — il doit la plus entière bonne foi; — s'il veut se réserver les bonifications qu'il obtient, il peut le faire par une stipulation expresse et ostensible (2).

Il en serait de même de tous les profits qui pourraient être obtenus au cours de l'opération; le commissionnaire doit en faire profiter le commettant; il manque à la bonne foi en se les attribuant sous le prétexte que le commettant obtient d'ailleurs tout ce qu'il avait compté avoir, et n'a jamais espéré ces avantages accidentels (3).

527. S'il y a plusieurs commettants, ils sont solidaires dans leurs obligations envers le commissionnaire : c'est la règle pour les mandants en droit civil (C. civ., art. 2002); à plus forte raison doit-on en dire autant en droit commercial, car ils se présentent au commissionnaire comme ayant un intérêt commun (4).

III. — De la convention de du-croire.

528. En principe, le commissionnaire n'est pas garant envers le commettant de l'exécution par les tiers du contrat qu'il a passé avec eux en vertu de la commission; il s'est obligé seulement à procurer au commettant le bénéfice du contrat qu'il a été chargé de faire, il s'acquitte en lui présentant l'engagement du tiers (5). C'est au commettant à poursuivre lui-même l'exécution ou à donner une autre commission pour le faire dans les conditions que nous préciserons à la section suivante.

Mais le commissionnaire peut promettre au commettant sa garantie personnelle pour l'exécution de tous les engagements obtenus par son entre-

(1) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 303, *in fine*. Brav., t. II, p. 262.

(2) Rouen, 8 août 1871, D. P. 71. 2. 222. Troplong, *Mandat*, n. 429. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 299. Ly. C. et R., n. 787.

(3) V. Delam. et Lepoitv., *loc. cit.*

(4) Brav. et Demang., t. II, p. 270, 271.

(5) C. com. ital., a. 387, 1er al.

Source BIU Cujas

mise; c'est cette convention qu'on a appelée en italien *del credere* (de la confiance) et en français du nom assez barbare de **du-croire** (1). — Ce mot, d'ailleurs, désigne à la fois la *convention* dont nous parlons, le *commissionnaire* qui traite dans ces conditions (il est du-croire), et enfin le *prix* payé pour cette garantie (payez-moi mon du-croire). — Ce prix est ordinairement un double droit de commission.

Cette garantie peut être promise pour toute opération faite en commission, car il y a toujours une obligation du tiers à garantir. Elle se conçoit très simplement en cas de *vente*, comme garantie de la dette du prix; mais elle est aussi très possible en cas d'*achat*, comme garantie de l'obligation de livrer ou de fournir les marchandises dans le délai convenu (2). — Elle n'est pas possible dans le cas où la vente ou l'achat doit se traiter rigoureusement au comptant, car le tiers acheteur ou vendeur ne contractera pas d'obligation que l'on puisse garantir. Mais si l'opération doit être faite avec un terme, quelque court qu'il soit, le *du-croire* devient possible. Il en est de même si le commissionnaire reçoit le pouvoir de traiter à *terme ou au comptant* suivant les occasions qu'il rencontrera; et la double commission lui est due même s'il traite au comptant; telle était la doctrine de Savary : elle doit être encore suivie aujourd'hui afin de ne pas donner au commissionnaire intérêt à traiter de préférence à terme (3).

529. Pour expliquer exactement les effets attachés par l'usage à la convention de du-croire, il faut la considérer comme quelque chose de mixte entre le cautionnement et le contrat d'assurance (4). La ressemblance avec le cautionnement est évidente. Mais cette convention peut aussi s'analyser en un contrat d'assurance, puisqu'il y a une *chose assurée*, le prix de la vente; des *risques*, l'insolvabilité de l'acheteur, et un *prix* de ces risques, l'augmentation du droit de commission. — D'autre part, les règles suivantes, reconnues par la pratique, appliquent au *du-croire* les principes de l'assurance et écartent ceux du cautionnement (5) : — le commissionnaire du-croire répond de l'inexécution même résultant de force majeure; il répond de tout refus de prendre livraison, de payer le prix ou de livrer, pourvu que ce refus ne provienne pas du fait du commettant (6); — il ne peut pas opposer les exceptions du chef du tiers (à la différence de la caution, C. civ., art. 2036); — il ne peut invoquer le bénéfice de discussion (C. civ., art. 2031) (7); — il n'est pas subrogé contre le tiers, il n'a même pas contre lui un recours pour tout ce qu'il a pu payer au commettant; mais seulement l'exercice de son action de vendeur, d'acheteur, etc. — Le du-croire diffère à la fois du cautionnement et de l'assurance, en ce que le commissionnaire doit payer au commettant, sans

(1) C. com. ital., a. 387, 2e al.

(2) V. p. ex. Trib com. Marseille, 24 oct. 1862, *Journ. Mars.*, 1862, 1. 302. — Ly. C. et. R., n. 779.

(3) Béd., n. 147. Demang. sous Brav., t. II, p. 268. Ly. C. et R., n. 780. — *Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. III, n. 96. Al. n. 837.

(4) Brav., t. II, p. 267.

(5) V. Demang. sous Brav., t. II, p. 267.

(6) Toulouse, 27 nov. 1869, D. P. 70. 2. 118. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 87. Béd., n. 141. Demang. sous Brav., t. II, p. 268. Al. n. 836.

(7) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 88. Béd., n. 140. Demang., sous Brav., t. II, p. 267.

Source BIU Cujas

même que celui-ci se soit adressé au tiers, tandis qu'ordinairement l'assureur ne paie que si l'assuré prouve qu'il a subi une perte; le commissionnaire ducroire garantit l'exécution exacte au terme convenu, et peut être poursuivi en exécution dès que le terme est arrivé (1). — Enfin cette convention diffère encore de l'assurance seule, en ce qu'elle peut être prouvée par tous les moyens possibles, tandis que l'assurance maritime, au moins, ne peut s'établir que par écrit (C. com., art. 332) (2).

529 *bis*. Cette convention peut être tacite, et résulter par exemple de la stipulation d'un double droit de commission (3).

La même garantie, mais sans une double commission pour le commissionnaire, pourrait résulter de ce qu'il aurait commis des fautes ou excédé les bornes de son mandat : p. ex. si, ayant commission d'acheter au comptant, il avait acheté à terme (4); s'il a accordé un délai trop long eu égard à sa commission ou aux usages; s'il a traité avec un tiers connu sur la place comme n'offrant aucune garantie; enfin, s'il est tellement sorti de son mandat, qu'on doive le considérer comme ayant fait l'opération pour son compte, sauf à l'exécuter au moyen de la commission qu'il avait reçue, p. ex. s'il a changé le lieu de livraison, les conditions de la vente, mis son estampille sur les marchandises, etc. (5).

SECTION IV.

EFFETS DES CONTRATS PASSÉS PAR LE COMMISSIONNAIRE AVEC LES TIERS.

530. Pour le **commissionnaire agissant au nom du commettant,** nous avons vu que l'art. 94, 2e al., renvoie simplement aux règles du droit civil. Il n'y aura donc pas de difficulté; le résultat des contrats faits par le commissionnaire passe immédiatement sur la tête du commettant; le commissionnaire s'efface, ou plutôt n'a jamais été que le porte-parole du commettant; c'est celui-ci qui est devenu directement créancier et débiteur des tiers avec lesquels le commissionnaire a contracté; toutes les actions actives ou passives seront données pour ou contre lui et pas du tout pour ou contre le commissionnaire. Et celui-ci ne sera jamais tenu commercialement.

Cet effet se produira, non seulement si le commissionnaire a nommé le commettant dans le contrat en déclarant qu'il traitait au nom de celui-ci, mais encore si, ne désignant personne, il s'est réservé de *déclarer commande* ultérieurement, et a déclaré ensuite son commettant (6). — Mais en matière commerciale le seul fait de l'indication du *pour compte*, c'est-à-dire l'indication de celui pour le compte de qui l'opération est faite, n'empêche pas le commission-

(1) Brav., t. II, p. 267. Al. n. 836. Ly. C. et R., n. 781.

(2) Demang. sous Brav., t. II, p. 267. Al. n. 836.

(3) Toulouse, 27 nov. 1869, D. P. 70. 2. 118. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 94, 95. Béd., n. 142-144. Demang. sous Brav., t. II, p. 267. Al. n. 836. Ly. C. et R., n. 778. — *Contrà :* Trib. com. Marseille, 16 juin 1873, *Journ. Mars.*, 1873. 1. 238.

(4) Aix, 27 mai 1856, *Journ. Mars.*, t. 34. 1. 185.

(5) Toulouse, 27 nov. 1869, D. P. 70. 2. 118.

(6) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 128 et suiv. Al. n. 819.

Source BIU Cujas

naire d'être obligé, s'il n'explique pas formellement qu'il n'entend parler qu'au nom du commettant; car nous avons dit qu'on présume toujours que la commission est traitée par le commissionnaire en son nom, les tiers non prévenus expressément comptent là-dessus; et dans l'usage l'indication du *pour compte* s'entend seulement comme révélant aux tiers le fait qu'il y a une commission, mais n'est pas entendue comme empêchant le commissionnaire de parler en même temps en son nom (1).

531. Quant au **commissionnaire agissant en son nom,** il faut distinguer les effets à l'égard des tiers et entre les parties :

A l'égard des tiers, le commissionnaire qui a traité en son nom est seul personnellement créancier et débiteur de celui avec lequel il a contracté (2); celui-ci a tous les droits qu'il aurait si le commissionnaire avait fait l'affaire pour lui-même: car il a suivi sa foi, et ne connaît que lui — S'il a acheté du commissionnaire, c'est à celui-ci qu'il demandera la livraison, et c'est lui qu'il fera condamner à des dommages-intérêts s'il ne livre pas; c'est à lui qu'il devra le prix. A raison de ce droit reconnu au tiers, il faut décider sans hésiter, qu'à la différence du mandat civil, la commission de vendre comprend le pouvoir de livrer et de réclamer le prix (3). Le tiers se libérera très valablement entre les mains du commissionnaire; il pourra toujours invoquer les exceptions qu'il aurait pu opposer à celui-ci, p. ex. s'il existait entre eux une cause de compensation (4); s'il avait droit à une deuxième livraison, et que faute de la recevoir il ait dû se pourvoir ailleurs plus chèrement, il pourrait retenir, sur le prix qu'il doit, la différence des cours (5). — S'il est vendeur, c'est au commissionnaire et à lui seul qu'il aura à réclamer le prix (6); la compensation pourra s'opérer contre lui du chef de celui-ci, et toutes les exceptions existant au profit de celui-ci lui seront opposables. — Toutes ces actions seront commerciales contre le commissionnaire, car il s'agit d'un acte de commerce (*suprà*, n. 511), et, à l'égard du tiers, le commissionnaire est censé l'avoir fait pour lui-même.

Dans le cas de faillite du commettant ou du commissionnaire, le tiers invoquera ou subira les avantages ou les inconvénients de cette situation ainsi définie. — La faillite du commettant lui sera tout à fait indifférente; il obtiendra du commissionnaire tout ce qui lui est dû, quoique celui-ci ait la perspective de ne pas pouvoir recouvrer du commettant ce qu'il aura ainsi payé. C'est précisément pour lui assurer cet avantage que le commissionnaire qu'il connaissait, dont il consentait à suivre la foi, a traité en son propre nom. Mais aussi, par suite de cette manière de traiter, il n'a que le com-

(1) Troplong, *Mandat*, n. 545. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 125. Al. n. 821. Ly. C. et R., n. 797.

(2) Douai, 15 nov. 1856, *Journ. Mars.*, t. 35. 2. 85. Ly. C. et R., n. 799. — Cette règle fait l'objet d'une disposition formelle dans les codes suivants : C. holl., art. 77, 78; C. esp., art. 118, 119; C. portugais, art. 42, 43; C. allem., art. 360; C. com. ital. n. 381.

(3) Ansaldus, disc. 30, n. 32. Casaregis, disc. 125, n. 1. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 58 et suiv. Al. n. 823.

(4) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 57-61. Ly. C. et R., n. 799.

(5) Paris, 10 déc. 1854, D. P. 58. 2. 92.

(6) Trib. com. Marseille, 3 janv. 1871, *Journ. Mars.*, 1871. 1. 55. — Ly. C. et R., n. 799.

Source BIU Cujas

missionnaire pour débiteur; et il doit en subir les conséquences; si celui-ci est en faillite tandis que le commettant est solvable, il n'aura qu'un dividende dans la faillite du commissionnaire; il n'aura pas d'*action directe* contre le commettant. Sans doute il peut atteindre celui-ci en exerçant les droits de son débiteur, par l'action oblique de l'art. 1166; mais cette action sera exercée par les syndics au nom de tous les créanciers du commissionnaire, ou si elle avait été exercée par le tiers, son bénéfice devrait être versé dans la masse commune pour être partagé au marc le franc (1).

532. **Entre les parties**, c'est-à-dire dans les rapports du commissionnaire et du commettant, le résultat de l'opération est transféré immédiatement, dès qu'elle est conclue, sur la tête du commettant; et elle n'a jamais résidé sur la tête du commissionnaire; c'est *ab initio* le commettant qui est devenu seul propriétaire des choses acquises, seul créancier des choses promises, et seul débiteur du tiers (2). A l'égard des tiers, c'est le commissionnaire qui est acheteur ou vendeur; mais *inter partes*, c'est le commettant qui a ces deux qualités, et les droits qui en découlent. A cet égard, il n'y a pas de différence entre les droits de notre commettant et ceux d'un mandant en droit civil (3). Sans doute il est obligé vis-à-vis des tiers de respecter les droits résultant de la fiction inverse dont nous avons parlé au nº précédent, de subir notamment toutes les exceptions que le tiers pouvait opposer au commissionnaire, de reconnaître comme valables les paiements faits à celui-ci. Mais si les tiers sont désintéressés dans la question, s'ils n'ont aucune exception à faire valoir, il peut, à l'encontre du commissionnaire et de ses ayants-cause, se comporter comme seul propriétaire, créancier ou débiteur par l'effet du contrat; et réciproquement ceux-ci peuvent argumenter contre lui, de ce qu'en réalité c'est lui seul qui a ces qualités (4).

Ainsi le commissionnaire pourra, en se fondant sur ce que le commettant est le véritable débiteur du prix, soutenir qu'il n'est pas, lui, tenu d'en faire l'avance pour le commettant, s'il ne l'a pas promis dans le contrat de commission (5). Si donc il n'a pas reçu la somme nécessaire au moment de la livraison par le vendeur, comme il est tenu personnellement vis-à-vis de celui-ci, il peut pour la réaliser faire revendre les marchandises achetées, sans autorisation du juge après une simple mise en demeure, en reportant au commettant le bénéfice ou la perte de cette réalisation (6).

Le commettant pourra aussi, en se faisant donner par le commissionnaire l'attestation que l'affaire avait été faite pour son compte, demander directement au tiers, acheteur ou vendeur, l'exécution de toutes ses obligations et le poursuivre en justice à cet effet; car, s'il n'a pas d'exceptions à invoquer,

(1) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 57. Béd., n. 8. Brav., t. II, p. 275. Al. n. 819. Ly. C. et R., n. 800.

(2) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 213 et suiv. Brav., t. II, p. 276. Ly. C. et R., n. 801.

(3) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 41. Ly. C. et R., n. 801.

(4) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 61. Al. n. 823.

(5) Casareg., disc. 48, n. 44. — Al. n. 848, 851. — C. esp., art. 124.

(6) Cass. 13 juill. 1864, D. P. 64. 1. 462. — Al. n. 827. — Il aurait bien fait d'avertir le commettant que les fonds manquaient, et cela dès qu'il s'en était aperçu; mais il n'y était pas obligé, car le commettant devait bien le savoir : Al. n. 851. *Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. II, n. 224.

Source BIU Cujas

il est tout à fait indifférent pour ce tiers de s'acquitter entre les mains du commissionnaire ou dans celles du commettant. — Seulement le commissionnaire, tant qu'il est solvable, n'est pas obligé de fournir ainsi au commettant les moyens d'actionner directement le tiers; car il a le droit de garder le secret du nom des clients avec lesquels il a contracté (V. *suprà*, n. 520). De plus le commissionnaire chargé de vendre a encore un intérêt spécial à empêcher cette action directe; à raison du privilège qui lui appartient sur le prix des marchandises vendues, il a un intérêt légitime et un droit à ce que le prix soit payé par l'acheteur entre ses mains, pour le couvrir des avances qu'il a pu faire, et le commettant ne pourrait pas sans son consentement se faire payer directement par le tiers acheteur; celui-ci ne pourrait pas non plus payer valablement son prix entre les mains du commettant (1).

533. Les règles que nous avons posées trouveront surtout une application remarquable en cas de faillite, soit du commissionnaire, soit du tiers avec lequel il a traité. — La faillite du commissionnaire sera tout à fait indifférente au commettant, du moins en ce qui concerne les droits nés du contrat passé par le commissionnaire, et si le tiers n'a pas exécuté ses obligations. En effet si l'on a acheté pour lui, et s'il s'agit de corps certains, le commettant les revendiquera directement contre le tiers vendeur; s'il s'agit de quantités, il exercera directement sa créance contre celui-ci, sans que ces valeurs passent, même un seul instant, dans la masse de la faillite du commissionnaire et sans que ses créanciers y aient aucun droit. Si l'on a vendu pour le commettant, celui-ci pourra réclamer au tiers acheteur le prix encore dû; il le réclamera par une action directe, de sorte qu'il s'attribuera ce prix exclusivement et ne sera pas obligé de le partager avec les créanciers du commissionnaire, ce qui arriverait s'il n'usait que de l'action oblique de l'art. 1166, C. civ. C'est ce que décide formellement l'art. 575, 2e al., C. com., en permettant de revendiquer le prix de marchandises consignées au failli pour être vendues pour le compte du propriétaire, pourvu que ce prix soit encore dû, ou, comme dit l'article, qu'il n'ait été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte-courant entre le failli et l'acheteur. Cet article vient ainsi donner une base solide en droit positif à toutes les règles que nous venons de poser en nous fondant d'abord sur l'intention des parties interprétée par des usages constants (2).

Mais réciproquement en cas de faillite du tiers, le commettant en subit seul les conséquences et voit sa créance réduite à un marc le franc. Il n'a rien à demander au commissionnaire, qui s'est libéré vis-à-vis de lui en lui transmettant la créance née du contrat, avec sa valeur telle quelle; pourvu toutefois que le commissionnaire ne soit pas en faute d'avoir traité avec un individu déjà connu comme peu solvable, ou qu'il ne soit pas *du-croire* (V. *suprà*, n. 528, 530) (3). Le commettant ne profiterait donc pas de ce que le commissionnaire serait très solvable, ou de ce que sa faillite donnerait un dividende plus fort que celle du tiers (4).

(1) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. I, n. 107. Brav., t. II, p. 272. Ly. C. et R., n. 801.

(2) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 313 et suiv. Brav., t. II, p. 276. Ly. C. et R., n. 801. — *Contrà :* Al. n. 819.

(3) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 213 et suiv. Demang. sous Brav., t. V, p. 519-520. Ly. C. et R., n. 822 et suiv.

(4) Mêmes auteurs.

Source BIU Cujas

SECTION V.

DU PRIVILÈGE DU COMMISSIONNAIRE.

Art. 95. Tout commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées, par le fait seul de l'expédition du dépôt ou de la consignation, pour tous les prêts, avances ou paiements faits par lui, soit avant la réception des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession. — Ce privilège ne subsiste que sous la condition, prescrite par l'article 92 qui précède. — Dans la créance privilégiée du commissionnaire sont compris, avec le principal, les intérêts, commissions et frais. — Si les marchandises ont été vendues et livrées pour le compte du commettant, le commissionnaire se rembourse, sur le produit de la vente, du montant de sa créance, par préférence aux créanciers du commettant.

534. Ce privilège est fondé sur un gage tacite.

Assiette du privilège. Il frappe les marchandises *consignées*, c'est-à-dire déposées avec mandat de vendre (V. *suprà*, n. 516); — *déposées*, sans mandat de vendre du moins actuellement; — *expédiées*, mais à la condition qu'il soit nanti par la possession de la lettre de voiture ou du connaissement (art. 95, 2e al., et 92, *in fine;* V. *suprà*, n. 493) (1). — Autrefois (ancien art. 93), il fallait nécessairement que les marchandises eussent été expédiées d'un lieu sur un autre; c'était pour éviter la constitution de gage sans les formalités du droit civil, alors exigées. Cette règle n'avait plus de raison d'être depuis les facilités accordées pour la constitution du gage en 1863. Aussi la loi de 1863 a supprimé cette condition.

Créance privilégiée. Le privilège existe pour toutes les avances faites par le commissionnaire au commettant : ce que le Code indique en énumérant les *prêts*, *avances*, *paiements*, (art. 95, 1er al.), puis les *intérêts* de ces capitaux (art. 95, 3e al.); — les *frais*, par exemple, assurances, salaires des commis (2); fret payé pour le transport par mer, droits de douane (3); — et enfin les droits de *commission* pour lesquels il y avait doute avant 1863 (4), mais qui représentent, en définitive, un service rendu à la masse, en procurant un bon prix pour les marchandises, et qui doivent donc être privilégiés à ce titre.

Peu importe, d'après l'article, que les avances ou frais aient été faits « *avant la réception des marchandises* ». On doutait autrefois, parce que, le privilège étant fondé sur un gage tacite, on disait qu'il fallait que le commissionnaire fût en possession au moment où il a fait les avances (5). Mais en 1863, on a

(1) Il n'aurait pas ce privilège s'il ne possédait pas, si les marchandises étaient envoyées à un autre commissionnaire, sans que celui-ci possédât pour le premier : Al. n. 887. Massé, n. 2836.

(2) Colmar, 2 mars 1847, D. P. 48. 2. 87.

(3) Cass. 16. déc. 1846, D. P. 47. 1. 126.

(4) V. *contrà* : C. de cass. belge, 23 fév. 1828.

(5) Grenoble, 13 avril 1848, D. P. 49. 2. 102. Bédl., n. 172, 173. — *Contrà* (c'est-à-dire dans le sens de la solution admise actuellement par le législateur) : Brav., t. II, p. 296 et suiv., 300. Al. n. 877.

Source BIU Cujas

considéré qu'en pratique il n'y a jamais dans l'intention des parties une pareille spécialité; le commissionnaire compte, pour son remboursement, non seulement sur les marchandises qu'il a actuellement, mais aussi sur celles qui lui seront expédiées par la suite; il est même plus exact de dire qu'il compte surtout sur ces dernières; car il sait que très probablement il se dessaisira des marchandises qu'il a, avant d'être rentré dans ses avances; il faut qu'il puisse les vendre sans craindre de perdre son privilège; on a dit dans les travaux préparatoires de la L. de 1863, qu'il faut qu'il puisse faire un *courant d'avances* en comptant sur un *courant d'envois*, sans se préoccuper des opérations spéciales auxquelles s'appliquerait chaque avance (1).

Droits du commissionnaire privilégié. La loi dit (art. 95, 4e al.) que si les marchandises sont vendues par lui ou par les autres créanciers du commettant, il exerce son droit de préférence sur le prix à l'encontre des créanciers du commettant. — Mais si les marchandises lui avaient été simplement déposées sans mandat de vendre ou s'il ne trouve pas à les vendre au prix fixé; alors il aurait néanmoins le droit de tout créancier gagiste, droit de faire vendre pour se payer sur le prix. Seulement alors il ne pourrait vendre que dans les termes de l'art. 93, c'est-à-dire huit jours après une sommation, par une vente publique et par le ministère d'un officier public (2). Pourtant on admet encore un droit de plus pour lui : c'est que s'il risque de perdre son gage, par exemple, par une dépréciation imminente des marchandises, et si le commettant est éloigné, il pourra se faire autoriser par le président du tribunal sur simple requête à vendre au prix courant; ceci était admis même avant 1863 (3).

535. **Quel commissionnaire est privilégié?** Tout ce que nous venons de dire s'applique sans difficulté au **commissionnaire-vendeur** et nous avons toujours raisonné au numéro précédent sur cette hypothèse de la commission pour vendre.

Q *Le même privilège existe-t-il au profit du* **commissionnaire-acheteur?** — 1er S. *Oui* : — l'art. 95 dit *tout commissionnaire;* — il n'y a pas de raison pour favoriser plus le commissionnaire-vendeur que le commissionnaire-acheteur (4). — 2e S. *Non* (!) : — Valin (5) ne parle que du vendeur pour ce privilège; — l'ancien art. 93 (avant 1863) était très formel puisqu'il parlait de marchandises expédiées « pour être vendues pour le compte d'un commettant »; il se limitait donc au commissionnaire-vendeur; — l'art. 95 nouveau, 1er al., suppose aussi des marchandises confiées au commissionnaire par le commettant, car il parle de marchandises *consignées;* or, la consignation n'a lieu que pour le commissionnaire-vendeur ; — partout, dans les travaux préparatoires de la loi de 1863, on a parlé du commissionnaire-vendeur, on a cité l'exemple de la consignation ; jamais on n'a parlé du com-

(1) Demang. sous Brav., t. II, p. 314. Al. n. 877. Ly. C. et R., n. 809.

(2) Al. n. 866.

(3) Nîmes, 25 nov. 1850, D. P. 51. 2. 80. — Delam. et Lepoitv., t. II, n. 310, 329. Al. n. 868.

(4) Paris, 28 avril 1876, D. P. 78. 5. 112. — Demang. sous Brav., t. II, p. 380. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 230. Ruben de Couder, v° *Commissionaire,* n. 127. Ly. C. et R., n. 812.

(5) Sous l'ord. 1673. liv. 2, tit. 10, art. 3.

Source BIU Cujas

missionnaire-acheteur; — l'art. 95, 4e al., se réfère très formellement au commissionnaire-vendeur, puisqu'il dit : « Si les marchandises ont été vendues pour le compte du commettant... »; — si le commencement de l'article dit *tout commissionnaire*, c'est pour se référer à la distinction contenue dans l'art. 94, et repousser toute différence tirée de la manière dont traite le commissionnaire (V. *suprà*, n. 511); — enfin dans l'usage le commissionnaire-acheteur n'est pas mis en possession des marchandises, qui sont expédiées directement au commettant par le tiers vendeur (V. *suprà*, n. 518); par conséquent, on ne peut pas dire que les usages impliquent ici la constitution d'un gage tacite, rien de pareil ne doit se supposer entre les parties; si, par exception, le commissionnaire a des marchandises en sa possession, et s'il veut avoir un gage sur elles, il n'a qu'à le demander par lettre au commettant en même temps qu'il consent à lui faire des avances; depuis 1863, il n'y a pas d'autre formalité à remplir; mais, s'il n'y a pas de convention expresse, il faut dire que le commettant et ses créanciers seraient lésés, car, d'après les usages, ils n'ont pas dû s'attendre à la constitution d'un privilège sur les marchandises achetées.

Si le commisssionnaire acheteur était en possession, nous admettrions qu'il aurait le *droit de rétention*, qui est, suivant nous, de droit commun pour tous ceux qui détiennent un objet à propos duquel ils sont créanciers (V. analog. art. 577, C. comm.) (1). Il pourrait pour s'assurer ces avantages, sans retarder l'expédition des marchandises, faire mettre le connaissement ou la lettre de voiture, non pas à l'ordre du commettant, mais à l'ordre d'un autre commissionnaire, qui exercerait alors pour lui le droit de rétention, ou le droit de gage s'il a été convenu (2).

Q. *Mais n'aurait-il pas au moins le droit en cas de faillite du commettant de revendiquer les marchandises avant leur arrivée dans les magasins de celui-ci?* (C. comm., art. 576.) On l'a soutenu, soit en le considérant comme vendeur (art. 576) vis-à-vis du commettant (3), soit en le regardant comme subrogé, par le paiement du prix aux droits du tiers vendeur (art. 576, et C civ. art. 1251) (4). — Nous n'admettons aucune de ces deux doctrines : — il n'est pas vendeur vis-à-vis du commettant; il n'a pas acheté du tiers pour lui revendre; il a acheté directement pour le commettant et c'est celui-ci qui, dans leurs rapports entre eux, est le seul acheteur (V. *suprà*, n. 532); il ne peut pas non plus être subrogé aux droits du tiers vendeur, par la raison très simple que ce dernier n'en a jamais eu contre le commettant, n'ayant jamais suivi la foi que du commissionnaire (V. *suprà*, n. 531) (5).

(1) Troplong, *Mandat*, n. 669 et suiv. Delam et Lepoitv., t. III, n. 225. Al. n. 865.

(2) V. Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. III, n. 141.

(3) Delvincourt, t. II, p. 80. Al. n. 825.

(4) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 235. Béd., n. 225 et suiv. Al. n. 824 et suiv. Massé, n. 2161. Ly., C. et R., n. 816.

(5) Troplong, *Nantissement*, n. 354.

Source BIU Cujas

CHAPITRE III.

DU CONTRAT DE TRANSPORT.

536. Cette matière est traitée dans les sections 3 et 4 du code, qui n'ont pas en réalité des objets distincts. Il faut y ajouter comme sources du droit sur ce contrat : le code civil, art. 1782-1786; la L. sur les chemins de fer, 15 juillet 1845, avec l'ordonnance réglementaire du 15 novembre 1846; enfin, le cahier des charges modèle des Compagnies de chemin de fer, auquel ont été soumises toutes les Compagnies depuis 1857 et 1858 (On le trouvera dans Dalloz, 1° *Voirie par chemin de fer*, n° 97, en note).

Le contrat de transport est un contrat par lequel un **voiturier** *recevant une chose d'un* **expéditeur** *s'oblige à la faire voyager et à la remettre à un* **destinataire**. Le *voiturier* prend spécialement le nom de *batelier*, quand le transport a lieu par eau douce (V. art. 107), et de *capitaine*, quand il a lieu par mer. — L'*expéditeur* s'appelle aussi le *chargeur*. — L'expéditeur et le destinataire peuvent être une même personne; par exemple, si un négociant expédie une marchandise d'une de ses maisons à une autre, si un voyageur s'adresse des colis à l'endroit où il se rend.

Nous ne parlerons pas ici des transports par mer, qui font l'objet du livre 2 du code, que nous expliquerons plus tard.

537. Le code rattache cette matière à celle des commissionnaires par les *commissionnaires de transport*. Mais les commissionnaires de transport ne sont pas des commissionnaires dans le même sens exactement où ce mot est pris dans la deuxième section.

En effet, un pur commissionnaire de transport, dans ce sens, serait celui qui se chargerait de trouver des voituriers pour les expéditeurs ou des expéditeurs pour les voituriers, traitant *en son nom* avec le voiturier, mais *pour le compte* de l'expéditeur, qui devrait seulement payer le prix convenu avec le voiturier, plus un droit de commission au commissionnaire (1). L'intervention de ce commissionnaire aurait encore deux avantages : — 1° il connaît mieux les voituriers, les trouve plus facilement, surtout lorsqu'il en faut plusieurs sucessivement pour un même transport; — 2° il peut *grouper* divers lots de marchandises pour diminuer les frais de transport, ainsi que nous l'expliquerons plus tard à propos des tarifs des chemins de fer.

Il y aurait en sens inverse un inconvénient à procéder ainsi; c'est que l'expéditeur ne peut pas discuter le prix avec le voiturier; il est obligé de s'en rapporter au commissionnaire (2).

Ordinairement les commissionnaires traitent à forfait avec l'expéditeur pour un prix fixé, et dirigent le transport comme ils le veulent, en s'arrangeant pour gagner en traitant avec les voituriers. Alors ils traitent avec ceux-ci, non plus pour le compte de l'expéditeur, mais *pour leur propre compte*; et, puisqu'ils se sont engagés personnellement envers l'expéditeur à faire faire le

(1) Pard. n. 574. Brav., t. II, p. 320. Al. n. 891. Duverdy, *Contrat de transport*, n. 4.
(2) Brav., t. II. p. 320.

Source BIU Cujas

transport, ils sont garants de tous les risques de ce transport; ils sont toujours *du-croire* (art. 97). Déjà on ne peut plus les appeler exactement commissionnaires; ce sont proprement des *entrepreneurs* de transport, car ils font une entreprise, puisqu'ils spéculent sur leur entremise (Cf. art. 632) (1). Enfin, le plus souvent, ils se chargent eux-mêmes d'une portion du trajet, au moins du camionnage depuis le domicile de l'expéditeur jusqu'à la gare. Alors leur nom exact est celui *d'entrepreneurs de roulage;* ce nom leur est donné par les art. 1785, 1786, C. civ. (2).

En pratique on trouve toujours ces fonctions mélangées; le pur commissionnaire de transport n'existe pas. Et l'on confond toutes ces fonctions sous le nom de commissionnaire de transport. Le code adopte cette nomenclature; car il parle,dans l'art. 96, du commissionnaire qui *se charge* d'un transport. — Donc ce sont des commissionnaires d'un genre tout particulier, auxquels ne s'appliquent pas simplement les règles de notre chapitre deuxième, et qui se confondent avec les voituriers. Aussi les articles 97 et suivants d'une part, 103 et suivants d'autre part, donnent, à très peu de chose près, les mêmes règles pour les deux classes d'intermédiaires.

On peut encore expliquer autrement ce nom de commissionnaire de transport : la commission étant le mandat commercial, de même qu'on pourrait dire que le voiturier a mandat de faire le transport, on peut dire qu'il reçoit *la commission de faire le transport.* Dans ce sens le commissionnaire de transport se confondra complètement avec le voiturier.

Nous aurons trois sections : — 1° Formation et preuve du contrat de transport; — 2° Obligations de l'expéditeur ou du destinataire; — 3° Obligations du voiturier.

SECTION PREMIÈRE.

FORMATION ET PREUVE DU CONTRAT DE TRANSPORT.

538. Nous avons vu qu'il y a naturellement trois personnes engagées dans ce contrat : l'*expéditeur*, le *voiturier* et le *destinataire;* quoique l'expéditeur puisse quelquefois être lui-même le destinataire.

L'art. 101, qui énumère ces personnes, omet cependant de parler du destinataire :

Art. 101. La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.

(1). Brav., t. II, p. 321. Pard., n. 574. Al. n. 891. Duverdy, *op. cit.*, n. 4.

(2) Dans le cours d'un même transport, on peut encore rencontrer d'autres intermédiaires : les *commissionnaires d'entrepôt* ou *commissionnaires intermédiaires* recevant les marchandises de certains voituriers pour les remettre à d'autres, sans faire eux-mêmes aucune partie du transport (V. Savary, 2e part., liv. 3, ch. 5; Al. n. 891); et les *commissionnaires entrepositaires*, qui offrent des magasins pour les abriter dans les villes où elles doivent séjourner (V. L. 25 avril 1844 sur les patentes; Brav. et Demang., t. II, p. 323, 324). Nous n'insistons pas sur ces intermédiaires qui ne sont pas proprement des agents du transport, et dont le rôle diminue d'ailleurs par la facilité des communications.

Source BIU Cujas

Entre l'*expéditeur* et le *voiturier* le contrat se forme comme tout contrat par le consentement; mais en y joignant la remise de la chose à transporter, car les obligations du voiturier ne peuvent naître pleinement qu'à partir du moment où il a la marchandise entre les mains. Le contrat de transport est donc un *contrat réel* de même que le prêt, le dépôt, etc. (1). — Mais il n'exige pas un écrit; malgré les termes, un peu ambigus à ce point de vue, de l'art. 101, le législateur n'a pas voulu dire que le contrat ne se formait que par la rédaction de la lettre de voiture; il a voulu signifier seulement que c'est son mode de constatation le plus habituel; aussi on a pu dire très exactement à ce point de vue que ce contrat est consensuel (2).

Le *destinataire* n'est pas directement partie au contrat; pourtant ce contrat lui confère des droits, et tout le monde admet qu'il peut poursuivre directement le voiturier en cas de retard ou d'avarie. On explique juridiquement cette situation en faisant remarquer que l'expéditeur a stipulé pour le voiturier, comme condition du contrat qu'il faisait pour lui-même (C. civ., art. 1121, 1122). Le destinataire a le droit d'invoquer dès qu'il le veut le bénéfice du contrat (3). — Mais la réciproque n'est pas exactement vraie : le destinataire n'est pas de plein droit obligé envers le voiturier, car il ne peut pas être tenu de recevoir ce qu'il peut plaire à n'importe qui de lui envoyer. C'est seulement lorsqu'il reçoit la marchandise, qu'acceptant le bénéfice du contrat, il s'oblige à payer le prix du transport, et à satisfaire à toutes les conditions promises par l'expéditeur (4).

Si l'expéditeur a traité avec un commissionnaire de transport, il y a au moins quatre personnes intéressées dans le contrat (V. le même art. 101, en ajoutant toujours le destinataire). — On peut se demander s'il y aura *action directe* de l'expéditeur (ou du destinataire) contre le voiturier avec lequel le commissionnaire a traité. Ceci est admis sans difficulté : — c'est le principe ordinaire de la commission, et on doit l'appliquer tant qu'il n'y a pas de dérogation formelle par les textes ou les usages; — d'après l'art. 101 le contrat se forme entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier; donc entre l'expéditeur et le voiturier; — l'art. 1994, 2e al., C. civ., dit que si le mandataire s'est substitué une autre personne (ici le voiturier), le mandant a une action directe contre le mandataire substitué; et nous avons appliqué ces règles au contrat de commission, en tant du moins que le substitué n'a pas d'exceptions à faire valoir contre le commissionnaire (V. *suprà*, n. 521) (5).

539. La **forme** traditionnelle du contrat de transport est la **lettre de**

(1) Béd., n. 258. Demang. sous Brav., t. II, p. 325. Al. n. 892.

(2) Brav., t. II, p. 324, 325.

(3) Req. 21 juill. 1875, D. P. 77. 1. 325. — Ly. C. et R., n. 907.

(4) Chambéry, 11 mars 1874, D. P. 77. 2. 62. — Béd., n. 298. Al. n. 974. Ly. C. et R., n. 934..

(5) Béd., n. 297, 298. Brav. et Demang., t. II, p. 240-241. — Une application intéressante de la restriction contenue à la fin de l'argumentation ci-dessus est faite par M. Bédarride : si la lettre de voiture est rédigée par le commissionnaire au moment où il traite avec le voiturier, en l'absence de l'expéditeur, elle ne lie pas l'expéditeur dans ses rapports avec le commissionnaire; mais s'il agit directement contre le voiturier, celui-ci peut invoquer contre lui les énonciations de la lettre de voiture, car il n'est lié que dans les termes où il a contracté avec le commissionnaire (Béd., n. 297, 298).

Source BIU Cujas

voiture (1), c'était autrefois la seule forme usitée. C'est un titre ouvert (2), sous forme de lettre adressée au destinataire par l'expéditeur ou le commissionnaire, indiquant les conditions du contrat.

Art. 102. La lettre de voiture doit être datée. — Elle doit exprimer : — la nature et le poids ou la contenance des objets à transporter; — le délai dans lequel le transport doit être effectué. — Elle indique : — le nom et le domicile du commissionnaire par l'entremise duquel le transport s'opère, s'il y en a un; — le nom de celui à qui la marchandise est adressée; — le nom et le domicile du voiturier. — Elle énonce : — le prix de la voiture; — l'indemnité due pour cause de retard. — Elle est signée par l'expéditeur ou le commissionnaire. — Elle présente en marge les marques et numéros des objets à transporter. — La lettre de voiture est copiée par le commissionnaire sur un registre coté et paraphé, sans intervalle et de suite.

Ces énonciations se comprennent sans peine. Elles se réfèrent à trois ordres d'idées, désignation exacte : 1° des parties; 2° des objets à transporter; 3° des conditions du transport. — Remarquons seulement que la loi n'exige pas la signature du voiturier, quoiqu'il soit un des principaux obligés; c'est que souvent le voiturier ne sait pas signer, et que d'ailleurs il s'oblige *re*, par le fait de la réception de la marchandise. — Elle doit comme tout acte être datée; et d'ailleurs la date peut avoir ici une importance spéciale, pour préciser le délai du transport.

Voici un modèle de lettre de voiture :

Paris, le...

	F.	C.
Voiture.	»	»
Remboursement. . . .	»	»
Total.	»	»

2 ballots
B. G.
Nos 1 et 2.

A la garde de Dieu et à la conduite de... voiturier à... vous recevrez deux colis, contenant... marqués comme en marge, reconnus bien conditionnés, du poids brut de..., lesquels devront être rendus dans... jours (ou le...), à peine par ledit voiturier de perdre le tiers du prix de la voiture; vous le paierez à raison de... par 100 kilos, et lui rembourserez en outre la somme de... suivant détail ci-contre.

(*Signature de l'expéditeur ou du commissionnaire*).

A M..., négociant,
à...

Du reste la lettre de voiture n'a rien de solennel; aucune mention n'est exigée à peine de nullité; si elle est incomplète, elle n'en vaut pas moins, et fait preuve des mentions qu'elle contient (3), sauf à prouver par d'autres moyens les clauses ou conditions qui ont été omises (4).

(1) Le mot *voiture* signifie étymologiquement le transport lui-même, *vectura*. C'est dans le même sens que l'art. 102 dit *le prix de la voiture*.

(2) Jugé qu'une compagnie de chemin de fer ne serait pas obligée de recevoir une expédition accompagnée d'une lettre de voiture *fermée* : Cass. 21 avril 1857. S. 58. 1. 76. Al. n. 980.

(3) Cass. 2 mai 1854. D. P. 54. 1. 253. — Al. n. 898. Duverdy, n. 13.

(4) Duverdy, n. 13. — Beaucoup d'auteurs disent que si l'on peut prouver *outre* le

Source BIU Cujas

540. Elle n'est pas nécessairement faite en plusieurs doubles (1), puisque cette formalité, suivant notre doctrine, n'est pas exigée pour la preuve des actes commerciaux. Cependant, pour avoir tous les avantages qu'on peut en attendre, il faudrait un exemplaire pour l'expéditeur, signé du voiturier, et un pour le voiturier, signé de l'expéditeur. Les cahiers des charges des compagnies de chemin de fer (art. 49) permettent d'exiger de celles-ci le double de la lettre de voiture. — Voici les avantages qu'on aura, outre la facilité de faire preuve.

La lettre de l'expéditeur pourra être envoyée au destinataire, pour l'avertir d'avance des conditions du transport, et lui permettre d'agir en cas de retard ou de perte des marchandises. Ce double sera le titre au moyen duquel l'expéditeur d'abord et le destinataire ensuite poursuivront l'exécution des obligations du voiturier; celui-ci par conséquent ne pourra remettre les marchandises qu'au porteur régulier de ce double; s'il agissait autrement il s'exposerait à se voir demander une seconde fois les marchandises et condamner à des dommages-intérêts faute de les livrer (2). Aussi cet exemplaire servira à mettre le destinataire en possession immédiate, soit pour lui conférer le droit de gage, s'il fait des avances à l'expéditeur (art. 95, v. n. 534); soit pour lui permettre de transférer lui-même cette possession, p. ex. à titre de vente (art. 576, 2e al., v. n. 480), ou de gage (art. 92, v. n. 493).

Pour pouvoir produire ces avantages, la lettre de voiture doit être cessible. On conçoit qu'elle soit *à personne dénommée* et alors cessible par les voies civiles, ou *à ordre* et cessible par endossement, ou *au porteur* et transmissible par simple tradition; ce sont les formes que l'art. 281 admet pour le connaissement, qui est en matière maritime ce qu'est la lettre de voiture pour les transports terrestres. — On a douté de la possibilité d'y insérer la clause à ordre, puisque la loi ne l'a pas autorisée; mais nous verrons plus loin qu'il n'y a pas besoin d'une permission de la loi pour qu'on puisse insérer la clause à ordre dans un titre quelconque, car il n'y a aucun texte qui restreigne la liberté des parties sur ce point (V. n. 746); d'ailleurs nous aurions toujours ici un argument décisif d'analogie à tirer de l'art. 281 (3). — Dans la pratique on va même plus loin; il est reçu dans tout le commerce que la lettre de voiture est négociable par endossement, lors même qu'elle ne contient pas la clause à ordre, qu'elle est à personne dénommée, si rien n'indique la pensée chez le rédacteur de la rendre non négociable (4). Nous pensons que l'on doit suivre

contenu de la lettre, on ne peut prouver *contre* (C. civ., art. 1341) : Pard., n. 539. Persil et Croissant, p. 156, n. 2. Dall., v° *Commissionnaire de transport*, n. 317. Al. n. 976. Duverdy, n. 14. Mais nous avons admis que la prohibition de l'art. 1341, de prouver contre le contenu aux actes, ne s'applique pas aux écrits commerciaux. V. *suprà*, n. 446. *Sic :* Al n. 1057. Bonnier, *Preuves*, 4e édit., n. 145, etc.

(1) Brav., t. II, p. 325. Al. n. 977, 979. Ly. C. et R., n. 876. — *Contrà :* Persil et Croissant, sous l'art. 102, n. 15. Vincens, t. I, p. 622.

(2) Persil et Croissant, p. 104 et suiv. Dall., v° *Commissionnaire de transport*, n. 320. Al. n. 901.

(3) Brav., t. II, p. 343-345.

(4) Parère d'un grand nombre de négociants de Paris (entre autres plusieurs anciens présidents du tribunal de commerce) des 7 et 8 janv. 1847, cité dans D. P. 47. 1. 59; ces messieurs déclarent *n'avoir jamais vu* une lettre de voiture à ordre, et avoir toujours vu l'endossement considéré comme transmettant tous les droits du porteur.

Source BIU Cujas

l'usage sur ce point, car il ne s'agit là que d'une interprétation de volonté (puisque nous avons admis qu'il dépend des parties d'insérer la clause à ordre), et nous savons que l'usage est souverain pour interpréter la volonté des parties (1).

La *lettre remise au voiturier* lui servira d'instruction, de feuille de route : elle sera surtout utile, quand la marchandise devra passer entre les mains de plusieurs voituriers successifs, pour qu'ils sachent où la diriger. De plus, accompagnant toujours la marchandise, elle servira à vérifier à tout moment le nombre et la nature des colis (2). Présentée au destinataire à l'arrivée, elle lui permettra, s'il n'a pas reçu l'autre exemplaire, de constater toutes les conditions du transport. Pour jouer ce rôle, on supplée souvent au double de la lettre par une simple copie, non signée des parties, qu'on appelle la *fausse lettre de voiture*, par opposition à la *bonne lettre de voiture*.

541. En pratique, on remplace souvent la lettre de voiture par un simple **récépissé** remis par le voiturier à l'expéditeur, et qui ne diffère guère de la lettre de voiture que par la formule employée. Les compagnies de chemins de fer sont obligées de remettre un récépissé à l'expéditeur, même lorsqu'il ne le demande pas (cah. des ch., art. 49), avec l'indication du prix du transport. Cette indication n'est obligatoire que pour le parcours sur le réseau de la compagnie qui délivre le récépissé, s'il n'y a pas de tarif commun avec les autres compagnies dont la marchandise doit emprunter le réseau (3).

Ces récépissés sont complètement assimilés aux lettres de voiture, depuis la L. 30 mars 1872, que nous citons au n° suivant. Il faut donc admettre qu'ils en produisent tous les effets ; notamment que le voiturier ne peut valablement remettre les marchandises qu'au porteur régulier du récépissé (4).

542. La lettre de voiture et le récépissé sont soumis à un droit de timbre, qui était primitivement de 50 c. pour la lettre de voiture, et de 20 c. pour le récépissé (L. 13 mai 1863, art. 10). La L. 28 fév. 1872, art. 11, a ordonné le paiement simultané du droit de timbre (avec double décime, soit 60 c. ou 25 c.) et du droit de décharge de 10 c. créé par la L. 23 août 1871, a. 18, ce qui a fait 70 c. pour la lettre de voiture, et 35 c. pour le récépissé ; enfin la Loi 30 mars 1872, art. 1, a élevé à 70 c. le timbre des récépissés, pour les transports faits autrement qu'en grande vitesse ; elle a décidé en même temps qu'ils pourront servir de lettres de voiture, si le transport se continue par routes, canaux ou rivières ; on n'aura donc plus d'intérêt à se servir d'un titre plutôt que de l'autre.

543. A défaut de ces titres, on pourrait prouver par les registres du commissionnaire, qui sont les mêmes que ceux de tout commerçant :

(1) *Sic :* Al. n. 978. Duverdy, n. 16 et suiv. — *Contrà :* Cass. 12 janv. 1847, D. P. 47. 1. 59 ; Cass. 26 janv. 1848, *Journ. Mars.*, t. 27. 2. 95. Brav., t. II, p. 344. Ly. C. et R., n. 880.

(2) Elle est aussi pour le voiturier un titre au paiement du prix de la voiture ; il peut donc céder cette créance en négociant la lettre de voiture : Horson, quest. 35. Persil et Croissant, p. 169, n. 13. Al. n. 983.

(3) Dijon, 9 juillet 1869, D. P. 69. 2. 244.

(4) V. Req. 9 déc. 1874, D. P. 74. 1. 409, et la note détaillée dont nous avons accompagné cet arrêt dans le recueil cité ; aj. Req. 21 juill. 1875. D. P. 77. 1. 325.

Source BIU Cujas

Art. 96. Le commissionnaire qui se charge d'un transport par terre ou par eau est tenu d'inscrire sur son livre-journal la déclaration de la nature et de la quantité des marchandises, et, s'il en est requis, de leur valeur.

— ou, si la lettre a été rédigée, mais perdue, par le registre sur lequel elle a dû être copiée (art. 102); — ou par le registre spécial que les voituriers sont obligés de tenir pour enregistrer tous les colis dont ils se chargent : C. civ., art. 1785 ; décr. 10 août 1852 sur la police du roulage, et cahier des charges, art. 49, 2e al. Enfin, à défaut de ces modes de preuve, on pourrait prouver par tous les moyens possibles (C. comm., art. 109) (1).

SECTION II.

OBLIGATIONS DE L'EXPÉDITEUR ET DU DESTINATAIRE.

544. La principale obligation de l'expéditeur, et du destinataire quand il accepte les marchandises, c'est de *payer le prix* du transport avec les frais accessoires qu'a pu faire le voiturier : frais de douane, d'entrepôt, d'octroi, de magasinage, etc. — Ce prix peut être payé d'avance par l'expéditeur, alors l'envoi est fait *franco* ou *en port payé;* ou à la réception par le destinataire sauf règlement peut-être avec l'expéditeur, alors l'envoi est fait *en port dû;* dans ce cas, si le destinataire refuse la marchandise ou ne peut être trouvé, ou s'il est insolvable, le voiturier se retourne contre l'expéditeur.

De plus, comme garantie de sa créance, le voiturier a le **droit de rétention** (cf. art. 106) et un **privilège** sur la chose voiturée (C. civ., art. 2102, 6o). Nous renvoyons, pour les détails, aux cours de code civil et spécialement pour la question de savoir si ce privilège est fondé sur le nantissement et s'éteint dès que le voiturier s'est dessaisi des objets transportés (2). — L'article 106, 3e al., C. comm., consacre, dans un cas particulier, une des conséquences de ce privilège : le droit, pour le voiturier, de faire vendre les marchandises afin de se payer sur le prix.

Le prix du transport est fixé à l'amiable entre le voiturier et l'expéditeur au moment de l'expédition, excepté pour les compagnies de chemin de fer, qui n'ont pas le droit de sortir de leurs tarifs dont nous allons parler immédiatement.

(1) Duranton, t. XIII, n. 314 ; t. XVII, n. 342. Duvergier, *Louage*, n. 321. Troplong, *Louage*, n. 908. Dalloz, v° *Commiss.*, n. 310. Al. n. 894, 982. Duverdy, n. 7 et suiv. — On peut faire cette preuve, quoique le colis n'ait pas été enregistré comme il doit l'être; car l'enregistrement est une obligation imposée au voiturier (C. civ., art. 1785), et l'omission ne saurait lui créer un droit (Comp. C. civ., art. 1329): Malleville, sous l'art. 1786. Pard., n. 540 Béd , n. 245. Brav., t. II, p. 256. Al. n. 893. Duverdy, n. 27 et 44. — *Contrà :* Troplong, n. 947.

(2) V. dans le sens de l'affirmative que nous adoptons nous-même : Persil, t. I, p. 143. Malleville, t. IV, p. 250. Delvincourt, t. III, p. 442. Pont, *Priv. et hyp.*, n. 169. Aubry et Rau, t. II, § 261, note 29. Valette, *Priv. et hyp.*, n. 73. Demang. sous Brav., t. II, p. 378. Ly. C. et R., n. 937. C. com., ital. a. 412. — Dans le sens contraire : Pard., n. 1205. Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 207. Béd., n. 382 et suiv. Duranton, n. 134. Persil et Croissant, p. 234, n. 6. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 257. Brav., t. II, p. 375 et suiv. Al. n. 994. Duverdy, n. 131 et suiv.

Source BIU Cujas

En cas d'expédition *contre remboursement*, le destinataire doit, en outre, payer entre les mains du voiturier le prix de la marchandise que le voiturier est chargé de recouvrer pour le compte de l'expéditeur.

Si le transport a été opéré par plusieurs voituriers successifs, le dernier a le droit d'agir au nom de tous, et d'exiger tout ce qui leur est dû avant de remettre la marchandise (1).

545. **Règles relatives aux compagnies de chemin de fer.** Ces compagnies ont un monopole pour les transports par la voie de fer; de plus, elles exploitent une voie du domaine public. A ces deux titres, l'État doit contrôler leur exploitation dans l'intérêt général. Aussi les prix sont fixés pour les voyageurs et les marchandises, par des **tarifs** proposés par la compagnie et approuvés par l'administration, le ministre du commerce, dans les limites générales du cahier des charges (art. 42-53) (2).

Ces tarifs ont **force de loi** entre les compagnies et le public. Cette autorité leur appartient en vertu de l'art. 1786, C. civ., annonçant d'une manière générale que les entrepreneurs de transport « sont, en outre, assujettis à des règlements particuliers qui *font la loi* entre eux et les autres citoyens » ; aussi cette lettre est consacrée par d'innombrables arrêts de la cour de cassation. Il en résulte notamment que les compagnies ne peuvent déroger à leurs tarifs par des conventions particulières, quelque expresses qu'elles soient (3); ni, à plus forte raison, par des conventions tacites, résultant, soit d'erreurs antérieures (4), soit de faux renseignements donnés à l'expéditeur par les agents de la compagnie (5).

Ces tarifs peuvent être abaissés par les compagnies avec l'autorisation du ministre; mais alors ils ne peuvent plus être relevés avant le délai de trois mois pour les voyageurs, et d'un an pour les marchandises (cah. des ch., art. 48). C'est afin de ne pas gêner les spéculations du commerce, par des variations incessantes des prix de transport sur lesquels il aura compté; c'est aussi pour empêcher les compagnies d'abaisser leurs tarifs, pour écraser une concurrence et les relever ensuite. Il n'y a d'exception que dans des circonstances exceptionnelles, et lorsque l'abaissement a eu lieu dans un intérêt public; par exemple, pour le transport des blés en cas de disette.

Les tarifs doivent être affichés dans toutes les gares pour le public. Mais, comme ils sont très volumineux, en général l'affichage n'est pas possible : ils sont sur des cahiers imprimés, tenus, dans les gares, à la portée de tous. Cette manière de procéder a été reconnue suffisante pour satisfaire à la loi, pourvu qu'une affiche ostensible annonce qu'ils sont à la disposition du public (6).

(1) Cass. 16 mars 1881, D. P. 81. 1. 383. — C. com. ital. a. 409, 2e al.; 412, 2e al.

(2) Étant des actes administratifs, ces tarifs ne peuvent être annulés ou réformés par les tribunaux de l'ordre judiciaire. Ainsi le veut la règle de la séparation des pouvoirs. V. Ly. C. et R., n. 949.

(3) Cass. 14 mai 1878, D. P. 78. 1. 383; Poitiers, 15 mars 1881, D. P. 81. 2. 198, etc. — La lettre de voiture ne lie donc pas les parties sur ce point : Cass. 15 nov. 1876, D. P. 77. 1. 71.

(4) Cass. 26 juill. 1871, D. P. 71. 1. 234.

(5) Cass. 8 août 1877, D. P. 78. 1. 26; 14 mai 1882, D. P. 83. 1. 32. — Ils ne peuvent dans ce cas être réduits même à titre de dommages-intérêts; car les particuliers doivent les connaître : Cass. 20 fév., 11 mars 1878, D. P. 78. 1. 130, 207.

(6) Cass. 31 déc. 1866, D. P. 67. 1. 56.

Source BIU Cujas

546. Une règle très importante est *l'interdiction de toute faveur* à aucun des clients de la compagnie (ord. 15 nov. 1846, art. 50; cah. des ch., articles 48 et 53). C'est la conséquence de ce que les compagnies font un service public; c'est aussi pour empêcher qu'elles ne puissent arbitrairement détruire entre les commerçants les lois ordinaires de la concurrence. La violation de cette règle pourrait donner lieu à des indemnités souvent très considérables, au profit des commerçants victimes de la faveur faite à d'autres (1).

Ces tarifs se divisent en quatre grandes classes : — 1° tarifs généraux ; — 2° tarifs exceptionnels ; — 3° tarifs différentiels ; — 4° tarifs spéciaux ou conditionnels. Nous parlerons ensuite : — 5° du camionnage des marchandises ; — 6° du transport des bagages avec les voyageurs ; — 7° de la sanction des tarifs.

I. — **Tarifs généraux.**

547. Ces tarifs forment la règle. Tous les autres sont l'exception ; ils ne sont applicables que dans les cas spécialement indiqués.

Les tarifs généraux sont établis à tant par kilomètre, et par tête, pièce ou tonne (cah. des ch., art. 42). — Ils varient suivant que les objets voyagent en grande ou en petite vitesse, et suivant la nature de ces objets.

Conditions de la grande et de la petite vitesse (cah. des ch., art. 50).

En grande vitesse, la compagnie est obligée d'expédier les marchandises par le premier train-omnibus desservant la gare où elles sont adressées, pourvu qu'elles aient été remises à la compagnie trois heures avant le départ du train. Elles doivent être délivrées en gare dans le délai de deux heures de l'arrivée de ce train.

En petite vitesse, elles doivent être expédiées dans le jour qui suit leur remise à la compagnie. Le délai maximum du transport est de vingt-quatre heures par 125 kilomètres ou fractions de 125 kilomètres (2). Elles doivent être délivrées en gare le jour qui suit leur arrivée (3).

Par application de l'autorité absolue des tarifs, il a été maintes fois jugé que les compagnies ne peuvent par aucune convention, par aucun fait, s'obliger à effectuer le transport dans un délai plus court (4).

Le destinataire est obligé d'enlever les marchandises dans les quarante-huit heures de l'expédition par la compagnie de la lettre d'avis de leur arrivée (5), sous peine de payer des **droits de magasinage** fixés à tant par chaque jour de retard (6).

548. **D'après la nature des marchandises,** il y a cinq catégories de tarifs :

(1) Lyon, 31 juill. 1874, D. P. 77. 2. 138, etc.

(2) Deux cents kilomètres sur un petit nombre de lignes. Pour les difficultés d'application, v. Cass. 2 mai 1882, D. P. 83. 1. 13.

(3) Il est bien évident que le délai d'expédition doit s'ajouter au délai de transport : Cass. 15 févr. 1875, D. P. 77. 1. 84.

(4) Civ. Cass. 31 déc. 1879, D. P. 80. 1. 64. 3, 17 mai 1882, D. P. 83. 1. 21, etc. — *Contrà :* Al. n. 915, 916.

(5) La lettre d'avis n'est pas obligatoire pour la compagnie, si elle ne veut pas faire courir ce délai : Cass. 29 nov. 1881, D. P. 81. 5. 52, etc., etc.

(6) Aucune excuse ne peut dispenser le destinataire de payer ces droits : Cass. 29 mai 1877, D. P. 77. 1. 276, etc., etc.

Source BIU Cujas

1° **Voyageurs ;** toujours en grande vitesse ; — trois séries de prix suivant la classe de wagons où l'on veut être admis ; — demi-place pour les enfants.

2° **Animaux ;** par grande ou par petite vitesse ; tarif à tant par tête et par kilomètre.

3° **Marchandises ;** avec un tarif unique pour la grande vitesse ; et, pour la petite vitesse, quatre classes différentes, suivant la valeur des marchandises sous un même poids ; les marchandises très lourdes et de peu de valeur, ne pouvant payer autant que celles qui valent beaucoup plus (1) ; — tarifs à tant par tonne et par kilomètre.

4° **Matériel roulant ;** tarifé à tant par pièce et par kilomètre.

5° **Pompes funèbres ;** tarifées à tant par voiture et par kilomètre.

549. Pour les marchandises tarifées au poids, les fractions de poids ne sont comptées que par centièmes de tonne ou 10 kilogrammes (cah. des ch., art. 42) ; les prix ne varient donc que de 10 en 10 kil., toute fraction de 10 kil. comptant pour 10 ; sauf en grande vitesse où l'on admet le fractionnement de 0 à 5 kil. et de 5 à 10, mais non au delà. — Au-dessous de 40 kil., on n'applique pas le tarif général, mais un tarif plus cher (cah. des ch., art. 47, 50) (V. *infrà*, n. 550).

De là résulte l'avantage qu'il y a au **groupage** des colis qu'on veut expédier. En effet, on évite par là de payer plusieurs fois des fractions de dizaines de kilogrammes pour des dizaines entières : en réunissant les colis, ces fractions de dizaines s'additionnent dans un même total, et on n'est exposé qu'une fois à payer pour 1 kil. comme pour 10. Soit, par exemple, onze colis pesant chacun 51 kil. ; au lieu de payer pour onze fois 60 kil., c'est-à-dire pour 660 kil. ; en les groupant, on ne paiera que pour 570 kil., car le poids total sera de 561 kil. — D'autre part, si l'on a plusieurs colis pesant chacun moins de 40 kil., en les groupant, on aura l'avantage d'un tarif moins élevé, puisque au-dessous de 40 kil. le tarif est, nous l'avons vu, relativement plus cher.

Le droit, pour l'expéditeur, de grouper les marchandises qu'il expédie avait été discuté sous l'empire des anciens cahiers des charges. Le cahier des charges modèle de 1857, admet le *groupage*, mais avec des distinctions (art. 47, 6e al.) : — pour tout autre qu'un commissionnaire de transport, il admet le *groupage à découvert* ou *groupage fictif*, qui a lieu sans aucune réunion matérielle des colis, par le simple fait d'une adresse pareille, portant le nom du même expéditeur et du même destinataire ; — au contraire, pour les commissionnaires de transports, on n'admet que le *groupage réel* ou *à couvert*, c'est-à-dire la réunion des colis sous un même emballage ; tout colis séparé doit, dès lors, payer comme s'il était seul. Cette distinction vient de ce que les commissionnaires centraliseraient facilement les expéditions de tous les particuliers, et que le groupage à découvert leur serait très facile sur une très large échelle ; les compagnies y perdraient, car les frais de manutention seraient plus considérables ; et le public sans doute en profiterait dans une certaine mesure, mais surtout les commissionnaires s'attribueraient la plus grande partie du bénéfice enlevé aux compagnies.

(1) Les tarifs, approuvés par l'administration, établissent un grand nombre de *séries* à la place de ces quatre classes organisées par le cahier des charges.

Source BIU Cujas

II. — **Tarifs exceptionnels.**

550. Ce sont des tarifs *plus chers* que les tarifs généraux. — V. cah. des ch., art. 46.

Pour toute masse indivisible de 3000 à 5000 kil., les prix sont augmentés de moitié, parce qu'elle exige des engins de manutention et de transport exceptionnellement puissants. — Au-dessus de 5000 kil. pour une seule masse, les compagnies peuvent toujours refuser de faire le transport; si elles l'accordent à un expéditeur, elles ne peuvent pendant trois mois refuser la même facilité à tous ceux qui la demandent. C'est la conséquence de l'interdiction de toute faveur.

En dehors de ces cas, il y a encore cinq catégories d'objets, soumis à des tarifs exceptionnels (cah. des ch., art. 47) :— 1° Objets, non énoncés au tarif général, pesant moins de 200 kil. par mètre cube. Ils sont encombrants et coûtent plus à transporter. Il y a là quelque chose d'analogue au principe qui domine la fixation du tonneau d'affrétement (v. *suprà*, n. 476). — 2° Matières inflammables ou explosibles, et animaux dangereux; — à raison des risques plus grands. — 3° Animaux valant chacun plus de 5000 fr.; à raison de l'importance considérable des indemnités qu'un accident peut imposer à la compagnie. — 4° Métaux précieux, bijoux, dentelles, pierres précieuses, objets d'art; — pour le même motif, et à raison de leur prix sous un très petit volume, permettant plus facilement de les égarer ou de les soustraire. — 5° Tous paquets et excédants de bagage de moins de 40 kil., à raison des frais de manutention et des risques de perte.

Les tarifs exceptionnels sont arrêtés annuellement par l'administration sur la proposition de la compagnie.

III. — **Tarifs différentiels.**

551. Ces tarifs sont *moins chers* que les tarifs généraux. L'abaissement est fondé sur divers motifs :

1° *A raison de la distance* : les tarifs sont diminués proportionnellement à mesure que la distance augmente ; ainsi, ce serait, par exemple, 6 c. par tonne et par kilomètre de 0 à 100 kil.; 5 c., de 101 à 300; 4 c. au-dessus de cette distance. — Le motif en est que les frais généraux, la manutention, n'augmentent pas avec le parcours; — c'est aussi que, dans tout commerce, plus un client fait travailler, meilleures sont les conditions qu'il obtient; — c'est enfin qu'on a voulu améliorer un peu la situation des industries éloignées des matières premières ou des consommateurs.

A cette idée se rattachent les **tarifs communs** (ne pas entendre ordinaires), c'est-à-dire communs à plusieurs réseaux différents : lorsque le trajet se fait sur deux ou plusieurs réseaux, on additionne toutes les distances parcourues sur chacun, pour appliquer le tarif différentiel sur la distance totale.

2° *A raison du poids* : pour ceux qui envoient beaucoup à la fois; mêmes raisons que ci-dessus. Ces tarifs sont facultatifs pour les compagnies.

3° *A raison du sens du transport* : lorsque le trafic est plus actif dans un sens que dans l'autre, les compagnies, pour attirer des expéditions et éviter les retours à vide, abaissent les tarifs dans le sens où le trafic est le moins actif. Ainsi, le trafic est beaucoup plus considérable d'Orléans à Paris, pour l'approvisionnement de la capitale, que de Paris à Orléans ; aussi l'on a abaissé

Source BIU Cujas

beaucoup les prix de Paris à Orléans, ce qui a permis d'amener en Sologne les marnes destinées à fertiliser ce pays.

4° *A raison du détournement.* Lorsqu'il n'y a pas de ligne directe d'un point à un autre, on ne fait pas payer pour le trajet réellement parcouru ; mais seulement pour le trajet utile, c'est-à-dire environ pour la distance directe entre les deux points. C'est ce qui a lieu entre Nantes et Lyon, par exemple.

5° *A raison de la destination.* Ce sont les *tarifs de transit* abaissés pour attirer les marchandises étrangères sur les lignes françaises ; par exemple pour que les marchandises de l'Angleterre pour l'Inde passent par la ligne de Calais à Marseille, plutôt que de passer par la Belgique et l'Allemagne. — Ce sont aussi les *tarifs d'exportation*, destinés à faciliter la sortie des marchandises françaises, et à leur permettre de lutter sur les marchés étrangers avec les marchandises étrangères.

IV. Tarifs spéciaux ou conditionnels.

552. Ce sont encore des tarifs moins chers que les tarifs généraux, mais que les expéditeurs doivent acheter en consentant à certaines conditions favorables à la compagnie : — comme de renoncer au délai de la petite vitesse (cah. des ch., art. 50) ; — ou à la garantie des avaries de route ; — ou d'expédier par wagons entiers ; — ou d'expédier journellement ou annuellement un certain tonnage. — Ces tarifs conditionnels sont autorisés par le cahier des charges, art. 48, mais ils doivent, comme toujours, être offerts à tout le monde. Ils s'interprètent restrictivement (1).

Ils doivent être expressément demandés chaque fois par l'expéditeur (2); ceci est important, et l'ignorance de cette règle a amené bien des déceptions. La raison de la règle est que si les compagnies n'avaient pas la renonciation écrite de l'expéditeur, celui-ci pourrait vouloir plus tard lui imposer les obligations de droit commun.

Il faut encore compter comme des tarifs spéciaux, applicables aux *voyageurs*, les billets d'*aller et retour* et les *billets circulaires* offrant des réductions de prix moyennant certaines conditions déterminées ; ainsi que les *trains de plaisir* offrant de même des réductions, mais à d'autres conditions et en général pour une seule circonstance donnée.

V. — Camionnage des marchandises.

553. La compagnie est obligée, si elle en est requise, de camionner ou de faire camionner les marchandises *à l'arrivée*, de la gare d'arrivée jusqu'au domicile des destinataires; alors du moins que la gare dessert un centre de population de 5000 habitants au moins, que ce centre n'est pas à plus de 5 kil. de la station, et que le destinataire réside dans les limites de l'octroi de la ville (cah. des ch., art. 52). — Mais les particuliers sont libres de ne pas employer les moyens de transport offerts par la compagnie; la marchandise peut donc être désignée comme *livrable à domicile* ou *livrable en gare*. Si le bulletin d'expédition ne porte aucune indication, la compagnie doit avertir

(1) Cass. 22 août 1881, D. P. 82. 1. 208.

(2) Cass. 13 févr. 1878, D. P. 78. 1. 206, etc.—Il suffit de demander « le tarif le plus réduit » : Cass. 6 févr. 1877, D. P. 77. 1. 383.

Source BIU Cujas

le destinataire de leur arrivée en gare, pour qu'il déclare s'il entend les recevoir à domicile ; et c'est seulement en cas de silence de sa part qu'elle peut les camionner à domicile (1) ; les lettres d'avis indiquent d'ailleurs en général que, faute de réponse, ce camionnage aura lieu. — Quoique la marchandise soit expédiée *livrable à domicile*, le destinataire est toujours maître, suivant nous, de demander la livraison en gare s'il en est encore temps (2).

Le camionnage *au départ* n'est pas obligatoire pour les compagnies ; mais elles peuvent établir dans les villes des *bureaux d'expédition* tenus par leurs agents et recevant les marchandises pour les expédier à la gare (3).

VI. — Transport des bagages avec les voyageurs.

554. Tout voyageur a droit au transport en franchise de 30 kil. de bagage; et les enfants payant demi-place à 20 kil. (cah. des ch., art 44). — On peut trouver de l'avantage à se réunir pour faire profiter celui qui a plus de 30 kil. de la franchise de celui qui en a moins. Cette combinaison est très permise entre les membres d'une même famille ou entre amis voyageant ensemble. Mais entre étrangers cela est certainement contraire à l'esprit du cahier des charges, qui fait du transport des bagages un appendice personnel du transport du voyageur. Il est donc incontestable que ce fait pourrait donner lieu à des dommages-intérêts pour les compagnies. Mais ce fait est-il puni correctionnellement ? C'est ce que nous allons examiner dans un instant.

VII. — Sanction de l'observation des tarifs.

555. Les tarifs formant la loi pour les compagnies comme pour le public, nous avons déjà dit que leur inobservation, lors même qu'elle aurait été consentie par la compagnie, devrait toujours donner lieu à une rectification, et qu'à tout moment on peut demander la correction et le paiement du prix réellement dû. Ce droit existe pour les expéditeurs ou destinataires si le prix a été exagéré ; pour les compagnies, si le prix a été trop abaissé.

L'inapplication des tarifs peut avoir lieu sans le consentement, ni la faute, de la compagnie, si l'on a cherché à échapper à leur application par des déclarations inexactes ou par d'autres moyens. Cela peut se produire dans bien des circonstannces ; p. ex. on ne s'est pas conformé aux conditions du groupage (n. 549), ou l'on n'a pas déclaré la nature des marchandises, lorsque d'après leur nature elles doivent être taxées plus fortement, ou taxées *ad valorem* au lieu d'être taxées au poids ; ou bien l'on a essayé de voyager sans billet, ou avec un permis de circulation appartenant à autrui, ou avec un billet d'aller et retour périmé; ou l'on a voyagé avec le coupon de retour d'un billet délivré à un autre voyageur ; ou enfin l'on a emprunté le billet de place d'un autre voyageur pour profiter de sa franchise de bagage,(n. 554). Dans tous ces cas, il est absolument incontestable qu'on a causé un tort à la

(1) Cass. 27 juill. 1852, *J. Pal.*, 1852, 2. 466. Duverdy, n. 226, 227. Al. n. 930. — Un arrêt plus récent autorise la compagnie à faire le camionnage à domicile sans avis préalable : Cass. 19 déc, 1866, *J. Pal.*, 1867, p. 49 ; nous ne saurions approuver cette doctrine.

(2) Cass. 19 déc. 1866, *J. Pal.*, 1867, p. 49, etc. Al. n. 931. — *Contrà* : Duverdy, 228. n.

(3) Cons. Rej. 21 juin 1882, D. P. 83. 1. 85, etc. V. Al. n. 936. Duverdy, n. 229, 235.

Source BIU Cujas

compagnie et qu'on lui en doit au moins la réparation civile (C. civ., art. 1382). — Mais cette réparation ne consistera en général que dans le paiement de la taxe à laquelle on avait indûment échappé ; de sorte que, si l'on s'en tenait là, les coupables ne risqueraient absolument rien en tentant ces manœuvres frauduleuses ; ils auraient la chance de gagner si leur fraude reste secrète, et ne courraient aucun risque de perdre si elle est découverte. Aussi les compagnies, ne se sentant pas suffisamment protégées par cette responsabilité civile, ont cherché à donner à leurs droits une sanction pénale et à faire condamner les coupables correctionnellement : de là la question suivante.

556. **Q.** *Ces faits sont-ils punis correctionnellement ?* — Ils ne rentrent ni dans la définition du vol (C. P., art. 379), puisqu'il n'y a pas l'appréhension frauduleuse; ni dans celle de l'escroquerie (C. P., art. 405), puisqu'il n'y a pas proprement de manœuvres frauduleuses (1). Mais il y a des textes qui punissent de 16 fr. à 3,000 fr. d'amende les infractions aux règles sur la police, la sûreté et l'*exploitation* des chemins de fer (L. 15 juillet 1845, art. 21, et ord 15 nov. 1846, art. 79). *Ces faits tombent-ils sous le coup de ces textes ?* — 1er S. *Oui* : — ces faits constituent une contravention aux règles sur l'exploitation des chemins de fer ; — l'indemnité à la compagnie, qui est seulement le remboursement de ce qu'on aurait dû payer, n'est pas une sanction efficace ; car alors le contrevenant ne risque rien (2). — 2e S. *Non* (!) : il faut forcer le sens des textes pour établir la doctrine précédente, et en matière pénale surtout cela n'est pas admissible : — en effet ces articles se trouvent dans une loi sur la *police* des chemins de fer, dans une ordonnance sur la *police*, la *sûreté*, l'*exploitation* des chemins de fer; or, tous ces termes s'expliquent l'un par l'autre ; l'*exploitation* des chemins de fer vise les règles imposées *à la compagnie* dans son exploitation, et non pas celles imposées au public vis-à-vis de la compagnie ; l'ordonnance, dans le titre qui a pour rubrique *De la surveillance de l'exploitation*, ne traite que de cela, et le cahier des charges, qui annonce dans son art. 37 un règlement sur la police et l'exploitation des chemins de fer, prouve bien clairement qu'il n'entend pas que ses dispositions rentrent dans ces termes; — de plus les textes cités parlent de *contraventions* : ils supposent donc des faits extérieurs, matériels, défendus par les lois et règlements ; or, les articles du cahier des charges ne défendent rien ; ils se bornent à dire qu'on doit payer tel prix dans telles conditions ou qu'on en est exempté dans telles autres conditions ; — le premier système dénature complètement le sens et la portée des cahiers des charges ; ces cahiers sont une convention entre l'Etat concédant et la compagnie concessionnaire ; ils imposent des *obligations* à la compagnie envers l'Etat et envers le public, pour lequel l'Etat stipule, mais ils ne constituent aucun droit spécial et précis pour la compagnie contre le public ; — la compagnie est seulement *autorisée* à percevoir telle taxe; mais cette autorisation, condition préalable de la légalité de sa perception, ne lui confère pas plus de droits que n'en a tout particulier qui loue ses services ou spécialement ses voitures or un particulier, à qui l'on a payé moins qu'on ne lui devait, a droit au paie

(1) Lyon, 25 février 1863, D. P. 63. 2. 138.
(2) Jur. constante : Agen, 13 févr. 1879, D. P. 80. 2. 173, etc., etc.

Source BIU Cujas

ment du complément de sa créance, mais ne peut obtenir une condamnation pénale contre son débiteur, puisqu'il n'existe aucun texte qui prévoie ce cas; donc les compagnies ne peuvent obtenir une condamnation de ce genre (1).

Il faudra faire exception pour certains faits qui ne sont pas seulement contraires aux cahiers des charges, mais qui sont prohibés par d'autres textes formels : ainsi l'ordonnance de 1846 défend (art. 63) : 1° d'entrer sans billet dans un train, ou avec un billet dans une voiture d'une autre classe que celle indiquée sur le billet ; 2° d'entrer dans les wagons et de sortir autrement que par la portière et du côté extérieur de la voie; 3° de passer d'une voiture dans l'autre, et de se pencher au dehors. Ces faits tomberaient sous le coup de l'art. 79 de la même ordonnance. Ainsi encore un arrêté du ministre des travaux publics ordonne de déclarer la valeur des lots de finances confiés aux compagnies; l'absence de déclaration ou la déclaration fausse tomberait sous le coup du même art. 79, qui punit expressément les contraventions aux décisions rendues par le ministre des travaux publics pour l'exécution de l'ordonnance (2).

SECTION III.

OBLIGATIONS DU VOITURIER ET DU COMMISSIONNAIRE.

557. Nous réunissons ce qui concerne ces deux classes d'intermédiaires, quoiqu'ils soient séparés par la loi, parce que les mêmes règles leur sont applicables, comme il est facile de s'en convaincre en comparant les art. 97 et 98 avec les art. 103 et 104. Ces règles sont aussi, sans difficulté possible, applicables aux compagnies de chemins de fer (3).

Quatre paragraphes : — 1° Responsabilité de ces personnes; — 2° Moyen de défense qu'elles peuvent invoquer; — 3° Répartition de la responsabilité entre les divers agents du transport; — 4° Atténuations légales de la responsabilité.

§ 1er

Responsabilité du commissionnaire et du voiturier.

Leur obligation essentielle est de remettre la marchandise à sa destination. Ils ne doivent en principe la remettre qu'au *destinataire*, désigné par la lettre de voiture; et ils ont droit de ne la remettre qu'à lui, car la lettre de voiture fait la loi du contrat (C. civ. a. 1134) (4). Ils seraient donc responsables des erreurs qu'ils commettraient à cet égard (5). Pourtant si une saisie-arrêt était faite entre leurs mains, ils ne devraient pas se dénantir; par conséquent ils

(1) Al. n. 936, 951, qui cite sous ce dernier numéro un jugement du tribunal de Mulhouse très bien motivé dans ce sens. Sarrut, n. 335 et suiv. Ly. C. et R., n. 966.

(2) *Contrà* : Ly. C. et R., n. 966 note 4.

(3) V. Al. n. 896.

(4) Cass. 9 avril 1879, D. P. 80. 1. 13; 6, 12 août 1879, D. P. 80. 5. 71-72. etc.

(5) Req. 26 févr. 1877, D. P. 78. 1. 476.

Source BIU Cujas

ne seraient pas dans ce cas responsables du retard dans la livraison (1). Enfin l'expéditeur qui a encore en mains la lettre de voiture ou le récépissé peut reprendre la marchandise; car c'est lui qui a traité avec le voiturier, et celui-ci, dans ces conditions, n'a pas à craindre les poursuites du destinataire (2).

De cette obligation dérivent plusieurs autres :

Art 97. Il est garant de l'arrivée des marchandises et effets dans le délai déterminé par la lettre de voiture, hors les cas de la force majeure légalement constatée.

Art. 98. Il est garant des avaries ou pertes de marchandises et effets, s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture ou force majeure.

Art. 103. Le voiturier est garant de la perte des objets à transporter, hors les cas de la force majeure. — Il est garant des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ou de la force majeure.

Art. 104. Si, par l'effet de la force majeure, le transport n'est pas effectué dans le délai convenu, il n'y a pas lieu à indemnité contre le voiturier pour cause de retard.

558. Leur responsabilité a donc trois chefs principaux : 1° *La perte* totale ou partielle; 2° *les avaries*, apparentes ou non apparentes; 3° *le retard*.

En cas de *perte*, la règle est que l'indemnité doit consister à mettre autant que possible le destinataire dans la même situation que si les objets étaient arrivés. S'il s'agit de choses fongibles et si le voiturier peut se procurer sur la place des objets identiques, la meilleure indemnité et la plus exacte consistera à fournir ces objets au destinaire, que leur prix nouveau d'achat soit supérieur ou inférieur à leur valeur au départ. Dans le cas où cette indemnité en nature n'est pas possible, le voiturier devra payer leur valeur au moment et au lieu où la remise devait être faite, si cette valeur est égale ou supérieure à celle du départ; cela ne peut faire de doute (3). Si la valeur nouvelle est plus faible que celle du départ, on peut hésiter. Nous pensons qu'il doit la valeur au départ, parce qu'il n'est pas sûr que le destinataire ait dû revendre au moment même et au lieu de l'arrivée; il aurait pu attendre un moment plus favorable, ou transporter plus loin les objets pour les vendre plus avantageusement; dans l'incertitude où l'on est forcément sur le résultat des opérations qu'il aurait pu faire, on ne peut s'arrêter qu'à une seule base fixe, c'est la valeur au départ (4).

En cas d'*avaries*, il faut appliquer les mêmes règles (5), après avoir fait les distinctions suivantes : Si l'avarie consiste dans une destruction ou perte partielle des objets, on appliquera à la partie perdue les règles données plus haut pour la perte totale (6). Si, l'avarie consistant dans une détériora-

(1) Paris, 5 mars 1879, D. P. 80. 2. 102, etc.

(2) Cass. 5 août 1878, D. P. 78. 1. 464. — Ly. C. et R., n. 882 *bis*. — C. com. ital., a. 396.

(3) Pard., n. 541, Troplong, *Louage*, n. 922. Duvergier, *Louage*, n. 322. Brav., t. II, p. 368. Al. n. 911.

(4) Brav., t. II. p. 368 et suiv. Al. n. 911. — *Contra* : C. com. ital., a. 405.

(5) Même auteurs, *ll. citt.*

(6) Aix, 21 août 1872, D. P. 72. 2. 182. — Pard., n. 544. Brav., t. II, p. 348, 349. Béd., n. 260. Al. n. 911. Duverdy, n. 75, 76.

Source BIU Cujas

tion plus ou moins générale, cette détérioration rend les objets tout à fait impropres à l'usage qu'en voulait faire le destinataire, celui-ci a le droit de les refuser, et de poursuivre le voiturier, comme s'il y avait perte totale. Si enfin la détérioration ne rend pas les objets impropres à leur destination, mais diminue leur valeur, le destinataire aura droit à la différence de cette valeur; c'est cette différence qui s'appréciera par la comparaison des valeurs aux moments et aux endroits indiqués à propos de la perte totale. — Bien entendu, on ne saurait considérer comme avarie à la charge du voiturier la simple variation de la valeur vénale, produite par une dépréciation générale de tous les objets de même nature; ce n'est pas là un risque du transport, mais un risque de l'opération commerciale, qui reste à la charge du propriétaire de la marchandise.

559. **Q.** *En cas de retard, a-t-on droit à une indemnité pour le seul fait du retard sans prouver qu'on ait subi un préjudice?* — 1er S. *Oui* : le texte des articles 97 et 104 indique très clairement que l'indemnité est due pour le seul fait du retard; il n'excepte que le cas de force majeure; — souvent le retard ne cause aucun préjudice appréciable en argent, les voituriers pourraient donc impunément manquer à leurs engagements (1). — 2e S. *Non* (!) : ces articles indiquent seulement les faits générateurs des obligations; mais ils se réfèrent aux principes généraux quant aux conditions générales nécessaires pour que ces faits produisent des obligations; or, les conditions générales sont dans l'art. 1382, C. civ., qui exige un dommage causé; — l'art. 104 dit qu'on a droit à une *indemnité*; or, qui dit indemnité dit *réparation d'un dommage;* — l'art. 97 parle de *garantie;* or, on ne peut être garanti que contre une perte; — il n'y a plus chez nous d'actions pénales privées, attribuant à une partie une valeur qu'elle n'a pas perdue pour punir l'autre partie coupable (2). — Seulement nous admettrons ici, comme dans tous les cas semblables, qu'on devra tenir compte des frais, des démarches, du temps perdu, et même des ennuis et des préoccupations causées au destinataire par le retard. Si l'on objecte qu'il y a là un dommage immatériel non appréciable en argent, nous répondrons qu'il y a là une souffrance morale, comparable à celle que causerait une perte pécuniaire, et quelquefois plus grande, que le voiturier en est responsable, et qu'il doit fournir au destinataire les moyens de compenser cette souffrance par les satisfactions qu'il pourra se donner avec l'indemnité qu'on lui paiera. Cette doctrine est couramment admise par les tribunaux étrangers; nous sommes en France bien en retard sur ce point (3).

Souvent, il y a dans les lettres de voiture un forfait pour le cas de retard, qui fixe l'indemnité à 1/3 du prix du transport; c'est là un usage constant qui supplée à la clause prévue par l'art. 102, 11e al., et qui fait la loi dans le silence des parties (4). Dès lors on a droit à cette indemnité, sans prouver la

(1) Trib. com. Nantes, 13 juill. 1870, D. P. 71. 3. 33.

(2) Cass. 8 août 1867, D. P. 68. 1. 30.

(3) Nous appliquerions cette doctrine spécialement au dommage moral résultant des retards si fréquents dans les trains de voyageurs, et à plus forte raison à ceux causés par les accidents de chemin de fer; sans préjudice, bien entendu, de la réparation de tous les dommages matériels.

(4) Limoges, 10 août 1861, S. 62. 2. 26. — Le C. com. ital., a. 403, fait perdre, en cas de retard, une part proportionnelle du prix.

Source BIU Cujas

quotité du dommage, et, en principe, on n'a pas droit à une indemnité plus forte, quand même le dommage serait plus considérable (1), car c'est une clause pénale (C. civ., art. 1152). Mais il ne faut appliquer ce forfait qu'aux petits retards qui se produisent fréquemment, et qui ont pu être prévus par les parties. On doit accorder de plus fortes indemnités pour les retards plus considérables, qui sont exceptionnels et n'ont pas apparemment été prévus par les contractants. Cette doctrine n'est pas contraire à l'art. 1152, C. civ. Elle ne fait qu'interpréter la volonté des parties en précisant le cas en vue duquel la clause pénale a été insérée (2). Il en serait de même inversement en cas de retard insignifiant.

Les compagnies de chemins de fer n'ont jamais accepté cette clause; elles ont toujours soutenu qu'elle ne devait pas être sous-entendue contre elles, et qu'elles n'étaient pas obligées de recevoir une expédition si l'on demandait l'insertion de cette clause dans la lettre de voiture ou le récépissé. Et cette prétention doit être admise en vertu du principe que les cahiers des charges forment la loi de ces compagnies, loi dont elles ne peuvent s'écarter par des conventions particulières; or, les cahiers des charges sont muets sur ce point (3). — Souvent, au contraire, les compagnies stipulent qu'elles ne seront jamais tenues pour retard au delà du prix du transport. Cette clause est valable seulement quand elle est autorisée par les cahiers des charges, p. ex. pour des tarifs à prix réduits, et pour les retards qui ne sont pas causés par une faute lourde (4).

Le droit du destinataire en cas de retard ne peut aller jusqu'à *laisser pour compte* les marchandises au voiturier (5), à moins que le retard n'ait fait absolument manquer la vente.

§ 2

Moyens de défense du voiturier et du commissionnaire.

560. Il résulte des articles 97, 98, 103, 104, ainsi que de l'art. 1784, C. civ., que l'obligation aux dommages-intérêts incombe en principe au commissionnaire ou au voiturier (6), par le seul fait de la perte, de l'avarie ou du retard, sans qu'on ait à prouver qu'il y a une faute de sa part. Ce sera au contraire à lui de faire la preuve des faits qui peuvent le décharger de cette responsabilité. Cette sévérité se justifie parce que : 1° ils sont salariés; 2° ils

(1) Cass. 25 juill. 1881, D. P. 81. 1. 404. — Béd., n. 264. Brav., t. II, p. 365 et suiv. — *Contrà* : Al. n. 920.

(2) Paris, 3 mai 1879, D. P. 80. 2. 69. — Béd., n. 264. Brav. et Demang., t. II, p. 365 et suiv. Duverdy, n. 82.

(3) Cass. 27 janv. 1862, D. P. 62. 1. 67. — Demang. sous Brav., t. II, p. 336. Al. n. 921. Duverdy, n. 89 et suiv. — *Contrà* : Brav., t. II, p. 331 et suiv.

(4) V. Cass. 7 août 1878, D. P. 78. 5. 118, etc. — Al. n. 915. Duverdy, n. 36.

(5) Chambéry, 11 mars 1874, D. P. 77. 2. 62. — Pard. n. 544. Sarrut, n. 662, 663. Ruben de Couder, v° *Commiss. de transport*, n. 70. Ly. C. et R., n. 902.

(6) Ces dispositions doivent être appliquées aux cochers de voiture de place pour les bagages placés en dehors de la voiture : Cass. 1er mai 1855, D. P. 55. 1. 158; Rouen, 27 fév. 1856, D. P. 59. 2. 334, etc. — Al. n. 945.

Source BIU Cujas

font profession de donner leurs soins aux objets et à l'exactitude du transport; il y a en outre les considérations spéciales que nous allons exposer. — Il existe en résumé contre eux une double présomption : — 1° présomption que le fait dommageable a eu lieu pendant que l'objet a été entre leurs mains; en cas de perte ou de retard, la conformité de cette présomption avec les faits est évidente; en cas d'avarie, la présomption est fondée sur ce qu'ils n'ont pas dû se charger d'un colis, sans en vérifier le bon état; — 2° présomption que le fait dommageable a eu lieu par leur faute ou par celle de leurs employés (C. civ., art. 1384); cette présomption est fondée sur la considération que dans l'ordre normal des choses une marchandise ne se perd pas, ne se détériore pas sans une cause déterminée, et que la durée du transport a été aussi calculée d'après les circonstances normales et a fait du reste l'objet d'une promesse formelle de leur part; s'ils prétendent avoir été dans un cas d'exception à l'ordre normal des choses, c'est à eux de le prouver (C. civ., art. 1315) (1).

561. Les faits qui peuvent exonérer le commissionnaire ou le voiturier sont les suivants (2) :

1° *La force majeure* (art. 97, 98, 103, 104), et nous ajouterons le *cas fortuit* qui doit être mis sur le même rang (C. civ., art. 1784) (3). — A moins que ce fait n'ait été précédé d'une faute de sa part : par exemple, s'il a pris une route mauvaise ou simplement une voie, un mode de transport, autres que ceux qui étaient naturellement indiqués (4); s'il n'a pas pris tous les moyens d'empêcher le mal (5); s'il a dû prévoir l'événement en contractant (6). — Il peut, du reste, se borner à prouver qu'il a pris toutes les précautions utiles; de là résultera que le désastre n'a pu avoir lieu que par force majeure, sans qu'il ait à prouver la cause exacte de ce désastre (7). — Il fera sa preuve par tous les moyens possibles (8).

2° *La faute de l'expéditeur;* par exemple si l'emballage était mal fait (9); s'il n'a pas suffisamment déclaré la nature fragile des objets (10); s'il a fait lui-même le chargement (11); s'il n'a pas fait enregistrer ses colis (12).

3° *Le vice propre de la chose* (art. 103), soit l'avarie existant lors de l'expédition (13), soit l'altération causée par la nature même de la chose, sans la supposer défectueuse; p. ex. pour des vins, des pelleteries (14).

(1) Cass. 23 août 1858, S. 60. 1. 984. — Persil et Croissant, n. 13 et 14. Brav., t. II, p. 356, 357. Al. n. 905.

(2) Comp. C. com. ital. a. 400.

(3) Demol., *Contrats*, t. I, n. 553. Demang. sous Brav., t. II, p. 354. — *Contrà :* Brav., t. II, p. 354.

(4) V. Al. n. 905, 922. Duverdy, n. 43.

(5) Rej. 6 janv. 1869, D. P. 69. 1. 9.

(6) Req. 13 déc. 1876, D. P. 77. 1. 255.

(7) Rouen, 17 nov. 1859, D. P. 60. 2. 208. V. aussi Req. 3 juin 1874, D. P. 76. 1. 371.

(8) Al. n. 905. Duverdy, n. 42.

(9) Cass. 17 mai 1882, D. P. 83. 1. 14.

(10) V. Req. 22 nov. 1871, D. P. 71. 1. 63.

(11) Béd., n. 257, 364. Brav., t. II, p. 352. Al. n. 910.

(12) Cass. 5 juin 1878, D. P. 78. 1. 428.

(13) Cass. 6 août 1879, D. P. 80. 5. 73.

(14) Cass. 17 mai 1882, D. P. 83. 1. 14. etc. — Béd., n. 258, 363. Brav., t. II, p. 352 Al. n. 910.

Source BIU Cujas

562. 4° *Une stipulation formelle peut-elle l'exonérer par avance?* — Oui, mais seulement pour le commissionnaire (art. 98), et non pour le voiturier.

Le *voiturier* ne peut s'exonérer d'avance par une stipulation formelle; parce que nul ne peut stipuler qu'il ne répondra pas de sa faute personnelle (C. civ., art. 1628). Or, tel serait le cas du voiturier (1). — Ceci a été appliqué aux compagnies de chemins de fer, de la part de qui cette stipulation serait encore plus dangereuse à raison de leur monopole (2), et qui d'ailleurs, ne pouvant refuser une expédition, ne peuvent mettre des conditions spéciales à sa réception. On admet seulement cette stipulation, comme condition d'un tarif spécial (3).

Pour tous les voituriers, y compris les compagnies de chemin de fer, cette clause doit être admise si les marchandises sont mal emballées ou fragiles ou déjà avariées; ce n'est alors que la prévision anticipée de causes d'exonération admises par tout le monde (4). Dans ce cas, on fait signer à l'expéditeur, sur le bulletin de bagage et sur la souche de ce bulletin, les mots *sans garantie*. Et encore cette clause ne dispense le voiturier que des avaries résultant du défaut signalé et non des autres (5); elle ne le dispense jamais de la faute de ses agents (6). Elle a seulement pour effet de faire tomber les présomptions de faute des art. 103, C. com., et 1784, C. civ. : c'est seulement de la faute *prouvée* qu'on ne peut pas s'exonérer (7).

Le *commissionnaire*, au contraire, peut s'exonérer d'avance, parce qu'il répond en principe de la faute des autres; il est toujours *du-croire* :

Art. 99. Il est garant des faits du commissionnaire intermédiaire auquel il adresse les marchandises.

Il peut donc s'exonérer de cette responsabilité du fait d'autrui (8). — Mais en pratique, comme il est ordinairement voiturier lui-même, il n'y a guère lieu d'appliquer cette règle, et la jurisprudence ne l'applique pas (9).

563. Les compagnies, suivant l'exemple donné autrefois par les voituriers et les messageries (10), insèrent souvent au dos des bulletins de bagage, la clause qu'en cas de perte, elles ne répondront pas au delà de 150 fr. (ou même quelquefois 75 fr.). Q. *Cette clause est-elle opposable au voyageur?* Nous répondrons négativement sans hésiter : — d'abord cette clause n'est jamais lue, surtout elle n'est pas lue avant que l'on ne confie son bagage à la com-

(1) Pard., n. 562. Aubry et Rau, t. II, § 373, note 10. Brav., t. II, p. 358. Al. n. 902, 903. Duverdy, n. 30. Sarrut, n. 216 et suiv. Ruben de Couder, v° *Commiss. de transport*, n. 292. — *Contrà :* De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, t. 2, p. 5 et suiv. Ly. C. et R., n. 903.

(2) Req. 29 mai 1866, D. P. 66. 1. 388. — Al. n. 903.

(3) Cass. 7 août 1878, D. P. 78. 1. 382, etc. — C. com. ital., a. 416.

(4) Cass. 24 janv. 1874, 14 déc. 1875, D. P. 76. 1. 133. — Troplong, *Louage*, n. 942. Al. n. 903, 910.

(5) Civ. rej. 13 août 1872, D. P. 72. 1. 228.

(6) Brav. et Demang., t. II, p. 360, 362. Al. n. 903.

(7) Cass. 17 mai 1882, D. P. 83. 1. 14, etc. etc. Troplong, *Louage*, n. 542. — *Contrà :* Sarrut, n. 222 ter. Ly. C. et R., n. 954.

(8) Brav., t. II, p. 359.

(9) Pard., n. 576. Al. n. 902.

(10) Cette règle avait été établie au profit du gouvernement lorsqu'il exploitait lui-même les messageries, mais elle avait dû disparaître avec sa cause.

Source BIU Cujas

pagnie, car le bulletin n'est remis au voyageur qu'après l'enregistrement, au moment où il vient de payer le prix; elle n'est donc jamais volontairement acceptée; — quand même elle le serait, elle serait nulle comme illicite, car on ne peut pas se décharger de son propre fait (1).

564. **Q.** Mais réciproquement, *le voyageur dont le colis est perdu peut-il prétendre qu'il contenait des valeurs très considérables?* — Nous admettons que la compagnie en cas de simple faute ne répond que de ce qu'on peut s'attendre à trouver dans une malle, comme des effets, quelques bijoux, l'argent nécessaire pour un voyage ordinaire, etc. (2) : — en effet, on ne répond, quand on est de bonne foi, que des dommages qu'on a pu prévoir lors du contrat (C. civ., art. 1150); — le voyageur aurait dû déclarer les objets précieux pour qu'on apportât plus de soin au colis, lors même qu'ils ne sont pas soumis à un tarif spécial, par exemple si c'est un manuscrit. — *A fortiori* n'aurait-il pas droit à une indemnité quand il y avait un tarif spécial plus élevé, comme pour des valeurs; car alors il a voulu frustrer la compagnie (3). — Mais s'il y avait eu un dol, à plus forte raison soustraction par un agent de la compagnie, comme alors elle répond même du dommage non prévu (C. civ. a. 1151), elle devrait payer tout ce qui se trouvait dans la malle (4).

Les règles ne sont plus exactement les mêmes lorsqu'il s'agit de marchandises expédiées seules en messagerie (sans accompagner aucun voyageur) : dans ce cas, le dommage prévu n'est plus aussi limité; la compagnie ne pourrait s'exonérer que si le colis contenait des objets de valeur qu'on ne peut s'attendre à voir expédier communément (5); dans tous les autres cas, elle serait tenue de payer la valeur réelle des objets, pourvu qu'ils ne fussent pas soumis à un tarif spécial comme les valeurs d'or et d'argent (6).

Il a été plusieurs fois jugé que les compagnies sont responsables même des bagages non enregistrés, déposés dans la salle des bagages pendant que le voyageur prend son billet, parce que c'est là un dépôt nécessaire, imposé par la compagnie, le voyageur ne pouvant pas faire autrement que de les abandonner là pendant ce temps (7). Il en serait autrement si les bagages avaient été abandonnés dans la salle des bagages pour ne partir que par un train postérieur (8).

565. Supposons que le voiturier et le commissionnaire s'exonèrent de la responsabilité. Sur qui retombera la perte? Sur le destinataire ou sur l'expéditeur? L'art. 100 a pour but de répondre à cette question :

Art. 100. La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui

(1) Douai, 7 mars 1847, D. P. 47. 2. 98. — Al. n. 944.

(2) Req. 5 mars 1872, D. P. 72. 1. 215. Paris, 19 mars 1875, D. P. 77. 5. 92. — Al. n. 948. Duverdy, n. 60. Comp. C. Com. ital. a. 406.

(3) Cass. 7 août 1867, D. P. 68. 1. 34. — Brav., t. II, p. 357.

(4) Chambéry, 30 juin 1875, D. P. 78. 5. 119.

(5) Paris, 15 juill. 1874, D. P. 77. 5. 93.

(6) Req. 4 juin 1872, D. P. 73. 1. 24, etc., etc. Al. n. 947. Duverdy, n. 57 et suiv. — *Contrà :* Troplong, *Louage*, n. 950. — Comp. Req. 27 déc. 1876, D. P. 77. 1. 182.

(7) Trib. com. Marseille, 9 nov. 1870, D. P. 72. 3. 71.

(8) Besançon, 6 déc. 1869, D. P. 70. 2. 119.

Source BIU Cujas

elle appartient, sauf son recours contre le commissionnaire et le voiturier chargés du transport.

Mais cet article est peu catégorique; il s'agit encore de savoir qui est propriétaire des marchandises. Voici ce qui résulte des principes déjà posés par nous (*suprà*, n. 451) : — si les marchandises ne sont pas vendues au destinataire, mais envoyées en dépôt ou en consignation, l'expéditeur en est toujours propriétaire; — si elles sont vendues et sont des corps certains, le destinataire en est devenu propriétaire dès la vente; — si elles ne sont pas des corps certains et étaient livrables chez l'acheteur, c'est l'expéditeur qui est propriétaire jusqu'à l'arrivée; — si elles étaient livrables chez le vendeur ou entre les mains de l'agent du transport (par exemple livrables sous vergues, Rej. 3 mars 1873, D. P. 73. 1. 300), c'est le destinataire qui est propriétaire dès le jour de l'expédition, pourvu seulement que la marchandise soit conforme à la commande. C'est cette dernière forme de livraison qui doit toujours se présumer dans le silence des parties : — c'est le cas habituel; — cela a été dit dans les travaux préparatoires (1).

§ 3

Partage de la responsabilité entre les divers agents du transport.

566. Nous supposons que le transport a été effectué par plusieurs commissionnaires ou voituriers. Quelles seront les obligations de chacun?

Q. D'abord, *le destinataire aura-t-il une action directe contre chacun d'eux?* Nous supposons, pour le moment, qu'on sait positivement quel est celui qui est responsable du dommage; celui-là pourra-t-il être poursuivi directement par le destinataire, quel que soit son ordre dans la chaîne des agents du transport? — Nous répondons affirmativement : car il a traité avec chacun d'eux par l'entremise du commissionnaire ou des voituriers précédents; — si les voituriers ont traité avec le commissionnaire, nous avons vu que, d'après les principes du contrat de commission, le droit est directement acquis au commettant; — s'ils ont seulement reçu la marchandise d'un voiturier antérieur, celui-ci a joué le rôle de commissionnaire; en effet, chacun d'eux s'est certainement obligé en recevant la marchandise. Envers qui? Est-ce principalement envers le voiturier antérieur? Non, car celui-ci n'a aucun intérêt personnel à ce que la marchandise soit transportée. C'est envers l'expéditeur et le destinataire, seuls intéressés. Le voiturier subséquent ne contracte envers le voiturier antérieur qu'une obligation éventuelle; dans le cas où celui-ci serait poursuivi comme responsable, il pourrait se retourner contre l'auteur du dommage. Cette doctrine paraît bien consacrée par l'art. 101, qui admet que le contrat se forme entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier; donc il y a obligation directe du voiturier envers l'expéditeur (2).

(1) Al. n. 973.

(2) Cass. 19 août 1868, D. P. 68. 1. 437; Toulouse, 4 déc. 1871, D. P. 71. 2. 254, etc., etc. — Al. n. 970. Duverdy, n. 121 *bis*.

Source BIU Cujas

567. **Q.** *Le destinataire a-t-il action contre d'autres que l'auteur du dommage?* En d'autres termes, les divers agents du transport sont-ils garants les uns des autres envers le destinataire?

Il est hors de doute que le commissionnaire, auquel l'expéditeur s'est adressé d'abord, est garant de tous les commissionnaires et voituriers par les mains desquels il a lui-même dirigé la marchandise. Nous avons déjà indiqué cela avec le texte formel de l'art. 99; il est toujours *du-croire* (1). — I a même été jugé à bon droit que cette responsabilité ne cesse pas, quoique le voiturier subséquent ait été désigné dans la lettre de voiture même, parce que c'est probablement le commissionnaire qui l'a proposé à l'expéditeur, et qu'en tous cas il a agréé ce choix; cela résulte aussi de l'art. 101, d'après lequel le commissionnaire et le voiturier peuvent être simultanément obligés par la lettre de voiture, ce qui n'est possible précisément que dans notre hypothèse (2). Ceci s'appliquerait spécialement aux compagnies de chemin de fer, qui sont très souvent imposées par la force même des choses, sans choix possible, lorsqu'on veut faire faire un trajet déterminé (3).

Les voituriers subséquents ne seront garants des voituriers ultérieurs que s'ils ont joué eux-mêmes lerôle de commissionnaires, c'est-à-dire s'ils ont accepté le mandat de choisir le voiturier ultérieur à qui ils confieraient la marchandise pour la suite du trajet; ils ne seront pas garants, si, au contraire, ces derniers avaient été désignés d'avance par le premier commissionnaire ou par l'expéditeur. En effet, leur rôle normal étant ici celui du voiturier et non celui de commissionnaires, on ne peut leur appliquer la règle des art. 99 et 101 (4). Mais cette dispense de garantie ne devrait être admise qu'en cas de désignation expresse des voituriers intermédiaires, et non pas dans le cas où cette désignation résulte seulement de la disposition des voies ferrées dans la direction à suivre. A plus forte raison ne pourrait-elle être invoquée par une compagnie de chemin de fer, qui aurait la première reçu une expédition devant emprunter un autre réseau, car l'art. 61 du cahier des charges impose à toutes les compagnies de « *s'arranger entre elles* de manière à ce que *le transport ne soit jamais interrompu* au point de jonction des diverses lignes. » Encore moins pourrait-elle l'invoquer s'il existait un *tarif commun* entre les deux compagnies (5).

Il pourra donc arriver, suivant les distinctions ci-dessus, que les premiers voituriers soient garants des voituriers postérieurs; mais jamais il n'arrivera que ceux-ci soient garants des faits certainement imputables aux premiers. — Bien entendu, ceux qui auront ainsi répondu du fait des autres pourront opposer les exceptions du chef de ceux-ci (6). Ils pourront aussi recourir contre les auteurs du dommage.

(1) Cass. 15 avril 1846, D. P. 46. 1. 140. — Al. n. 966. Duverdy, n. 121. — C. com. ital., a. 398; comp. a. 411.

(2) Cass. 20 déc. 1845, D. P. 46. 1. 51. — Al. n. 968.

(3) Al. n. 966. Consulter la note critique dont nous avons accompagné un arrêt de Req. 24 fév. 1875, D. P. 76. 1. 241.

(4) Béd., n. 278. Demang., t. II, p. 363. Sarrut, n. 731 et suiv. Ly. C. et R, n. 911.

(5) Consultez Lyon, 24 mars 1874 et Cass. 25 fév. 1875, D. P. 76. 1. 241, et surtout notre note développée sous ces arrêts. Aj. Cass. 9 avril 1879, D. P. 80. 1. 13.

(6) Paris, 25 avril 1874, D. P. 76. 2. 54.

Source BIU Cujas

568. Mais il arrivera souvent que l'on ne reconnaîtra pas facilement, parmi les agents successifs du transport, à qui le dommage est imputable. — Alors seront-ils tous sous le coup de la double présomption que nous avons fait ressortir au paragraphe précédent (n. 560)? — La seconde s'appliquera toujours sans difficulté à chacun d'eux : s'il est prouvé que le fait dommageable a eu lieu entre ses mains, il sera présumé avoir été causé par sa faute, à moins de preuve contraire à faire par lui (art. 102, 103) (1).

La première présomption s'appliquera-t-elle toujours? Q. *Seront-ils tous et chacun présumés avoir reçu la marchandise en bon état?* On pourrait être tenté de l'admettre en vertu de la généralité des termes des art. 97, 98, 102, 103. Mais il faut remarquer que ces articles supposent seulement un voiturier, ou un commissionnaire et un voiturier; mais ils ne statuent pas pour le cas de plusieurs voituriers successifs; — et la raison de cette présomption ne nous mène pas non plus à cette conséquence : il n'est pas supposable qu'on reçoive au départ une marchandise avariée, mais il peut bien arriver qu'elle continue à voyager quoique avariée; — ce qu'il faut, pour que le vœu de la loi soit rempli, c'est que la présomption soit opposable une fois à l'un ou à l'autre des voituriers, mais non à tous et à chacun d'eux; — il serait tout à fait contradictoire de présumer que tous l'ont reçue intacte et sont en faute; car si l'un est en faute pour une avarie déterminée, les autres n'y sont pas; cela est certain *à priori*.

569. Q. *Alors quels sont ceux qui seront présumés en faute?* — 1er S. *Ce seront les derniers plutôt que les premiers*; car, à l'égard du second, par exemple, le premier est comme un expéditeur; le second à l'égard du troisième, ainsi de suite; aussi les premiers sont couverts par la présomption que l'objet était intact (art. 98, 99, 102, 103, C. comm.; art. 1784, C. civ.), et en tout cas sont déchargés par la réception de l'objet, faite par les voituriers ultérieurs (art. 105). — Mais il n'est pas vrai que le premier soit un expéditeur à l'égard du second; celui-ci ne s'oblige pas envers lui, nous l'avons dit, mais envers l'expéditeur véritable et le destinataire. Il n'est pas exact non plus que le second voiturier soit un destinataire et puisse invoquer l'art. 105 (2). — 2e S. *Il faut distinguer* (!) : s'il s'agit d'une avarie non apparente, ce sera le premier voiturier qui sera présumé en faute; car il a eu le temps de vérifier avec soin la marchandise et est présumé l'avoir reçue en bon état; mais les voituriers subséquents n'ont pas pu faire cette vérification attentive et intérieure, car cela amènerait des retards infinis; il n'y a donc pas la même présomption contre eux (3); ils peuvent au contraire invoquer contre le premier la présomption que nous venons de rappeler (4); — si, au contraire, l'avarie était apparente ou s'il s'agit d'un retard, le second voiturier a dû découvrir le fait, et a dû le faire constater s'il existait au moment où il a reçu la marchandise; sinon, on doit présumer que le fait s'est produit entre ses mains (5). — Il

(1) Req. 20 juin 1853, D. P. 53. 1. 225.
(2) Cass. 9 mars 1870, D. P. 70. 1. 224. — Al. n. 969.
(3) *Sic* : Al. n. 969.
(4) Béd., n. 282. Al. n. 971. Duverdy, n. 123.
(5) Il est alors déchargé : Cass. 27 août 1878, D. P. 78. 1. 383.
(6) Jurisprudence constante : Cass. 14 août 1876, D. P. 76. 1. 479, etc. Demang. sous Brav., t. II, p. 363. Al. n. 970, 971. Duverdy, n. 123 et suiv.

Source BIU Cujas

en serait de même pour une avarie non apparente, s'il était prouvé en fait qu'il y a eu vérification sérieuse entre le premier et le second voiturier (1). — Dans le cas de perte, la solution sera en général très simple, car une fois l'objet perdu, personne ne peut plus le recevoir; la présomption sera donc que c'est le dernier qui l'a reçu qui est en faute (2).

570. Ces solutions s'appliqueront d'abord au cas où la contestation existera entre les divers agents du transport pour savoir sur qui, en définitive, doit tomber la responsabilité. Q *S'appliqueront-elles à l'encontre du destinataire poursuivant les divers agents?* On l'a contesté plus spécialement dans ce cas, en invoquant les présomptions des art. 97, 98, 102, 103 (3). Mais nous avons répondu à cet argument, et nous appliquerons les mêmes solutions à ce cas (4); du moins si le destinataire poursuit un voiturier qui ne puisse être nullement garant du fait d'autrui. Si, au contraire, le destinataire poursuivait un commissionnaire garant du fait des voituriers postérieurs, celui-ci ne pourrait pas prétendre que le fait dommageable n'a pas eu lieu entre ses mains, puisqu'il en répondrait envers le destinataire lors même qu'il aurait eu lieu par la faute des autres. — Une autre restriction est faite par la jurisprudence elle-même à sa doctrine : si le dernier voiturier réclame le prix total du transport, on peut lui opposer une avarie même non apparente, à titre d'exception opposable aux voituriers antérieurs du chef de qui il agit; mais de cette façon on ne peut évidemment lui faire supporter des dommages-intérêts plus forts que le prix du transport (5).

571. Enfin, il faut faire une dernière réserve générale. Nous avons toujours supposé jusqu'ici qu'il n'y avait eu qu'un seul contrat de transport exécuté par plusieurs agents successifs. Les solutions que nous avons données ne s'appliqueraient plus s'il y avait eu plusieurs contrats de transport distincts, plusieurs lettres de voiture (6), parce que l'expéditeur aurait traité lui-même directement avec chaque voiturier pour une portion du trajet. Alors les règles des art. 97, 98, 102, 103, s'appliqueraient divisément à chaque voiturier (7).

§ 4

Atténuations légales à la responsabilité du voiturier.

572. La responsabilité des voituriers est très lourde, surtout si l'on réfléchit à la grande quantité de transports qu'ils effectuent chaque jour. Aussi le Code leur accorde deux modes de libération très rapides : — 1° une décharge immédiate par la réception de la marchandise et le paiement du

(1) Cass. 29 mai 1867, D. P. 67. 1. 197. — Al. n. 969.
(2) Al. n. 971. Duverdy, n. 123.
(3) Nîmes, 18 nov. 1865, D. P. 66. 2. 220.
(4) Cass. 19 août 1868, D. P. 68. 1. 43; Toulouse, 4 déc. 1871, D. P. 71. 2. 254. — Demang. sous Brav., t. II, p. 364.
(5) Rej. 6 mai 1872, D. P. 72. 1. 167. V. Req. 6 janv. 1874, D. P. 75. 5. 81. Ruben de Couder, v° *Commiss. de transport*, n. 114. — *Contrà* : Ly. et. R., n. 913.
(6) Req. 2 juill. 1860, D. P. 61. 1. 109.
(7) Al. n. 966. Duverdy, n. 121.

Source BIU Cujas

prix; ce que le Code, au titre XIV du Livre II, appelle en matière maritime une *fin de non-recevoir;* — 2° une prescription très abrégée.

I. — Fin de non-recevoir.

Art. 105. La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier.

573. Ces deux conditions doivent être réunies; l'une sans l'autre ne suffirait pas (1). Pourtant il faut remarquer que la réception seule rendrait beaucoup plus difficile la preuve que l'avarie a eu lieu avant cette réception; aussi fera-t-on bien de ne pas recevoir les colis sans les vérifier, lors même qu'on ne paierait pas le prix.

La *réception* produira son effet, qu'elle ait été faite par le destinataire même ou par un mandataire, par ex. un camionneur envoyé par lui (2). Mais la réception par un voiturier ultérieur n'éteint pas le droit du destinataire (3), à moins qu'il n'y ait eu plusieurs contrats de transports séparés (4), que les objets n'aient, p. ex., été remis à ce que nous avons appelé plus haut (V. n. 537, note) un *commissionnaire intermédiaire* (5).

Le *paiement du prix* doit, pour pouvoir servir à la libération du voiturier, avoir été fait au moment de la réception : — c'est ce qui résulte du sens naturel du texte; — c'est seulement dans ces conditions qu'on peut l'interpréter comme une renonciation à toute réclamation (6). — D'où il suit que l'art. 105 est inapplicable à toute expédition en port payé (7).

Cette libération est très grave pour le destinataire; aussi celui-ci a le droit de vérifier l'état des marchandises devant le voiturier; — et cela même à l'intérieur, quoiqu'on l'ait contesté (8). — S'il y a contestation sur l'état des marchandises, l'art. 106 organise un moyen rapide de le constater :

Art. 106. En cas de refus ou contestation pour la réception des objets transportés, leur état est vérifié et constaté par des experts nommés par le président du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de paix, et par ordonnance au pied d'une requête. — Le dépôt ou séquestre, et ensuite le transport dans un dépôt public, peut en être ordonné. La vente peut en être ordonnée en faveur du voiturier, jusqu'à concurrence du prix de la voiture.

Ce mode d'expertise est une simple faculté offerte au destinataire; l'état matériel des marchandises pourrait être constaté par d'autres officiers publics, comme le maire, le commissaire de police; sauf à faire plus tard une expertise en règle (9). — L'ordonnance du 2e al. peut aussi être rendue sur requête, sans le concours d'un officier ministériel, et de même l'ordonnance

(1) Req. 26 fév. 1855, D. P. 55. 1. 404. — Brav. et Demang., t. II, p. 381. Al. n. 985.
(2) Cass. 24 août 1881, D. P. 82. 1. 200, etc., etc.
(3) Rej. 7 juin 1858, D. P. 58. 1. 416.
(4) Cass. 23 mars, 16 mai 1870, D. P. 70. 1. 387.
(5) Cass. 24 nov. 1874, D. P. 76. 1. 388.
(6) Cass. 13 nov. 1867, D. P. 68. 1. 68. — *Contrà* : C. com. ital. a. 417.
(7) Demang. sous Brav., t. II. p. 380. Al. n. 988.
(8) Cass. 9 mars 1870, D. P. 70. 1. 224; Toulouse, 4 déc. 1871, D. P. 71. 2. 254. Demang. sous Brav., t. II, p. 381. Al. n. 985. — C. com. ital. a. 409.
(9) Al. n. 995.

Source BIU Cujas

de vente du 3e al.; cette facilité est sous-entendue par la loi dans les deux derniers alinéas (1). — La vente au profit du voiturier est simplement l'exercice de son privilège de l'art. 2102, 6°, C. civ. (v. *suprà*, n. 544). Elle devra avoir lieu par un courtier inscrit : L. 3 juill. 1861 et L. 10 juill. 1866, art. 4 (2). Elle pourra aussi être ordonnée dans le cas où l'on ne trouverait pas le destinataire (3).

D'ailleurs cette libération s'applique aussi à la responsabilité fondée sur le retard (4).

574. Mais il faut admettre, en vertu des principes généraux, des exceptions à la règle de l'art. 105 :

1° Si le destinataire a fait des réserves formelles en recevant la marchandise, et en signant le certificat de décharge (5). Mais alors le voiturier peut légitimement refuser de laisser le colis (6);

2° Si le voiturier a commis une vraie fraude : car la loi ne parle, dans les art. 103 et suiv., que de la faute; et il y a aussi l'analogie de l'art. 108, qui excepte formellement le cas de fraude (7). — Cela s'appliquerait spécialement, si le voiturier avait déguisé l'avarie (8), — ou avait empêché la vérification, en livrant, par exemple, dans un tumulte (9), ou dans une gare encombrée (10), ou en substituant d'autres objets à ceux qu'il devrait livrer (11), ou en ne produisant pas la lettre de voiture pour la vérification (12);

3° S'il s'agit d'une simple répétition sur le prix du transport mal calculé. C'est ce qu'on appelle l'action *en détaxe* (13).

4° On exceptait encore autrefois le cas où l'avarie n'est pas apparente (14); mais l'art. 105 ne distingue pas; aussi cette jurisprudence est abandonnée; seulement on admet alors que le destinataire peut vérifier la marchandise même à l'intérieur avant de la recevoir (v. *suprà*, n. 573) (15).

(1) Brav., t. II, p. 373.

(2) Al. n. 993. — Il serait responsable s'il faisait vendre autrement : Cass. 16 nov. 1881, D. P. 82. 1. 160.

(3) Cass. 25 avril 1837. *J. Pal.*, 1837. 2. 429.

(4) Cass. 10 avril 1878, D. P. 78. 1. 264.

(5) Cass. 24 nov. 1875, D. P. 76. 1. 168. Brav., t. II, p. 381. Al. n. 985.

(6) Cass. 28 mars 1882, D. P. 83. 1. 31. — Cons. Rej. 18 janv. 1882, D. P. 82. 1. 88.

(7) Rej. 11 mars 1874, D. P. 74. 1. 336. Brav., t. II, p. 382. Al. n. 989. — Mais peu importeraient les difficultés qui auraient empêché la vérification, si elles ne sont en rien le fait du voiturier : Cass. 10 juill. 1877, D. P. 77. 1. 375.

(8) Rej. 14 fév. 1876, D. P. 78. 1. 16. — Al. n. 989.

(9) Cass. 5 fév. 1856, D. P. 56. 1. 181.

(10) Rej. 13 août 1872, D. P. 72. 1. 228. Comp. Cass. 26 juin 1882, D. P. 83. 1. 87.

(11) Limoges, 5 mars 1870, D. P. 70. 2. 90. — Cette exception devrait s'appliquer lors même qu'il n'y aurait pas eu fraude; car on n'est plus dans les termes de l'art. 105, il n'y a pas eu réception des *objets* portés sur la lettre de voiture.

(12) Cass. 22 mai 1865, S. 65. 1. 451. — Demang., t. II, p. 382. Al. n. 989. Cf. Béd., n. 370 et suiv.

(13) Cass. 16 nov. 1881, D. 82. 1. 207, etc. — On oppose à cette action toute action fondée sur une *infraction au contrat de transport*, qui est toujours couverte par la fin de non recevoir de l'a. 105 : Req. 25 mars 1880, D. P. 80. 1. 312, etc., etc.

(14) Cass. 9 juin 1858, D. P. 58. 1. 421.

(15) Cass. 17 juin 1879, D. P. 79. 1. 296. — Demang., t. II, p. 381. Al. n. 985. Ly. C. et R., n. 919.

Source BIU Cujas

Ces règles ne s'appliquent pas aux transports maritimes, dans lesquels on a vingt-quatre heures pour vérifier (art. 436).

II. — **Prescription.**

Art. 108. Toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchandises, sont prescrites, après six mois pour les expéditions faites dans l'intérieur de la France, et après un an pour celles faites à l'étranger; le tout à compter, pour les cas de perte, du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué, et pour les cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises aura été faite, sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité.

575. Pour que cet article s'applique, il faut supposer qu'il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 105; car si le voiturier est déchargé immédiatement, il n'a plus besoin de la prescription. Nous raisonnons donc dans l'une des hypothèses suivantes : ou la marchandise a été refusée; ou elle a été reçue, mais le prix n'a pas été payé (ce que le voiturier acceptera difficilement); ou enfin, l'expédition ayant été faite *franco*, la réception n'établit aucune fin de non-recevoir contre le destinataire.

La prescription est d'un an, au lieu de six mois, si la marchandise va à l'étranger, parce qu'il faut plus de temps pour agir à l'étranger, ou pour recevoir la nouvelle de la non-arrivée ou de l'avarie (1). Cette prescription d'un an s'appliquera même aux agents qui n'auraient fait qu'une partie du trajet entièrement opérée en France, parce qu'il faut toujours qu'on ait le temps de recevoir des nouvelles du lieu de destination avant de commencer à agir (2). — La règle est la même pour les expéditions faites de l'étranger en France : les termes de l'article sont assez larges pour les comprendre ; et les motifs sont identiques (3).

Il n'en serait autrement que s'il y avait eu plusieurs contrats de transport distincts (4).

D'ailleurs, la prescription de six mois ou d'un an est applicable aussi bien contre les non-commerçants que contre les commerçants (5).

Notre article s'appliquera à toute espèce de perte ou d'avarie, quelle que soit sa cause ; hors les cas de fraude réservés expressément par la fin de l'article, et pour lesquels il n'y aura que la prescription de trente ans.

576. L'art. 108 ne parle que de la perte ou de l'avarie ; il ne parle pas du retard. D'où il faut conclure qu'en cas de retard notre prescription ne s'appliquerait pas et qu'il n'y aurait lieu qu'à la prescription de trente ans (6).

(1) Brav., t. II, p. 390.

(2) Béd., n. 454, 455. Al. n. 1008. Ly. C. et R., n. 925. — *Contrà :* Brav., t. II, p. 391.

(3) Aix, 6 mars 1874, D. P. 77. 2. 88.

(4) Béd., n. 454, 455. Demang. sous Brav., t. II, p. 392.

(5) Pard., n. 554. Dalloz, v° *Commissionnaire*, n. 504. Persil et Croissant, p. 267, n. 4. Duvergier, *Louage*, n. 322. Béd., n. 457. Al. n. 1007. Duverdy, n. 111. Demang. sous Brav., t. II, p. 384. — *Contrà :* Troplong, *Louage*, n. 928. Aubry et Rau, t. IV, p. 524. Ly. C. et R., n. 868.

(6) Cass. 10 mai 1876, D. P. 78. 5. 114, etc. — Al. n. 1004. Duverdy, n. 112. Sarrut, n. 870, 871. — *Contrà :* Galopin, n. 100. Brav. t. II, p. 387 et suiv. Ly. C. et R., n. 924.

Source BIU Cujas

Cette différence est tout à fait inexplicable, surtout si l'on remarque, que pendant assez longtemps après l'époque fixée pour l'arrivée, on ignore s'il y a simple retard ou perte ; et que le destinataire, tant qu'on ne lui représente pas les objets, a droit d'agir comme s'ils étaient perdus (1). Pour qu'il y ait lieu à action pour simple retard, il faut supposer que les objets sont arrivés, mais en retard. Cette règle prêterait même à une fraude du voiturier, qui, après les six mois expirés, aurait intérêt à ne pas remettre les objets, quoiqu'il les ait, pour pouvoir dire qu'il y a perte et non retard, et invoquer la prescription de six mois. Mais on pourrait prouver cette fraude par tous les moyens, sans avoir à craindre aucune prescription (fin de l'art. 108) (2).

577. Notre article ne s'applique qu'aux actions en dommages-intérêts contre le voiturier. Par conséquent il ne s'applique pas à la prescription acquisitive; si l'objet perdu se retrouve, le propriétaire pourra le revendiquer pendant trente ans entre les mains de tout possesseur de mauvaise foi, notamment entre les mains du voiturier (3).

Il serait aussi inapplicable à l'action en paiement du prix intentée par le voiturier contre le destinataire (4), et à l'action en restitution du prix, intentée contre le premier voiturier par le second, qui le lui aurait avancé et qui, faute de le toucher du destinataire, se retournerait contre lui.

Un résultat inique pourrait se produire : le voiturier attendrait six mois pour réclamer son prix, et alors le destinataire ne pourrait plus lui opposer la perte ou l'avarie pour diminuer le prix dû; il en sera de même au profit du second voiturier agissant contre le premier en restitution de la partie du prix qu'il lui aurait avancée.—Certains auteurs acceptent cette conséquence de notre article. Pour nous, nous répondons que cet article fait prescrire l'action et non l'exception, et nous nous en tenons rigoureusement à son texte : — nous admettons ici, comme nous l'admettons d'une manière générale en droit civil, la maxime : *quæ temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*; — et nous lui trouvons ici le même motif rationnel que partout ailleurs : le destinataire qui avait refusé de payer le prix n'est pas coupable d'être resté dans l'inaction; il a dû croire qu'on renonçait à le lui réclamer. — Aussi, dans la mesure de ce prix, il pourra encore, après six mois, invoquer, par voie d'exception, la perte ou l'avarie (5); mais il ne pourrait plus réclamer par voie d'action des dommages qui excéderaient ce prix (6).

578. Ce délai est-il susceptible d'augmentation? C'est une véritable prescription et non un délai préfix ; donc il est susceptible des causes d'interruption (7), et des causes de suspension du chef du destinataire.

Mais l'interruption donne lieu à une difficulté : **Q.** *La poursuite contre l'un*

(1) Béd., n. 442, 448. Al. n. 1002.

(2) Brav., t. II, p. 386. Al. n. 1004.

(3) Mêmes autorités.

(4) Brav., t. II, p. 385.

(5) V. Rej. 7 juin 1858, D. P. 58. 1. 416. — Brav. t. 2. p. 385. Sarrut, n. 896 et suiv. Ly. C. et R., n. 933.

(6) Mêmes auteurs.

(7) Notamment par la reconnaissance de la dette, p. ex. l'offre d'un règlement amiable : Cass. 20 mai 1878, D. P. 78. 1. 469. Sur les faits qui impliquent reconnaissance, consult. Cass. 12 nov. 1877, D. P. 80. 1. 88, et les citations.

Source BIU Cujas

des voituriers ou commissionnaires interromprait-elle la prescription au profit du destinataire à l'égard de tous? — 1er S. *Oui;* et, à partir de chaque acte de poursuite, il faudra recommencer un nouveau délai de six mois, car ils sont codébiteurs solidaires (1). — 2e S. *Non* (!) : la loi ne dit nulle part qu'ils soient codébiteurs solidaires; nous avons vu, d'une manière générale, que la tradition et l'usage ne font présumer la solidarité, en matière commerciale, que si l'on a pu croire à une société entre les coobligés; or, ici l'on n'a pu croire à rien de semblable ;— enfin, l'art. 108 est formel, puisqu'il dit que toutes les actions sont individuellement prescrites par six mois, sans établir aucune corrélation entre elles (2).

579. **Q.** Une autre question très controversée est celle de savoir *si le point de départ de la prescription sera le même pour tous les intéressés, notamment pour celui des agents du transport qui aura été condamné envers le destinataire et qui recourra contre un autre agent.* La difficulté vient de ce que cet agent condamné a pu être poursuivi à la fin du délai de la prescription, et ne pourra plus alors recourir contre l'auteur véritable du dommage. — 1er S. *Chacun jouira d'un délai de six mois à partir de la poursuite dirigée contre lui-même*, parce qu'il y a solidarité et que la prescription est interrompue à l'égard de tous par la première poursuite; — nous avons déjà écarté ce système. — 2e S. *Chacun jouira pour son recours en garantie d'un délai de six mois à partir de sa condamnation* : il est impossible de faire courir la prescription contre celui qui ne pouvait pas agir; or, celui qui a été poursuivi ne pouvait pas agir avant d'être poursuivi, lors même qu'il aurait connu le fait dommageable; on lui aurait répondu qu'il n'avait pas d'intérêt; donc la prescription n'a pu commencer à courir contre lui (3). — 3e S. *Toutes actions sans exception seront prescrites après les six mois* (!) : — le texte de l'art. 108 est aussi formel que possible; il n'y aurait qu'un moyen d'y échapper : ce serait de dire qu'il ne s'applique qu'aux actions dirigées par l'expéditeur ou le destinataire, et pas du tout aux actions en garantie dirigées par les agents du transport les uns contre les autres; mais alors il faudrait admettre que ces dernières actions dureront trente ans, faute d'aucun texte qui établisse un délai plus court, et non pas six mois comme le veut la cour de cassation; or, personne n'ose soutenir cette opinion qui paraît bien manifestement contraire à l'esprit de l'article; — l'idée du Code est que le voiturier soit à l'abri de toute action après six mois, sauf le cas de fraude, parce qu'il a tant d'affaires qu'il ne pourrait continuer sa profession s'il restait soumis plus longtemps à une foule d'actions récursoires; — celui qui aura ainsi perdu son recours ne peut pas se plaindre, car il pouvait et devait agir auparavant. En effet, il faut combiner cette solution avec les solutions admises par nous, sur le partage de la responsabilité entre plusieurs agents du transport; il résulte de notre doctrine que jamais un voiturier, qui n'a pas joué aussi le rôle de commissionnaire, ne peut être poursuivi par le destinataire, si ce n'est pour sa faute propre, laquelle ne peut lui donner aucun recours : c'est notre doctrine formelle dans le cas où l'on sait positivement quel est l'auteur du dommage (V.

(1) Aix, 6 mars 1874, D. P. 77. 5. 89.
(2) Brav., t. II, p. 351. Al. n. 1006. Sarrut, n. 887. Ly. C. et R., n. 928.
(3) V. Rej. 7 juin 1858, D. P. 58. 1. 416. — Brav., t. II, p. 393 et suiv.

Source BIU Cujas

n. 567); si on ne le sait pas et que l'avarie ne soit pas apparente, la présomption est contre le premier voiturier, et l'on ne peut poursuivre les autres qu'en prouvant que l'avarie a eu lieu entre leurs mains (V. n. 569); si elle est apparente, c'est le dernier qui est présumé en faute, s'il n'a pas fait constater l'avarie au moment où il a reçu la marchandise (V. même n°); mais c'est qu'alors les apparences sont toutes contre lui et qu'il lui serait en fait très difficile de faire la preuve contraire; il n'est, lui aussi, poursuivi que pour sa faute propre et sans recours. Donc, celui-là seul peut se trouver garant du fait d'autrui qui a joué le rôle de commissionnaire; ce sera le premier voiturier par rapport aux autres, ou un voiturier antérieur par rapport à un subséquent. Mais alors s'il a joué expressément ou tacitement le rôle de commissionnaire, il a le droit, sans être poursuivi, de demander compte aux voituriers subséquents de l'exécution de la commission; et c'est d'une prudence tout élémentaire pour lui de se faire tenir au courant du résultat final du transport, de se faire envoyer le certificat de décharge émané du destinataire. Le Code n'a donc pas été trop rigoureux envers lui en l'obligeant à le faire et à agir dans les six mois sous peine de déchéance, et l'on ne peut pas dire : *contra non valentem agere non currit præscriptio* (1).

Art. 107. Les dispositions contenues dans le présent titre sont communes aux maîtres de bateaux, entrepreneurs de diligences et voitures publiques.

(1) Cass. 11. nov. 1872, *Journ. Pal.*, 1872, p. 1089. — Duverdy, n. 119. Brav., t. II, p. 393 et suiv. Sarrut, n. 884. Ly. C. et R., n. 927.

Source BIU Cujas

TITRE V.

DES BOURSES DE COMMERCE, AGENTS DE CHANGE ET COURTIERS.

580. Ce titre a été légèrement modifié par la loi du 2 juillet 1862, qui a touché aux articles 75 et 90. — Il y a, en dehors du Code, des textes nombreux sur cette matière, notamment la L. 28 ventôse an IX, l'arrêté du 29 germinal an IX, et l'arrêté du 27 prairial an X, sur les bourses de commerce.

581. Qu'est-ce d'abord qu'une **Bourse de commerce?**

Art. 71. La bourse de commerce est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du roi, des commerçants, capitaines de navire, agents de change et courtiers.

C'est là un premier sens du mot *bourse*. — Il signifie aussi le *local* où se tient cette réunion (V. art. 613) et qui ne peut être ouvert sans l'autorisation du gouvernement (L. 18 vent. an IX, art. 1-5; arrêté du 9 germinal an IX); il en existe dans soixante-huit villes de France. — Ce mot désigne aussi l'ensemble des opérations faites dans la réunion d'un même jour; ainsi l'on dit : *la bourse a baissé ;* telle chose se fait *d'une bourse à l'autre.*

L'avantage que l'on recherche par la création des bourses, c'est d'assurer aux commerçants un local où ils soient sûrs de se rencontrer à certaines heures; cela réalise pour eux une grande économie de temps.

Il y a certainement eu des lieux de ce genre dans tous les temps et dans toutes villes où il y a eu des commerçants en assez grand nombre. A Athènes, il y avait l'*emporium*. A Rome existait le *collegium mercatorum* (1). — Dans les temps modernes, les bourses prirent surtout un grand développement en Hollande, d'où est venu leur nom. — La plus ancienne bourse de France est celle de Lyon, antérieure à 1549; puis, vient celle de Toulouse (1549), celle de Rouen (1556). Celle de Paris ne date que de 1724; elle fut constituée par un arrêté ou arrêt de règlement, qui a encore beaucoup d'importance. Jusqu'alors elle se tenait en plein air, comme le constate, bien longtemps avant, l'édit de février 1304 : « Le change de Paris sera tenu sur le Grand-Pont, du côté de la grève entre la grande arche et l'église Saint-Leufroy. » La Bourse de Paris fut fermée par décret du 27 juin 1793, mais rouverte bientôt après par décret du 6 floréal an III.

Les bourses rentrent dans les attributions du ministre des finances pour toutes celles pourvues d'un parquet, Paris notamment; et dans celles du ministre du commerce pour les autres. Les dépenses annuelles sont faites par

(1) V. Tit. Liv. 2. 27.

Source BIU Cujas

les chambres de commerce et couvertes au moyen de centimes spéciaux sur les patentes (L. 28 ventôse an IX, et L. 23 juill. 1820, art. 11), dont la quotité est fixée annuellement par décret (même L. 1820, art. 16).

La *police des bourses* est réglée par l'arrêté du 9 germinal an IX, art. 14 et suiv. Elle est faite à Paris par le préfet de police au moyen d'*un commissaire de la Bourse*; en province par les maires.

Les bourses sont, en principe, ouvertes à tous *les citoyens* (arrêté 27 prairial an X, art. 1). En sont exclus : — 1° les mineurs non commerçants; l'emploi du mot *citoyens* doit les faire exclure, mais on n'étend généralement pas l'exclusion aux mineurs commerçants, qui sont réputés majeurs pour ce qui concerne leur commerce (art. 2) (1); — 2° les femmes, même marchandes (arg. du même mot *citoyens*, et arrêté de 1724, art. 11); — 3° les individus condamnés à une peine afflictive ou infamante (Ord. de police du 1er therm. an IX, art. 6); — 4° les faillis non réhabilités (art. 613); — 5° ceux qui ont été condamnés pour immixtion dans les fonctions d'agent de change ou de courtier, *peuvent* en être exclus (arr. 27 prairial an X, art. 5).

582. On fait, à la Bourse, deux classes de négociations : — 1° sur les marchandises; — 2° sur les effets publics. — Réunies en province, où il y a peu de négociations sur les effets publics, où on ne négocie guère que les valeurs d'intérêt local (v. dans les journaux, les bulletins des bourses de Lyon, Marseille, etc.), ces négociations sont séparées à Paris, quant au local et quant à l'heure. La bourse de marchandises se tient de deux heures à cinq heures, et celle d'effets publics de midi à trois heures. Les premières de ces négociations se font par l'entremise de courtiers, les secondes par les agents de change. Les premières rentrent déjà dans le commerce de l'argent et des titres qui le représentent; celles-ci nous serviront de transition pour arriver au titre VIII et à son introduction, où nous traiterons d'une manière générale du commerce de l'argent.

CHAPITRE PREMIER.

DES BOURSES DE MARCHANDISES ET DES COURTIERS.

SECTION PREMIÈRE.

TENUE DE CES BOURSES.

583. La tenue de ces bourses est bien différente de celles que nous décrirons pour les bourses d'effets publics : il n'y a pas de négociations publiques criées à haute voix, mais des conversations particulières, des marchés traités en particulier avec ou sans l'entremise des courtiers.

Les commerçants importants y vont tous les jours pour s'y rencontrer, se faire connaitre, se renseigner. — C'est là souvent qu'ils concluent les affaires entamées ailleurs, afin d'avoir les derniers renseignements. Souvent aussi ils ferment là leurs correspondances pour y ajouter ces derniers renseignements dans un post-scriptum ou *apostille*.

(1) Dall., v° *Bourses de com.*, n. 153. Al. n. 654. — *Contrà :* Mollot, *Bourses*, n. 31.

Source BIU Cujas

On y fait toutes les opérations de commerce : — 1° achats et ventes de marchandises, ordinairement sur échantillons, au comptant ou à terme (V. au titre des achats et ventes) ; — 2° contrats de transport par terre, par eau ou par mer ; — 3° assurances maritimes ; — 4° opérations de change, achats et ventes de matières d'or et d'argent. Nous reviendrons sur ces diverses opérations à propos des différentes espèces de courtiers, et sur la quatrième à propos du commerce de l'argent.

SECTION II.

DES COURTIERS (1).

584. Le nom des courtiers vient de *couratiers*, parce qu'ils circulent très activement, allant de l'un à l'autre pour faire conclure des marchés (2).

Leur rôle essentiel est de *s'entremettre* entre les parties, de les mettre en rapport pour qu'elles contractent, de faciliter leur accord par des renseignements, des conseils, etc., et de constater la convention intervenue. Mais jamais ils ne contractent eux-mêmes, soit en leur nom, soit au nom d'un mandant. C'est ce qui les distingue essentiellement des commissionnaires.

Il y en a dans toutes les villes qui ont une bourse (art. 74, 2e al.) ; mais il y en a aussi dans d'autres (3).

A la Bourse, ils ne se tiennent pas en vue comme les agents de change ; mais ils circulent parmi les commerçants, où se tiennent dans la *chambre des courtiers*, où on peut les faire appeler. — D'ailleurs ils peuvent faire leurs opérations aussi bien au dehors que dans la Bourse, à la grande différence des agents de change.

585. Ils ont un **monopole** (L. 28 ventôse an IX, art. 7 ; arrêté 27 prairial an X, art. 4-7), sauf les courtiers de marchandises depuis la L. 18 juillet 1866 (V. *infrà*, n. 593). — La sanction de ce monopole est dans des peines correctionnelles et dans la nullité des opérations faites (arr. an X, art. 7).

Ce monopole consiste en ce que, si l'on veut se servir de l'*entremise* d'un agent pour trouver un acheteur, un vendeur, un assureur, un chargeur, etc., on *doit* s'adresser à eux. Mais rien n'empêche de traiter directement sans eux, même à la Bourse, si les deux parties se mettent en rapport directement ; ou même de traiter par un intermédiaire d'un autre genre, contractant lui-même au lieu de s'entremettre seulement, comme un commissionnaire, un représentant de commerce, etc. (V. n. 596) (4).

D'ailleurs, bien entendu, ce monopole n'existe que sur les places où le gouvernement a institué des courtiers. Ailleurs toute personne peut s'entremettre comme ils le font (Av. cons. d'Et. 23 mai 1802) (5).

(1) V. C. com. ital., livre 1er, tit. 5.

(2) Le mot *couratier* est employé par une ordonnance du 30 janv. 1360 ; on trouve celui de *courretier* dans un règlement de février 1415 et dans un édit de 1572. V. J. Fabre, *Des courtiers*, t. 1, p. 2, et t. 2, p. 201.

(3) Brav., t. II, p. 184.

(4) J. Fabre, n. 95, 96.

(5) Al. n. 662.

Source BIU Cujas

Ils sont salariés. Sur chaque place le tarif de leurs salaires est fixé par les usages, des règlements ou des décrets; ils ne peuvent excéder ces tarifs (1).

586. Les courtiers sont **officiers publics** (sauf les courtiers de marchandises depuis 1866) : — 1° pour la constatation des contrats où ils s'entremettent; — 2° pour la constatation des cours.

Ils constatent les contrats de quatre manières : — 1° *Par leur carnet*, sur lequel ils doivent inscrire chaque opération faite par leur entremise, aussitôt qu'elle est conclue; — si le marché a été conclu par l'intermédiaire de deux courtiers, ils doivent se montrer respectivement leurs carnets (arr. 27 prairial an X, art. 11 et 12); — 2° *Par leur livre journal*, sur lequel ils doivent faire le relevé de leur carnet :

Art 84. Les agents de change et courtiers sont tenus d'avoir un livre revêtu des formes prescrites par l'article 11. — Ils sont tenus de consigner dans ce livre, jour par jour, et par ordre de dates, sans ratures, interlignes ni transpositions, et sans abréviations ni chiffres, toutes les conditions des ventes, achats, assurances, négociations, et en général de toutes les opérations faites par leur ministère.

Cf. arrêté 27 prairial an X, art. 11. Quoiqu'ils soient officiers publics, leur registre n'a pas l'authenticité, puisque la loi ne la lui donne nulle part. Il s'ensuit que s'ils y portaient des mentions inexactes, ils ne pourraient être condamnés pour faux en écriture publique (2). — 3° *Par leurs bordereaux signés des parties* (V. *suprà*, n. 441). Nous avons admis qu'ils font foi, mais non jusqu'à inscription de faux. Ils sont soumis à un droit de timbre de 50 cent. jusqu'à 10,000 fr., et de 1 fr. 50 au-dessus (L. 2 juill. 1862, art. 19). — 4° *Par leur témoignage* oral en justice (L. 28 ventôse an IX, art. 7).

587. Ils constatent les cours :

Art. 73. Ces divers cours sont constatés par les agents de change et courtiers, dans la forme prescrite par les règlements de police généraux ou particuliers.

Ces cours sont constatés dans un bulletin rédigé diversement suivant les divers genres de négociations. A Paris, ce sont seulement les syndics et leurs adjoints qui constatent les cours (V. arrêté 27 prairial an X, art. 26, et règlement de la corporation (1844), art. 41) (3).

Comment sont déterminés ces cours?

Art. 72. Le résultat des négociations et des transactions qui s'opèrent dans la bourse détermine le cours du change, des marchandises, des assurances, du fret ou nolis, du prix des transports par terre ou par eau, des effets publics et autres dont le cours est susceptible d'être coté.

Le résultat des opérations faites à la bourse ne fournit pas une donnée parfaitement absolue pour les opérations faites dans les bourses de marchandises; car il y a beaucoup de transactions sur les mêmes objets qui se font

(1) Al. n. 724. J. Fabre, *des courtiers*, n. 85. — Encourraient-ils pour ce fait la peine de la concussion (C. P. a. 174)? V. J. Fabre, *ibid.*

(2) Al. n. 663.

(3) Demang., t. II, p. 199.

Source BIU Cujas

en dehors de la bourse, ce qui n'a pas lieu pour les effets publics. — Ces cours ne sont pas constatés tous les jours, mais seulement toutes les semaines à Paris. Règlem. de 1844, Décr. 22 déc. 1866 (1). — Ils ont une grande importance; car en dehors de la Bourse, on fait beaucoup de marchés *au cours*, c'est-à-dire en s'en référant simplement pour les prix aux cours portés au dernier ou au prochain bulletin. — Les courtiers s'occupent, concurremment avec les agents de change, de la négociation des matières métalliques (art. 78, *in fine*); mais ils n'en constatent pas les cours (art. 76, *in fine*).

588. Comme officiers publics, ils sont nommés par le gouvernement, sur la présentation du titulaire précédent; — s'il s'agit d'un office nouvellement créé ou vacant par la destitution du précédent titulaire, l'arrêté du 29 germinal an IX, art. 5, règle le mode des présentations qui doivent avoir lieu. Leur aptitude est vérifiée par un examen (Règl. et ord. 23 déc. 1844, art. 23, n° 8). — Ils prêtent serment et ils sont soumis au cautionnement (L. 28 vent. an IX, art. 8; arr. 29 germ. an IX, art. 11 et 12).

Art. 83. Ceux qui ont fait faillite ne peuvent être agents de change ni courtiers, s'ils n'ont été réhabilités.

Cf. arr. 29 germinal an IX, art. 6 et 7.

Obligations professionnelles.

589. Ayant une charge publique, ils ne peuvent refuser leur ministère à ceux qui le réclament (2). Ils ne peuvent non plus rien faire qui en gêne pour eux l'exercice, p. ex. s'interdire par convention certaines de leurs fonctions (3), ni s'associer ensemble de manière à réduire deux charges à une seule exploitée en commun (4), ni s'associer à d'autres personnes, même comme commanditaires. La loi du 2 juillet 1863, qui a autorisé cette association pour les agents de change avec des conditions restrictives, démontre que ce droit n'appartient pas en principe aux officiers dont nous nous occupons (5).

Art. 85, 1er et 2e al Un agent de change ou un courtier ne peut, dans aucun cas et sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour son compte. — Il ne peut s'intéresser directement ni indirectement, sous son nom ou sous un nom interposé, dans aucune entreprise commerciale.

Cf. arr. 27 prairial an X, art. 10. — Cette prohibition a pour motif d'empê-

(1) Brav. et Demang., t. II, p. 42, 199.

(2) J. Fabre, n. 172.

(3) Cass. 15 déc. 1845, S. 46. 1. 251. Al. n. 568.

(4) V. Alger, 28 juill. 1860, *J. Pal.*, 60, p. 1073. Mollot, *Bourses*, n. 416. Durand de Saint-Amand, *Manuel des courtiers*, n. 109. Gouget et Merger, *Dictionn.*, v° *Courtier*, n. 88. J. Fabre, n. 79, 171. — *Contrà :* Beaussant, *Code march.*, n. 407. Al. n. 144. — Mais aucun principe ne s'oppose à ce qu'ils forment entre eux une bourse commune pour se garantir mutuellement, en y versant une partie de leurs profits : Rennes, 15 janv. 1841, 29 janv. 1839, *J. Pal.*, 41. 1. 401. Al. n. 144. — Deux courtiers de spécialités différentes peuvent aussi travailler ensemble, pour offrir au public toutes les ressources de leur profession réunies dans un même bureau. V. J. Fabre, n. 81.

(5) Bordeaux, 8 juin 1853, D. P. 53. 2. 209. Al. n. 143. J. Fabre, n. 82. — *Contrà :* Bruxelles, 18 juill. 1829. D. v° *Société*, n. 1618.

Source BIU Cujas

cher qu'ils n'abusent de leur situation pour tromper les parties, ou surprendre leurs secrets et les supplanter.

Art. 85, 3e al. Il ne peut recevoir ni payer pour le compte de ses commettants.

Art. 86 Il ne peut se rendre garant de l'exécution des marchés dans lesquels il s'entremet.

C'est la conséquence de ce qu'ils ne font que s'entremettre et constater les contrats, sans y prendre une part directe. — Cela n'empêche pas qu'ils ne soient responsables, même sans stipulation, envers ceux qui ont employé leur ministère, car ils sont mandataires et même mandataires salariés (C. civ., art. 1992). Mais leur responsabilité ne porte pas sur l'exécution des marchés, sur la solvabilité des parties contractantes (1); elle ne porte que sur l'exactitude des renseignements fournis aux parties, des bordereaux qu'ils rédigent, et de l'identité des parties (Arrêté 27 prairial an X, art. 14 et 16).

Nous verrons bientôt que ces prohibitions ne sont plus applicables aux courtiers de marchandises, depuis 1866.

590. Sanctions de ces prohibitions :

Art. 87. Toute contravention aux dispositions énoncées dans les deux articles précédents entraîne la peine de destitution, et une condamnation d'amende qui sera prononcée par le tribunal de police correctionnelle, et qui ne peut être au-dessus de trois mille francs, sans préjudice de l'action des parties en dommages et intérêts.

Art. 88. Tout agent de change ou courtier destitué en vertu de l'article précédent ne peut être réintégré dans ses fonctions.

Art. 89. En cas de faillite, tout agent de change ou courtier est poursuivi comme banqueroutier.

Il faut ajouter que la peine de la banqueroute, même simple, est aggravée pour eux; elle est toujours des travaux forcés (C. P., art. 404).

591. Q. *Les courtiers sont-ils commerçants?* — 1er S. *Non*, puisque le Code leur interdit précisément de faire aucune opération commerciale pour leur propre compte. — 2e S. *Oui* (!) : l'art. 632, 5e al., C. com., déclare acte de commerce toute opération de change, banque ou *courtage*; or, ils font leur profession habituelle des opérations de courtage; donc ils sont commerçants (art. 1); — l'art. 89 suppose qu'ils peuvent être en faillite; or, la faillite est spéciale aux commerçants (art. 437) (2). — Nous ferions seulement une exception pour une des conséquences de la qualité de commerçant : les billets faits par eux ne seront pas présumés faits pour leur commerce (art. 638, 2e al.), puisqu'ils ne doivent pas s'obliger personnellement pour l'exercice de leur profession (art. 85 et 86) (3). Cette exception sera inapplicable aux courtiers de marchandises depuis 1866.

(1) Paris, 2 mai 1874, D. P. 77. 2. 45. J. Fabre, n. 178. — Sauf le cas de dol ou de faute lourde. *Ibid.*

(2) Bordeaux, 8 juin 1853, D. P. 53. 2. 209. Brav., t. II, p. 183. J. Fabre, *des Courtiers*, n. 69, 72.

(3) *Contrà :* J. Fabre, n. 70.

Source BIU Cujas

Diverses espèces de courtiers.

Art. 77. Il y a des courtiers de marchandises, des courtiers d'assurances, des courtiers interprètes et conducteurs de navires, des courtiers de transport par terre ou par eau.

Ces diverses fonctions sont souvent séparées et même subdivisées par des spécialisations volontaires sur les grandes places. Elles peuvent être réunies :

Art. 81. Le même individu peut, si l'acte du gouvernement qui l'institue l'y autorise, cumuler les fonctions d'agent de change, de courtier de marchandises ou d'assurances, et de courtier interprète et conducteur de navires.

Il y a exception pour les courtiers de transport, cf. art. 82; mais on ne sait pourquoi. — Depuis 1866, il faut aussi excepter le courtage des marchandises, qui est devenu un commerce ordinaire, et tombe par conséquent pour tous les autres courtiers sous la prohibition de l'art. 85 (1).

I. — Courtiers de marchandises.

Art. 78. Les courtiers de marchandises constitués de la manière prescrite par la loi ont seuls le droit de faire le courtage des marchandises, d'en constater le cours; ils exercent, concurremment avec les agents de change, le courtage des matières métalliques.

592. Ils sont souvent appelés *courtiers de commerce*, en prenant ce mot dans un sens plus étroit.

Sur les grandes places, la plupart se spécialisent volontairement : tel ne fait que les sucres, les laines, les cafés, etc. — Il y a une de ces spécialisations organisée par un décret du 15 décembre 1813 : c'est celle des *courtiers gourmets piqueurs de vins*, chargés de faire les ventes de vins, et de les goûter et apprécier toutes les fois que cette appréciation est demandée par un service public.

La fonction principale des courtiers de marchandises est de *s'entremettre pour les ventes à l'amiable et privées*. Ils avaient un monopole pour cela, d'après l'art. 78 (V. *suprà*, n. 585). On appelait *courtiers marrons* les individus qui, sans nomination gouvernementale, faisaient les mêmes fonctions qu'eux, en violant le principe de leur monopole (2).

Mais, dans certains cas, la ligne de démarcation était très délicate entre leur rôle et celui des commissionnaires. Ceux-ci, en principe, contractent eux-mêmes, et ordinairement en leur nom, et ne se bornent pas à s'entremettre. Cela est bien net en théorie. Mais il peut arriver qu'ils ne trouvent pas à traiter aux conditions qui leur ont été fixées dans la commission; ils ne trouvent à acheter que plus cher, ou à vendre que moins cher. Alors ils s'en réfèrent à leurs commettants, qui, s'ils le jugent à propos, les autorisent à traiter dans les conditions qu'ils trouvent. Dans ce cas, les courtiers prétendaient que les commissionnaires empiétaient sur leur monopole; car ils ne contractaient plus eux-mêmes; c'étaient en réalité leurs commettants qui traitaient par leur entremise, et la Cour de cassation, trop sévère à notre avis, leur avait donné gain de cause (1). — Cette décision souleva des réclama-

(1) Circ. du ministre du commerce, du 30 nov. 1866.

(2) V. sur le *Courtage clandestin*, J. Fabre, n. 97 et suiv.

Source BIU Cujas

tions unanimes dans le commerce; car elle rendait impossible l'emploi des commissionnaires, puisqu'on n'est jamais sûr qu'ils ne seront pas obligés de prendre à nouveau les ordres de leurs commettants pour traiter une affaire déterminée. De plus, on faisait remarquer qu'il était impossible de traiter toutes les affaires par l'entremise des courtiers dont le nombre était tout à fait insuffisant : ainsi il n'y avait à Paris que deux courtiers pour les cafés, tandis qu'au Havre seulement il y a vingt-deux grandes maisons qui ont besoin de se faire représenter à Paris pour ce commerce (2).

593. De là sortit la *L. 18 juillet 1866 sur les courtiers de marchandises.* Elle supprime leur monopole (art. 1er) moyennant une indemnité dont les bases sont fixées dans le titre 2, art. 10-15.

Elle conserve seulement la possibilité de dresser une liste de *courtiers inscrits* (art. 2), à qui sont réservées certaines attributions des anciens courtiers, notamment : 1° la nomination de la chambre syndicale (art. 3); 2° les ventes publiques (art. 4, V. *infrà*); 3° l'estimation des marchandises déposées dans les magasins généraux lorsque les parties ont besoin de cette estimation et qu'elles n'ont pas nommé d'experts (art. 5); 4° ils ont une prédominance, mais non un monopole pour la constatation des cours : ils en sont en principe chargés, mais on peut leur adjoindre des courtiers non inscrits et même des commerçants notables (art. 9) (3); en effet, il est très possible que les courtiers inscrits ou même les autres n'embrassent pas tous les genres de négociations dont on a besoin de constater le cours.

Dès lors, il n'y a plus de démarcation nette, en fait du moins, entre les fonctions de courtier de marchandises et celles de commissionnaire ou de représentant de commerce (4). — Il résulte aussi de la loi nouvelle l'abrogation, même pour les courtiers inscrits, des art. 85, 86 et 89, puisque ces articles étaient fondés sur leur monopole et sur leur caractère d'officiers publics. C'est, du reste, ce qu'indique presque formellement l'art. 7 de la loi, en supposant qu'ils peuvent avoir un intérêt personnel dans une affaire où ils s'entremettent, et en les obligeant seulement à en prévenir les parties sous une peine très sévère (5). — Mais l'art. 84 qui les oblige à tenir un registre des négociations qu'ils font leur reste applicable (6). Et l'art. 83 s'appliquera encore aux courtiers inscrits; les faillis ne pourront l'être; la L. 1866 le dit expressément (art. 2).

Droit de participer aux ventes publiques.

594. Les courtiers inscrits ont le droit de participer à certaines ventes publiques (7). Il faut en distinguer trois catégories :

(1) Cass. 25 janv. 1862, D. P. 62. 1. 193.

(2) On ajoutait dans le rapport de la loi de 1866 que les courtiers négligeaient toutes les branches peu importantes, les abandonnaient aux courtiers marrons ; puis, si elles prenaient de l'importance, les revendiquaient et les enlevaient à ceux qui les avaient créées.

(3) V. l'organisation dans un décret du 22 déc. 1866.

(4) V. J. Fabre, n. 483 et suiv.

(5) Al. n. 765. V. pour l'application : J. Fabre, n. 475, 478. Cons. Cass. 28 juill. 1879, D. P. 81. 1. 264.

(6) Al. n. 761.

(7) V. l'historique dans J. Fabre, n. 374.

Source BIU Cujas

1° **Ventes forcées sur saisies.** Celles-ci restent soumises aux règles du code de procédure, et les courtiers n'y ont aucun droit, quelle que soit la nature des objets vendus (L. 25 juin 1841, art. 2 et 3) (1).

2° **Les ventes volontaires** (2). Parmi celles-ci il faut encore exclure de la compétence des courtiers celles de meubles et effets mobiliers autres que les marchandises, et, parmi les marchandises, celles de marchandises non neuves faites par un particulier non marchand, lesquelles sont réservées aux *commissaires-priseurs*, notaires, huissiers ou greffiers (C. pr. civ., art. 625, 945; L 25 juin 1841, art. 3, et art. 4, § 2). — Les courtiers ne peuvent donc faire parmi les ventes publiques volontaires que celles de marchandises neuves.

Mais il y a encore une distinction :

Au détail la vente publique de marchandises neuves est défendue (L. 25 juin 1841, art. 1), pour ne pas nuire au commerce de détail. Il y a exception seulement : d'abord pour les comestibles et menues merceries; ensuite en cas de décès, faillite ou cessation de commerce; enfin dans les cas de nécessité appréciés par le tribunal de commerce (art. 2 et 5). Mais dans les cas où ces ventes sont permises elles restent de la compétence des commissaires-priseurs; car les lois de 1858 et de 1861 ne parlent pour les courtiers que des ventes en gros (3).

En gros, ces ventes sont permises, parce qu'elles sont profitables aux détaillants; qu'elles font affluer les acheteurs au grand avantage des villes où elles se font; qu'elles permettent de liquider à meilleur compte les crises commerciales. Mais elles pourraient déprimer les cours en exagérant les offres; aussi y a-t-il quelques restrictions. La *L.* 28 *mai* 1858 (art. 1) permet la vente publique en gros des marchandises énumérées au tableau annexé à la loi, et qui a été modifié par le décr. 30 mai 1863; et, en outre, de toutes marchandises exotiques destinées à la réexportation. La *L.* 3 *juillet* 1861 (art. 1) permet au tribunal de commerce d'autoriser cette vente pour d'autres marchandises, en cas de cessation de commerce ou de nécessité. — Pour être en gros, ces ventes doivent porter sur des lots dont le minimum était fixé à 500 fr. et est maintenant de 100 fr. (décr. 6 juin, 20 août 1863); ce minimum peut être abaissé par le tribunal qui autorise la vente.

Ces ventes en gros se font normalement par les courtiers (L. 28 mai 1858, art. 1 et 2; L. 3 juill. 1861, art. 2); depuis la liberté du courtage, elles sont réservées aux courtiers inscrits (L. 18 juil. 1866, art. 4). C'est que les courtiers connaissent mieux ces sortes d'affaires; ils prennent aussi un droit moins élevé que les commissaires-priseurs : ceux-ci prennent 6 %, tandis que les courtiers peuvent prendre au maximum le même droit que pour les ventes de gré à gré (L. 28 mai 1858, art. 3), c'est-à-dire de 1/2 à 1 1/2 %.

Le tribunal qui ordonne la vente peut cependant choisir d'autres officiers; mais ceux-ci doivent opérer aux mêmes conditions que les courtiers.

3° **Les ventes publiques mobilières et non volontaires** organisées par les lois commerciales, sont aussi dévolues aux courtiers ins-

(1) Cass. 18 juin 1850, D. P. 50. 1. 187. — J. Fabre, n. 395.
(2) J. Fabre, n. 390 et suiv.,
(3) Al. n. 741.

Source BIU Cujas

crits (L. 3 juillet 1861, art. 2, et L. 18 juill. 1866, art. 4). Ce sont les ventes des meubles des faillis (C. com., art. 486, 534), celles du gage par le créancier gagiste (C. com., art. 93), celles des objets déposés dans les magasins généraux (L. 28 mai 1858, art. 7) (1).

II. — Courtiers d'assurances.

Art. 79. Les courtiers d'assurances rédigent les contrats ou polices d'assurances concurremment avec les notaires; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière.

595. Ils n'existent que pour les assurances contre les risques de la navigation. Rien de pareil n'a été organisé par aucune loi pour les assurances terrestres (2).

Ils ont conservé leur monopole — Ils exercent trois fonctions que nous avons décrites dans notre partie générale :

1° *Entremise.* Elle est surtout utile ici, parce que souvent, pour un même navire, il faut plusieurs assureurs, aucun ne voulant s'engager pour une très forte somme; alors on fractionne l'objet assuré, et l'on assure séparément le corps du navire, les facultés ou le chargement, etc.; ou l'on fractionne la somme assurée pour l'ensemble. Le courtier colporte sa police chez les assureurs jusqu'à ce que la somme entière soit couverte.

2° *Constatation des contrats* d'assurance par des *polices.* Ces polices sont assez uniformes pour une même compagnie d'assurances, et même pour tous les assureurs d'une même place; ainsi, il y a la police du Havre, la police de Marseille, de Bordeaux, etc. On essaie même d'uniformiser les polices pour toute la France, en faisant adopter deux types auxquels on a donné le nom de *polices françaises.* — Aussi elles sont souvent imprimées d'avance; on remplit certains blancs qui y sont laissés pour fixer les conditions de chaque contrat; et l'on ajoute les clauses spéciales, dont conviennent les parties. Pour les détails, v. d'une part ce que nous avons dit de l'autorité des actes des courtiers (n. 441), et d'autre part ce que nous dirons plus tard à propos de l'art. 332, C. com.

Ils les constatent « *concurremment avec les notaires.* » En fait, les notaires ne s'occupent de cela qu'à Marseille. — Q. C'est une question de savoir, si les polices rédigées par les notaires sont soumises aux formes des actes notariés; notamment si elles ne sont parfaites que par la signature du notaire, de sorte que ceux qui ont signé ne seraient pas liés, tant que le notaire n'aurait pas signé. Nous pensons qu'il faut admettre la négative (3). — Q. On se demande encore s'ils peuvent aussi s'entremettre pour chercher des assureurs. Il faut dire que oui : — l'art. 79 leur donne les mêmes droits qu'aux courtiers; et s'il ne parle pas de ce rôle d'entremetteurs pour les notaires, il n'en parle pas non plus pour les courtiers; — sans cela leur droit de rédiger les

(1) V. J. Fabre, n. 385 et suiv., 401.

(2) Al. n. 743.

(3) Mollot, *Bourses,* n. 786. Béd., *Comm. mar.,* n. 1023-1024. Brav., t. II, p. 220. Al. n. 744. J. Fabre, n. 219.

Source BIU Cujas

contrats serait illusoire, car en fait on les fait toujours rédiger par celui qui les a formés (1).

3° *Constatation du taux* des assurances. L'art. 79 ne dit pas : le cours. C'est l'effet d'un scrupule du législateur, qui a considéré que le taux varie peu par les rapports de l'offre et de la demande, mais surtout par la différence des risques suivant les saisons, les mers où l'on doit naviguer, l'état de paix ou de guerre, etc. Cependant on peut aussi faire ressortir de ces prix un cours, l'art. 72 le suppose ; il est constaté à Paris toutes les semaines (Règl. des courtiers et ord. 23 déc. 1844, art. 45).

III. — Courtiers maritimes.

Art. 80. Les courtiers interprètes et conducteurs de navires font le courtage des affrètements : ils ont, en outre, seuls le droit de traduire, en cas de contestations portées devant les tribunaux, les déclarations, chartes-parties, connaissements, contrats, et tous actes de commerce dont la traduction serait nécessaire ; enfin de constater le cours du fret ou du nolis. — Dans les affaires contentieuses de commerce, et pour le service des douanes, ils serviront seuls de truchement à tous étrangers, maîtres de navire, marchands, équipages de vaisseau et autres personnes de mer.

596. On les appelle « *courtiers interprètes-conducteurs de navires* ». Cela ne veut pas dire qu'ils conduisent les navires à l'entrée ou à la sortie des ports ; ceci est l'office des *pilotes-lamaneurs*. Mais ils sont conducteurs des patrons de navire ; ou bien on peut interpréter le mot *conducteur* suivant son étymologie : *conductor*, locataire ; ils font faire les contrats de louage des navires.

Ils exercent cinq fonctions pour lesquelles ils ont un *monopole* : — 1° *Courtage d'affrètement* ou *nolissement* : ils cherchent des navires pour les chargeurs qui ont des marchandises à expédier par mer, ou du *fret* pour les capitaines ; — 2° *Constatation officielle* des cours d'affrètement, ou des prix moyens des transports ; — 3° Ils font des démarches pour les capitaines ou avec les capitaines, qui ont à régler avec la douane ou l'octroi, à faire viser leurs papiers, à s'adresser à diverses autorités dans des villes que souvent ils ne connaissent pas ; — 4° Ils traduisent les pièces écrites, ou servent d'interprètes oraux aux capitaines (2) ; — 5° Ils vendent les navires et les débris de navires (L. 28 mai 1858, et Décr. 30 mai 1863) (3).

Leur monopole sur tous ces points n'empêche pas que ces démarches et les contrats d'affrètement soient faits par le capitaine s'il en est capable (4), ou même par le propriétaire du navire ou l'armateur ou le chargeur à la place du capitaine (5) ; car alors on n'ajoute pas un intermédiaire, on en supprime

(1) Cass. 7 fév. 1833. Brav., t. II, p. 219.

(2) Leur traduction peut être discutée ; elle n'a pas le caractère authentique ; v. *suprà*, n. 441.

(3) Nîmes, 3 mai 1879, D. P. 80. 2. 121. — Al. n. 752. Cresp. et Laurin, t. I, p. 243. Arth. Desjardins, n. 71. J. Fabre, n. 285 et suiv. — Mais ils partagent ici le monopole avec les courtiers inscrits : *Contrà* J. Fabre, n. 289 et suiv. V. les autres auteurs cités.

(4) Rouen, 19 fév. 1877. D. P. 78, 2, 115.

(5) Cr. rej. 23 janv. 1875, D. P. 77. 1. 510. — J. Fabre, n. 274.

Source BIU Cujas

au contraire un, puisque le capitaine n'est que le mandataire du propriétaire ou de l'armateur ou du chargeur (1). Il faut même aller plus loin, et permettre ces démarches au commissionnaire consignataire du navire ou des marchandises, qui est mandataire général pour représenter au lieu d'arrivée le propriétaire, l'armateur ou le chargeur. Ce que la loi défend, c'est seulement l'emploi d'un intermédiaire spécial pour ces différents actes (2).

Ils ne peuvent refuser leur ministère pour le motif qu'on ne leur confierait pas toutes les démarches à faire (3).

L'ordonnance de 1681 (L. I, tit. 7, art. 11) leur défendait de se rendre à bord d'un navire encore en marche, pour éviter trop d'empressement à solliciter le capitaine, ce qui manque de dignité, et ce qui pourrait faire arriver des accidents dans les manœuvres difficiles de l'entrée du navire au port. Il a été jugé que l'ordonnance est encore en vigueur sur ce point (4) ; en effet, cette question rentre dans la police des ports, quoiqu'elle ne fût pas traitée sous cette rubrique, qui est celle du livre 4, et l'ordonnance est toujours la base de notre droit sur cette matière.

IV. — Courtiers de transports.

Art. 82. Les courtiers de transport par terre et par eau, constitués selon la loi, ont seuls, dans les lieux où ils sont établis, le droit de faire le courtage des transports par terre et par eau : ils ne peuvent cumuler, dans aucun cas et sous aucun prétexte, les fonctions de courtiers de marchandises, d'assurances, ou de courtiers conducteurs de navires, désignées aux articles 78, 79 et 80.

597. Cette prohibition n'a jamais été expliquée. Du reste, en fait, il n'existe pas de courtiers de transports : les commissionnaires les remplacent.

CHAPITRE II.

DES BOURSES D'EFFETS PUBLICS ET DES AGENTS DE CHANGE.

598. La tenue des bourses d'effets publics est bien différente de celle des bourses de marchandises. — Comme public, il y a très peu de commerçants proprement dits ; il y a seulement les représentants des maisons de haute banque qui trafiquent sur les effets publics. La masse du public est composée de spéculateurs appartenant à toutes les professions et souvent sans autre profession que celle de spéculateurs. Les *agents de change*, au nombre de soixante, se tiennent en vue du public dans le *parquet*, un peu élevé au-dessus du sol général de la bourse, entouré d'une balustrade, où ils ont seuls

(1) Cass. 31 janv. 1852, S. 52. 1. 153 ; Amiens, 27 janv. 1867, S. 67. 1. 140. — Demang. sous Brav., t. II, p. 225. Al. n. 748.

(2) Cass. 24 fév. 1880, D. P. 81. 1. 85, etc., etc. — Beaussant, t. I, p. 437. Dall., v° *Bourses*, n. 504. Al. n. 748. J. Fabre, n. 274, comp. n. 277.

(3) Le prétendu principe de l'*indivisibilité* de la conduite du navire ne nous paraît nullement démontré : Rouen, 19 fév. 1877, D. P. 78. 2. 115. ; Cass. 24 fév. 1880, D. P. 81. 1. 65. *Contra* : J. Fabre, n. 284.

(4) Douai, 23 juin 1857. D. P. 71. 5. 106. — Demang. sous Brav., t. II, p. 226. Al. n. 755.

Source BIU Cujas

entrée (Arr. 27 prair. an X, art. 23). Au milieu du parquet est la *corbeille*, espace circulaire, entouré d'une balustrade absolument fermée, et qui reste toujours vide ; les agents de change forment le cercle autour de la corbeille, de façon à se voir et à s'interpeller facilement. C'est là que se font toutes les négociations : elles s'offrent en disant : *je vends* ou *j'ai tant de... à tant...* ou *je prends tant de... à tant* ; souvent un simple signe suffit pour former le contrat, et l'opération est immédiatement inscrite par les agents de change sur leurs carnets (arrêté 27 prairial an X, art. 24), et ils donnent le cours à un crieur qui l'annonce sur-le-champ au public (même art.).

Mais toutes les négociations ne sont pas criées. On ne crie que les négociations ayant pour objet les rentes sur l'Etat ou les actions de la Banque de France. De plus, on ne crie que les négociations au comptant, et seulement quand il y a variation du taux.

Les particuliers acheteurs ou vendeurs n'interviennent nullement ; ils ne sont pas connus du public ; l'agent de change leur doit même le secret absolu (arr. 27 prairial an X, art. 6) (V. *infrà*, n. 658). Le plus souvent, ils ont donné leurs ordres aux agents de change, par lettres ou oralement, avant la bourse. Pendant la bourse, les clients communiquent avec leurs agents au moyen de petits papiers qui leur sont transmis par leurs associés ou leurs commis, qui circulent pour recueillir des ordres dans l'enceinte de la bourse. — Il est admis que les premiers commis peuvent même faire les négociations pour leurs patrons en cas de presse (1) ; ils se tiennent auprès du parquet, et ne sont séparés des agents de change que par une balustrade. Seulement, ils ne peuvent conclure un marché qu'à un taux déjà coté. — Il y a, en outre, des *courtiers d'agents de change* ou *remisiers*, qui, sans attache particulière à aucun agent, recherchent des ordres et les apportent aux agents, moyennant une certaine remise ou droit de commission.

Enfin, il y a encore à la bourse les *coulissiers*, qui se tiennent dans un endroit resserré entre le parquet et les murs de la bourse, et qu'on appelle la *coulisse*. On y fait les mêmes opérations qu'au parquet et aussi les opérations qui reviendraient aux agents de change, et que ceux-ci dédaignent. Le nom de coulissier désigne à la fois ceux qui dans la coulisse font l'office d'intermédiaires en empiétant ainsi sur le monopole des agents de change ; et ceux qui les emploient. D'ailleurs, ils opèrent même en dehors de la bourse aux heures où elle est fermée. Ils violent ainsi plusieurs textes de loi. En effet, l'arrêté du 27 prairial an X, défend de se réunir en dehors de la bourse (art. 3) ; il défend aux agents de change eux-mêmes de négocier les effets publics ailleurs qu'au parquet de la bourse (même art. 3) ; enfin, il défend à toute personne de négocier les effets publics par l'entremise d'autres que les agents de change.

599. La fermeture de la bourse est annoncée par une cloche à trois heures. Toutes les opérations cessent instantanément. Les agents de change se réunissent alors dans leur *cabinet*, sous la présidence du *syndic*, pour rédiger le bulletin officiel des cours, en les relevant sur leurs carnets. Sur ce bulletin sont mentionnés tous les cours successifs au comptant ; pour les marchés à

(1) Cette tolérance excède un peu ce qui leur est permis par les textes. Consultez sur les premiers commis : arrêté 27 prair. an X, art. 27, 28 ; Décr. 13 oct. 1859.

Source BIU Cujas

terme, cotés seulement depuis 1845, on ne mentionne que le premier et dernier, le plus haut et le plus bas. Le bulletin indique encore le cours du change et le cours des matières métalliques. Il est immédiatement imprimé par une presse spéciale à la Bourse même, et immédiatement vendu à la Bourse et aux abords, envoyé aux abonnés, et adressé aux ministres des finances et du commerce. Il est aussi reproduit au journal officiel.

Deux sections : — 1° opérations qui se font à la bourse ; — 2° office des agents de change.

SECTION PREMIÈRE.

OPÉRATIONS QUI SE FONT A LA BOURSE.

Nous étudierons dans quatre paragraphes : — 1° Les valeurs qui s'y négocient ;— 2° Les opérations dont ces valeurs peuvent faire l'objet ; — 3° La formation et l'exécution des marchés ; — 4° La question de la validité des marchés à terme.

§ 1er

Valeurs qui se négocient à la Bourse.

600. Ces valeurs sont appelées des *effets publics* : un grand nombre d'entre elles, étant émises par des Etats ou par des villes, ont bien un caractère public; d'autres sont émises par de grandes compagnies financières et ne présentent plus ce caractère public. Lorsque ces sociétés étaient soumises à l'autorisation du gouvernement, on pouvait dire que leurs titres avaient une certaine attache à l'État; actuellement, elles n'ont plus ce caractère. On peut dire que toutes les valeurs des sociétés ne sont pas cotées à la Bourse; mais seulement celles qui ont une certaine importance par elles-mêmes ou par la spéculation dont elles sont l'objet, en même temps qu'une valeur sérieuse; l'*admission à la cote* est faite par le *syndicat des agents de change* (1); cela donne à ces valeurs un certain caractère officiel. On les appelle quelquefois *effets semi-publics*. — Autrefois il était défendu de coter les *effets étrangers* (arr. du conseil, du 7 août 1785). Cela a été autorisé par la L. 12 nov. 1823.

Toutes les valeurs comprises sous le nom d'effets publics sont des formes diverses de **crédit à long terme ;** elles sont fournies en échange de fonds dont l'exigibilité est plus ou moins retardée, et, pour plusieurs (les rentes), in-

(1) Le pouvoir de décider l'admission à la cote de telle ou telle valeur est rattaché à l'ord. 29 mai 1816, a. 6, qui donne le droit à la compagnie des agents de change de proposer au ministre des finances pour être soumis à l'approbation royale, les changements ou modifications aux règlements qu'elle croira nécessaires. On en conclut que l'admission à la cote, comme tous les règlements qu'elle fait est valable, sauf l'approbation du gouvernement, *qui peut être tacite* (V. paroles de M. Vuitry au Corps législatif, le 3 juin 1863). Elle a inscrit ce droit dans son règlement particulier de nov. 1832, titre 5, et dans le règlement général de 1870, a. 155, 156. On doit en conclure qu'elle est responsable de l'admission à la cote de titres (notamment des valeurs étrangères) qui ne présenteraient pas les garanties annoncées au public (V. décr. 22 mai 1858) : Rej. 4 déc. 1877, D. P. 78. 1. 249, et les conclusions de M. Arth. Desjardins ; Req. 27 mars 1882, D. P. 82. 1. 293.

Source BIU Cujas

définiment reculée. Comme élément de crédit, elles rentrent dans la matière du commerce de l'argent ou des signes représentatifs, dont nous parlerons à propos du titre 8e; elles seront donc pour nous la transition entre le commerce des marchandises et le commerce de l'argent.

Nous les diviserons d'abord quant au fond, et ensuite quant à la forme.

I. — Division quant au fond.

Quant au fond, les effets publics rentrent dans trois grandes catégories : — 1o Rentes d'Etat, françaises ou étrangères ; — 2o Actions des grandes compagnies ; — 3o Obligations des villes, du trésor français ou d'Etats étrangers.

1. — Rentes d'État (nous ne parlerons que des rentes françaises).

601. Les rentes sur l'Etat sont caractérisées, comme les rentes sur particuliers, parce que le capital n'est jamais exigible; le crédi-rentier n'a droit qu'à des arrérages; l'Etat a seulement *la faculté* de rembourser le capital.

C'est ce qu'on formule en distinguant la *dette flottante* et la *dette consolidée* de l'Etat La dette flottante est la dette qui est exigible, soit actuellement, soit à un terme plus ou moins court; elle est représentée notamment par les bons du Trésor produisant des intérêts variables suivant le terme du remboursement, et par le compte de l'Etat à la Banque de France La dette *consolidée*, appelée aussi *dette perpétuelle, dette inscrite*, est celle qui a cessé d'être exigible parce qu'elle est convertie en rentes.

La rente est en 3 o/o, 4, 4 1/2 et 5 o/o. Cela ne veut pas dire que l'on paie sur le marché 100 fr. pour avoir 3 fr. ou 5 fr. de rentes, ni même que l'Etat ait touché 100 fr. en promettant 3 fr. ou 5 fr. de rente. Cela n'indique pas du tout un taux de vente ou un taux d'émission, mais un *taux de remboursement ;* c'est-à-dire que l'Etat, s'il veut racheter les rentes, sera obligé de donner 100 fr. pour se libérer dans un cas de 3 fr. de rente, dans l'autre cas de 5 fr. On voit que le 5 o/o est plus avantageux à l'Etat que le 3 o/o, puisque, pour se libérer d'une somme donnée de rentes, il devra, dans le premier cas, donner autant de fois 100 fr. que cette somme contient le nombre 5, tandis que dans le second cas, il devra donner autant de fois 100 fr. qu'elle contient le nombre 3. Aussi un gouvernement économe, qui ne veut pas grever l'avenir aux dépens du présent, empruntera plutôt en 5 o/o qu'en 3 o/o. Réciproquement, le 3 o/o est, pour la même raison, plus avantageux au public que le 5 o/o; aussi est-il, toutes choses égales d'ailleurs, coté plus haut.

Pour les émissions ou les négociations, elles se font de façon que l'argent versé produise toujours environ 5 o/o d'intérêt, plus ou moins suivant le crédit de l'Etat et l'abondance des capitaux. Elles oscillent autour du *pair*. Le *pair* est un taux calculé de façon que l'argent versé produise 5 o/o : ce sera pour le 3 o/o, 60 fr.; pour le 4 o/o, 80 fr.; pour le 4 1/2, 90 fr., pour le 5, 100 fr. — De la sorte, si l'Etat émet du 5 o/o au pair, il recevra 100 en promettant de rembourser à 100, il ne perdra rien à l'opération ; si, au contraire, il émet du 3 o/o au pair, il recevra 60 fr., en promettant de rembourser à 100, il fera une mauvaise affaire.

Le 4 o/o est exceptionnel maintenant à raison de la conversion offerte aux rentiers par l'Empire, pour unifier la dette en 3 o/o. — Le 5 o/o provient des derniers emprunts de 1871 et 1872, qui ont été très sagement faits en cette

Source BIU Cujas

valeur. La conversion opérée en vertu de la L. 27 avril 1883 (1) réduira ces rentes au 4 1/2, qui deviendra avec le 3 % le type le plus répandu.

602. Les *arrérages* des rentes sont payés par semestres ou par trimestres, sur la présentation d'un coupon pour les titres au porteur, et pour les titres nominatifs moyennant l'apposition d'une estampille au dos du titre lors de chaque paiement. L'Etat donne pour les derniers emprunts des *titres mixtes*, qui sont nominatifs, mais présentent des coupons détachables pour le paiement des arrérages. — Ceux-ci sont payables à des dates diverses pour les différentes émissions. Le coupon est détaché quinze jours avant le moment où l'on doit toucher. On indique cette époque au bulletin des cours, en mettant : *jouissance du* 22 *mars* ; *jouissance du* 16 *février*, etc. — Naturellement tous les fonds tendent à monter, à mesure que l'on approche de l'échéance du coupon, puisque l'acheteur profite des intérêts accumulés depuis la dernière échéance, et ils tendent à redescendre brusquement après le détachement du coupon.

602 *bis*. La L. 12 juin 1878 a autorisé la création d'un nouveau type de rentes, *le* 3 % *amortissable*. Ce sont des rentes dont le remboursement doit avoir lieu par voie de tirage au sort en 75 ans. Le mode de remboursement est réglé par le décr. 16 juill. 1878 : les titres émis sont divisés en séries ; une série par an doit être remboursée pendant les vingt-neuf premières années de l'émission ; le nombre des séries remboursées annuellement ira en augmentant à mesure que l'on approchera du terme de 75 ans. Les titres émis sont nominatifs ou au porteur, au choix de leurs propriétaires. — Ces titres sont qualifiés de rentes par la loi et le décret, ainsi que par l'usage. Cette qualification est impropre ; car le remboursement n'est pas facultatif pour l'Etat débiteur ; ce sont des obligations exigibles quoique à un terme éloigné, et dont l'échéance est aléatoire pour chaque titre.

603. Les rentes sur l'Etat sont déclarées **insaisissables** (Lois du 8 niv. an VI, et du 28 flor. an VII, et L. 12 juin 1878 a. 3, 2e al. pour l'*amortissable*), ce qui veut dire qu'on ne peut pas faire saisie-arrêt ou opposition entre les mains des comptables du Trésor pour s'opposer au paiement des arrérages. Le but de ces dispositions est de simplifier les comptes du Trésor, et de permettre de payer partout les arrérages à bureau ouvert, ce qui ne serait pas possible si l'Etat devait tenir compte des oppositions ; le tout dans l'intérêt du crédit de l'Etat. — Cette insaisissabilité peut causer un grand dommage aux créanciers en soustrayant à leur gage une partie de la fortune de leur débiteur. On peut échapper à cet inconvénient dans certaines situations spéciales, notamment dans le cas de faillite qui nous intéresse spécialement et dont nous parlerons en son lieu et place (V. n. 907 et 1076) ; il en serait de même en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire, car, faute par l'héritier de vendre de bon gré les rentes de la succession, on le ferait dé-

(1) Pour faire la conversion, l'Etat offre aux rentiers, s'ils ne veulent pas se contenter dorénavant de 4 1/2 %, de leur rembourser la rente à 100 fr., comme c'est son droit. Sans doute, il ne serait pas en mesure de rembourser tout ce qu'il a emprunté en 5 %; mais comme le 4 1/2 % est au-dessus du pair, par exemple à 110, il est sûr que fort peu de rentiers demanderont leur remboursement à 100, quand ils peuvent vendre leur titre à 110 sur le marché.

Source BIU Cujas

clarer héritier pur et simple (1). — La vente forcée n'est pas admise, même de la part d'un créancier gagiste (2).

2° — Actions.

604. Ce sont les actions émises par de grandes sociétés; les principales sont celles des *sociétés de crédit*, et des *compagnies de chemin de fer*.

Nous avons déjà donné beaucoup d'explications à propos des sociétés (V. n. 229 et suiv.); nous ajouterons ici peu de chose.

Presque toutes les actions sont d'une valeur uniforme de 500 fr. Souvent tout le capital n'est pas versé; alors, sur la cote au-dessous de la valeur de l'action, on met 125 versés ou 250 versés, etc. Mais un point important à noter c'est que le taux est toujours indiqué comme si tout était versé; il faut déduire ce qui est à verser pour savoir le taux véritable : soit une action de 500 fr., 125 versés, cotée à 545 fr.; elle se paie en réalité 170 fr., c'est-à-dire les 45 fr. de plus-value que représente le taux actuel, et qu'on appelle la *prime*, et les 125 versés qui dans la cote comptent pour 500. L'habitude de les coter ainsi tient à ce que les agents de change calculent leur courtage sur le taux de l'opération, et ont, par conséquent, intérêt à ce qu'il soit plus élevé. Mais actuellement on ne paie l'impôt que sur le prix réel de la négociation, c'est-à-dire sur ce qui est versé, augmenté de la prime; et c'est de toute justice, car c'est là toute la valeur que l'on achète (L. 29 juin 1872).

3° — Obligations.

605. Elles présentent deux types principaux :

1° *Obligations à tant pour cent avec lots.* Ce sont surtout les obligations des villes qui affectent cette forme; cependant le Crédit foncier en a émis aussi dans ces conditions. — Ces emprunts constituent de véritables loteries, où l'on attire le public par l'appât de lots très considérables. Aussi ils ne peuvent être autorisés que par une loi; en effet les loteries sont prohibées en France (L. 21 mai 1836, art. 1 et 2); le gouvernement peut seulement autoriser les loteries ayant pour objet la bienfaisance ou l'encouragement des arts (art. 5); les emprunts dont nous parlons ne rentrant pas dans ces catégories, il faut une loi pour les autoriser. — Quant à la combinaison financière, les lots sont couverts par un abaissement du taux de l'intérêt, auquel le public consent par l'appât des lots, et réciproquement le taux d'émission ou de négociation est supérieur au pair à cause de la chance des lots.

2° *Obligations de* 500 *fr.* (ordinairement), c'est-à-dire remboursables à 500 fr., produisant 15 fr. d'intérêt, et émises aux environs de 300 fr., de façon à ce que l'argent versé rapporte 5 %. — Le remboursement se fait au moyen de tirages annuels dans un certain délai variant de soixante à quatre-vingts ans. Le public est attiré par l'espoir d'être remboursé promptement et de gagner ainsi les 200 fr. de différence entre 300 fr. et 500 fr. qu'on appelle *la prime de remboursement*. Nous avons déjà expliqué que les compagnies peuvent y trouver leur compte, parce qu'elles ne paient que 5 % du capital versé, tandis que, comme commerçantes, elle devraient payer 6 %; le 1 % qu'elles économisent sur chaque obligation leur permet de rembourser annuellement

(1) Paris, 22 nov. 1855, 13 juin 1856, S. 57. 2. 212. Brav., t. II, p. 171. — Il n'en serait pas de même en cas de séparation des patrimoines, car celle-ci ne détruit pas la saisine de l'héritier : Paris, 2 mai 1878, D. P. 80. 2. 69.

(2) Cons. d'Etat, 6 août 1878, D. P. 79. 3. 41.

Source BIU Cujas

celles qui sortent au sort et dont le nombre est fixé en conséquence. C'est ainsi qu'elles ne violent pas la loi sur le taux de l'intérêt (V. *suprà*, n. 241).

II. — **Division quant à la forme.**

606. Ces valeurs sont *nominatives*, *à ordre* ou *au porteur*. Les valeurs *à ordre* ne sont pas très communes; elles ne sont pas visées directement par les textes; nous n'en parlerons qu'accessoirement; disons seulement que suivant les cas il faut les assimiler, tantôt aux titres nominatifs, tantôt aux titres au porteur. — Nous aurons surtout à insister sur ces derniers.

Un principe important est la liberté assurée au public de convertir ses titres nominatifs en titres au porteur ou réciproquement, lorque tous deux existent pour la même valeur (L. 23 juin 1857, art. 8). En général, les deux formes existent; il y a exception pour les actions de la Banque de France qui sont toujours nominatives. L'emploi de la forme à ordre est toujours entièrement facultatif.

607. **Avantages respectifs des titres nominatifs et des titres au porteur :**

1° *Pour la cession ou l'engagement*, nous avons vu que pour les titres nominatifs il faut un transfert, tandis que pour les titres au porteur il suffit de la tradition. Pour les titres à ordre l'endossement offre presque autant de commodité que la tradition pour les titres au porteur.

2° *Pour la spéculation* : elle ne se fait que sur les titres au porteur, à cause de la lenteur du transfert pour les autres. Aussi quand la loi a voulu empêcher la spéculation à certains moments sur certains titres, elle a prohibé les titres au porteur (V. L. 1867, art. 3).

3° *Pour l'impôt de transmission*, qui est payé simplement à chaque transmission pour les titres nominatifs, et transformé en abonnement annuel pour les titres au porteur (V. *infrà*, n. 611). Nous verrons que les titres à ordre sont assimilés en cela aux titres au porteur.

4° *Dans le cas de perte*, on peut très facilement obtenir de la société un autre titre si le titre perdu était nominatif, car le droit de propriété est constaté par les registres de la société. Il faut seulement avoir la précaution de faire opposition au paiement des coupons, car ceux-ci se paient au porteur, même quand le titre est nominatif. Pour les titres au porteur, la perte soulève beaucoup de difficultés, comme on va le voir. — Quant aux titres à ordre, on a la ressource indiquée aux art. 149 et suiv., C. com. (V. *infrà*, n. 806 et suiv.).

Il résulte de ces observations qu'un titre nominatif est préférable, si l'on veut le garder, parce qu'on évite des risques de perte et qu'on ne paie pas l'impôt de transmission tant qu'on le garde. Au contraire, un titre au porteur doit être préféré s'il est destiné à circuler beaucoup, parce que, moyennant un faible abonnement annuel, on est dispensé de rien payer au moment des transmissions.

Nous traiterons dans trois subdivisions : — 1° de la transmission de ces titres; — 2° des impôts; — 3° du cas de détournement des titres au porteur.

1° — Transmission.

608. Nous avons déjà parlé de la transmission des actions suivant leur forme aux n°s 236, 237; et de leur engagement aux n°s 491, 492. Ce que nous

Source BIU Cujas

avons dit s'applique aussi aux autres titres, rentes et obligations. Il nous suffira ici de reprendre les principes à un point de vue un peu plus général.

La *transmission* et l'*engagement* de ces titres sont parfaitement valables *inter partes* par le seul consentement des parties (C. civ., art. 1137, auquel aucun texte n'a dérogé), p. ex. en cas de vente, donation, échange, prêt, etc., et ce consentement pourra être constaté par les modes ordinaires de preuve soit en matière civile, soit en matière commerciale, suivant que l'opération sera civile ou commerciale; ils peuvent également avoir lieu *inter partes* par le seul effet de la loi (succession, legs), ou par une décision judiciaire.

Les formalités du transfert, de l'endossement ou de la tradition, qu'il sera cependant plus naturel d'employer même *inter partes*, ne sont *nécessaires* qu'à l'égard des tiers, et encore avec des distinctions.

Pour les titres nominatifs, le *transfert* est toujours nécessaire pour la transmission à l'égard des tiers (C. com., art. 36) (1). Et les tiers qui, faute de transfert, pourraient méconnaître le droit nouvellement acquis, sont : d'abord l'Etat pour les rentes ou l'établissement débiteur pour les actions et obligations; faute de transfert régulier, ils paieraient valablement entre les mains du précédent titulaire (cf. C. civ., art. 1691); ce sont ensuite tous autres tiers intéressés, p. ex. les créanciers du précédent titulaire ayant fait saisie-arrêt pour les titres qui en sont susceptibles, ou un autre acquéreur, au nom de qui un transfert régulier aurait eu lieu (2). Enfin il faut appliquer, quant aux effets, toutes les règles données à propos de l'ensaisinement des créances sous les art. 1690 et suiv., et 2075, C. civ. — Il faut ajouter que pour les rentes sur l'Etat le transfert, même après cession directe entre les parties, ou après une transmission légale, exige toujours le concours d'un agent de change pour certifier l'identité des parties (arrêté 27 prairial an X, art. 15 et 16).

Pour les titres au porteur, il faut appliquer purement et simplement les règles sur la *tradition des meubles*. Quant à la transmission, elle est valable *erga omnes* par le seul consentement (C. civ., art. 1137, *nec obstat* 1141) (V. *suprà*, n. 450), sauf le droit d'un nouvel acquéreur mis en possession et de bonne foi (art. 1141 et 2279, C. civ.). Quant à l'engagement il n'est jamais valable à l'égard des tiers que par la tradition faite au créancier gagiste (C. civ., art. 2075, et C. com., art. 94).

Pour les titres à ordre, nous renvoyons à ce que nous dirons plus loin de la transmission de la lettre de change (V. n. 746 et suiv.).

2° — Impôts.

609. Trois impôts frappent les valeurs de bourse, à l'exception des rentes, qui dans l'intérêt du crédit de l'Etat, ne sont jamais imposées.

1° *Timbre*. Ces effets doivent être timbrés et paient à ce moment 1 % du capital nominal ; 50 c. %, si leur durée n'excède pas dix ans (L. 5 juin 1850, a. 14, et suiv.) Mais ce droit peut être converti en un abonnement annuel fixe de 5 c. %, ce qui, avec les décimes, fait 6 c. (L. 1850, a. 22, 31). — Cet impôt portant sur le capital nominal n'augmente pas lors même que la valeur fait prime, valût-elle 1000 fr. au lieu de 500 fr.; mais il ne diminue pas, si elle

(1) Ly. C. et R., n. 380, 381. — Il en est autrement pour la mise en gage, en vertu du texte de l'a. 91, 3e al. C. com.; v. n. 492.

(2) Cass. 20 juin 1876, D. P. 77. 1. 378; Amiens, 11 mai 1877, D. P. 77. 2. 218.

Source BIU Cujas

est au-dessous du cours, et ne donne même aucun revenu. Mais il n'est pas dû sur les actions quand la société ne distribue pas de dividendes (L. 1850, a. 24) (1).

2° *Droit de transmission.*

610. Ce droit est appliqué purement et simplement aux *titres nominatifs;* il se paie au moment du transfert. Après plusieurs variations (2), il est fixé actuellement (L. 29 juin 1872, art. 3) à 50 c. %, décimes compris, non de la valeur nominale, mais du prix de la négociation; c'est-à-dire qu'il varie suivant que la valeur est cotée haut ou bas. — De plus, depuis la loi du 30 mars 1872, encore en vigueur sur ce point, il est perçu seulement sur la valeur négociée, *déduction faite des sommes non versées* pour les titres non libérés. Ceci est de toute justice, car les sommes non versées ne représentent aucun droit; il n'y a donc rien de transmis quant à elles. Ainsi, un titre de 500 fr., 125 versés, coté 545 fr., ne paiera que sur 170 fr.

Il n'est pas payé pour les transferts de garantie, ni les transferts d'ordre, qui ne représentent pas une transmission réelle de la propriété.

Le même impôt est dû pour la conversion des titres au porteur en titres nominatifs ou réciproquement. Il est calculé (puisqu'il n'y a pas de prix payé dans cette opération) sur le cours moyen du jour.

611. *Pour les titres au porteur*, comme on ne peut saisir les transmissions faites de la main à la main, ce droit est transformé en un abonnement annuel, et retenu sur le dividende ou l'intérêt que paient les compagnies. Il est actuellement (L. 29 juin 1872, art. 3) de 20 c. %, décimes compris, du *cours moyen* de l'année précédente. Ce cours moyen se calcule aussi sur la valeur négociée *déduction faite des sommes non versées* (L. 30 mars 1872) (3).

Pour les *titres à ordre*, il n'y a pas de texte formel, mais ils doivent être assimilés aux titres au porteur; car la L. de 1857, qui a établi ces impôts vise en même temps les *titres au porteur*, et « *ceux dont la transmission peut s'opérer sans un transfert* »; les titres à ordre rentrent évidemment dans cette dernière catégorie, et le motif est le même : on ne peut saisir les transmissions pour les frapper de l'impôt; il faut donc transformer le droit en abonnement (4); — les lois de 1871 et de 1872 en parlant des droits sur les titres au porteur de toute nature établis par la loi de 1857 ont certainement voulu comprendre dans leurs dispositions tout ce que comprenait la disposition visée de la loi de 1857; — faute d'appliquer ces dispositions aux titres à ordre, il faudrait

(1) Les obligations au contraire supportent cet impôt, même après la faillite de la société débitrice : Cass. ch. réun. 27 déc. 1877, D. P. 78. 1. 354.

(2) Il a été longtemps de 20 c. % (L. 23 juin 1857, Décr. régl. 18 juill. 1857); la L. 16 sept. 1871, art. 11, l'avait élevé à 50 c., plus le double décime, ce qui faisait 60 c.; il a été réduit à 50 c. tout compris par la L. 29 juin 1872, comme compensation de la taxe générale sur le revenu des valeurs mobilières, établie par cette loi, et dont nous parlons sous notre 3°.

(3) D'abord établi à 12 c. % du revenu de l'année précédente (L. 23 juin 1857), il avait été élevé à 15 c., ce qui avec les décimes faisait 18 c. (L. 16 sept. 1871, art. 11); puis à 25 c., tout compris (L. 30 mars 1872, art. 1); il a été réduit à 20 c., également tout compris, par la L. 29 juin 1872, art. 3; et cela pour les motifs indiqués à la fin de la note précédente.

(4) Beslay, *Sociétés par actions*, n. 281.

Source BIU Cujas

les dispenser de tout impôt, ce qui est certainement contraire à l'intention du législateur de 1871 et de 1872 qui cherchait à augmenter les droits du trésor.

3° *Impôt sur le revenu.*

612. Il est fixé à 3 °/₀ du revenu annuel (et non plus du capital) et avancé par la compagnie (L. 29 juin 1872, art. 3). Son assiette est indiquée dans l'article 1, et la base du calcul indiquée dans l'art. 2 de la même loi (1).

3° — Détournement des titres au porteur (2).

613. Sous ce mot *détournement*, nous comprenons la perte, le vol et l'abus de confiance (3).

Autrefois, ces faits compromettaient gravement les droits du propriétaire des titres. La pratique avait imaginé divers moyens de garantir ces droits; mais ils étaient bien imparfaits et soulevaient encore bien des difficultés.

Actuellement, nous avons la **L. 15 juin 1872**, que nous allons expliquer. — L'art. 1er indique l'objet de la loi : sauvegarder les droits du propriétaire moyennant certaines formalités.

Le propriétaire a trois intérêts à protéger, auxquels répondent trois ordres de formalités : — 1° toucher ses revenus, ou même le remboursement de on titre, s'il y a lieu ; — 2° sauvegarder sa propriété : empêcher les transmissions du titre, qui pourraient en faire perdre la trace et le faire passer entre les mains d'un possesseur de bonne foi pouvant invoquer l'art. 2279, C. civ. ; — 3° obtenir un titre nouveau, pour pouvoir le négocier s'il en a besoin.

1er intérêt. — *Toucher les sommes payables sur son titre.*

614. Autrefois, ces sommes étaient déposées à la Caisse des dépôts et consignations, et le propriétaire dépossédé ne les touchait que lorsque la compagnie débitrice était couverte à l'égard des tiers par la prescription.

Actuellement, il y a *trois formalités* à remplir : — 1° Faire entre les mains de la compagnie une signification valant opposition (V. les détails dans l'art. 2). — 2° Obtenir l'autorisation de toucher, par ordonnance du président du tribunal civil, cette autorisation ne pouvant être donnée qu'un an après la signification, et lorsqu'il y a eu depuis la même époque deux répartitions au moins de dividendes ou d'intérêts. On considère que ces répartitions mettent le porteur en demeure de se présenter pour toucher, et, s'il ne se présente pas, rendent probable sa mauvaise foi (V. art. 3). Il y a recours au tribunal civil, en cas de refus du président (art. 7); et l'appel est encore possible ensuite, car l'ordonnance n'est pas contentieuse (4). — 3° Donner cau-

(1) Le législateur de 1872 a voulu atteindre tous les revenus mobiliers résultant de placements d'argent sans le concours du travail du capitaliste. L'a. 1er, 1°, vise les actions (son texte, amphibologique, est limité à ces valeurs par l'opposition du 3°); le 2° vise les obligations; et le 3° vise les parts d'intérêts qui ne sont pas des actions. — Une loi du 1er déc. 1875 a précisé la pensée du législateur de 1872, qui avait été mal comprise, par suite de la rédaction peu nette de ce 3° ; elle déclare exemptes de l'impôt les parts d'intérêts dans les sociétés en nom collectif et les parts des commandités dans la commandite simple (a. 1). Elle exempte aussi les sociétés coopératives entre ouvriers et artisans (a. 2).

(2) Cette matière est traitée par le C. com. ital. a. 55, 56.

(3) Le législateur a volontairement laissé de côté le cas de *destruction* des titres, il a pensé que l'a. 1348 C. civ. était suffisant pour cette hypothèse. V. le rapport sur la L. du 15 juin 1872.

(4) Ly. C. et R., n. 388, note 2.

Source BIU Cujas

tion (art. 4 et 5) pour les annuités échues et pour les sommes qui peuvent être mises en distribution pendant les deux années qui vont suivre (art. 6, 1er al.). La caution peut être remplacée par un nantissement (art. 6, 2e al.), ou par le dépôt à la Caisse des dépôts et consignations des sommes à toucher (art. 4 et 5). — Ces garanties ne persistent que pendant deux ans à partir de l'autorisation du président, pour les annuités; — et, pour le capital, s'il vient à remboursement, pendant dix ans à partir de son exigibilité, et cinq ans à partir de l'autorisation du président, ce qui suppose que celle-ci a été donnée après les cinq premières années de l'exigibilité.

615. *Effets de l'accomplissement de ces formalités* : — L'opposant a le droit de toucher les intérêts et dividentes échus lors de l'autorisation ou échéant depuis, et même le capital de son titre s'il devient exigible. — Et ce paiement est immédiatement libératoire pour la compagnie (art. 9). Autrefois, la compagnie n'était libérée que par la prescription ordinaire : cinq ans pour les annuités (C. civ., art. 2277), et trente ans pour le capital (C. civ., art. 2262); et elle ne payait à l'opposant qu'après ce temps écoulé. — Il résulte encore de l'art. 9, que si la compagnie, au lieu de payer à l'opposant, payait au porteur, elle ne serait pas libérée (C. civ., art. 1242) (1).

Dès lors, le porteur du titre, s'il se prétend légitime propriétaire, n'a plus, pour ces arrérages et ce capital payé, que le droit de poursuivre l'opposant s'il est solvable, et tant que celui-ci n'est pas protégé par le délai ordinaire de la prescription; et le droit de poursuivre la caution ou le gage dans le délai de deux ans, comme nous l'avons dit ci-dessus (même art. 9). — L'art. 10 organise une procédure pour mettre en présence le porteur et l'opposant: quand le porteur se présente, la compagnie retient son titre en lui donnant un récépissé, et prévient l'opposant par lettre chargée, de façon à ce qu'ils aient à vider leur débat devant les tribunaux, soit quant aux sommes touchées, soit quant à la propriété du titre (V. au no suivant).

Si ce sont des coupons, détachés du titre, qui ont été volés ou perdus, on peut les toucher trois ans après l'opposition, si celle-ci n'a pas été contredite, et l'on n'a pas d'autorisation à obtenir, ni de caution à donner (L. 1872, a. 8).

2e intérêt de l'opposant. — *Sauvegarder sa propriété.*

616. La *formalité* à remplir est une *opposition* au syndicat des agents de change de Paris, avec réquisition de la publication de cette opposition (V. les détails de ce que doit contenir l'opposition à l'art. 11, 1er al.). (2). Pour cette publication, on a créé un bulletin quotidien, auquel peuvent s'abonner ceux qui ont intérêt à connaître les oppositions, notamment tous les agents de change de Paris et de province (art. 11, 2e et 3e al.).

De plus, la loi impose aux agents de change l'obligation de noter sur leurs livres les numéros des titres qu'ils achètent ou qu'ils vendent (art. 13). C'est afin que l'on puisse retrouver la trace des titres. — Du reste, l'absence de cette formalité ne serait jamais opposable à celui qui a perdu son titre.

617. *Effets de l'accomplissement de cette formalité.* C'est *l'intransmissiblité du titre,* dans chaque localité à partir du moment où le bulletin y est arrivé, « *ou*

(1) Req. 29 déc. 1874, D. P. 76. 1. 351.

(2) Ce système avait été proposé par M. Leveillé, professeur à la faculté de droit de Paris. V. l'exposé des motifs.

Source BIU Cujas

aurait pu y parvenir », ajoute la loi; c'est-à-dire aurait pu parvenir si l'on y avait été abonné. La loi ne veut pas dire qu'il faudra toujours se référer au moment où le bulletin aurait absolument pu parvenir, quoiqu'il ait été retardé par divers obstacles, notamment par un retard du courrier; elle veut dire seulement qu'il faut que les parties ne soient pas en faute de ne pas l'avoir reçu. — D'ailleurs, à partir de ce moment, elle prohibe toute négociation; non seulement à Paris, mais encore en province; non seulement à la Bourse, mais encore à l'amiable.

Au contraire, avant le délai de l'art. 12, le titre n'était pas intransmissible, et l'art. 14 laisse les négociations dont il peut avoir été l'objet sous l'empire du droit commun, notamment des art. 2279 et 2280, C. civ., dont l'application était autrefois douteuse (1). — Voici les conséquences qui s'ensuivront : — S'il y a simple détournement par abus de confiance, on appliquera l'art. 2279, 1er al. : celui qui aura acquis et reçu livraison (2) de bonne foi (3) avant l'opposition au syndicat sera devenu immédiatement propriétaire incommutable (4). Et ceux à qui il transmettra plus tard le titre en deviendront immédiatement propriétaires incommutables (5). — S'il y avait perte ou vol, l'opposant pourrait revendiquer les titres pendant trois ans, même entre les mains d'un possesseur de bonne foi (art. 2279, 2e al.); seulement, si le possesseur les avait achetés à la Bourse (marché public) ou chez un changeur (marchand vendant des choses semblables), le propriétaire ne pourra les reprendre qu'en remboursant au possesseur le prix payé (art. 2280).

618. Les changeurs ayant acheté dans leur boutique un titre qu'on leur offrait, ont prétendu se mettre à l'abri derrière l'art. 2280, c'est-à-dire n'être tenus de rendre le titre que si on leur remboursait le prix qu'ils avaient payé; ils soutenaient que leur boutique était un marché public dans le sens de l'art. 2280, et qu'ayant acheté dans leur boutique, ils étaient protégés par cet article. Leur prétention a été justement repoussée par la jurisprudence (6). En effet, jamais une boutique n'a été considérée comme un marché public; ils sont bien des marchands vendant des choses pareilles (art. 2280), mais cet article ne protège pas le marchand lui-même, il protège seulement celui qui a acheté chez lui. — S'il y avait simple détournement, ils pourraient, s'ils étaient de bonne foi, invoquer l'art. 2279, 1er al.; seulement, ils ne peuvent prétendre être possesseurs de bonne foi, que s'ils ont pris toutes les précautions qui leur sont imposées, soit par les règles de leur profession,

(1) Nous pensons qu'il fallait les appliquer : *Sic :* Al. n. 692. — Et l'on devrait encore les appliquer si les formalités édictées par la loi nouvelle n'étaient pas remplies : Req. 14 juillet 1874, S. 74. 1. 23.

(2) La livraison à un mandataire du vendeur, chargé de les remettre à l'agent de change, ne suffirait pas : Req. 17 déc. 1878, D. P. 79. 1. 287.

(3) Peu importe qu'il soit devenu plus tard de mauvaise foi : Rej. 5 déc. 1876, D. P. 77. 1. 165.

(4) Paris, 27 déc. 1881, D. P. 82. 2. 99, etc.

(5) Req. 3 juin 1878, D. P. 79. 1. 25 (motifs), et la note. Seulement l'opposition, quoique tardive, rendra momentanément le titre intransmissible entre leurs mains : Cass. 11 juin 1877, D. P. 77. 1. 394.

(6) Req. 21 nov. 1877, D. P. 78. 1. 424. — Al. n. 692. Ly. C. et R., n. 385, note 4.

Source BIU Cujas

soit par la plus simple prudence, comme conséquence de ce que leur boutique est ouverte à tout venant et qu'ils ne connaissent pas ceux qui s'adressent à eux; ces précautions sont les suivantes : inscrire sur leurs livres l'opération et le nom du vendeur; s'assurer de son individualité; ne payer qu'à son domicile (1). La jurisprudence les dispense de ces précautions lorsque rien n'est de nature à éveiller leurs soupçons (2); cette solution nous paraît trop favorable aux changeurs; car il est en général bien facile à un voleur de se donner les apparences d'un honnête homme.

619. *Droits du tiers porteur* : — 1° *Contester l'opposition* (art. 12, 1er al., *in fine*), soit comme « *irrégulière en la forme* », on retombe alors dans le cas de l'art. 14 (V. n. 617); soit comme « *faite sans droit* », c'est la question de fond, de propriété du titre; l'opposant devra alors prouver, par les modes ordinaires, qu'il était propriétaire du titre, et le tiers porteur pourra se défendre en prouvant qu'il a acquis ou que son auteur a acquis avant la publication de l'opposition, pour invoquer l'art. 14 de la loi et les art. 2279 et 2280, C. civ. — 2° *Recourir contre son vendeur* (art. 12, 1er al.) par l'action en garantie de droit commun (C. civ., art. 1599, 1626, et suiv.) (3) — 3° *Recourir contre son agent de change* (art. 12, 2e al.), mais seulement lorsque celui-ci est en faute, c'est-à-dire si, avant l'achat (4), la publication de l'opposition avait eu lieu dans le bulletin (auquel il doit être abonné), ou s'il avait reçu personnellement la signification de l'opposition.

3e intérêt de l'opposant : *Obtenir un titre nouveau*, pour pouvoir négocier son titre, s'il a besoin de ses fonds.

620. Il pourra en obtenir un de la compagnie, mais seulement dix ans après l'autorisation du président du tribunal, et si personne ne s'est présenté dans l'intervalle pour toucher les annuités; et le temps pendant lequel l'établissement n'a pas mis de dividendes en distribution ne sera pas compté dans le délai de dix ans (art. 15). C'est que l'on considère chaque distribution comme une mise en demeure, pour le porteur, de se présenter. — Il a été dit, dans les travaux préparatoires, que si l'on prouvait d'une manière irréfragable la destruction du titre, la compagnie serait tenue d'en donner immédiatement un duplicata sur l'ordre du tribunal. — Enfin, l'opposant doit encore garantir, par un dépôt ou par une caution, que le numéro du titre frappé de déchéance, sera publié pendant dix ans avec une mention spéciale au bulletin quotidien.

Le titre nouveau porte le même numéro que l'ancien, avec la mention qu'il est délivré en duplicata; il confère les mêmes droits que l'ancien; — et le titre primitif est frappé de déchéance (art. 15).

621. *Droits du tiers porteur*. Il n'a plus qu'une action personnelle contre l'opposant qui aurait fait opposition sans droit. — Malgré les termes de la loi « *action personnelle* », cette action nous paraît être une revendication du titre donné en duplicata; ces mots veulent dire seulement que son action sera li-

(1) Paris, 23 nov. 1869, D. P. 72. 1. 161.

(2) Cass. 5 janv. 1872, D. P. 72. 1. 161; Douai, 25 déc. 1875, D. P. 76. 2. 163; Paris, 18 déc. 1874, 19 fév. 1875, D. P. 75. 2. 158; Paris, 22 févr. 1875. D. P. 77. 2. 143.

(3) Paris, 27 déc. 1881, D. P. 82. 2. 99.

(4) Cass. 11 juin 1877, D. P. 77. 1. 394.

Source BIU Cujas

mitée à la personne de l'opposant, et qu'il n'aura plus de droits contre la compagnie. Si l'opposant avait aliéné son titre à un acquéreur de bonne foi, on aurait alors contre l'opposant une véritable action personnelle. — L'action contre l'opposant durera trente ans, puisque l'opposant est nécessairement de mauvaise foi. Sans doute, le dernier alinéa de l'art. 15 dit que le numéro du titre doit rester publié pendant dix ans seulement; mais il ne s'ensuit pas qu'il y ait prescription après ce temps, pas plus que la libération de la caution par deux ans pour les arrérages n'affranchit l'opposant de la restitution de ces arrérages pendant cinq ans. D'ailleurs, il a été dit dans les travaux préparatoires que le porteur pouvait se présenter après vingt et un ans.

622. L'art. 16 de la loi déclare qu'elle est applicable aux titres émis par les départements, les communes et les établissements publics, comme par les sociétés. — Il exclut de son application les *billets de banque*; mais cela n'était pas nécessaire : quoiqu'ils soient au porteur, ce ne sont pas proprement des *titres au porteur*; ils en diffèrent essentiellement parce qu'ils sont immédiatement exigibles, sauf suspension exceptionnelle et temporaire par suite du cours forcé. — Il exclut aussi les *rentes sur l'Etat*; c'est qu'elles sont insaisissables (V. *suprà*, n. 603); les arrérages doivent en être payés partout à bureau ouvert, ce qui serait impossible si elles pouvaient être frappées d'opposition. Si des titres de rentes au porteur sont perdus, le Trésor ne délivre de duplicata que moyennant un cautionnement d'égale valeur. La L. de 1872, a. 16, 2e al., crée encore une certaine faveur; elle autorise la restitution du cautionnement après 20 ans seulement, au lieu de 30 ans, et déclare alors l'Etat libéré envers les tiers.

Cette loi a-t-elle un effet rétroactif? Elle a été provoquée par les vols et les destructions de la guerre et de la Commune en 1870 et 1871. Mais comme le législateur n'a rien dit, on ne peut pas lui donner un effet rétroactif (C. civ., art. 2). Les événements dont nous avons parlé ont pu en être seulement l'occasion, sans qu'on ait voulu faire échec aux principes en leur appliquant rétroactivement la loi.

Elle n'est pas applicable aux valeurs étrangères; l'opposition n'empêcherait pas même leur négociation en France. Celle-ci est néanmoins utile pour engager la responsabilité des agents de change (1).

§ 2

Opérations sur les effets publics.

Elles se divisent en opérations au comptant et opérations à terme.

I. — Opérations au comptant.

623. Dans ces marchés, tout doit s'exécuter immédiatement, livraison du titre et paiement du prix. C'est le contrat pur et simple du droit civil, celui qui n'est ni à terme ni conditionnel.

Ces opérations ont souvent pour cause un placement sérieux ou définitif;

(1) Ly. C. et R., n. 394.

Source BIU Cujas

c'est un particulier qui achète le titre pour le garder, ou qui le vend parce qu'il a besoin de ses fonds. Alors l'opération n'a rien de commercial (1). — On dit qu'une valeur est *classée*, quand la masse principale des titres qui la représentent est entre les mains de capitalistes qui entendent les garder, et non de spéculateurs qui ont l'intention de les revendre.

Les opérations au comptant peuvent avoir aussi pour objet une *spéculation* : ce sera un achat pour revendre avec l'espoir de revendre plus cher que l'on n'a acheté. Alors l'opération est commerciale (C. com., art. 632) (cf. *suprà* n. 46). — Cette spéculation joue souvent un rôle très utile, comme toute spéculation commerciale (V. *suprà*, n. 404) : elle facilite le placement des valeurs qui ne sont pas encore classées; et elle atténue les variations des cours en apportant, au moment opportun, sur le marché, les capitaux ou les titres qui y manquent : en effet, si les cours baissent, les spéculateurs viennent acheter dans l'espoir de revendre plus cher; s'ils montent, les spéculateurs vendent pour réaliser leur bénéfice. — La spéculation peut aussi se présenter sous la forme d'une vente pour racheter immédiatement ou un peu plus tard : c'est ce qu'on nomme un *arbitrage* à la Bourse : on vend une valeur en hausse, qu'on croit à son apogée, pour en acheter une qui est assez bas et qu'on croit devoir monter; on dit souvent, pour décrire cette opération, qu'on *sort* d'une valeur pour *entrer* dans une autre. La même opération peut, du reste, se faire pour les placements sérieux ; c'est souvent, pour un capitaliste, le moyen d'accroître son capital ou son revenu.

II. — **Opérations à terme.**

624. Elles sont l'analogue des ventes à livrer dont nous avons parlé pour les marchandises (V. n. 462).—Ainsi l'on achète le 2 mars des titres livrables et payables seulement le 31; et le prix est immédiatement fixé au jour de la vente.

Ces opérations peuvent *quelquefois* s'appliquer à des opérations définitives : ainsi, devant recevoir une somme d'argent à la fin du mois, et voulant la placer en rentes, je puis profiter d'un cours que je juge avantageux, acheter dès aujourd'hui pour ne prendre livraison qu'à la fin du mois ; — réciproquement, si j'ai l'intention de vendre des titres et que ces titres ne soient pas disponibles, p. ex., parce qu'ils sont sous les scellés ou que je suis en voyage, je puis profiter d'un cours favorable, les vendre aujourd'hui pour les livrer plus tard.

Presque toujours les marchés à terme ont pour objet une spéculation. Cela

(1) V. Mollot, n. 642. Al. n. 699. — Notre solution ne nous semble pouvoir faire aucune difficulté pour les achats ou ventes de rentes d'Etat ou d'obligations. Pour les achats d'*actions* dans les sociétés commerciales on pourrait être arrêté par une objection : nous avons admis (*suprà*, n. 228) que celui qui entre dans une de ces sociétés, même comme actionnaire, fait un acte de commerce; l'achat n'est-il pas commercial à ce titre? Il faut répondre que celui qui achète des actions non libérées s'oblige commercialement envers les créanciers de la société, puisqu'il entre par là dans la société commerciale; mais il ne s'ensuit pas qu'il s'oblige commercialement par le contrat d'achat, c'est-à-dire envers le vendeur des titres ou envers l'agent de change qu'il a chargé de l'achat; c'est là un ordre de relations tout à fait différent. *Sic :* Douai : 5 juin 1869, S. 70. 2. 49 ; trib. com. Seine, 19 août 1873, *le Droit* du 29 août.

Source BIU Cujas

peut être une spéculation sérieuse (1); ainsi une maison de banque peut acheter à terme pour s'assurer, à un taux favorable, des titres dont elle a besoin pour satisfaire les demandes probables de sa clientèle au terme choisi; elle peut aussi vendre à terme pour assurer l'écoulement des titres qu'elle prévoit avoir à vendre.

625. Mais le plus souvent ces marchés déguiseront de véritables **jeux**; ils permettront de spéculer sans capitaux ou sans titres. Dans les marchés au comptant, si je veux acheter une valeur dans l'espoir de la revendre plus cher, je suis obligé d'avancer tout le prix de cette valeur pour le recouvrer seulement lorsque je revendrai. Par le marché à terme, j'évite cette nécessité : j'achète aujourd'hui au cours du jour, mais je ne devrai payer qu'en prenant livraison au terme; or, j'ai l'intention de revendre à ce terme; aussi, le jour du terme, vendant ces valeurs j'en recevrai le prix avec lequel je paierai mon achat; je n'aurai qu'à garder ou à fournir la différence des deux prix. Si j'ai acheté à 90 et que je revende à 91, je garderai 1, ce qui fera mon bénéfice; si je ne revends qu'à 89, je devrai fournir 1, ce qui constituera ma perte. Je puis donc spéculer ainsi librement pourvu que j'aie assez d'argent pour payer seulement les différences. — Je puis de même vendre à terme des titres que je n'ai pas, ayant l'intention de les acheter le jour du terme, et je gagnerai ou je perdrai suivant que je trouverai à les acheter moins cher ou plus cher. — Le rôle de cette spéculation est fort peu utile, puisqu'elle n'apporte sur le marché ni titres ni capitaux; loin d'atténuer les variations des cours, elle les exagère, puisque les joueurs sont toujours portés à abandonner une valeur qui baisse et à se précipiter sur une valeur qui monte. Sans doute on dit qu'elle favorise l'émission des valeurs non encore classées, en créant autour d'elles une agitation factice, en permettant d'établir des cours qui ne s'établiraient peut-être pas faute d'acheteurs sérieux, lesquels attendent précisément pour acheter que le cours soit établi. Mais il s'agit de savoir s'il est réellement utile de créer ainsi une hausse factice (V. aussi *infrà*, n. 645).

626. Les marchés à terme ont été l'objet d'une réglementation spéciale par le syndicat des agents de change (Cf. n. 600). Cette réglementation a moins pour objet de restreindre le jeu que d'en faciliter les opérations. Et les restrictions qu'elle impose ont pour premier effet de rendre à peu près impossibles tous les marchés sérieux, car ces marchés se trouveront bien rarement dans les conditions exigées par la réglementation. — Voici ces conditions (2) :

1° Le terme ne peut pas excéder *deux mois*. C'est afin qu'on puisse apprécier les chances, ce qui ne serait pas possible à une distance plus grande. Cette restriction se trouvait déjà dans un arrêt du conseil de 1786.

2° Le choix du terme n'est pas libre (même dans la limite des deux mois); il est nécessairement placé à la fin du mois actuel ou du mois prochain; *fin courant ou fin prochain* (V. arrêt de 1786, du moins pour les rentes). Pour certaines valeurs seulement (3), il y a une liquidation de quinzaine, qui a lieu le 16 du

(1) Req 21 janv. 1878, D. 78. 1. 161.

(2) Cf. Brav., t. II, p. 111 et suiv.

(3) C'est par voie d'exclusion qu'elles sont déterminées ; ce sont toutes les valeurs à terme, autres que : les rentes françaises, les obligations du Trésor, les actions de la Banque de France, du Crédit foncier et des chemins de fer français (Règl. de la chambre syndicale, du 26 juill. 1866, art. 1). V. Demang. sur Brav., t. II, p. 111.

Source BIU Cujas

mois; on peut dès lors vendre ces valeurs à ce terme. — Cette détermination a pour objet de faciliter la liquidation, en la faisant en même temps pour tous les acheteurs et tous les vendeurs à terme. Mais alors il sera bien rare qu'un marché sérieux se trouve pouvoir se traiter juste à ce terme.

3° La quantité à négocier n'est pas libre; on n'admet que de grosses masses, déterminées d'avance; c'est, par exemple, 1,500 fr. de rente 3 %, 2,000 fr. de 4 %; 2,250, de 4 1/2 %; 2,500 de 5 %; ou 25 actions des compagnies, etc.; ou bien des multiples de ces sommes. — Cela facilite aussi la liquidation, mais rend presque toujours impossibles les opérations sérieuses.

4° Certaines valeurs seulement sont admises à la cote à terme : ce sont les valeurs de spéculation, dont les cours sont soumis à des variations notables et fréquentes. Ainsi l'on n'y admet pas les obligations, qui donnent un revenu fixe et dont le cours ne peut varier beaucoup; ni les actions de jouissance; ni les actions, même de capital, des petites compagnies.

627. *Remarque générale.* Il y a souvent différence entre le cours au comptant et à terme : — si le terme est plus cher on dit qu'il y a *report*;— s'ils sont tous deux au même prix, on dit que le report est au pair; — si le terme est au-dessous du comptant, il y a *déport.* — Normalement il doit y avoir report, parce que le titre marchant vers le détachement du coupon, les intérêts s'accumulent jusqu'au terme; le titre vaut donc intrinsèquement plus à terme qu'au comptant. Le déport ne peut résulter que de circonstances extrinsèques, comme de beaucoup d'achats au comptant nécessités par certaines manœuvres de bourse, ou des circonstances politiques.

628. **Diverses espèces de marchés à terme :** — Il y a : 1° les *marchés fermes*, appelés souvent simplement marchés à terme; ce sont les marchés à terme ordinaires; — 2° les *marchés à prime* ou *marchés libres*, présentant un dédit pour l'acheteur; — 3° les *marchés-reports*, combinant le marché à terme et le marché au comptant.

1° **Marchés fermes.**

629. Les deux parties sont liées d'une manière absolue et aucune des deux parties ne peut se délier du contrat.

Tout acheteur spécule à la hausse, car il espère qu'au moment où le marché s'exécutera le titre vaudra plus qu'il ne l'a payé; tout vendeur spécule à la baisse, car il espère qu'au moment où le marché s'exécutera le titre vaudra moins que le prix qu'il recevra.

Ces marchés facilitent beaucoup plus la spéculation que les marchés au comptant, car les parties ne sont pas obligées d'avoir d'avance l'argent ou les titres nécessaires à l'exécution du marché.

L'acheteur n'a pas l'argent pour payer tout ce qu'il a acheté; mais il espère revendre au terme, à un cours plus haut que celui où il a acheté, ou bien avant le terme si le cours favorable se présente dans l'intervalle, en retardant l'exécution de ce second marché jusqu'au même terme que le premier. Il est donc à l'affût, jusqu'au terme, d'un cours plus élevé que celui auquel il a acheté. Au terme, il fera payer les titres par son acheteur à son vendeur en gardant pour lui la différence s'il y a hausse, en la payant s'il y a baisse. Il lui suffit donc d'avoir de quoi payer la différence. — Supposons qu'il ait acheté à terme 5,000 fr. de rentes 5 % à 111 fr.; il doit 111,000 fr. au terme; s'il peut ou s'il a pu revendre à 111 fr. 50, il a à recevoir 111,500 fr.; il gar-

Source BIU Cujas

dera donc 500 fr. de bénéfice. S'il n'a pas trouvé à les revendre plus cher, et si au terme le 5 % vaut 110 fr. 50 seulement, n'ayant à recevoir que 110,500 fr., il doit fournir 500 fr.

Le vendeur à terme, aussi bien souvent, n'a pas les titres; il a vendu *à découvert* (la masse des vendeurs à découvert se nomme *le découvert*); il espère acheter les titres au terme ou dans l'intervalle à un prix moindre que celui auquel il les a vendus, en profitant d'une baisse. S'il arrive au terme sans les avoir rachetés, et que le cours soit plus haut que celui auquel il a vendu, il perd la différence, étant obligé, par exemple, d'acheter à 111 fr. 50 ce qu'il doit fournir pour 111 fr.

630. En faveur de qui est le terme? — Dans la pratique, il est toujours présumé en faveur de l'acheteur (Régl. des ag. de ch., tit. 5, sect. 3, art. 5 *in fine*) (1). La raison principale de cet usage, c'est le désir d'échapper à l'art. 422, C. pén., qui punit comme un pari « toute convention de livrer des effets publics qui ne seraient pas prouvés par le vendeur avoir été en sa possession au temps de la convention ou *avoir dû s'y trouver au temps de la livraison* ». Pour que le vendeur puisse soutenir devant les tribunaux que les titres devaient se trouver entre ses mains au temps de la livraison, il promet d'être toujours prêt à livrer les titres si l'acheteur veut l'y forcer en renonçant au terme; et l'on met dans le marché *livrable à* telle époque *ou plus tôt à volonté*. Cette clause est même sous-entendue, en vertu de l'usage, si l'on n'a rien dit. — En allant au fond des choses, on comprend cet usage s'il y a *report*, car l'acheteur ayant payé le titre à terme plus cher qu'il ne l'aurait payé au comptant, on peut bien présumer que le terme a été stipulé en sa faveur. Mais s'il y a *déport*, la présomption contraire devrait être posée. Néanmoins, la pratique et la jurisprudence maintiennent la même solution dans ce cas (2); il reste toujours la raison tirée du code pénal.

L'acheteur peut donc exiger la livraison avant le terme en payant le prix immédiatement : c'est ce qu'on appelle *escompter* son marché (le mot *escompte* indique toujours une anticipation dans l'exécution d'une convention). Le vendeur a, pour exécuter le marché, cinq jours à partir du moment où son agent de change est prévenu par une affiche, apposée dans le cabinet des agents de change par l'agent de change de l'acheteur. — Cette faculté est très dangereuse pour les vendeurs à découvert, car l'acheteur peut choisir un moment de hausse considérable pour les forcer à livrer. Le danger devient surtout terrible lorsque l'acheteur est un capitaliste qui a su accaparer sous main tous les titres disponibles sur le marché; car les vendeurs sont obligés de venir lui acheter à lui-même les titres qu'ils doivent lui livrer, et il peut les leur faire payer très cher. Il résulte de cette opération une grande hausse au comptant, et le terme restant tranquille, il y a *déport;* c'est un des cas où le fait anormal du déport peut se produire.

Il y a là un grand avantage pour l'acheteur; nous en trouverons encore d'autres. Tous nous paraissent s'expliquer au fond par le désir de favoriser le crédit de l'Etat, des villes ou des compagnies en appelant les acheteurs qui tendent à faire monter toutes les valeurs.

(1) Paris, 6 janvier 1868, D. P. 68. 2. 1., avec une note de M. Beudant.
(2) Même arrêt.

Source BIU Cujas

2° **Marchés libres** ou **à prime**.

631. En France, ils sont libres seulement pour l'acheteur. C'est encore là une de ces faveurs dont nous venons de parler.

L'acheteur paie, au moment du marché, une faible portion du prix appelée *prime;* et il pourra toujours se libérer du marché en abandonnant sa prime. C'est, en définitive, une vente avec arrhes (cf. C. civ., art. 1590) (1), mais seulement en faveur de l'acheteur, le marché étant ferme pour le vendeur. — Voici comment on exprime cette convention à la Bourse et sur la cote des valeurs; on dit qu'on achète de la rente 3 % à 111 50 *dont* 25 *c.* ou *dont* 1 *fr.*, etc., c'est-à-dire que sur les 111 fr. 50 c. on paie immédiatement 25 c. ou 1 fr., qui seront un acompte à déduire plus tard sur le prix si le marché est maintenu, mais que l'acheteur pourra abandonner pour être absolument délié de son marché.

Cette position est très avantageuse pour l'acheteur, puisqu'il a la chance de gagner indéfiniment, si la valeur monte; tandis qu'en cas de baisse, il ne peut pas perdre plus que sa prime. Mais cet avantage est compensé par un prix d'achat plus élevé à un même moment et pour un même terme; et le prix sera d'autant plus élevé que la prime sera plus faible, puisque les risques seront d'autant moindres pour l'acheteur. Ainsi les cours pourront, à un moment donné, s'échelonner ainsi : 5 fr. de rente 3 % au comptant vaudront 111 fr.; à terme ferme 111 15; à terme avec prime dont 1, ils vaudront 111 50; dont 50 c., 111 75; dont 25 c., 111,95. Cette différence entre le marché ferme et le marché à prime s'appelle l'*écart des primes*. Cet écart sera d'autant plus grand qu'il y aura plus de chances de variations des cours; puisque le risque évité par l'acheteur sera plus grand.

632. Au dernier jour du mois, à deux heures, a lieu la *réponse des primes*. On suspend un moment les marchés pour établir, d'après le taux des opérations faites jusqu'alors, un *cours de compensation* auquel devra se faire la liquidation. — Alors les acheteurs interpellés déclarent, par l'organe de leurs agents de change, s'ils *lèvent les titres*, c'est-à-dire demandent l'exécution du contrat, ou s'ils *abandonnent la prime*, c'est-à-dire en demandent la résolution. Il est certain qu'ils tiendront le marché dans trois cas : 1° s'il y a hausse; 2° s'il n'y a ni hausse ni baisse, car autrement ils perdraient la prime; 3° s'il y a une baisse moindre que la prime, car ils perdront moins, en maintenant le contrat qu'en abandonnant la prime. Dans ces cas l'agent de change ne consulte même pas son client; il ne le consulte que s'il y a doute, c'est-à-dire s'il y a égalité d'avantages actuellement dans les deux partis, auquel cas le client se décide d'après les intentions qu'il a quant à ses spéculations ultérieures (2).

633. La prime pourrait être exceptionnellement stipulée en faveur du vendeur; on l'appelle alors *prime pour recevoir*, et on l'indique dans le marché ou à la cote en mettant: *dont* 1 *fr. pour recevoir; dont* 25 *c. pour recevoir*. Mais cette prime n'est pas en usage chez nous, si ce n'est parmi les coulissiers; elle est toujours beaucoup plus rare que la prime en faveur de l'acheteur.

(1) Comme la vente avec arrhes, ce marché est valable malgré le caractère potestatif de la condition (C. civ. a. 1174); parce que cette condition existe, non pas pour le débiteur (a. 1174) mais pour le créancier.

(2) V. Brav., t. II, p. 133.

Source BIU Cujas

3° **Marchés-reports.**

634. Ces marchés combinent les opérations au comptant et les opérations à terme. Une même personne, par le même contrat, achète au comptant et revend à terme, ou vend au comptant et rachète à terme (1). Voici l'avantage qu'on peut trouver à cette opération : — Supposons qu'il y a *report*, c'est-à-dire que le 5 %, par exemple, valant 111 fr. au comptant, vaut 111 50 à terme ; un capitaliste peut, aujourd'hui acheter au comptant à 111 fr., en payant tout de suite, et revendre fin du mois à 111 50 ; à la fin du mois il rentrera dans son argent, augmenté de 50 c. pour chaque 5 fr. de rentes sur lesquels il aura opéré. C'est donc une opération *sur report*, puisque le report est le fait d'où l'on part. — Si, au contraire, il y a *déport*, le capitaliste qui a des titres disponibles les vend au comptant, à 111 fr. par exemple, et au même moment les rachète à terme à 110 50 ; de sorte qu'il gagne encore 50 c. par chaque 5 fr. de rentes. C'est une opération *sur déport*. — Ces deux opérations sont réunies sous le terme générique de *marché-report*.

635. Mais comment peut-il se faire que le capitaliste trouve une partie qui veuille traiter avec lui dans ces conditions onéreuses? C'est ce que nous avons à expliquer.

Supposons un acheteur à terme. Arrivé au terme, il peut liquider son opération (c'est ce que nous avons toujours supposé jusqu'ici), en revendant les titres achetés, et en encaissant ou déboursant les différences. Tout sera fini alors. — Mais (quel que soit le résultat favorable ou défavorable de cette première opération), s'il continue à croire à la hausse, il désirera *reporter* son opération à la fin du mois suivant, pour poursuivre les mêmes chances. Pour cela, tout en vendant au comptant pour solder sa première opération, comme nous venons de le dire, il pourra, d'un autre côté, racheter à terme fin prochain, pour en entamer une seconde. Celle-ci sera, dans sa pensée seulement, la continuation de la première ; en réalité, ce seront deux opérations distinctes, s'il traite séparément sa vente avec une partie et son rachat avec une autre ; il n'y a pas encore *marché-report* proprement dit, puisque ce n'est pas dans le même marché qu'il y a vente au comptant et achat à terme. De même le vendeur à terme, s'il continue à croire à la baisse, pourra, tout en rachetant au comptant, pour liquider sa première opération, revendre à terme pour en entamer une dans le mois prochain.

Mais alors, les acheteurs primitifs (haussiers) voulant vendre au comptant et racheter à terme, rencontreront leur contre-partie dans les vendeurs primitifs (baissiers) qui désirent acheter au comptant et revendre à terme. Ils s'entendront naturellement ensemble et nous aurons le *marché-report* proprement dit, réunissant dans un même contrat, entre les mêmes personnes, achat et vente au comptant et à terme. S'il y a le même nombre de haussiers et de baissiers et que chacun persiste dans sa voie, ils se reporteront les uns les autres et le *report* (prix du report) sera gratuit, sera au pair ; il n'y aura pas de différence de cours entre le comptant et le terme.

Cette circonstance de l'égalité des deux partis se présentera bien rarement : à la liquidation, il y aura une opinion dominante pour la hausse ou pour la

(1) On peut aussi acheter *fin courant* et revendre *fin prochain*, ou réciproquement. Brav., t. II, p. 126.

Source BIU Cujas

baisse. Si c'est pour la hausse, les vendeurs liquideront et demanderont des titres au comptant; les acheteurs voulant reporter, leur vendront ces titres, de sorte que le taux au comptant restera stationnaire; mais en même temps ces acheteurs voudront les racheter à terme et comme ils ne rencontreront plus ici leur contre-partie, la demande dépassera l'offre, le taux du terme montera, il y aura *report* véritable, et il sera haut. — Si, au contraire, l'opinion dominante est à la baisse, les acheteurs liquideront en offrant des titres; les vendeurs, voulant reporter, prendront d'abord ces titres au comptant; mais ils les offriront à terme, sans qu'il y ait une forte demande. Il y aura donc égalité d'offre et de demande au comptant, offre abondante à terme; le terme baissera par rapport au comptant, et il y aura *déport*.

636. Que deviendront, dans un cas les offres excédantes des acheteurs, dans l'autre celles des vendeurs? C'est alors qu'interviendront les capitalistes dont nous avons parlé au commencement, ayant en main de l'argent ou des titres, et désirant en faire un placement avantageux, à court terme, et parfaitement sûr (1). En effet, que demandent les acheteurs? Ils ont des titres qu'ils sont forcés de recevoir, et il leur faut de l'argent pour les payer, de façon à attendre la prochaine liquidation. Les capitalistes leur achètent leurs titres au comptant, et, comme il y a report, les leur revendent plus cher à terme. On dit que les capitalistes sont *reporteurs* et les spéculateurs *reportés*. Pour le capitaliste, cela revient à prêter son argent sur gage de titres; le prix du report représente pour lui l'intérêt de ce prêt, et il est souvent au-dessus de 6 %, quelquefois beaucoup au-dessus, à 10, 12, 15 et plus. Ils ont donc à la fois pleine sûreté et bénéfice. — Que demandent, dans l'autre cas, les vendeurs? Trouver les titres, qu'ils doivent livrer, en échange de l'argent qu'ils sont forcés de recevoir. Les capitalistes, qui ont des titres en main, les leur vendent au comptant et les leur rachètent à terme. Cela revient à les leur prêter contre une somme qu'ils remettent en gage. Comme il y a *déport*, ils leur vendent au comptant plus cher qu'ils ne rachètent à terme, et en même temps ils jouissent de l'intérêt du titre qui marche toujours vers le coupon. C'est là leur bénéfice, ils ont en même temps toute sûreté. Cette seconde opération est plus rare que la première parce que le déport se produit plus rarement.

Donc, en général, pour le capitaliste, placer ses fonds en reports revient à prêter son argent sur nantissement de titres à court terme (fin courant ou fin prochain), et à gros intérêts. — **Q.** De là la *question de savoir si le report tombe sous le coup de la loi du 3 sept.* 1807, *sur le maximum du taux de l'intérêt?* Dans les apparences, tout est combiné pour y échapper : l'opération se présente sous forme d'une vente avec rachat, une sorte de vente à réméré; pour mieux échapper à l'apparence d'un gage, on maintient énergiquement en pratique le droit pour le reporteur de vendre les titres, sauf à en fournir d'autres; de sorte que l'objet engagé serait une chose fongible, ce qui est contraire aux règles ordinaires du gage (2) — Mais si l'on va au fond des choses, on reconnaît qu'il y a un véritable prêt : ce n'est pas la première fois

(1) De plus cette opération est très facile à défaire par un report inverse, si, avant le terme, elle cesse d'être avantageuse. Brav., t. II, p. 124.

(2) V. dans ce sens : Brav., t. II, p. 126.

Source BIU Cujas

que l'on cherche à déguiser un prêt à intérêt sous la forme d'une vente avec rachat, et les jurisconsultes nous ont donné le critérium pour reconnaître le déguisement : c'est que dans la vente à réméré, le réméré est *facultatif* pour le vendeur, tandis que dans le prêt avec gage, le créancier gagiste peut exiger qu'on lui paie la somme due en restituant le gage. Or, que voyons-nous ici? Le rachat est fait au moment même de la vente, il n'est donc pas facultatif pour le vendeur, le reporté; au terme, le reporteur peut le contraindre à reprendre ses titres et à lui en payer le prix. Il y a donc réellement prêt sur gage. Supposez qu'une pareille opération se fît hors de la Bourse et sur des objets mobiliers, aucun jurisconsulte n'hésiterait à démasquer l'usure; il doit en être de même ici (1).

§ 3

Formation et exécution des marchés.

637. L'ordre de faire telle ou telle opération est donné aux agents de change avant la Bourse par lettre ou de vive voix, ou bien leur est transmis pendant la Bourse, au moyen des petits papiers par lesquels leurs associés ou commis communiquent avec eux.

L'ordre peut être donné de différentes manières qui toutes ont des avantages ou des inconvénients. On peut donner l'ordre d'acheter ou de vendre à un prix fixé d'avance, mais alors il peut rester inexécuté, si ce cours n'est pas fait dans la journée; ou bien *au plus haut, au plus bas, au premier, au dernier cours*. On peut donner un ordre permanent à un prix fixé; alors il sera exécuté lorsque le prix sera fait, pourvu qu'il n'ait pas été révoqué à ce moment. On peut, si l'on tient à ce que l'opération soit faite le jour même, et si l'on a confiance dans l'agent de change, donner l'ordre d'opérer *au mieux* de vos intérêts, ou *au cours du jour;* mais alors on est à la discrétion de l'agent de change, qui peut vous imposer le cours le plus défavorable de la journée, quoiqu'il ait, en réalité, acheté à un cours plus avantageux. On peut alors donner l'ordre *au cours moyen* du jour, ce qui est très fréquent; on prendra alors la moyenne entre le plus haut et le plus bas cours de la journée; mais l'agent peut encore ici abuser de sa position : ayant acheté, par exemple, au cours moyen véritable de toute la première partie de la journée, par exemple à 110, acheter à la fin un ou deux titres à un cours bien plus élevé, par exemple à 110 75, de manière à élever considérablement la moyenne des cours, par exemple, à 110 25 et faire payer au client 25 c. de plus par chaque titre acheté.

L'ordre est exécuté à la Bourse, c'est-à-dire que la vente est consommée entre les agents de change de la façon décrite plus haut au n° 598.

Mais comment l'opération sera-t-elle exécutée? Il faut faire plusieurs distinctions :

I. — Exécution des marchés au comptant.

638. L'agent de change doit avoir d'avance les titres ou l'argent : — c'est

(1) Dans ce sens : Jeannotte Bozérian, n. 333, 334.

Source BIU Cujas

le seul moyen de ne pas se rendre garant de l'exécution du marché ; cette obligation résulte donc de l'art. 86 (V. *infrà*, n. 658) ; d'ailleurs l'arrêté du 27 prairial an X, art. 13 (après l'arrêté du 22 septembre 1724, art. 20) l'exige formellement; il en est de même du règlement général de la compagnie des agents de change de Paris de 1832, tit. 6, art. 4. — Pourtant il leur arrive encore, quand ils ont confiance dans leur client, de ne pas exiger cette remise préalable; mais ceci est tout à fait illégal.

Puisque les agents de change ne doivent pas nommer leurs clients, l'exécution doit avoir lieu, d'une part, entre les deux agents de change; d'autre part, entre chaque agent et son client.

1° **Entre les agents de change.**

639. *Les effets au porteur* doivent être livrés et le prix payé d'une bourse à l'autre (arrêté de l'an X, art. 13). En cas de retard, l'agent qui a à se plaindre s'adresse, avant la bourse, au syndic ou à son adjoint, qui décide, après avoir entendu ou appelé l'autre agent, si les titres seront revendus ou rachetés à la bourse du jour, aux risques de celui-ci; son cautionnement est affecté à la garantie des différences possibles (même art. 13).

Si les effets sont nominatifs, le même art. 13 réserve les délais nécessaires au transfert; or, ces délais sont assez longs, par suite de la nécessité du secret qui oblige à faire d'abord un *transfert d'ordre* (non soumis aux droits de mutation) du client vendeur à l'agent de change acheteur; puis un *transfert réel* (soumis aux droits de mutation) de celui-ci au client acheteur. Voici comment les choses se passent : — 1er jour, ordre donné, dépôt de l'argent ou des titres, vente et achat à la Bourse; — 2e jour, *remise des noms*: l'agent de change acheteur donne son nom à l'agent vendeur, qui fait préparer le transfert; — 3e jour, signature par le client vendeur du transfert d'ordre à l'agent acheteur; — 4e jour, délivrance de l'inscription nouvelle en vertu de ce transfert, envoi de cette inscription par l'agent vendeur à l'agent acheteur avec un bordereau; paiement du prix par ce dernier, et signature par le même du transfert réel, au nom de son client acheteur; — 5e jour, remise de l'inscription définitive au client acheteur. De la sorte, il faut cinq jours pour exécuter complètement le marché. — En cas d'inaccomplissement dans ce délai, l'agent en faute est exécuté à la Bourse, dans les formes et les conditions indiquées ci-dessus pour les titres au porteur.

2° **Entre chaque agent et son client.**

640. Dès que l'opération est faite, l'agent de change envoie à son client un *bordereau* constatant cette opération. Ce bordereau est une véritable facture, et, n'étant pas signé des parties, puisque l'obligation du secret s'y oppose, il n'a pas plus de valeur qu'une facture ordinaire; il ne lie le client qu'en vertu de l'ordre donné antérieurement par celui-ci. On ne peut, faute de la signature des parties exigée par l'art. 109, lui donner l'autorité plus grande que nous avons donnée aux bordereaux conformes à cet article (1).

Ce bordereau constate les obligations nées de l'opération : obligation de l'agent de change de livrer l'argent ou les titres provenant de la vente; obligation du client de lui livrer les titres ou d'en payer le prix, s'il ne l'avait pas fait d'avance en donnant l'ordre. Le client, constitué créancier de l'argent ou

(1) Mollot, n. 222. Dall., v° *Bourses*, n. 236. Al n. 664, 686. — V. Pard., n. 126.

Source BIU Cujas

des titres, a pour l'exécution de cette obligation un privilège de premier ordre sur le cautionnement de l'agent de change (C. civ., art 2102, 7°; L. 25 niv. an XIII, art. 1). Mais si, par hasard, l'agent de change n'était pas nanti, il ne serait pas obligé de livrer l'argent ou les titres, si on ne lui offrait pas en échange les titres vendus ou l'argent pour payer les titres achetés ; il a un droit de rétention (1).

Si le client mis en demeure refusait ce paiement ou cette livraison, on l'exécuterait à la Bourse en revendant ou en rachetant les titres pour accomplir le premier marché ; et il serait débiteur des différences. — On a contesté ce droit pour l'agent de change d'exécuter son client, parce que, a-t-on dit, il n'est que dépositaire de l'argent ou des titres, et n'a pas le droit d'en disposer (2). Mais son droit est écrit dans l'art. 1144, C. civ. Il s'est engagé envers les tiers sur la foi de son client, sans jamais lui promettre de faire l'avance de l'argent ou des titres; si ce dernier ne le met pas à même d'exécuter, il fera « exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur » par le moyen que nous venons d'indiquer; nous avons reconnu le même droit au commissionnaire (*suprà*, n. 532) (3).

Q. *L'agent de change aurait-il une action pour se faire payer par son client ?* — 1er S. *Non* : il devait se faire garnir les mains d'avance : arrêté 27 prairial an X, art. 13; et C. comm., art. 86 (V. *suprà*, n. 638); s'il a manqué à son devoir, il n'a plus d'action. — 2e S. *Oui* (1) : l'arrêté de l'an X indique la sanction de son obligation de se faire garnir les mains; c'est la responsabilité de l'exécution immédiate, avec garantie sur son cautionnement; mais nulle part le législateur n'a établi cette sanction rigoureuse du refus d'action; et on ne peut la suppléer ; — ce serait retourner l'art. 86 contre le but du législateur : il défend à l'agent de se rendre garant, et parce qu'il se serait exposé à un certain risque d'être garant, on mettrait à sa charge définitivement l'exécution du contrat tout entier ! — Il aura donc action, soit pour tout le prix d'achat ou pour la totalité des titres vendus, soit pour les différences qui resteront dues après qu'il aura exécuté son client à la Bourse (4). — Cette action sera commerciale si le client a fait acte de commerce (V. *suprà*, n. 623) (5) ; sinon non.

641. *A quel moment le client devient-il propriétaire des titres achetés?* — Pour les titres au porteur il faut appliquer les règles ordinaires en matière de vente : — s'ils ne sont pas spécifiés, il ne deviendra propriétaire que par la tradition que lui en fera son agent; s'ils sont spécifiés, il en devient propriétaire immédiatement; or, ils seront spécifiés, soit par l'indication des numéros dans le bordereau (ce qui sera le cas presque général maintenant, la L. 15 juin 1872, art. 13, obligeant les agents à indiquer les numéros dans leurs bordereaux) (6), soit par une indication ultérieure de ces numéros, soit par une

(1) Metz, 23 juin 1857, D. P. 58. 2. 36.

(2) Req. 8 nov. 1854, S. 54. 1. 573. — Al. n. 716.

(3) Req. 14 juill. 1857, S. 58. 1. 202. — Mollot, n. 183. Demang. sous Brav., t. II, p. 145 et suiv.

(4) Req. 13 juill. 1859, D. P. 59. 1. 402.

(5) Aix, 16 juill. 1861, S. 62. 2. 109. Mollot, n. 638 et suiv. — *Contrà* : pour les motifs donnés au 1er Syst. ci-dessus : Cass. 13 juill. 1859, S. 59. 1. 545.

(6) Aix, 9 avril 1870, D. P. 71. 2. 56.

Source BIU Cujas

mention sur les livres de l'agent (1), soit même par une étiquette mise par l'agent aux titres restés dans sa caisse (2). La question a une très grande importance en cas de faillite de l'agent de change; car le client, s'il est devenu propriétaire, revendiquera ces titres (C. comm., art. 575), au lieu d'être réduit à un dividende. — A l'égard des tiers, à qui les mêmes titres auraient été livrés, il y aurait lieu d'appliquer l'art. 2279, qui éteindrait la propriété du client, sauf l'application de la L. 15 juin 1872 sur les titres au porteur volés ou perdus (V. *suprà*, n. 613 et s.).

Pour les titres nominatifs, le client ne devient propriétaire à l'égard des tiers qu'au moment où le transfert est opéré en son nom (3). Il en serait autrement dans les rapports du client avec son agent ou ses ayants cause; le client est devenu dès l'achat propriétaire des titres, s'ils ont été spécifiés, lors même qu'après avoir reçu le transfert d'ordre en son nom, l'agent n'aurait pas encore signé le transfert au nom de son client (V. *suprà*, n. 608) (4). Cette doctrine ne recevrait d'exception que pour les rentes françaises nominatives; celles-ci ne pourraient pas être frappées d'opposition par le client créancier du transfert (V. n. 603).

II. — Exécution des marchés à terme.

642. Ils sont constatés entre les agents de change par un acte fait double; chacun d'eux signe l'un des doubles et le remet à l'autre le lendemain du marché; ces billets sont obligatoires pour eux à l'égal de la lettre de change (cf. arrêt de 1724, art. 30, et régl. des agents de ch., tit. 5, sect. 3, art. 9 et 10) (5). Entre chaque agent et son client ils sont constatés par un acte pareil suivi d'un pareil échange. Dans l'intérêt du secret, le dernier acte n'indique pas le nom de l'autre partie, mais de l'agent de change de cette partie. Ainsi il porte : *Vendu à M..., agent de change*, ou : *Acheté de M.., agent de change.* Quelquefois, l'agent de change a pu faire à lui seul le marché, ayant reçu de deux clients à la fois l'ordre de vendre et d'acheter la même quantité des mêmes titres au même taux; alors, comme il ne doit pas nommer ses clients, il met sur l'acte : *Vendu à client, acheté de client.*

Ces écrits n'ont que l'autorité des billets sous seing privé, car l'écrit signé par le client ne porte pas la signature de l'agent, et celui signé de l'agent ne porte pas la signature du client (Cf. art. 109).

Voyons comment ces obligations s'exécutent.

1° Entre agents de change.

643. Nous savons qu'il n'y a qu'une liquidation par mois, le terme étant toujours *fin courant* ou *fin prochain* (sauf pour les valeurs qui ont une liquidation de quinzaine); cette liquidation est centralisée au syndicat des agents de change; elle dure cinq jours : — 1er *jour* : liquidation sur le marché des rentes françaises et des fonds d'Etat étrangers, par la fixation du cours de compensation et par la déclaration des acheteurs à prime s'ils lèvent

(1) Paris, 6 juill. 1870, D. P. 71. 2. 182.
(2) Douai, 31 janv., 8 fév. 1867.
(3) Req. 5 juin 1870, D. P. 72. 1. 71.
(4) Cass. 23 juill. 1833, S. 33. 1. 679. — Al. n. 687.
(5) V. dans Frémery, p. 453, 454, des modèles de ces actes.

Source BIU Cujas

les titres ou abandonnent la prime (V. *suprà*, n. 632); — 2e *jour* : liquidation des valeurs industrielles de la même façon; — 3e *jour* : règlement des comptes entre agents, et des carnets; — 4e *jour* : pointage pour la vérification, et balance des capitaux; — 5e *jour* : paiements et livraisons. Les titres doivent être remis à l'agent comptable de la liquidation, avant midi pour les titres au porteur, avant une heure pour les titres nominatifs; l'argent doit être versé dans la matinée à la Banque, et le bulletin de ce versement doit être remis à l'agent comptable avant midi. — Ces opérations ont pour objet de simplifier beaucoup les mouvements de titres et de fonds; si, par exemple, un agent a vendu à divers autres 500 titres d'une certaine espèce et en a acheté de divers autres 450, il suffira qu'il en fournisse la différence, c'est-à-dire 50 seulement; de même pour les sommes d'argent.

2° **Entre chaque agent et son client.**

644. Nous savons que l'agent n'a pas exigé d'avance la remise des titres ou de l'argent, mais seulement une couverture pour les différences probables. Au terme, le client doit lui fournir les moyens d'exécuter son marché, soit en lui envoyant les titres ou l'argent, soit en lui ordonnant de se les procurer en revendant ou en rachetant au comptant, soit en se faisant reporter. Si le client ne fournit pas ces moyens avant le cinquième jour du mois, il est exécuté à la Bourse par décision du syndic ou de son adjoint (Cf. *suprà*, n. 640). Mais il ne doit être exécuté ainsi qu'après avoir été mis en demeure au moins par une lettre (1). On voit que, de cette façon, l'agent de change n'est jamais exposé à exécuter lui-même le marché; il est en règle avec l'art. 86, C. com., pourvu seulement qu'il se soit fait donner une couverture suffisante pour solder les différences. Afin de lui donner plus de sécurité encore sur ce point, on lui permet une exécution préventive de son client en cas de forte baisse, pouvant lui faire craindre que sa couverture ne devienne insuffisante.

§ 4

Question de la validité des marchés à terme.

645. Nous avons montré que les marchés à terme peuvent avoir pour but quelquefois un placement sérieux; nous avons vu aussi que s'ils servent presque toujours à la spéculation, cette spéculation est utile, à la condition qu'elle apporte sur le marché des capitaux ou des titres; pour la même raison, nous admettrions la légitimité du report, au moins du côté du reporteur. Le *desideratum* serait donc de laisser faire les marchés à terme sérieux, et d'atteindre seulement les marchés fictifs, les jeux ou paris, l'agiotage; car ceux-ci sont déplorables au point de vue moral et au point de vue économique.

Au point de vue moral, les marchés fictifs ont pour but un gain sans travail, par le pur effet du hasard, ce qui est certainement illégitime; — les fortunes scandaleuses qui se font par ces jeux amènent nécessairement des dépenses également scandaleuses, un luxe effréné et tous les désordres; — elles soulèvent la conscience publique, et donnent un aliment aux colères

(1) Paris, 10 mai 1856, D. P. 57. 2. 2; 24 février 1857, D. P. 57. 2. 134.

Source BIU Cujas

des prolétaires, qui se figurent facilement que toutes les personnes aisées se sont enrichies de la sorte ; — enfin ces marchés sont souverainement iniques lorsqu'un des joueurs joue à coup sûr, ayant reçu avant les autres une nouvelle de nature à agir sur le marché ; ils amènent souvent l'emploi de moyens essentiellement illicites en eux-mêmes, comme les fausses nouvelles, les surprises des manœuvres de bourse, notamment de l'escompte, enfin tout ce qui constitue l'agiotage proprement dit et qui est puni, mais peu efficacement par les art. 419, 420, C. pén.

Au point de vue économique, on prétend que ces jeux sont utiles pour placer les titres nouveaux, en créant une agitation qui appelle les capitalistes ; en fixant promptement les cours, condition essentielle au classement d'une valeur ; — si les spéculateurs à terme ne font en général que se passer fictivevement les titres, il peut y avoir, à chaque extrémité de la chaîne, un acheteur ou un vendeur sérieux, et les spéculateurs servent d'intermédiaires ; — enfin, ils attirent les capitalistes en leur procurant l'assurance qu'ils pourront toujours se débarrasser de leurs titres quand ils auront besoin d'argent ; et, en les débarrassant des anciennes valeurs, ils leur permettent d'entrer dans les nouvelles. Mais en allant au fond des choses, il faut remarquer que la circulation n'a pas d'utilité par elle-même, pas plus que le mouvement n'est du travail par lui-même ; elle n'est utile que pour rapprocher les instruments de production de ceux qui peuvent les employer. Dès lors, pourquoi créer une longue chaîne d'intermédiaires là où un seul suffirait ? Est-il utile d'ailleurs de créer une agitation factice pour faire monter les valeurs arbitrairement, d'exagérer ainsi toutes les oscillations des cours, ou d'en créer sans cause ? Si les spéculateurs débarrassent les capitalistes, c'est évidemment qu'ils apportent eux-mêmes certains capitaux ; ils ne sont plus alors de purs joueurs ; mais cela arrive-t-il fréquemment ? D'ailleurs, les capitaux employés par les joueurs, principalement pour couvrir les différences, produiraient exactement le même résultat utile s'ils se plaçaient eux-mêmes dans les valeurs nouvelles.

Aucune des raisons données ne supporte l'examen. Mais en voici une plus sérieuse indiquée plus récemment : les joueurs, on l'accorde, apportent fort peu de capitaux sur le marché ; mais ils décident les reporteurs à en apporter, ce que ceux-ci ne feraient pas autrement. Les capitalistes qui placent des sommes considérables en reports n'achèteraient pas eux-mêmes des titres sur le marché pour toutes ces sommes, parce qu'ils ne seraient jamais sûrs de pouvoir réaliser au moment où ils le veulent ; ils s'exposeraient aux chances de baisse, et risqueraient même de produire cette baisse à leur détriment au moment où ils vendraient un lot considérable de titres pour réaliser leur argent. Au contraire, ils avancent volontiers sous forme de report, parce que leur argent doit leur rentrer à époque fixe sans qu'ils aient à s'occuper de revendre les titres ; ils sont garantis contre les conséquences de la baisse, d'abord par les couvertures exigées par les agents de change, ensuite par la facilité qu'ils ont d'exécuter sans scrupule les joueurs reportés, et enfin dans une certaine mesure par la solvabilité de ceux-ci, parce qu'ils divisent leurs opérations sur un grand nombre de têtes de façon à n'avoir pas grand'chose à attendre de chacun d'eux. — Il y a là certainement un effet réel de l'intervention des joueurs. Seulement on peut toujours se de-

Source BIU Cujas

mander si la présence de ces capitaux à la bourse y est plus utile qu'elle ne le serait dans l'agriculture, dans le commerce ou dans l'industrie où ils pourraient s'employer; et si cette utilité, en la supposant démontrée, n'est pas effacée par les inconvénients moraux de l'agiotage.

646. Ces jeux ou paris sont qualifiés de *marchés fictifs*, comme ceux qui ont lieu sur les marchandises (V. *suprà*, n. 463) et qui ne sont pas plus justifiables. Mais ce caractère fictif du marché a besoin d'être expliqué plus spécialement ici. — Lorsqu'il s'agit de marchandises, les deux joueurs, traitant directement ensemble, conviennent positivement entre eux de ne pas exécuter sérieusement le marché et de ne se payer que des différences. Il peut en être de même pour les opérations sur effets publics qui ont lieu dans la coulisse; car rien n'empêche là les joueurs de traiter directement l'un avec l'autre (1). Mais pour les opérations qui se font au parquet la chose ne va pas aussi simplement : les parties ne se connaissant pas ne peuvent convenir qu'elles n'exécuteront pas : il y a toujours promesse véritable et efficace de livraison des titres, et de paiement du prix total; à la liquidation les titres sont toujours livrés et les prix payés par les agents de change, sauf les compensations qui peuvent s'opérer entre eux. L'agent de change qui a fait le marché se procure l'argent ou les titres, en rachetant ou revendant sur l'ordre de son client, ou en exécutant celui-ci. En définitive ce client qui a joué ne paie à son agent de change que les différences; mais ici ce n'est pas entre joueurs que les différences se paient, et il pourrait très bien se faire qu'un vendeur fictif eût pour contre-partie un acheteur sérieux ou réciproquement; c'est entre chaque joueur et son agent de change que le marché fictif se réduit au paiement de différences (2).

647. Passant maintenant au point de vue légal, la question ne se pose pas seulement pour les marchés fictifs; elle a été discutée même pour les marchés à terme sérieux.

Q. *Quel est, au point de vue légal, la situation des marchés à terme?*

1er S. *Ils sont prohibés et nuls.* Cela résulte de textes nombreux qui les défendent, soit au vendeur seul pour décourager la spéculation à la baisse, soit aux deux parties; ces textes disent tous que l'agent de change doit avoir les mains garnies, ce qui est impossible dans les marchés à terme. Ces textes sont : — un arrêt du conseil de 1724, art. 29 et suiv.; — l'arrêt du conseil du 7 août 1785, art. 7, qui annule les marchés à terme sans livraison ou dépôt réel des effets; — l'arrêt du conseil du 2 octobre 1786, art. 6, permettant seulement de suppléer au dépôt des titres par le dépôt chez un notaire des pièces probantes de la propriété; — et l'arrêt du 22 sept. 1786, rappelant les deux précédents; — ce sont encore des lois du 13 fructidor an III, art. 3, et du 28 vendémiaire an IV, ch. 1, art. 15, et ch. 2, art. 3 et 4, très formelles pour défendre les ventes à terme ou à prime; — c'est enfin l'arrêté consulaire du 27 prairial an X, art. 11, imposant aux agents de change l'obligation d'avoir l'argent ou les titres, et d'exécuter le marché d'une bourse à l'autre; cet article ne distingue pas entre les acheteurs et les vendeurs (3).

(1) Al. n. 707.

(2) V. Frémery, n. 508. Al. n. 708.

(3) Cass. 11 août 1824, D., v° *Trésor public*, n. 1375. — Brav. et Demang., t. II, p. 152 et suiv. Courtois, *Opér. de bourse*, p. 117.

Source BIU Cujas

2° S. *Les marchés à terme sont valables en eux-mêmes, mais les marchés fictifs sont nuls comme constituant un jeu ou un pari* (!).

D'abord, *ils sont valables en eux-mêmes :* — il faut écarter les textes cités, parce que la plupart sont abrogés; en effet, l'arrêt de 1724, provoqué par la banqueroute de Law, était tombé en désuétude déjà sous l'ancien régime; — les arrêts de 1785 et 1786, provoqués aussi par des circonstances spéciales, étant purement réglementaires, et comme tels n'ayant pas été enregistrés, doivent être considérés comme abrogés, soit par la disparition des circonstances qui les avaient provoqués; soit par les règlements postérieurs notamment l'arrêté de l'an X, qui les remplace sur tous les autres points; soit enfin par l'usage accepté des gouvernements eux-mêmes (1); — les lois de l'an III et de l'an IV sont empreintes du caractère violent et révolutionnaire de la Terreur, et ne doivent pas survivre à ce régime, pas plus que les lois de maximum et autres pareilles; — quant à l'arrêté du 27 prairial an X, art. 13, il est encore en vigueur, et il faut considérer son texte comme se substituant sur ce point à toutes les dispositions antérieures; mais alors il faut observer qu'il ne prononce pas la nullité des opérations où l'agent de change n'aurait pas les mains garnies; il dit seulement qu'il est responsable de l'exécution, et que son cautionnement est affecté à cette garantie; or, on ne peut suppléer une nullité là où elle n'est pas édictée; il suffira donc, pour se mettre à couvert par rapport à l'art. 13, que l'agent de change exige une couverture suffisante pour solder les différences possibles; — on peut d'ailleurs remarquer que cet article 13 n'impose pas directement à l'agent de change l'obligation d'avoir les titres ou l'argent; il *suppose* seulement que cela doit avoir lieu, et il en tire une conséquence, quant à l'exécution en faveur de l'acheteur; on doit donc admettre qu'une stipulation formelle pourrait le dispenser de cette obligation; or, cette stipulation est implicitement dans les marchés à terme, puisqu'il est évident qu'on ne pourra les exécuter « *d'une bourse à l'autre* » (2).

Mais *s'il y a pari, ils tombent sous le coup des art.* 1965 *et* 1967, C. civ., qui prononcent la nullité (indépendamment des art. 421 et 422, C. pén., qui les punissent). — Et il y a pari toutes les fois que l'on n'a en vue que les différences, lorsqu'il était entendu que les titres ne seraient ni livrés ni payés réellement (3). C'est là essentiellement une question de fait, et pour constater cette intention, les tribunaux et les cours se fondent sur des présomptions résultant, par exemple, de ce que les parties n'ont pas les moyens d'exécuter le marché, de ce qu'elles ont l'habitude de jouer, et notamment de faire des marchés à prime (4).

(1) Si l'usage ne peut pas abroger une prohibition formelle de la loi (V. *suprà*, n. 22), il peut, nous l'avons dit, interpréter les dispositions douteuses, et par conséquent être invoqué pour écarter définitivement l'application d'une règle dont l'autorité actuelle est ébranlée déjà par d'autres arguments.

(2) Req. 21 janv. 1878, D. P. 78. 1. 161; 27 févr. 1879, D. P. 79. 1. 367. Spécialement pour le report : Paris, 22 juill. 1876, D. P. 78. 2. 10. — Les juges du fait sont souverains pour décider si le marché est sérieux : Req. 21 janv. 1878, D. P. 78. 1. 161, etc.

(3) Il ne saurait donc y avoir jeu en cas d'achat au comptant, ou de souscription à des titres au moment de leur émission : Lyon, 7 janv. 1881, D. P. 81. 2. 153.

(4) Paris, 11 févr. 1870, D. P. 71. 2. 195; 13 mai 1873, D. P. 73. 2. 140 ; Req. 27 févr.

Source BIU Cujas

648. Il résulte de ce système admis définitivement par la jurisprudence, que les opérations à terme qui constituent un jeu ou un pari sont nulles, qu'on ne peut en demander l'exécution (C. civ., art. 1965), mais qu'on ne peut répéter ce qu'on aurait payé (art. 1967). Seulement ces règles ne sont pas applicables entre les parties qui ne se connaissent pas (V. n. 646). Elles sont applicables entre chaque partie et son agent de change : le client ne peut forcer son agent de change à lui payer les différences gagnées; et si l'agent n'avait pas une couverture suffisante, il n'a pas d'action pour forcer son client à payer les différences perdues, ni à payer le courtage (1); les juges saisis d'une demande en règlement de comptes doivent la repousser d'office (2). Mais pour que l'action soit refusée à l'agent de change, il faut qu'il ait connu le fait du jeu (3), ce qui n'arrivera pas si le joueur effectue ses opérations par deux agents différents (4). Si ces différences ont été payées, il n'y a pas lieu à répétition (5). — Ces règles sont aussi applicables entre les agents de change qui se sont prêtés à des opérations fictives : l'un d'entre eux ne peut forcer l'autre à exécuter le marché (6); sauf s'il a été de bonne foi (7).

Le paiement faisant obstacle à la répétition, la question se présente souvent de savoir quand il y a paiement. Il faut décider qu'il y a paiement lorsque le client a remis à son agent une somme d'argent (8), ou un effet de commerce endossé par lui (9), ou une créance transférée en libre propriété (10), ou enfin des valeurs de bourse avec mandat formel de les vendre pour se couvrir (11). Il en serait de même si ces valeurs devaient être passées en compte courant au crédit du client (12) ou si en fait elles ont été vendues, et imputées sur la dette dans un compte accepté par le client (13). Et toutes ces solutions s'appliqueraient lors même que ces valeurs auraient été remises d'avance et à titre de couverture (14). — Au contraire, il n'y aurait pas paiement, si le perdant avait souscrit un billet ou une lettre de

1879, D. P. 79. 1. 367; Lyon, 25 janv. 1881, D. P. 82. 2. 136. — Le fait qu'une opération aurait fait l'objet de plusieurs reports successifs ne prouverait pas à lui seul le jeu : Req. 18 avril 1877, D. P. 78. 1. 10.

(1) Paris, 13 juin 1868, D. P. 68. 2. 170; 13 mai 1873, D. P. 73. 2. 240, etc.

(2) Amiens, 14 janv. 1859, *J. Pal.*, 59. 204. — Al. n. 711.

(3) Req. 27 févr. 1878, D. P. 79. 1. 367; Paris, 10 mars 1882, D. P. 82. 2. 222.

(4) Al. n. 711.

(5) Aix, 5 juin 1868, D. P. 68. 2. 168, etc.

(6) Lyon, 29 juin 1871, D. P. 71. 2. 172, etc.

(7) Req. 12 juill. 1870, D. P. 71. 1. 333.

(8) Limoges, 12 déc. 1868, D. P. 69. 2. 14.

(9) Trib. com. Seine, 3 avril 1870, D. P. 70. 3. 103.

(10) Aix, 5 juin 1868, D. P. 68. 2. 168; Req. 7 juill. 1869, D. P. 71. 1. 208.

(11) Cass. 23 juin 1869, D. P. 69. 1. 333.

(12) Rej. 26 août 1868, D. P. 68. 1. 439; Paris, 16 mars 1882, D. P. 82. 2. 97.

(13) Req. 4 août 1880, D. P. 81. 1. 113.

(14) Limoges, 12 déc. 1868, D. P. 69. 2. 14. — On l'a contesté, à tort suivant nous, en soutenant, soit que la couverture n'est jamais un paiement, mais toujours un nantissement (Paris, 13 juin 1868, D. P. 68. 2. 170); soit que le paiement fait par anticipation n'est pas protégé par l'art. 1967, C. civ. (Al. n. 711).

Source BIU Cujas

change au profit du gagnant, car ce ne serait encore là qu'une créance (1); ni si la créance avait été simplement passée en compte courant (2). Pas même si le client avait remis des valeurs à son agent, sans mandat de les vendre; ce ne serait qu'un nantissement, nul comme la créance elle-même née du jeu (3).

649. Au point de vue pénal, l'art. 421, C. pén., punit les paris sur la hausse et sur la baisse des effets publics; il laisse donc tout à fait à l'abri les marchés à terme sérieux. L'art. 422 indique certaines conventions qui seront *réputées paris de ce genre;* mais la formule même qu'il emploie indique qu'il ne prétend pas donner une définition complète et limitative des paris; par conséquent les tribunaux seront maîtres de reconnaître les paris sous quelque forme qu'ils se déguisent (4). Seulement, dans le cas prévu par l'article 422, ils ne pourront pas décider qu'il n'y avait pas pari. — Quel est exactement ce cas? C'est, dit l'article, « toute convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposition au temps de la convention, ou *avoir dû s'y trouver au temps de la livraison.* » Ces derniers mots sont obscurs; nous pensons qu'il faut les entendre en ce sens qu'il n'y a pas pari lorsque le vendeur prouve que, dès le moment de la vente, les effets *devaient* se trouver à sa disposition au terme convenu, c'est-à-dire que, dès le moment de la vente, *il avait la certitude* de les avoir à sa disposition. — Cette règle respecte complètement les marchés à terme sérieux, car dans ceux-ci la preuve exigée du vendeur sera facile; il n'aura qu'à prouver les faits que nous avons indiqués au n° 624. — Dans les marchés de pure spéculation, elle respecte encore la revente à terme de titres préalablement achetés au même terme; car le vendeur doit avoir les titres à sa disposition au terme. Mais elle condamne la spéculation inverse, la vente de titres qu'on entend acheter plus tard. Ainsi en fait elle favorise la spéculation à la hausse et condamne la spéculation à la baisse (5).

Nous avons déjà remarqué que les joueurs prétendent se mettre en règle envers les art. 421 et 422, C. pén., en stipulant dans les marchés à terme la faculté pour l'acheteur d'exiger, même avant le terme, la livraison des titres. En stipulant les effets livrables avant le terme, on prétend établir la présomption que le vendeur les a à sa disposition, puisqu'on peut les exiger de lui à tout instant. Mais cette présomption n'est pas la *preuve* exigée par l'art. 422, qui d'ailleurs, nous l'avons dit, n'est pas limitatif.

SECTION II.

DES AGENTS DE CHANGE.

650. L'origine des agents de change est très ancienne. On les trouve, sous Philippe le Bel, établis au Pont-au-Change, faisant toutes les opérations de

(1) Cass. 27 avril 1870, D. P. 70. 1. 258. — Al. n. 711. — V. aussi *infrà*, n. 757.
(2) Req. 5 juill. 1876, D. P. 77. 1. 264. — Dietz, *Compte courant*, p. 104.
(3) Paris, 13 juin 1868, D. P. 68. 2. 170.
(4) V. Demang., sous Brav., t. II, p. 151.
(5) Frémery, p. 443, 444. Al. n. 709.

Source BIU Cujas

change et les négociations de valeurs commerciales. Leurs fonctions s'étendirent lorsqu'il fut fait appel au crédit public par l'Etat ou de grandes compagnies ; nous voyons l'arrêt de 1724 viser les négociations d'*autres effets*, à côté des opérations que nous venons d'indiquer; l'arrêt de 1781 nous montre les agents de change négociant les *effets royaux*, qui ont déjà pris le pas sur les autres valeurs. — Ils furent supprimés en 1791, par suite d'une réaction trop violente contre l'agiotage; mais ils furent rétablis par la L. 28 vendémiaire an IV, avec des précautions très sévères dans le but d'empêcher l'agiotage.

Trois paragraphes : — 1° fonctions et mode de nomination des agents de change; — 2° obligations professionnelles; — 3° monopole des agents de change.

§ Ier

Fonctions et mode de nomination.

651. Ils ont quatre fonctions officielles :

1° *Ils sont intermédiaires pour certaines négociations.*

Art. 76. Les agents de change, constitués de la manière prescrite par la loi, ont seuls le droit de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés ; de faire pour le compte d'autrui les négociations des lettres de change ou billets, et de tous papiers commerçables, et d'en constater le cours. — Les agents de change pourront faire, concurremment avec les courtiers de marchandises, les négociations et le courtage des ventes ou achats des matières métalliques. Ils ont seuls le droit d'en constater le cours.

Ce sont : 1° *les effets publics*, pour lesquels ils ont un monopole ; à Paris ils ne s'occupent que de cela : 2° les *lettres de change et effets de commerce* ; c'est cette fonction qui leur a valu leur nom ; mais à Paris, ils l'abandonnent à des courtiers libres appelés *courtiers de change* (1) ; 3° *les achats et ventes de matières métalliques*, c'est-à-dire des monnaies d'or et d'argent, et des lingots (2). Mais ici le Code les met en concurrence avec les courtiers de marchandises ; et le courtage de marchandises étant devenu libre depuis 1866, il n'y a plus aucun monopole sur ce point (3).

2° *Constatation officielle des cours* des valeurs. Le bulletin est rédigé, pour les effets publics, quotidiennement après la Bourse par la compagnie entière réunie sous la présidence des syndics ; — pour les valeurs métalliques et les changes, le syndic constate les cours en consultant ceux qui s'occupent de la négociation de ces valeurs et des effets commerçables, notamment des banquiers connus (4). Pour la constatation du cours des valeurs métalliques, il faut noter que les agents de change en ont seuls le monopole (art. 76, *infrà*) ; les courtiers de marchandises qui pouvaient vendre ces valeurs ne participaient pas

(1) V. Brav., et Demang., t. II, p. 26.
(2) Béd., n. 197. Dall., v° *Bourses*, n. 245. Al. n. 685.
(3) Al. n. 685.
(4) Sur le cours du change et les tableaux de ce cours, v. *infrà*, n. 706 et suiv., 709.

Source BIU Cujas

à la constatation de leurs cours; aussi la liberté du courtage n'a-t-elle porté aucune atteinte à ce monopole.

3° *Certification de la signature des parties* en cas de transfert de rentes françaises (1), avec responsabilité pendant cinq ans de l'identité des parties, de leurs signatures et de la sincérité des pièces produites (Arr. an X, art. 15 et 16) (2); — de même pour la dernière signature des effets de commerce qu'ils négocient (*ibid.*, art. 14). — D'après l'art. 109, ils constateraient aussi, par leurs bordereaux, les négociations faites par leur entremise en certifiant aussi la signature des parties; mais l'usage a modifié la forme de ces bordereaux (V. *suprà*, n. 642).

4° *Certification des comptes de retour des lettres de change*. V. art. 181 et 186, au titre 8, *infrà*.

652. Ils ne sont plus dans l'état actuel de la pratique officiers publics pour la *constatation des contrats* passés par leurs soins; car les écrits qu'ils rédigent n'ont pas, à raison de l'obligation au secret, les formes voulues pour avoir la force des bordereaux prévus par l'art. 109, C. com. (V. *suprà*, n. 640, 642).

Ils opèrent, moyennant un courtage de tant pour cent, très modéré, fixé par leurs tarifs, qui est ordinairement de 1/8 % des valeurs engagées dans la négociation (3); et ils ne peuvent sous peine de concussion recevoir plus que ce qu'indiquent les tarifs (Arr. an X, art. 20). Seulement ils prennent pour base le cours nominal des titres; de sorte que, pour les titres non libérés, on paie même sur la partie du capital qui n'est pas versée. Ainsi, pour une action de 500 fr., 125 versés, vendue à 545 fr., on paiera le courtage sur 545 fr., quoiqu'on ne paie, en réalité, le titre que 170 fr.

Nomination des agents de change.

Art. 74. (Ainsi modifié, L. 2 juillet 1862.) La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires, savoir : les agents de change et les courtiers. — Il y en a dans toutes les villes qui ont une bourse de commerce (4). — Ils sont nommés par l'Empereur.

(1) Ce transfert, et le concours d'un agent de change pour le faire, sont exigés pour toute transmission de rentes françaises nominatives, même pour celles qui sont opérées par la loi, par exemple les mutations par décès, et aussi pour celles faites directement entre deux particuliers sans l'entremise d'agents de change. Il n'y a d'exception que pour les rentes inscrites aux livres auxiliaires du Grand-Livre dans les départements, lorsqu'il n'y a pas d'agents de change au chef-lieu (L. 14 avril 1819); la certification est alors faite par les notaires.

(2) Req. 11 juill. 1876, D. P. 77. 1. 25. — Même responsabilité, s'ils certifient une signature pour le transfert ou la conversion d'autres effets publics, à l'égard desquels ce certificat n'est pas légalement exigé : Req. 10 déc. 1878, D. P. 79. 1. 288.

(3) Voici les exceptions; ils perçoivent : 1° 20 fr., prix fixe, pour 1,500 fr. de rente fr. 3 %; ou 2,500 fr. de 5 %, et de même pour les autres rentes françaises; — 2° un quart % pour les négociations d'effets en vertu de pièces contentieuses, jugements, etc.; — 3° un dixième % seulement sur les valeurs sujettes à liquidation de quinzaine (Règl. de 1864 et de 1866). — Jamais ils ne prennent moins de 1 fr. — V. Demang. sous Brav., t. II, p. 115.

(4) En fait il n'en a pas été créé dans toutes les villes qui ont des Bourses; et on en a créé dans des villes qui n'en ont pas.

Source BIU Cujas

653. Ils sont nommés par décret du chef du gouvernement, sur la présentation du titulaire précédent, après cession de l'office (1).

Les conditions de la nomination sont (2) : — 1° L'*agrément du ministre* : ministre des finances pour les bourses pourvues d'un parquet (3); ministre du commerce pour les autres; et en même temps, l'*agrément de la chambre syndicale* de la bourse à laquelle l'agent de change doit être attaché (4); — 2° *avoir vingt-cinq ans* (5), *et être Français* (6); — 3° présenter un *certificat d'aptitude et de moralité* délivré par le chef d'une maison de banque ou de commerce (7); — 4° ne pas être *failli*, ou avoir été réhabilité (art. 83); ne pas avoir été destitué en vertu de l'art. 87, C. com. (article 88); ni condamné en récidive pour immixtion dans les fonctions d'agent de change (8); — 5° fournir un *cautionnement* fixé de 6,000 fr. à 60,000 fr. par la L. 27 ventôse an IX, art. 9, élevé à 125,000 fr. par l'ord. du 17 janvier 1818; et, enfin, pouvant aller aujourd'hui jusqu'à 250,000 fr. : C. com., art. 90, modifié par la L. 2 juill. 1862 (9). En outre, l'agent de change doit verser une somme à la bourse commune de la chambre syndicale; à Paris, cette somme est de 100,000 fr. (10).

654. Les charges sont très chères; il y en a qui sont vendues jusqu'à deux millions; et il y a de plus à verser les sommes que nous venons d'indiquer. Il y a deux moyens de les payer : — 1° *emprunter* (11); mais ce moyen est dangereux, puisqu'on est obligé de rendre à terme fixe, lors même que l'on n'aurait pas fait de bénéfices; — 2° *s'associer*, ce qui n'oblige qu'à partager les bénéfices, s'il y en a, et le fonds social, s'il n'est pas absorbé par les pertes. La société ainsi formée est une espèce de commandite dont l'agent de change en titre est seul gérant, puisqu'il a seul qualité pour opérer; les associés ont une part d'intérêt; il y a des quarts, des huitièmes, des dixièmes, etc., d'agent de change. — Il y a eu longtemps doute sur la légalité de ces associations : le ministre les tolérait, mais la jurisprudence les déclarait nulles, comme portant sur une fonction publique, et comme prohibées formellement par l'art. 10 de l'arrêté du 27 prairial an X (12). On pouvait répondre à la ju-

(1) Pour la nomination à une charge nouvellement créée ou après destitution du précédent titulaire, la présentation est faite par une commission composée de huit banquiers (cinq en province), nommés par le tribunal de commerce (Arr. 9 germ. an IX, art. 5).

(2) Décr. 1er oct. 1862.

(3) Ord. 29 mai 1816; Décr. 2 juill. 1862.

(4) Ord. 29 mai 1816, art. 4.

(5) Arr. 24 sept. 1724, art. 21; Décr. 1er oct. 1862, art. 2.

(6) Arr. 29 germ. an IX, art. 7; Décr. 1er oct. 1862, art. 2.

(7) Décr. 1er oct. 1862, art. 2.

(8) Arr. 27 prairial an X, art. 4 et 5.

(9) Les cautionnements ont été fixés par le Décr. 1er oct. 1862, art. 4 : à Paris, 250,000 fr.; à Lyon, 40,000; à Marseille, Bordeaux, 30,000; à Toulouse, Lille, 12,000.

(10) Cette bourse commune constitue une sorte d'assurance mutuelle contre l'insolvabilité des clients. Brav., t. II, p. 57. — V. Mollot, n. 700. Jeannotte-Bozérian, n. 219. Béd., n. 174 et suiv.

(11) Ceux qui ont prêté les deniers pour le cautionnement ont sur ce cautionnement un privilège de deuxième ordre après celui des créanciers pour faits de charge : L. 25 nivôse an XIII; Décr. 28 août 1808, 22 déc. 1812.

(12) Civ. rej. 27 mai 1862, D. P. 62. 1. 338, etc., etc.

Source BIU Cujas

risprudence que ce n'était pas la fonction qui était mise en commun, mais les émoluments à en retirer; et que l'arrêté du 27 prairial an X, art. 10, par l'ensemble de son texte, paraît se référer seulement à une association en commandite pour la Banque ou pour un commerce proprement dit (1). — La question a été résolue formellement par la L. 2 juillet 1862, modifiant le C. de com. :

Art. 75. (Ainsi modifié, L. 2 juillet 1862.) **Les agents de change près des bourses pourvues d'un parquet pourront s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés, participant aux bénéfices et aux pertes résultant de l'exploitation de l'office et de la liquidation de sa valeur. Ces bailleurs de fonds ne seront passibles des pertes que jusqu'à concurrence des capitaux qu'ils auront engagés. — Le titulaire de l'office doit toujours être propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement. — L'extrait de l'acte et les modifications qui pourront intervenir seront publiés, à peine de nullité à l'égard des intéressés, sans que ceux-ci puissent opposer aux tiers le défaut de publication.**

Conditions : — 1° *Qu'il y ait un parquet*, c'est-à dire une place spéciale pour les agents de change à la Bourse, un crieur, une cote officielle. Sans cela, les charges ne sont pas assez chères pour motiver l'emploi de l'association. Il n'y a en province que quatre ou cinq bourses pourvues d'un parquet. — 2° *Qu'il y ait un titulaire unique*, personnellement responsable, propriétaire d'un quart au moins du capital, pour assurer sa responsabilité. Il ne peut céder cette part; s'il l'avait cédée, la société serait nulle et devrait être liquidée comme une simple société de fait (2). — 3° *Que les autres associés soient seulement commanditaires* (3); d'où l'interdiction pour eux de s'immiscer dans la gestion, interdiction qui résulterait aussi de ce qu'ils ne sont pas personnellement agents de change. Seulement, ils servent souvent d'auxiliaires, ne traitant pas personnellement avec le public, si ce n'est quand ils sont premiers commis (V. *suprà*, n. 398) (4). — 4° *Publication de la société;* dans les formes de la loi du 24 juillet 1867, et avec la même nullité comme sanction. Par suite, il a été jugé que cette société était une personne morale (5).

Art. 90. (Ainsi modifié, L. 2 juillet 1862.) **Il sera pourvu par des règlements d'administration publique à ce qui est relatif : 1° Aux taux des cautionnements sans que le maximum puisse dépasser deux cent cinquante mille francs; 2° à la négociation et à la transmission de la propriété des effets publics et généralement à l'exécution des dispositions contenues au présent titre.**

(1) Brav., t. II, p. 32 et suiv. — V. Béd., n. 419-427. — La loi de 1862 paraît avoir donné raison à la jurisprudence, puisqu'elle n'autorise l'association que dans des conditions restreintes.

(2) Req. 31 mars 1869, D. P. 69. 1. 452.

(3) La commandite doit être par intérêts. On n'a pas exprimé dans la loi que la commandite ne pourrait pas être par actions, parce qu'on a jugé cette interdiction inutile; et la chambre syndicale a déclaré qu'elle n'admettrait jamais un agent de change se présentant avec une commandite de ce genre. Al. n. 676.

(4) Sur la mesure dans laquelle les actes de l'agent engagent ses associés, consult. Rennes, 24 déc. 1875, D. P. 78. 5. 25; Lyon, 4 mai 1881, D. P. 82. 2. 217.

(5) Req. 14 nov. 1871, D. P. 72. 1. 354.

Source BIU Cujas

§ 2

Obligations professionnelles.

655. Les trois premières leur sont imposées par le Code de commerce, et leur sont communes avec les courtiers.

1° *Tenir un livre-journal*, art. 84, où ils inscrivent, non pas les opérations faites pour leur compte comme tous les commerçants (ils ne peuvent faire le commerce, V. n. suivant), mais celles faites pour leurs clients. Ils doivent y inscrire les sommes en toutes lettres (1). Ils doivent aussi y porter le nom des clients pour qui ils font les opérations ; l'obligation au secret ne saurait les en empêcher (2); seulement ils ne doivent pas communiquer leur registre (3), si ce n'est en justice (4). — Ils sont aussi obligés d'avoir un *carnet* sur lequel ils inscrivent les opérations à mesure qu'il les font (arrêté 27 prairial an X, art. 11 et 12); c'est pour eux l'analogue du brouillard pour les commerçants, mais avec une force probante que n'a pas le brouillard.

Le Code ne leur imposait pas l'obligation d'inscrire sur leur livre-journal les numéros des titres achetés ou vendus par leur intermédiaire; l'usage le leur imposait seulement pour les valeurs françaises (5). La L. 15 juin 1872 art. 13, sur les titres au porteur, les oblige d'une manière générale à indiquer les numéros sur leur livre-journal et sur les bordereaux qu'ils délivrent aux parties, moyennant une rétribution spéciale.

Ils sont aussi, suivant nous, obligés d'avoir un *copie de lettres* et un *livre d'inventaires* (C. comm., art. 8 et 9) (6). Cela résulte pour nous de ce qu'ils sont commerçants (V. *infrà*, n. 661). Ils doivent donner un reçu des sommes et des titres qui leur sont remis (7); mais ils mettent une sorte de point d'honneur à ne pas le faire.

656. 2° *Interdiction de faire le commerce pour leur compte*, et de s'intéresser directement ou indirectement dans une entreprise commerciale; art. 85, 1er et 2e al. En effet, d'une part, ils connaissent le secret d'une foule d'opérations et pourraient en abuser pour supplanter leurs clients; d'autre part, s'ils tombaient en faillite, ils compromettraient une foule d'intérêts qui leur sont confiés. — La sanction est dans les art. 87, 88 et 89; c'est l'amende, la destitution et la poursuite en banqueroute, s'ils tombent en faillite. Mais les opérations faites par eux ne sont pas nulles, puisque la loi n'a pas prononcé cette nullité (8).

Mais il ne leur est pas défendu d'acheter pour eux-mêmes des effets publics,

(1) Brav., t. II, p. 28.
(2) Ni l'arrêté de 1724, art. 26, qui doit être considéré comme abrogé sur ce point.
(3) Pard., n. 126. Dall., n. 332, 341. Béd., n. 406. Al. n. 664.
(4) Arrêté 27 prairial an X, art. 7.
(5) Paris, 13 février 1860, D. P. 60. 5. 13.
(6) Al. n. 665. — *Contrà :* Béd., n. 396. Brav., t. II, p. 181.
(7) Arrêté de l'an X, art. 11; Décr. 1er oct. 1862, art. 6.
(8) Req. 1er févr. 1876, D. P. 78. 1. 229. — Al. n. 667.

Source BIU Cujas

en vue d'un placement sérieux; ce qui n'est pas un acte de commerce, puisque ce n'est pas acheter pour revendre (1).

657. 3° *Interdiction de payer ou de recevoir pour leurs clients, de se rendre garants de l'exécution des marchés* : art. 85, 3e al., et art. 86; sanction, art. 87, 88, 89, V. *suprà*, n. 589 et suiv. Le Code, en leur interdisant ces actes et obligations, comme aux courtiers, paraît bien supposer qu'ils agiront comme simples intermédiaires, s'entremettant entre les parties, sans contracter eux-mêmes, sans exécuter eux-mêmes par leurs mains les marchés conclus. Mais il est impossible de concilier cette manière de procéder avec l'obligation au secret qui est considérée comme toujours en vigueur pour eux. Aussi, dans la pratique, on restreint singulièrement la portée de cette interdiction; nous nous expliquerons incessamment sur la régularité juridique de cette pratique.

658. 4° *Obligation à un secret inviolable* : arrêté du 27 prairial an X, article 19. Il y a exception à cette règle : 1° en cas de consentement du client; 2° à raison de la nature des négociations, p. ex., pour les ventes de rentes de mineurs ou d'incapables, autorisées par justice. — Comme sanction, il n'y a plus actuellement de peine édictée; mais ils seraient condamnés à des dommages-intérêts (2).

Pour respecter cette règle, les agents de change contractent entre eux pour leurs clients sans les nommer, comme de véritables *commissionnaires* (3); dès lors ils se trouvent obligés personnellement à l'exécution du marché, l'un envers l'autre, sans pouvoir exciper de ce que le client ne leur en aurait pas fourni les moyens (4). Les clients n'ont pas d'action les uns contre les autres. — Pour éviter les dangers des obligations personnelles si étendues et si nombreuses qui leur incomberaient ainsi, ils se font remettre préalablement une *couverture* par leurs clients; cette couverture consiste, pour les marchés au comptant, dans les titres qu'il s'agit de vendre ou la somme totale nécessaire pour payer les titres à acheter; pour les marchés à terme, elle consiste uniquement dans une somme suffisante pour payer les différences probables; en effet, si au terme le client ne fournit pas les moyens d'exécuter le contrat, ils revendront ou rachèteront des titres pour exécuter le marché; ils ne courent qu'un danger: c'est de revendre moins cher ou de racheter plus cher; ils seront à couvert s'ils ont de quoi payer ces différences.

Q. *Cette manière de procéder est-elle légale?* — 1er S. *Non* : l'art. 19 de l'arrêté de l'an X est abrogé par les art. 85, 3e al., et 86, C. comm., qui sont incompatibles avec lui; — en effet, avec la pratique actuelle, les agents de change

(1) La solution inverse nous paraît devoir être admise lorsqu'il s'agit spécialement de l'achat d'actions industrielles; car en les achetant l'agent de change s'intéresserait dans une entreprise commerciale. — *Contrà :* Cass. 20 janv. 1843, S. 43.1. 225. Dall., n. 292. Vincens, t. I, p. 568. Al. n. 668. — V. Béd., n. 416, 417.

(2) Dall., n. 350. Mollot, n. 223. Al. n. 686.

(3) Delam. et Lepoitv., t. II, p. 36-41. Al. n. 687.

(4) En tout cas, s'ils vendent des titres non libérés, ils ne sont pas garants des versements à faire, envers la société qui les a émis; car une fois le marché exécuté, ils s'effacent, et il est vrai de dire qu'ils n'ont jamais été propriétaires en leur nom de ces titres; c'est pour la même raison qu'on ne paye pas de droit de mutation pour le transfert d'ordre fait à leur nom : Paris, 2 juin 1876, D. P. 78. 2. 134.

Source BIU Cujas

reçoivent et paient constamment pour leurs clients; de plus, ils sont garants de l'exécution des marchés puisqu'ils sont personnellement responsables, lors même qu'ils n'ont pas l'argent ou les fonds, ce qui arrive souvent; et lors même, dans les marchés à terme, que la couverture serait insuffisante, les variations des cours ayant dépassé leurs prévisions; — il n'y a qu'un moyen de respecter l'art. 85, 3e al., et l'art. 86 : c'est de dire qu'ils ne sont pas tenus au secret, qu'ils doivent seulement s'entremettre pour *faire contracter* les parties, comme les courtiers, puisque le Code les assimile aux courtiers dans tous les articles; — ce système aurait aussi l'avantage d'éviter bien des désordres qui se passent à la Bourse : les individus tarés, malhonnêtes, les joueurs déloyaux ou impitoyables seraient démasqués; les jeux se distingueraient bien plus facilement des opérations sérieuses; beaucoup de manœuvres odieuses seraient impossibles, notamment les surprises de l'escompte; enfin, beaucoup de personnes qui vont perdre leur fortune à la Bourse en seraient détournées dès le début par la notoriété. — 2e S. *Oui* (!) : l'arrêté du 27 prairial an X est en vigueur sur tous les autres points; il serait singulier qu'il fût abrogé sur celui-là seulement; d'ailleurs, c'est un principe qu'il faut toujours entendre les dispositions des lois, comme les conventions, *potius ut valeant* (C. civ., art. 1157), qu'il ne faut pas admettre une abrogation tacite, tant qu'on peut encore les concilier; — or, il semble bien que les agents de change, dans la pratique actuelle, soient en règle avec l'art. 86, C. com.; qu'importe qu'ils soient obligés à l'exécution des marchés, s'ils ont toujours d'avance en main de quoi les exécuter? On ne peut pas dire qu'on se porte garant d'un marché quand on vend une chose qu'on a entre les mains et que le propriétaire vous a chargé de vendre, ou quand on achète avec les fonds qui vous ont été remis d'avance; dans les marchés à terme, non seulement ils ont une couverture suffisante, mais nous avons vu (au no 644), qu'ils ont toujours, au moment de l'exécution, les titres ou l'argent, car ils ont les moyens de racheter ou de revendre d'avance pour cela; — il y a seulement des précautions à prendre pour qu'ils exigent toujours une couverture au moins suffisante; — dès lors, la défense de se rendre garants des marchés portera sur les garanties expresses et spéciales qu'on pourrait leur demander; elle s'appliquera aux négociations de lettres de change et de billets à ordre où le secret n'existe pas; notamment à la possibilité de donner leur *aval* sur les effets de commerce, ce qui leur était permis par l'art. 10 de l'arrêté de prairial an X; cet article donnait cette permission après avoir interdit aux agents le commerce pour leur propre compte, comme l'art. 85, C. com.; il est naturel de croire que l'art. 86 a voulu aussi reproduire en la renversant la seconde disposition de cet art. 10; — quant à l'art. 85, 3e al., en leur défendant de payer ou de recevoir pour leurs commettants, il veut dire seulement qu'en dehors de l'exécution même des marchés, ils ne peuvent pas se charger de faire des recouvrements pour leurs commettants, ni de payer des tiers avec les fonds qu'une négociation a produits, ni de recevoir pour eux d'autres sommes ou valeurs, ni leur ouvrir un compte courant; en un mot, se faire leurs banquiers ou leurs hommes d'affaires (1); de la sorte on maintient et l'on concilie toutes les dispositions de nos lois; c'était le sens des anciens règlements; c'est aussi celui d'une observation du tribunat sur l'art. 86

(1) Mollot, n. 406, Brav., t. II, p. 176. Al. n. 665.

Source BIU Cujas

(1); — enfin, l'usage qui est constant nous paraît avoir une grande force ici; sans doute il ne pourrait effacer une prohibition formelle et certaine de la loi, mais quand la loi est douteuse, quand il y a des arguments sérieux dans les deux sens, il a bien la puissance d'en fixer l'interprétation (V. *suprà*, n. 22).

659. 5° *Interdiction d'avoir sur une autre place en France ou à l'étranger des agents chargés de leur transmettre les ordres* (décr. 1er oct. 1862, art. 7).

660. 6° *Obligation de prêter leur ministère à tous ceux qui le requièrent*, pourvu qu'ils se présentent dans les conditions voulues. — C'est la conséquence du monopole qui existe pour eux (V. anal., n. 509, *in fine*, n. 546). La sanction serait dans un recours à la chambre syndicale, qui pourrait prendre des mesures disciplinaires, et aux tribunaux, qui prononceraient des dommages-intérêts.

Mais il leur est *défendu* de faire des négociations pour des particuliers non connus et non domiciliés (2); ou pour des faillis non réhabilités, sous peine de destitution et de 3,000 fr. d'amende (3); ou pour des incapables (C. civ., art. 1125) (4).

661. **Q.** *L'agent de change est-il commerçant?* (V. la même question pour les courtiers, *suprà*, n. 591.) 1er S. *Non*: — c'est un officier public; l'article 85, C. comm., lui défend de faire le commerce (5). — 2e S. *Oui* (!) —: il fait habituellement (art. 1) des actes de courtage, déclarés commerciaux par l'art. 632, 5e al.; il ne peut pas faire les autres actes de commerce (art. 85), mais les opérations de sa charge sont des actes de commerce; — cela a été dit formellement dans l'exposé des motifs de la loi de 1862 (6); — cela résulte aussi du texte de cette loi de 1862, car le nouvel art. 75, *in fine*, oblige à publier la société fondée pour l'exploitation de la charge d'agent de change; or les sociétés commerciales seules doivent être publiées.

§ 3

Monopole des agents de change.

662. Leur monopole est consacré par l'art. 76 pour les opérations énumérées dans cet article et que nous avons expliquées. Il consiste en ce que, si un marché doit se faire par un intermédiaire, on ne peut pas s'adresser à un autre qu'à eux. Mais il ne va pas jusqu'à empêcher que deux parties d'accord, l'une pour vendre, l'autre pour acheter certains titres, ne puissent faire à elles seules le marché et le consommer entre elles (Arrêté 27 prairial an X, art. 4, 2e

(1) V. Locré, t. XVII, p. 331.

(2) L. 21 avril 1791, art. 1, qui est encore en vigueur : Dall., n. 277. Al. n. 668. — *Contrà :* Mollot, n. 435. — En tout cas il y aurait lieu à l'application de l'art. 1382, C. civ.

(3) L. 21 avril 1791, art. 11; arrêté an X, art. 18.

(4) Al. n.689.

(5) Bordeaux, 9 janv. 1865.

(6) Brav., t. II, p. 58. Al. n. 658. — V. Cass. 25 juill. 1864, D. P. 64. 1. 489. — Cf. Mollot, n. 140, 141. Béd., n. 395.

Source BIU Cujas

al.) (1). Seulement, s'il s'agissait de rentes nominatives sur l'Etat, elles ne pourraient en opérer le transfert sans le concours d'un agent de change, qui seul peut certifier l'identité des parties (Arrêté an X, art. 15 et 16). — Ce monopole n'existe que dans les villes où il a été établi des agents de change; partout ailleurs on a toute liberté (Avis Cons. d'Et. 23 mars 1802) (2).

La sanction de leur monopole consiste dans des dommages-intérêts d'abord, ensuite dans la nullité des opérations (arr. an X, art. 7) (3), et en outre dans des peines correctionnelles fixées par la L. 28 ventôse an IX, art. 8, à laquelle renvoie l'arrêté de l'an X, art. 4; c'est une amende dont le maximum est de $^1/_6$ du cautionnement et qui frappe à la fois ceux qui usurpent les fonctions d'agent de change et ceux qui les emploient (Arr. an X, art. 6). — Q. Mais le cautionnement ayant augmenté à Paris de 60,000 fr. à 250,000 fr., le *maximum de l'amende est-il augmenté en proportion?* Nous admettons l'affirmative: le législateur de l'an IX a évité de poser un maximum fixe ; il s'est référé à l'importance du cautionnement; et cela est rationnel parce que la gravité de l'infraction augmente à mesure que les fonctions s'étendent; or, l'augmentation du cautionnement est la conséquence de l'extension des fonctions des agents de change (4). — Il faut remarquer que l'on ne peut admettre en cette matière de circonstances atténuantes, la loi de l'an IX n'ayant pas renvoyé à l'art. 463, C. pén., qui, on le sait, ne s'applique par lui-même qu'aux peines édictées par le code pénal (5).

En cas de récidive, le coupable est en outre frappé de l'incapacité de devenir agent de change ou courtier (Arrêté de l'an X, art 5).

663. Les agents de change ont eu à défendre leur monopole contre un grand nombre d'empiétements.

Contre les coulissiers, qui violent deux prescriptions légales : d'abord l'interdiction de négocier des effets publics par d'autres que par les agents de change, et ensuite l'interdiction de faire ces négociations ailleurs qu'à la Bourse (arrêté 27 prairial an X, art. 3). Ils ont été traqués par la police, puis poursuivis devant les tribunaux, et la cour de cassation a donné pleinement gain de cause aux agents de change (6). Mais ils ont repris leurs opérations, et les continuent aussi ostensiblement et aussi tranquillement que jamais. — Les avantages qui font rechercher souvent leur entremise sont : qu'ils prennent un courtage moindre; — qu'ils opèrent toute la journée; — et qu'ils font des opérations à tous les termes qui conviennent aux parties. Les agents de change eux-mêmes emploient leur ministère, lorsqu'ils ont des doutes sur un client, et qu'il est urgent pour eux de se couvrir sans attendre la bourse du lendemain (7).

Contre les notaires, pour les titres susceptibles d'être cotés, mais non encore cotés à la Bourse; il a été jugé que les notaires ne pouvaient se charger de

(1) Rej. 28 août 1857, D. P. 57. 1. 415; Paris, 24 mai 1860, D. P. 60. 5. 12. — Al. n. 683. — *Contrà* : Dall., n. 232.

(2) Al. n. 662.

(3) Req. 29 févr. 1881, D. P. 81. 1. 97.

(4) Crim. rej. 19 janv. 1860, D. P. 60. 1. 40. — Al. n. 661.

(5) Trib. Seine, 24 juin 1859, D. P. 60. 1. 43.

(6) Cr rej., 19 janv. 1860, D. P. 60, 1. 40.

(7) V. Jeannotte-Bozérian, t. I, p. 145. Béd., n. 105. Demang. sous Brav., t. II, p. 38.

Source BIU Cujas

négocier ces titres (1); on le leur a permis seulement pour les valeurs ignorées, non susceptibles d'être cotées (2). — Pour les ventes publiques aux enchères d'effets publics appartenant aux incapables, la Cour de cassation autorise les notaires à les faire, parce que l'art. 76, C. comm., ne parle que des *négociations*, ce qui suppose des ventes amiables (3).

Contre les banquiers, qui, chargés par leurs clients de transmettre deux ordres inverses, font eux-mêmes l'opération; ceci est contraire à l'art. 76, quoique la tentation soit, en effet, bien forte dans ce cas. — Les agents de province ont prétendu aussi que les banquiers de province empiétaient sur leur monopole en transmettant des ordres aux agents de change de Paris, parce qu'alors ils servaient d'intermédiaires pour ces négociations. Mais cette prétention a été repoussée à bon droit, parce que la défense de la loi s'adresse seulement à ceux qui voudraient consommer eux-mêmes les marchés pour autrui sans l'intermédiaire d'agents de change; mais, du moment que des agents de change sont employés, la loi est satisfaite (4).

Contre les trésoriers-payeurs généraux, la même difficulté a été soulevée à raison de l'autorisation qui leur est donnée par le ministre des finances de transmettre à la Bourse de Paris les ordres des particuliers; elle doit être résolue de la même façon (5).

(1) Paris, 30 mai, 11 juillet, 2 août 1851, D. P. 52. 2. 92, 93, 94.

(2) Rouen, 27 fév. 1857, D. P. 57. 2. 128. — L'art. 76, C. com., en visant les autres effets « *susceptibles d'être cotés* », nous paraît avoir voulu viser seulement les effets qui plus tard seraient cotés; mais laisser de côté tous ceux qui ne sont pas encore cotés au moment de la négociation, et n'ont pas de prétention à l'être.

(3) Cass. 7 déc. 1853, D. P. 54. 1. 128; cassant Paris, 2 août 1851.

(4) Crim. rej. 3 avril 1868, D. P. 68. 1. 365.

(5) Consult. Conseil d'Etat, 21 mai 1867, D. P. 68. 3. 81; mais cette décision ne tranche pas la question.

Source BIU Cujas

INTRODUCTION AU TITRE VIII.

DE LA CIRCULATION DES CAPITAUX.

664. Nous employons le mot **capitaux** dans son sens usuel, comme indiquant la monnaie et les signes qui la représentent. En effet quoique tout travail accumulé pouvant servir à la production soit un *capital*, au sens propre et technique du mot, la monnaie est, dans l'usage, appelée capital par excellence à cause de son **aptitude générale** à servir à tous nos besoins et à toute sorte de production, en vertu de sa puissance universelle d'échange.

Nous avons montré (n. 434) que parallèlement à la circulation des marchandises, il y a une circulation inverse des capitaux ; c'est de celle-ci que nous allons nous occuper. Mais nous avons vu aussi que cette circulation a besoin d'être facilitée au moyen du *crédit commercial*, qui permet à chaque commerçant de retarder le paiement des marchandises achetées, de manière à le rapprocher du moment où, ayant revendu lui-même, il aura à recevoir le prix des mêmes marchandises. Ce crédit n'est jamais fait pour une bien longue durée ; il est de quelques mois au plus ; on l'appelle *crédit à court terme*, par opposition au *crédit à long terme*, qui se réalise par l'émission de rentes, d'actions, d'obligations, et dont nous avons parlé à propos des effets publics.

Nous avons donc deux classes de circulations pour les capitaux : 1° la *circulation monétaire* ou circulation de la monnaie et de ce qui la remplace ; 2° la *circulation fiduciaire* ou circulation des instruments de crédit. Elles feront l'objet de deux chapitres. Dans un troisième nous traiterons *des banques*, qui sont les grands agents de ces deux circulations et nous étudierons les détails pratiques et juridiques des opérations auxquelles elles se livrent.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA CIRCULATION MONÉTAIRE.

665. La **monnaie** (1) est l'instrument nécessaire et universel des échanges depuis que l'immense variété des besoins de l'homme n'a plus permis le troc en nature : au lieu de vous offrir ce dont vous avez besoin, pour obtenir de vous ce dont j'ai besoin, je vous donne un *objet* au moyen duquel vous pourrez vous procurer tout ce que vous voudrez, parce que vous êtes sûr de pouvoir l'échanger contre tout autre. La *monnaie* est cet *objet* que tout le monde accepte dans tous les échanges.

(1) V. Courcelle-Seneuil, *Des opérations de banque*, p. 17 et suiv. Cauwès, *Précis d'Econ. pol.*, n. 517 et suiv.

Source BIU Cujas

Pour que la monnaie soit ainsi acceptée par tout le monde, il faut qu'elle ait une valeur intrinsèque et non une simple valeur de convention; c'est-à-dire qu'on soit sûr, si l'on ne pouvait plus l'utiliser comme monnaie, de pouvoir l'employer autrement. Sans cela on serait exposé, si l'accord général se modifiait, à n'avoir plus aucune valeur, aucune puissance d'échange entre les mains. — Il suit de là que la monnaie est une marchandise comme une autre, dont la valeur n'est pas arbitraire, mais dépend, comme toute valeur, du rapport de l'offre et de la demande : et qu'il n'est au pouvoir de personne, pas même des gouvernements, de lui donner une valeur ou une puissance d'échange qu'elle n'aurait pas en elle-même.

666. Divers objets ont été ou sont encore employés comme monnaie : par exemple certains coquillages chez quelques peuples d'Afrique; le tabac à une certaine époque en Amérique; les pelleteries dans les pays septentrionaux (1). — Mais depuis longtemps les peuples civilisés ont choisi comme monnaie l'*or* et l'*argent*, dits *métaux précieux*, et cela pour plusieurs raisons : — 1° Ils sont recherchés de presque tous les peuples, ce qui fait qu'ils permettent les échanges internationaux même très lointains. — 2° Ils ont une utilité industrielle, qui assure toujours leur placement pour le cas où ils ne pourraient plus servir comme monnaie. Le platine n'a pas cet avantage, car son utilité industrielle est restreinte. — 3° Leur production est limitée et assure une certaine fixité à leur valeur. — 4° Ils ont, sous un petit volume, une valeur considérable ce qui facilite les transports de fortes sommes. — 5° Ils peuvent être facilement divisés, pour fournir tous les fractionnements désirables. — 6° Ils se détruisent très lentement, ce qui leur permet de circuler longtemps sans perdre notablement de leur valeur.

667. On a, depuis longtemps aussi, compris qu'il y avait un grand avantage à les fractionner en morceaux d'un poids connu, de façon à n'avoir qu'à les compter au lieu d'avoir à peser le métal en le fractionnant soi-même. — De plus, comme les métaux précieux doivent être alliés à une certaine quantité de cuivre pour mieux résister à l'usage, il importe d'en fixer très exactement le **titre.** Le *titre* d'une monnaie, c'est la quantité de métal précieux contenue dans l'alliage dont elle se compose; ainsi quand on dit qu'une monnaie est au titre de 9/10, cela veut dire qu'une pièce contient 9/10 de son poids de métal précieux, et 1/10 de cuivre. — L'Etat intervient dans la fabrication des monnaies pour en certifier le *poids* et le *titre*. L'empreinte du souverain et les chiffres que portent les pièces n'ont pas d'autre signification, et l'intervention de l'Etat n'a pas d'autre but normal. Il exerce ce contrôle dans les hôtels des monnaies, qui, à d'autres égards, sont des établissements privés, et dont la fabrication est en général abandonnée à l'initiative du directeur ou des particuliers qui jugent avantageux de faire transformer des lingots en monnaie ou réciproquement.

668. L'Etat intervient encore par la législation pour déterminer en quelles espèces doivent se faire les paiements dans le silence des parties. Ces espèces constituent l'**étalon**, parce que les autres sont évaluées par rapport à elles. — Il peut y avoir un étalon unique; par exemple : l'*or*, comme en Angleterre, où la livre sterling est l'étalon, l'argent étant monnaie de billon et ne pouvant être donné que comme appoint, — ou l'*argent*, comme en Hollande, de 1847 à 1875, l'or n'étant alors que la représentation de l'argent, accepté volontairement pour une valeur relative librement discutée entre les parties. — En France, nous avons le *double étalon* en or et en argent, c'est-à-dire que le débiteur, peut, à son choix, payer en l'une ou l'autre monnaie. Mais alors, il faut fixer la valeur relative légale des deux métaux : elle a été fixée par la L. 7 germinal an XI, à 15 1/2; l'or vaut légalement quinze fois et demie plus que l'argent. Dès lors, voici comment sont établis les deux types de notre monnaie : — l'unité qui sert de base à toutes les évaluations est le franc, pesant 5 gr. au titre de 9/10 d'argent fin, c'est-à-dire contenant 4 gr. 5/10 d'argent fin; — les pièces d'or sont aussi au titre de 9/10, et leur poids est calculé de manière qu'elles contien-

(1) V. une énumération plus complète dans Cauwès, *Précis*, n. 519.

Source BIU Cujas

nent en or pur un poids quinze fois et demie moindre que le poids d'argent pur contenu dans les pièces d'argent de même valeur.

Cette fixité du rapport légal n'est jamais exacte en fait; la valeur relative des deux métaux varie incessamment, aussi le système du double étalon est critiqué à ce point de vue; on lui reproche en outre d'entraîner cette conséquence qu'on fait toujours les gros paiements dans le métal le plus déprécié, ce qui est inique pour le créancier. Mais il a l'avantage d'atténuer les effets des variations de valeur dans les métaux précieux (1). — Quand la proportion légale de la valeur des deux métaux est altérée en fait, on dit que l'un *fait prime* par rapport à l'autre. Avant 1850, l'or faisait prime par rapport à l'argent. Depuis cette époque, la production de l'or a beaucoup augmenté en Californie et en Australie, et d'autre part, beaucoup de paiements ont été faits en argent dans l'Orient, où l'argent est plus recherché; l'argent faisait prime par rapport à l'or. Dans ces derniers temps, l'or a beaucoup remonté; c'est d'abord l'effet de la guerre de 1870 et des crises politiques, attendu que l'or est beaucoup plus facile à amasser pour les particuliers, plus facile à transporter pour l'Etat qui a des paiements à faire; c'est aussi la suite du paiement de notre indemnité de guerre, soldée en or pour une grande partie. Mais la prime de l'or, d'abord très forte (23 p. 100 en 1876) a presque disparu depuis (3,5 p. 100 en décembre 1876). Enfin de nouveau une autre cause l'a fait remonter beaucoup (13,5 p. 100 en 1881), non pas en rendant l'or plus rare, mais en avilissant l'argent; c'est la démonétisation de l'argent par les pays, comme l'Allemagne (1871, 1873), les Etats-Unis (1873) et les Etats scandinaves (1875), qui ont adopté récemment l'étalon unique d'or. Cet avilissement a une limite, car la démonétisation a été arrêtée ou ralentie par les frais qu'elle entraîne, une certaine quantité d'argent reste nécessaire pour les petits paiements dans les pays même qui l'ont démonétisé; enfin les pays qui cherchent à se débarrasser de leur papier-monnaie comme l'Italie et les Etats-Unis ne pourront le faire qu'en employant largement la monnaie d'argent.

Au-dessous des monnaies légales, il y a la *monnaie de billon*, ordinairement en bronze, nécessaire pour suivre les plus faibles fractionnements des sommes. D'ordinaire, elle n'a pas intrinsèquement sa valeur nominale, parce qu'elle serait trop lourde. Aussi, elle n'a cours que comme appoint de la monnaie légale. En France, la monnaie de bronze ne peut être imposée en paiement que pour l'appoint de la pièce de 5 fr., c'est-à-dire tout au plus pour 4 fr. 99 c. (Décr. 10 août 1810, art. 2). — A la monnaie de billon sont assimilées les nouvelles pièces d'argent de 20 c., 50 c., 1 fr. et 2 fr., auxquelles, pour éviter l'exportation, on n'a pas donné le titre légal; elles ne sont qu'au 0,835, au lieu d'être au 0,900, c'est-à-dire à 9/10 (L. 25 mars 1864, art. 2, et L. 14 juill. 1866, art. 1). Aussi, elles ne peuvent être imposées dans les paiements pour plus que l'appoint de 50 fr.; l'Etat seul les reçoit indéfiniment (même L. 14 juill. 1866, art. 5).

669. Les monnaies légales ont **cours forcé**, c'est-à-dire que l'on ne peut refuser de les recevoir en paiement; cette règle résulte *à contrario* des lois qui permettent de refuser la monnaie de billon au delà d'une certaine somme; elle résulte aussi de l'art. 473, 11°, du C. pénal, qui punit « ceux qui auraient refusé de recevoir les monnaies nationales, non fausses ni altérées, selon la valeur pour laquelle elles ont cours ».

Ce principe s'applique, sans difficulté, au cas où, lors de l'obligation, rien n'a été spécifié sur le mode de paiement. Mais, **Q.**, *peut-on stipuler expressément que le paiement sera fait en telle monnaie?* — Nous admettons sans hésiter l'affirmative avec la grande majorité des auteurs : — en effet, nulle part la loi n'a prohibé cette stipulation, et il faut toujours décider dans le sens de la liberté (C. civ., art. 1243); le code de commerce l'autorise spécialement en matière de lettres de change (art. 143); et puisqu'il n'y a aucune raison spéciale pour ce cas, il faut considérer l'art. 143 comme

(1) V. sur cette question, très discutée de nos jours, Cauwès, *Précis*, n. 540 et suiv.

Source BIU Cujas

l'application d'une règle générale; — d'autre part, on peut avoir un intérêt très légitime à stipuler qu'un paiement sera fait en une monnaie plutôt qu'en une autre; et cela, non seulement si la monnaie stipulée vaut plus que l'autre, mais même si elle vaut moins : par exemple, je puis avoir besoin de petite monnaie, même de monnaie de billon, pour payer des ouvriers; — on ne peut pas raisonnablement m'empêcher de stipuler un paiement en une monnaie étrangère dont j'ai besoin pour payer dans ce pays, et, cependant, il faudrait l'interdire dans le système contraire.

670. A côté de la monnaie réelle, il y a encore la **monnaie de compte** et la **monnaie idéale**. — La *monnaie de compte;* ce sont les noms par lesquels les espèces sont désignées dans les comptes, comme le franc chez nous. Il est à remarquer qu'ayant deux étalons pour la monnaie réelle, nous n'avons qu'une unité dans la monnaie de compte, le *franc* avec ses multiples et ses sous-multiples; les monnaies d'or sont évaluées uniquement par le nombre de francs qu'elles représentent. En Angleterre, au contraire, avec l'étalon unique, on a trois unités de compte : les *livres sterling* (or), valant vingt shillings; les *shillings* (argent), valant douze pences; et les *pennys* (bronze).

La *monnaie idéale* était un type d'une valeur précise, ne répondant à aucune monnaie réelle, par rapport auquel on évaluait les monnaies réelles. Elle était usitée surtout par les banques lorsque les monnaies réelles étaient universellement altérées. Tel était le *marc banco;* quand une somme était déposée dans une banque, on appréciait la valeur de la monnaie versée, en un certain nombre de marcs banco, et l'on rendait l'équivalent de la même somme, soit dans la même monnaie, soit dans une autre. — En Angleterre, il y a encore une monnaie idéale, qui n'est pas monnaie réelle, et ne sert pas dans les comptes, c'est la *guinée*, valant une livre et un shilling; les prix sont souvent annoncés en guinées au lieu de l'être en livres; c'est uniquement un moyen de vendre plus cher, sans effrayer les acheteurs.

671. Chaque négociant paie naturellement à sa caisse ce qu'il doit, et il fait faire ses recouvrements chez ses débiteurs de la même place par ses employés, garçons de caisse, etc. Ces opérations peuvent nécessiter des frais assez considérables pour les salaires des caissiers, des employés, etc. Le négociant peut éviter ces frais au moyen des *banques de dépôt* qui se chargent de faire son service de caisse en faisant pour lui ses recouvrements, en payant ses dettes, pourvu qu'il ait eu soin de *domicilier* ses billets à leur caisse, c'est-à-dire d'indiquer que ces billets sont payables à telle banque; elles donnent même un certain intérêt des capitaux qui restent quelque temps entre leurs mains. Si les recouvrements sont à faire sur une autre place, on peut de même les faire faire par un banquier de cette place. — La Banque de France fait gratis ces recouvrements pour ses clients partout où elle a une succursale, moyennant qu'elle ne paie pas l'intérêt des fonds qu'elle a en dépôt. — Ce système a reçu encore des perfectionnements que nous verrons bientôt.

672. En dehors de son rôle principal dans les paiements, la monnaie fait aussi l'objet d'un commerce spécial, pour lequel elle est véritablement une marchandise. Ce commerce est le *change des monnaies* ou *change manuel;* c'est l'office des *changeurs*. Ils échangent des monnaies les unes contre les autres, par exemple les monnaies de diverses nations, les divers types d'un même Etat; les billets de banque, les effets publics contre la monnaie, ou réciproquement.

Des instruments de circulation.

673. L'or et l'argent, sous forme de monnaie, sont utiles pour faciliter les échanges, mais ils ne servent pas autrement à la prospérité générale; et le capital qu'ils représentent est soustrait par là même à d'autres fonctions très utiles, qu'il pourrait remplir dans la production. Il y a donc intérêt à diminuer la quantité de monnaie né-

Source BIU Cujas

cessaire aux échanges, autant qu'on le peut sans entraver ceux-ci : si les mêmes échanges n'immobilisent qu'un milliard de numéraire au lieu de deux, le pays sera plus riche d'un milliard. Nous verrons que la France est assez en retard sur ce point (V. n. 856).

Il y a des moyens de remplacer le numéraire, et, par suite, de réaliser les avantages que nous signalons. C'est ce qu'on appelle les *instruments de circulation*, par opposition aux instruments de crédit, parce que les premiers ne supposent aucun appel fait au crédit : ils représentent toujours une somme d'argent actuellement disponible (1).

Voyons ces instruments de circulation.

674. 1° *Billets de banque* ou *monnaie de papier*.

Le billet de banque est l'engagement souscrit par une banque de payer une certaine somme à vue et au porteur. Il circule comme le numéraire, par la raison qu'on peut à tout moment le convertir en numéraire.

Il présente un premier grand avantage sur le numéraire pour la facilité de transporter et de compter de fortes sommes. Cinquante mille francs en or sont fort lourds à porter ; en argent, une voiture y suffirait à peine. Pour compter la même somme en or ou en argent, il faut beaucoup de temps, tandis que cinquante billets de mille francs sont bien vite comptés.

Mais, de plus, le billet de banque économise du numéraire ; il le multiplie, du moins quant au résultat pratique. En effet, il est reconnu en pratique que le numéraire représenté par les billets n'a pas besoin d'être tout entier immédiatement disponible, parce qu'il n'y a pas de chance que tous les porteurs de ces billets réclament en même temps le remboursement. Aussi une portion du numéraire déposé en échange de ces billets peut être remis dans la circulation et employé à une production utile, pourvu qu'il doive rentrer à court terme dans la caisse de la banque qui a émis les billets. Ce numéraire se trouve ainsi doublé, quant au résultat pratique, dans son concours à la production générale. — Sans doute ce mécanisme offre bien un moyen de crédit à la Banque qui émet les billets ; mais pour ceux qui les reçoivent, les billets de banque représentent toujours une somme disponible, puisqu'ils sont échangeables à bureau ouvert contre de la monnaie.

L'émission de billets de banque dans ces conditions est considérée en France comme une opération dangereuse et privilégiée ; elle fait l'objet d'un monopole pour la Banque de France, sous la surveillance de l'Etat et la réglementation des lois.

675. Il ne faut pas confondre cette monnaie de papier avec le *papier-monnaie*, caractérisé parce qu'au lieu d'être remboursable à bureau ouvert, il a *cours forcé*. Ce papier n'étant pas échangeable contre de la monnaie et n'ayant aucune valeur en lui-même, n'a qu'une valeur de convention ou une valeur légale ; il n'offre plus à son possesseur une pleine sécurité. Longtemps on a cru que l'Etat pouvait donner, par sa seule autorité, une valeur au papier, et l'on a usé et abusé de ce moyen commode ; mais la dépréciation des assignats et la banqueroute qui en a été la suite ont violemment redressé cette erreur. Il est certain que le papier-monnaie, quel que soit le crédit de l'Etat qui l'émet ou le fait émettre, perd toujours plus ou moins, suivant qu'on en use plus ou moins modérément ; et le résultat produit, c'est que les ventes se font nominalement plus cher, parce que pour recevoir une valeur égale à celle qu'on recevait autrefois, on élève les prix que l'on demande.

Le cours forcé des billets de la Banque de France a existé temporairement en France à plusieurs reprises ; récemment en vertu de la L. 12 août 1870, cette dernière mesure a été prise avec un caractère essentiellement temporaire, à raison de la crise monétaire provoquée par la guerre, et continuée par les difficultés intérieures et par le paiement de l'indemnité prussienne. On en a fait un usage très modéré, et l'on n'a pas accru la circulation des billets de banque beaucoup au delà de la proportion habituellement

(1) V. Courcelle-Seneuil, *Traité des opérations de banque*, n° 80 et suiv. Cauwès, *Précis*, n. 581 et suiv.

Source BIU Cujas

fixée avec l'encaisse de la Banque. Aussi le billet de banque n'a été nullement déprécié, par suite de cette sage réserve, par suite aussi des habitudes du public et de la bonne opinion qu'on a conservée du portefeuille de la Banque. — En vertu de la L. 3 août 1875, a. 28, ce cours forcé devait cesser dès que les avances faites à l'Etat par la Banque de France seraient redescendues au chiffre de 300 millions. Ce résultat ayant été atteint le 1er janvier 1878, le cours forcé est supprimé depuis cette époque.

676. 2° *Dépôts dans les banques.* Les banques privées ou publiques reçoivent des fonds qui leur sont déposés et qu'elles promettent de rembourser aux déposants, soit à terme fixe, soit un certain temps après avoir été prévenues, soit à vue ; et elles paient un intérêt d'autant plus élevé qu'elles sont plus sûres de garder les fonds un certain temps. Ces fonds sont aussi utiles aux déposants que s'ils les avaient dans leur caisse, puisqu'ils sont sûrs de les avoir au moment où ils prévoient en avoir besoin. Et, d'autre part, ils sont utilisés par les banques et remis par elles dans la circulation ; de sorte qu'ils servent deux fois simultanément, ou plus exactement, on évite de les laisser chômer pendant le temps où ils resteraient dans la caisse du déposant qui prévoit en avoir prochainement besoin. Les banques peuvent les employer utilement, en groupant de petits capitaux qui isolément ne trouveraient pas d'emploi; elles profitent du délai qui leur est accordé pour le remboursement ; et, même pour les fonds disponibles à vue, elles comptent sur cette loi de fait générale, que les dépôts ne sont jamais redemandés tous en même temps.

677. 3° *Virements.* Les banques économisent encore beaucoup de numéraire par la facilité des virements. Supposez un créancier et un débiteur ayant un compte chez un même banquier ; le débiteur écrit au banquier de transporter la somme due, de son compte au compte de son créancier; le banquier débite le débiteur de la somme, en crédite le créancier, et celui-ci se trouve payé sans aucun mouvement de fonds, par une simple passation d'écritures. — Si vous supposez que le créancier et le débiteur aient chacun un compte chez des banquiers différents, la même opération se fera aussi, pourvu que les deux banquiers aient un compte ensemble : le banquier du débiteur débitera son client et créditera le banquier du créancier; celui-ci débitera l'autre banquier et créditera son client; et le virement sera fait.

Ce mécanisme a reçu encore un grand perfectionnement par l'institution des *chèques*, qui facilitent ces virements, et par l'établissement des *chambres de compensation*, qui les centralisent pour les banquiers d'une même ville. Nous étudierons ces deux institutions en détail, après avoir vu la matière des lettres de change.

678. 4° *Bons de monnaie*, délivrés par les hôtels des monnaies en échange des lingots déposés pour être monnayés et remboursés plus tard avec les monnaies fabriquées. Ils permettent de faire circuler une monnaie avant même sa création complète (1).

679. 5° *Lettres de change.*

La lettre de change est tantôt un moyen de crédit, tantôt un instrument de circulation. Elle remplit ce dernier rôle quand elle est *à vue et avec provision préalable.* Elle est alors un instrument de virement à distance et sans le secours d'un banquier. Par exemple, j'ai à Londres un créancier et un débiteur de la même somme, j'écris à mon débiteur de payer cette somme à mon créancier; on dit alors que je *tire* sur mon débiteur; celui-ci est le *tiré*, je suis le *tireur*, et mon créancier est le *preneur* ou *bénéficiaire*. J'envoie cette lettre à mon créancier qui va toucher chez mon débiteur. De la sorte, j'évite deux transports d'argent qui auraient eu lieu si mon débiteur avait dû m'envoyer la somme, et moi l'envoyer à mon créancier. — Si je n'ai à Londres qu'un créancier sans y avoir de débiteur, je cherche à Paris quelqu'un qui y ait un débiteur; je le prie de tirer sur son débiteur; j'achète sa créance en lui en payant

(1) Pendant la dernière crise monétaire, certaines institutions de crédit avaient été autorisées à émettre sous ce nom de véritables billets de banque à vue et au porteur. On avait pris ce nom pour déguiser la dérogation que l'on faisait au monopole de la Banque de France. Ils ont été retirés de la circulation quand la Banque de France a pu émettre ses coupures de 5 fr.

Source BIU Cujas

montant, et je l'envoie à mon créancier qui va toucher chez le débiteur. On évite aussi par là deux transports d'argent au moyen de deux paiements sur place; l'un que je fais en achetant la créance, l'autre que reçoit mon créancier (*porteur* de la lettre) du débiteur (*tiré*). A l'inverse, si j'avais un débiteur sans avoir de créancier, je tirerais sur mon débiteur et je chercherais à vendre ma créance. C'est ce que mon créancier de Londres aurait pu faire encore dans l'hypothèse précédente.

Nous pouvons retenir de tout ceci que, si j'ai un paiement à faire au loin, je puis le faire soit en autorisant mon créancier à tirer sur moi, soit en lui faisant une *remise*, c'est-à-dire en lui envoyant une lettre de change qu'il touchera. Le second mode est en général préféré par le créancier, parce que, s'il tire sur moi, il s'expose à voir protester sa signature dans le cas où je ne paierais pas, et cela nuit toujours au crédit d'un commerçant.

Cette opération est appelée une opération de *change;* c'est le *change tiré* par opposition au *change manuel* dont nous avons parlé, et qui représente le commerce de l'argent fait par les changeurs.

CHAPITRE II.

DE LA CIRCULATION FIDUCIAIRE.

680. Nous avons montré plus haut la nécessité du crédit pour le commerce. Il permet de renouveler beaucoup plus rapidement les opérations. — Le **crédit** (*creditum*) se ramène toujours à un *prêt d'argent* explicite ou implicite. On *donne* ou on *laisse* une certaine somme à un débiteur pour un temps, avec intérêts ordinairement (1).

Remarque générale : le prêt est d'autant plus facile à obtenir qu'il offre plus de garanties pour le prêteur. On sait que ces garanties peuvent consister dans un gage, une hypothèque, un cautionnement. Les garanties du prêteur seront aussi dans l'honnêteté et la capacité de l'emprunteur, donnant la certitude qu'il *voudra* s'acquitter ou qu'il *saura* le faire. Mais, en dehors de cela, deux conditions seront surtout considérées dans le commerce : 1° la brièveté du terme, diminuant la durée des risques auxquels la somme est exposée ; 2° l'emploi de la somme pour une opération sérieuse devant reproduire promptement la somme prêtée, après qu'elle aura été consommée, ce qui est sa destination première. Ainsi on accorde avec beaucoup plus de facilité le crédit à un commerçant qu'à un agriculteur ; car l'argent, employé dans le commerce à acheter des marchandises ou des matières premières, est bien vite reproduit par la revente de ces marchandises ou des produits manufacturés, tandis que la terre ne rend qu'après un temps très long les capitaux qui y sont mis; le plus souvent, elle n'en rend que le revenu plus ou moins considérable. De même encore, on prêtera plus facilement à un commerçant pour son commerce que pour sa consommation personnelle. Enfin, on prêtera très facilement sur un titre fiduciaire qui, ayant circulé, représente plusieurs opérations sérieuses, dont chacune aura pu reproduire en entier la somme avec bénéfices. C'est là le principe fécond du puissant épanouissement du crédit commercial.

Ce crédit prend diverses formes que nous appellerons **instruments de crédit**, par opposition aux *instruments de circulation* dont nous avons parlé.

681. 1° *Ventes à crédit.* Nous en avons déjà parlé à propos de la vente commerciale (V. n. 460) : les marchandises sont livrables immédiatement, mais le prix n'est payable qu'après un certain terme. L'acheteur aura ainsi le temps de revendre au moins en partie ces marchandises pour pouvoir en solder le prix. Le vendeur peut être censé avoir prêté la somme à l'acheteur pour le délai accordé. Il le fera assez facilement,

(1) V. Courcelle-Seneuil, *op. cit.* p. 70 et suiv. ; 99 et suiv. — Cauwès, *Précis*, n° 582 et suiv.

Source BIU Cujas

car il sait l'usage qu'on en fait, et que cet usage doit reproduire le capital par la revente. — Le terme excède rarement trois mois.

L'*escompte*, ici comme dans le prêt ordinaire (V. *infrà*), a lieu lorsque le vendeur, pour être payé tout de suite, renonce à l'intérêt jusqu'au terme. — Nous avons dit (n. 482) que les usages sont infiniment variés pour les délais des ventes et pour le taux des escomptes; il n'y a d'uniformité que dans les ports pour les articles non manufacturés, qui se vendent avec 2 % d'escompte au comptant ; et, si le vendeur consent à transformer l'escompte en terme, on rajoute les intérêts à 50 c. % par mois (L. 12 juin 1866, n° IX).

682. 2° *Billet à ordre.*

Le vendeur qui fait crédit se prive de son prix jusqu'au terme ; si l'on veut lui éviter ce sacrifice et lui permettre de retrouver ailleurs le crédit qu'il fait, l'acheteur lui souscrit un *billet à ordre*, avec lequel il pourra payer lui-même ce qu'il achètera, ou qu'il pourra négocier pour en toucher le montant. — Ce billet est une promesse de payer telle somme, à telle date, au bénéficiaire *ou à son ordre ;* il circule comme une monnaie, si bien que celui qui le reçoit est censé avoir reçu un paiement complet.

Le billet doit être causé, c'est-à-dire qu'on doit indiquer l'opération qui a donné naissance à la créance ; ceux à qui on l'offrira sauront ainsi si cette opération est sérieuse et est de nature à reproduire facilement le capital. Si le billet circule, chacun des *endossements* qui en transfèrent la propriété doit être causé, pour que l'on voie quelles sont les transactions que représentent ces translations de propriété, et si elles sont également sérieuses. De la sorte, plus le billet circulera, plus son crédit augmentera, parce que le dernier porteur aura, comme nous le verrons, la garantie de tous les porteurs successifs et de toutes les opérations qu'ils auront faites. C'est pour cela que la Banque de France, pour avoir pleine sécurité, ne prend que les effets à trois signatures, et le Comptoir d'escompte ceux à deux signatures.

683. 3° *Lettre de change.* Elle est un instrument de crédit quand elle est tirée *à terme* ou *sans provision préalable.*

A terme, voici comment elle se présente : Ayant un débiteur à terme (qui ne m'a pas réglé en argent ou en billet à ordre), et obtenant le même crédit pour le même temps d'un de mes créanciers, je puis tirer sur mon débiteur au profit de mon créancier, c'est-à-dire donner à mon débiteur l'ordre de payer mon créancier au terme accepté par tous deux. De cette façon, je me libère envers mon créancier, qui est censé payé, sauf son recours contre moi à l'échéance, si on ne lui paie pas l'effet; et mon débiteur se libérera envers moi en acquittant cet effet.

Sans provision préalable, je puis tirer sur quelqu'un qui ne me doit pas, et, si je tire à terme, n'envoyer les fonds au tiré que pour le terme; en attendant, je puis négocier ma lettre de change ou la donner en paiement, de sorte que je profite immédiatement de son montant et que je ne le fournirai que plus tard. J'obtiens ainsi une avance d'argent, un véritable crédit. — Je prourrais aussi tirer à vue sur quelqu'un qui ne me doit rien, mais qui m'a promis de m'avancer de l'argent, et qui me l'avancera en effet en payant ma lettre de change ; la convention préalable par laquelle un banquier, par exemple, s'engage ainsi à m'avancer de l'argent, s'appelle une *ouverture de crédit.* Nous en reparlerons plus loin.

684. Dans ces trois premières formes du crédit, on stipule ordinairement un **intérêt,** qui est le prix de la jouissance du capital jusqu'au terme. Dans les billets à ordre ou les lettres de change, l'intérêt est ordinairement compris dans le montant nominal de l'effet. Ainsi, un effet souscrit à quatre-vingt-dix jours pour une somme de 1,000 fr., portera la somme de 1,015 fr. (1). Mais on peut aussi porter la somme toute seule, en stipulant qu'elle portera intérêt à 6 % (2).

(1) V. Bourges, 27 janv. 1857, D. P. 57. 2. 62.
(2) Req. 5 fév. 1868, D. P. 68. 1 386.

Source BIU Cujas

Cet intérêt est soumis à la *L. 3 septembre* 1807 *sur le maximum du taux de l'intérêt.* Ce maximum est fixé à 6 % en matière commerciale.

Il est admis néanmoins qu'on peut stipuler un intérêt supérieur au taux légal français dans une convention faite en pays étranger et conformément aux usages du pays, parce qu'il y a souvent, dans ces pays étrangers, des risques particuliers qui motivent cette élévation générale du taux et qui ne sont pas entrés dans les prévisions du législateur français (1). — On le peut même en France dans une convention qui doit s'exécuter en pays étranger (2).

4° *Escompte.*

685. Il est possible qu'ayant fait crédit, j'aie entre les mains un billet à ordre ou une lettre de change, et que je ne puisse pas trouver à payer avec cet effet ce que je dois moi-même; car je puis avoir plusieurs dettes plus faibles, et les effets de commerce ne se fractionnent pas comme la monnaie. Alors je pourrai me procurer de l'argent en donnant l'effet à un banquier qui me l'*escomptera*, c'est-à-dire m'en paiera le montant par anticipation, en retenant les intérêts de la somme jusqu'à l'échéance (l'*interusurium*). En effet, j'ai l'avantage d'avoir la somme immédiatement, au lieu de l'attendre jusqu'au terme; je dois payer cet avantage de la même manière que si j'empruntais la somme; et, d'autre part, le banquier qui se prive de la jouissance de cette somme jusqu'au terme doit en toucher l'intérêt.

Cet intérêt retenu dans cette opération s'appelle aussi lui-même l'*escompte;* ainsi l'on dit que la Banque de France a porté son escompte à 5 ou à 6 %.

Nous étudierons plus bas (n. 695 et suiv.) diverses questions que soulève l'escompte fait par les banquiers.

686. 5° *Avances sur nantissement.* Nous en avons parlé à propos du gage; v. tit. 6, ch. 1.

687. 6° *Emission de billets de banque* au porteur et à vue.

Tant que les billets émis par la Banque représentent seulement le capital qu'elle a dans ses caisses, ils constituent seulement un instrument de circulation. — Mais dès que l'émission dépasse le capital disponible de la Banque, *son encaisse,* comme l'on dit, elle devient d'abord un instrument de circulation perfectionné, et, de plus, un moyen de crédit pour la Banque et aussi pour le gouvernement qui, grâce à cette combinaison et au monopole attribué à la Banque, emprunte auprès d'elle à très bon compte.

Nous avons déjà expliqué par quelles raisons pratiques la Banque peut dépasser son encaisse dans ses émissions de billets. Nous y reviendrons bientôt (V. n. 700 et suiv.).

CHAPITRE III.

DES BANQUES.

688. Les banques ou les banquiers sont les grands agents de la circulation monétaire et fiduciaire (3). Le commerce de banque, dans toute son étendue, comprend le *commerce de l'argent* et de tous les titres qui le remplacent. Dans ce sens large, il comprendrait donc, comme il a compris autrefois : — le commerce des métaux précieux ; — le change des monnaies ou *change manuel ;* — les dépôts ; — les virements ; — les recouvrements et tout le service de caisse des commerçants ; — la négociation des effets de commerce ; — le change qui s'y réfère ou *change tiré ;* — l'escompte ; — l'émission de billets au porteur ; — les prêts sur nantissement ou consignation ; — les prêts hypothécaires et

(1) Chambéry, 19 févr. 1875, D. P. 76. 2. 236.

(2) Rej. 21 déc. 1874, D. P. 76. 1. 187.

(3) V. Courcelle-Seneuil, tout le *Traité des opérations de banque,* not. p. 276 et suiv. p. 152 et suiv.— Cauwès, *Précis d'écon. pol.*, n. 591-643.

Source BIU Cujas

toute l'organisation du crédit foncier; — les négociations et spéculations sur les effets publics.

Mais ordinairement le commerce des matières d'or et d'argent est laissé à des négociants spéciaux qui le joignent au commerce de bijouterie ou de joaillerie. De même le change des monnaies ou change manuel fait l'objet d'un commerce spécial, celui des changeurs. — D'autre part, les prêts hypothécaires et le crédit foncier sont souvent réservés à des banques spéciales qu'on appelle quelquefois *banques hypothécaires*, et qui ne rentrent pas dans notre sujet.

Les autres opérations se divisent entre les diverses espèces de banques, qui sont au nombre de trois : — 1° Banques du commerce ou banques de dépôts; — 2° Banques d'émission ou de circulation; — 3° Banques de spéculation ou hautes banques. Nous en traiterons dans trois sections.

689. Auparavant nous avons deux observations générales à faire :

I. La banque est un commerce, elle doit donner des profits. D'où viennent ces profits? De deux sources : 1° des *intérêts* des capitaux que prête le banquier; ou, plus exactement (puisque en général il va chercher ailleurs les capitaux qu'il prête), de la différence entre les intérêts qu'il paie pour les avoir et ceux qu'il perçoit en les prêtant; 2° des *droits de commission* qui sont la rémunération directe des services rendus au public; ils sont évalués ordinairement à tant pour cent des sommes engagées dans les diverses opérations (V. *infrà*, n. 696).

II. Les opérations de banque donnent lieu à une comptabilité spéciale destinée à enregistrer les variations incessantes de la situation du banquier avec ses clients, et à suivre ces variations dans le calcul des intérêts. C'est ce qu'on appelle le *compte courant*. — A l'établissement de cette comptabilité sont souvent annexées expressément ou tacitement certaines stipulations qui forment la *convention de compte courant*. Nous étudierons ces effets juridiques du compte courant, mais seulement après l'explication de la lettre de change et des chèques (V. n. 875 et suiv.).

SECTION PREMIÈRE.

BANQUES DE COMMERCE.

690. Ces banques sont aussi appelées *banques de dépôt*, parce que leurs fonds proviennent surtout de dépôts.

C'est la forme la plus ancienne des banques, même en Grèce, où les banquiers (τραπεζῖται, par exemple Pasion dont nous parle Démosthène), recevaient des dépôts et faisaient des virements, souvent sans capital propre; ils offraient aussi au public l'avantage de vérifier et de certifier la valeur des monnaies qui passaient entre leurs mains, et on préférait par conséquent recevoir les paiements par leur entremise. Il en était de même à Rome des *argentarii*. — Ce fut aussi le rôle des grandes banques du moyen âge et des temps modernes, à Venise, à Gênes, à Amsterdam, à Hambourg. Elles présentaient un grand avantage au moment où toutes les monnaies réelles étaient altérées, et où la monnaie de banque (purement idéale) avait une valeur fixe et certaine; aussi le change des monnaies s'y mêlait nécessairement aux dépôts et aux virements. Ces banques n'avaient pas de capital propre; les frais d'administration étaient couverts par l'*agio*, c'est-à-dire la *prime* que faisait la monnaie de banque par rapport à la monnaie réelle, et en outre par une faible commission perçue par les banques.

Longtemps les dépôts furent conservés religieusement sans qu'on osât y toucher. Puis on s'aperçut qu'il n'y avait jamais chance d'une demande de remboursement intégral, et l'on commença à employer les fonds déposés en opérations très sûres et d'un intérêt général, par exemple en prêts à l'Etat, en achat de céréales dans les moments de disette, etc.

Actuellement, l'expérience accumulée a donné beaucoup plus de hardiesse sur ce

Source BIU Cujas

point, et l'on peut, sans manquer aucunement à la prudence, employer largement les dépôts en prêts sous diverses formes. C'est là le rôle éminemment utile de ces banques : elles multiplient les services rendus par les capitaux et étendent considérablement le crédit.

691. Ces opérations constituent un véritable commerce : c'est l'achat des capitaux, ou plus exactement de leur usage, pour les revendre ; ou, si l'on veut, le banquier loue les capitaux pour les sous-louer. Les opérations d'achat ou de location se résument toutes dans les *emprunts* ou les *dépôts* sous diverses formes; les opérations de revente ou de relocation dans les *prêts* ou *placements* divers. — Ce commerce n'exige pas en général beaucoup de capital propre, car le banquier opère principalement sur les fonds d'autrui. La fortune personnelle du banquier, ou le capital de la société qui fait la banque, a surtout de l'importance comme garantie pour les tiers qui traitent avec la banque. C'est pour cela que nos diverses sociétés de crédit n'ont pas, à beaucoup près, appelé tout leur capital; presque toutes se bornent à la moitié; quelques-unes mêmes, celles qui se limitent exclusivement aux dépôts et à l'escompte du papier de commerce, n'ont fait verser que le quart nécessaire pour se conformer à la loi du 24 juillet 1867. Tout le surplus du capital qui peut être appelé est uniquement une garantie pour leurs clients en cas d'accidents imprévus.

Le principe fondamental de l'art du banquier, c'est de choisir ses placements d'après la nature des dépôts qu'il reçoit. Ainsi, pour les dépôts à vue ou à très court terme, il devra faire des placements très courts, facilement recouvrables, par exemple en escomptes à courte échéance, en reports, etc.; ces placements produiront des intérêts assez faibles; les profits du banquier consisteront surtout dans des droits de commission très multipliés. Pour les dépôts à un terme de moyenne durée (y compris ceux qui, nominalement à vue, ne présentent pas de probabilité d'un retrait prochain), il pourra faire des placements plus longs, surtout des escomptes de un à trois mois ; ses profits consisteront à la fois dans les intérêts et dans les commissions. Enfin, pour les dépôts à long terme, il fera des placements à long terme, soit dans le commerce et l'industrie, soit même des placements hypothécaires ; ces placements regardés comme très sûrs en droit civil sont plus dangereux dans le commerce de l'argent parce qu'ils engagent l'avenir et sont, même à l'échéance, d'une réalisation très lente; les profits consisteront ici surtout dans les intérêts.

I. — Formes et conditions des dépôts.

692. Les dépôts dans les banques ont lieu soit par des remises d'argent, soit par des remises d'effets à encaisser.

Leurs conditions, ou les avantages offerts aux déposants par les banques sont : — d'abord qu'elles font le service de caisse des négociants, leur évitant un déplacement improductif de numéraire, les risques de vol et d'incendie, les frais de caissiers et de commis employés au recouvrement; — qu'elles font leurs paiements et leurs recouvrements sur place et à distance ; — enfin qu'elles bonifient un certain intérêt qui augmente avec la certitude de durée du dépôt.

Ces dépôts se présentent dans les bilans des diverses banques (1) au passif, sous les rubriques de : *comptes de dépôts par chèques* (dépôts à vue), *récépissés à un certain délai de vue* (dépôts retirables un certain temps, souvent sept jours, après avoir prévenu la Banque); *comptes courants* créditeurs (dépôts à terme fixe ou dans diverses conditions).

(1) Nous indiquons avec soin les formules qui indiquent dans ces bilans les diverses opérations que nous décrivons ; c'est afin qu'on puisse juger dans ces bilans de leur importance relative, de leurs combinaisons ; c'est aussi afin que l'on puisse comprendre ces divers bilans qui intéressent tout capitaliste, quelque modeste qu'il soit, lorsqu'il a, soit des fonds déposés à une banque, soit des actions de cette banque.

Source BIU Cujas

II. — Formes et conditions des placements.

693. Les formes des placements sont : — 1° *les escomptes* d'effets de commerce se présentant dans les bilans sous la rubrique de *portefeuille*; — 2° *les prêts sur gage*; dans les bilans, ce sont les *avances* sur telle ou telle garantie; — 3° *les ouvertures de crédit*, sous la rubrique : *comptes courants débiteurs;* — 4° les placements dans le commerce, désignés souvent sous le nom de *participations industrielles*; — 5° les placements en diverses opérations sur effets publics, ou *participations financières*; — 6° enfin les prêts hypothécaires. — Ces diverses opérations constituant la banque créancière sont toujours portées à l'actif dans son bilan.

Les conditions de ces placements ont déjà été étudiées en ce qui concerne les prêts sur gage (V. tit. 6, ch. 1er, n. 409 et suiv.); celles des ouvertures de crédit le seront plus bas à propos du compte courant. (V. n. 888. et suiv.). D'autres ne demandent pas d'explications. Il nous faut insister seulement sur les *escomptes*.

694. L'**escompte** est d'autant plus facile que l'effet présenté à l'escompte porte un plus grand nombre de **signatures**, car l'escompteur, qui devient cessionnaire de l'effet, a pour garantie la responsabilité de tous les signataires antérieurs; et chaque signature, valant cession de l'effet, représente une affaire réalisée, qui a dû reproduire entre les mains du signataire le montant de l'effet. — Ainsi le billet à ordre à une seule signature, c'est-à-dire souscrit par l'escompté au profit de l'escompteur, ne présente aucune garantie préalable, aucune *valeur faite* comme on dit; c'est purement une obligation personnelle de l'escompté envers l'escompteur; l'escompte dans ces conditions serait un acte de crédit purement personnel; il se produit très rarement ainsi. Mais si le billet a été endossé une fois, il représente une affaire faite au moins entre le souscripteur et l'endosseur, et a pour garantie leurs deux solvabilités; il sera admis couramment à l'escompte. — Pour la lettre de change, si elle est sérieuse, la première signature, celle du tireur, représente déjà une valeur faite; car si le tireur a pu tirer sur le tiré, c'est sans doute qu'il était déjà son créancier en vertu d'une affaire préalable; de plus le porteur peut s'assurer immédiatement l'obligation personnelle du tiré en présentant la lettre à *l'acceptation* de celui-ci. Ainsi la lettre de change, même à une seule signature, représente une affaire faite, une garantie personnelle certaine, et une autre facultative : elle s'escomptera donc plus facilement que le billet à ordre avec une seule signature; mais pourtant elle ne sera encore reçue qu'avec précaution. Si elle porte deux signatures, c'est-à-dire si elle est endossée, elle circulera alors très facilement.

Les règles de la Banque de France sont plus sévères; elle ne doit prendre que du papier à trois signatures. Mais il y a à côté d'elle des banquiers escompteurs qui reçoivent ces effets à l'escompte avec deux signatures et vont les réescompter à la Banque en y ajoutant la garantie de leur propre signature. C'est là la fonction principale du *Comptoir d'escompte* et des *sous-comptoirs d'escompte*.

Pour la facilité de l'escompte on considère aussi l'éloignement de l'**échéance**; l'escompte est d'autant plus facile que l'échéance est plus rapprochée. On n'escompte pas ordinairement du papier à plus de trois mois. C'est là un maximum légal pour la Banque de France.

L'escompte fait dans ces conditions présente les plus grandes garanties pour les fonds ainsi placés. Les banques qui se bornent à ces opérations offrent donc la plus grande sécurité à ceux qui leur confient leurs fonds. Il en est à qui leurs statuts interdisent toute autre opération; ce sont elles qu'on appelle plus proprement les *banques de dépôt*.

695. Quand il escompte un billet, le banquier retient les **intérêts** jusqu'à l'échéance; cela est très légitime (V. *suprà*, n. 685). Mais cela donne lieu à quelques questions juridiques.

Q. *L'escompte est-il soumis au maximum du taux de l'intérêt?* — 1er S. *Non* : il

Source BIU Cujas

ne constitue pas un prêt, mais une vente de créance à prix débattu; rien ne m'empêche, en droit civil, d'acheter pour 950 fr. une créance de 1000 fr.; le banquier ne fait pas autre chose — 2e S. *Oui* (!) : ce n'est pas une vente, car dans la vente d'une créance le vendeur n'est pas garant du paiement à l'échéance; et c'est pour cela qu'une créance peut se vendre bien au-dessous de sa valeur nominale, à cause des chances d'insolvabilité du débiteur; mais ici il n'y a aucun risque de ce genre; car le vendeur est garant du paiement, comme nous le verrons plus tard; — dans la pensée des deux parties et dans le résultat pratique, pour toutes deux, c'est un prêt à intérêt, seulement le banquier consent à recevoir son remboursement d'un autre que de l'emprunteur : il avance les fonds au porteur actuel et sera remboursé à l'échéance par le débiteur de l'effet; — il a même plus de sécurité que dans un prêt ordinaire, à cause du cautionnement solidaire de tous les signataires; — enfin la question paraît tranchée par la L. 9 juin 1857, qui autorise la Banque de France à élever le taux de son escompte au-dessus de 6 %; cette loi n'aurait aucun sens, si le législateur n'était pas parti de cette idée qu'il est défendu en principe de dépasser ce taux (1).

Q. *Si l'escompte est demandé à un banquier par un non-commerçant, quel sera le maximum que l'on pourra atteindre?* — 1er S. *Cinq pour cent* : — la loi de 1807 a voulu surtout protéger l'emprunteur; c'est donc sa position qui doit déterminer le taux maximum (2). — 2e S. *Six pour cent* (!) : — le banquier fait le commerce de l'argent; et l'argent vaut plus pour lui que pour un autre; il est destiné chez lui à alimenter son commerce où il rapporterait six pour cent; — le non commerçant qui escompte un effet de commerce l'endosse; cet endossement est légalement commercial, s'il s'agit d'une lettre de change; s'il s'agit d'un billet à ordre, il le soumet au moins à la compétence commerciale, dans le cas où le billet porte la signature de commerçants; ce qui arrivera presque sûrement (art. 636), car il est très probable que le banquier endossera lui-même l'effet; l'acte peut donc être considéré comme commercial de la part de l'escompté; — enfin, dans tous les cas, le non commerçant use des moyens de crédit commerciaux; or, la loi de 1807, en disant « en matière de commerce », n'a pas exigé que l'emprunt fût par lui-même un acte de commerce; il suffit, pour satisfaire à son texte que l'on se place dans le domaine propre des affaires commerciales, c'est bien le cas ici (3).

696. Les banquiers, outre l'escompte, perçoivent encore un **droit de commission** qui varie de 1/4 (0,25) à 1/10 (0,10) pour cent, et qui est en général de 1/8 (0,125) pour cent. Il est fixé par la convention, ou à défaut par les usages (4). **Q.** *Ce droit n'est-il pas usuraire,* quand l'escompte a déjà atteint en lui-même le maximum de 6 %? Il faut répondre négativement, parce que le banquier ne prête pas ses propres capitaux : il fait le commerce de l'argent; il est intermédiaire pour l'aller chercher là où il est disponible et le mettre à la disposition de ses clients; or, cette fonction d'intermédiaire doit

(1) Rej. 16 août 1877, D. P. 79. 1. 238.

(2) Limoges, 25 juill. 1866, D. P. 65. 2. 207.

(3) Rej. 10 janv. 1870, D. P. 70. 1. 60; Douai, 24 janv. 1873, D. P. 74. 2. 203. etc. — Dietz, *Compte courant*, p. 203, 204. Da, *Compte courant*, n. 122. Aubry et Rau, § 396, texte et notes 18, 19. — *Contrà* : Helbronner, *Compte courant*, n. 129 et suiv.

(4) Rennes, 24 février 1879, D. P. 79. 2. 93.

Source BIU Cujas

être rémunérée; on conçoit qu'il ne puisse pas se contenter de l'intérêt que peut prendre le capitaliste qui prête ses propres fonds; — cette fonction exige de sa part des frais spéciaux, frais de bureaux, de correspondance, etc., frais faits pour acquérir les connaissances spéciales qui lui sont nécessaires, pour établir ses relations d'affaires; — ce commerce, l'exposant à des risques, si par hasard il a réuni des capitaux et n'en trouve pas l'emploi fructueux, doit lui donner des profits en temps normal; — en somme, sa coopération est un louage d'ouvrage, tandis que le prêt est un louage de choses; la distinction apparaît nettement quand des effets lui sont remis à l'encaissement, alors la commission est due au banquier tandis que les intérêts sont dus au remettant; — enfin l'art. 181, 3e al., énumère la « commission de banque » parmi les éléments du compte de retour d'une lettre de change (1).

La Cour de cassation admet le principe, et pour l'application décide à bon droit qu'il y a avant tout une question de fait : savoir si le banquier a rendu un service particulier à son client, et si la rémunération stipulée est proportionnée d'après les usages à ce service rendu; aussi les cours d'appel sont souveraines dans cette appréciation (2).

S'il n'y a pas de service particulier rendu, il faut dire non seulement que la perception est usuraire, mais qu'elle est *sans cause*; ce qui nécessiterait son annulation alors même que les intérêts perçus par le banquier n'atteindraient pas le maximum du taux légal. Cette observation sur l'absence de cause a échappé aux auteurs, qui ne voient dans la question que la question d'usure (3). Elle semble exclue par la cour de cassation qui décide dans un arrêt (4) que « la convention relative à un droit de commission ne peut être annulée qu'autant qu'elle a été stipulée *pour dissimuler la perception d'intérêts usuraires* ». La Cour est moins explicite dans son arrêt le plus récent (5): « les tribunaux ne peuvent refuser de l'allouer qu'en constatant qu'elle ne repose, en réalité, sur aucun service rendu, et qu'elle dissimule un intérêt usuraire »; dans cet arrêt l'indication « qu'il n'y a aucun service rendu » fait bien allusion au défaut de cause, mais la conjonction, et, « qui vient après » semble indiquer la nécessité qu'à cette circontance se joigne celle d'un intérêt usuraire. Nous pensons qu'il y a lieu de dégager plus nettement l'absence de cause, comme nous l'avons fait.

Dans quelles circontances y aura-t-il service spécial rendu et légitimité du droit de commission? Sans entrer dans de longues discussions sur ce point, nous pensons que c'est: — d'abord toutes les fois que le banquier fait une avance de fonds (6) (c'est le cas sur lequel nous avons raisonné en discutant plus haut la question); — ensuite lorsqu'il recouvre les effets de commerce

(1) Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 2. 172, etc. — Troplong, *Prêt*, n. 382. Béd., *du dol et de la fraude*, n. 1131. Dietz, *op. cit.*, p. 228. Da, *op. cit.*, n. 142. — *Contrà*: Duvergier, *Prêt*, n. 269.

(2) Req. 11 févr. 1878, D. P. 78. 1. 119; 24 mars 1880, D. P. 80. 1. 424, etc., etc.

(3) Dietz, p. 230. Da, n. 143, 150.

(4) Cass. 28 avril 1869, D. P. 69. 1. 241.

(5) Cass. 4 janv. 1876, D. P. 76. 1. 337.

(6) Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 2. 172. Da, n. 145. — Comp. Dietz, p. 234 et suiv.

Source BIU Cujas

qui lui sont remis; il a là des démarches spéciales à faire (1); — enfin, quoique cela puisse paraître plus douteux, lorsqu'il consent au renouvellement de billets du client qu'il a entre les mains; car il lui fait alors une avance nouvelle, qu'il n'est pas obligé de lui faire, et, il a pu compter sur cette rentrée de fonds et faute de la recevoir être obligé d'en chercher ailleurs (2). — Au contraire, il n'y a pas lieu de percevoir un droit de commission: — sur les fonds que lui remet ou fait remettre son client (3); ni sur les décaissements faits par le banquier, lorsque ceux-ci ne sont pas des avances, c'est-à-dire lorsque le banquier était débiteur de son client (4); — ni sur les billets que celui-ci lui remet pour constater sa dette, lorsque ces billets ne doivent donner lieu à aucune négociation, mais ont seulement pour objet de donner plus de sécurité au banquier (5); — ni enfin, à plus forte raison, sur les valeurs données en couverture à celui-ci (6) ou sur celles données en paiement, tant qu'il ne les négocie pas (7). Nous verrons un autre cas dans l'hypothèse où il existe un compte courant entre les parties (v. n. 886, D, 2°). Enfin il n'est pas dû de droit de commission, si le service rendu constitue un acte illicite et la complicité d'un délit, comme la négociation faite sciemment de billets faux (8).

697. **Q.** *Les banquiers peuvent-ils élever le taux de leur escompte au-dessus de 6 %, lorsque la banque de France élève le sien au-dessus de ce taux?* — 1er S. *Oui*: la Banque de France est le grand réservoir où ils peuvent puiser; ils n'abusent pas en faisant payer au public le prix qu'ils paient eux-mêmes, et même quelque chose en sus; d'ailleurs, cette élévation de l'escompte par la Banque prouve que l'argent est rare, et alors, ils ne peuvent pas s'en procurer ailleurs (9). — 2e S. *Non* (!) : la loi de 1807 est absolue; une seule exception est faite pour la Banque de France (L. 9 juin 1857); donc, les autres banques restent soumises au droit commun; — la Banque n'est pas la seule source d'argent; les banquiers ont encore les dépôts de leurs clients; c'est à eux à ne pas escompter, s'ils ne le peuvent faire avantageusement; sans doute, ce sera un chômage pour leur commerce, mais quel est le commerce qui n'a pas ses chômages? — Un tempérament est apporté à ce système par la jurisprudence : elle le maintient en ce sens que le banquier n'a pas un droit absolu à élever le taux de son escompte sans prévenir son client; mais elle l'atténue en disant que le banquier peut refuser d'escompter en son nom, mais offrir ses services pour aller chercher de l'argent à la Banque; et qu'alors il pourra stipuler ce qui excède l'intérêt légal à titre de *commission transitoire* (le mot est devenu technique), toujours parce que cette commission représente un service réellement rendu au client; — seulement, il fau-

(1) Paris, 16 juill. 1869, D. P. 72. 1. 393. — Feitu, n. 288. Dietz p. 231. Da, n. 144.
(2) Dijon, 2 janv. 1865, D. P. 65. 2. 47. — *Contrà* : Feitu, n. 289. Dietz. p. 237 et suiv. Da, n. 147.
(3) Dijon, 2 janv. 1865, D. P. 65. 2. 47. — Dietz, p. 237. Da, n. 144.
(4) Rennes, 24 févr. 1879, D. P. 79. 2. 93.
(5) Bordeaux, 11 janv. 1851, D. P. 54. 1. 283. — Dietz, p. 232.
(6) Cass, 4 janv. 1876, D. P. 76. 1. 337. — *Contrà* : Aix, 29 mai 1866, D. P. 66. 2. 236.
(7) Caen, 5 juill. 1872, D. P. 74. 2. 140. — Dietz, p. 232.
(8) Req. 4 janv. 1876, D. P. 76. 1. 364.
(9) Aix, 29 mai 1866, D, P. 66. 2. 236.

Source BIU Cujas

dra une stipulation expresse, et les tribunaux pourront toujours rechercher et réprimer l'usure, si elle se déguisait sous cette stipulation (1).

698. *Manière de calculer l'escompte.* Il y a deux manières de le calculer.

A. *Sur le capital nominal de l'effet.* Ce moyen est beaucoup plus simple et est le seul usité en France. — Supposons que l'escompte à 6 % soit calculé pour un an, on divisera le capital par 100, et on multipliera par 6 : puisque autant de fois 100 sera contenu dans le capital, autant de fois le banquier aura le droit de réclamer 6 d'intérêt. Soit un effet de 1000 fr. on aura la formule $\frac{1000 \times 6}{100} = 10 \times 6 = 60$. Alors le banquier paiera cet effet 940 fr. — Lorsque l'escompte sera fait pour moins d'une année (ce qui est le seul cas pratique), on divisera l'escompte proportionnellement au nombre de mois ou de jours.

Cette manière de calculer est appelée, en arithmétique, *escompte en dehors*; mais la jurisprudence l'appelle *escompte en dedans*; de sorte qu'il faut éviter ces mots, qui sont amphibologiques.

On reproche à ce système que, par ce moyen, le banquier perçoit en réalité plus de 6 %, contrairement à la loi de 1807; en effet, il ne débourse que 940 fr. et prend 60 fr. d'intérêt annuel; il prend donc en réalité 6 49 %. — Alors on devrait employer la seconde manière :

B. *Sur le capital réellement fourni par le banquier.* Ce mode de calcul a, en arithmétique et en jurisprudence, les dénominations inverses des précédentes. Voici comment on procède : Quelle serait la somme pour laquelle le banquier aurait le droit de prendre 6 d'intérêts? Ce serait 106: car, retranchant 6, il paierait 100, l'intérêt de 6 serait donc parfaitement légitime. D'où la règle pratique qu'il faut diviser le capital de l'effet par 106 (au lieu de 100) et multiplier le résultat par 6 (Si le taux était de 5 ou de 4, il faudrait diviser par 105 ou par 104).

Ce système serait plus exact, plus conforme à la loi de 1807 ; mais il n'est pas suivi en pratique parce que la division par 106 ou 105 est bien plus compliquée et plus longue que la division par 100. Nous admettons que si l'opération est sincère, on peut suivre la première manière qui est plus commode : — la loi de 1807, art. 3, nous paraît proscrire et annuler tout agissement ayant *pour but* d'élever le taux de l'intérêt au-dessus de celui qui est fixé par l'art. 1er; elle s'appliquerait donc à toutes les opérations par lesquelles on chercherait à déguiser cette élévation; mais elle ne nous paraît pas viser les agissements qui auraient *indirectement* pour *effet non voulu par les parties* d'élever légèrement le taux; — or il est certain que dans la pratique universelle, en prenant le diviseur 100, on ne *cherche* pas à élever le taux; on cherche seulement la rapidité des calculs; ce qui le prouve, c'est que les banquiers emploient ce nombre de 100 non seulement pour calculer les intérêts en leur faveur, mais encore pour les calculer en faveur de leurs clients; et cela même dans les comptes, comme les comptes de chèques, où le solde et les intérêts sont *toujours* en faveur de leurs clients (2). — Mais les juges du fait peuvent reconnaître,

(1) Req. 11 févr. 1878, D. P. 78. 1. 119; Rennes, 13 mars 1876, 24 févr. 1879 D. P. 79. 2. 93.

(2) *Contrà :* Dietz, *op. cit*, p. 214. Da, *op. cit*, n. 130.

Source BIU Cujas

d'après les circonstances, l'intention positive de déguiser l'usure, et devront la réprimer (1).

699. Une autre pratique peut donner lieu aux mêmes doutes : dans le calcul des intérêts par jour, on suppose que l'année est divisée en 360 jours au lieu de 365, parce que le nombre 360 est un diviseur beaucoup plus commode (2). Mais, par ce moyen, le banquier, dans l'ensemble de l'année, ajoute au taux légal l'intérêt de cinq jours ; il n'est donc pas rigoureusement dans les termes de la loi. Il faut néanmoins décider, suivant nous, par les arguments donnés sur la question précédente, que ce procédé peut être employé, si les tribunaux ne trouvent pas d'ailleurs dans les circonstances l'intention de prendre un intérêt usuraire (3).

SECTION II.

BANQUES D'ÉMISSION OU DE CIRCULATION.

700. En France l'émission de billets de banque à vue et au porteur fait l'objet d'un privilège concédé à la *Banque de France* (L. 24 germinal an XI). C'est donc la **Banque de France** que nous étudions ici.

Elle fait les mêmes opérations que les banques du commerce ; mais en outre elle trouve une nouvelle source de dépôts dans l'émission de ses billets. En effet, à l'origine les billets sont fournis en échange de numéraire à ceux qui ont confiance dans la banque et qui trouvent les billets plus commodes que le numéraire, notamment pour les transports d'argent et les gros paiements.

Ces *dépôts* sont soumis à des lois différentes de celles des autres dépôts que reçoivent les autres banques, et que reçoit également la Banque de France :

1° Les autres dépôts sont retirés dès que le déposant a besoin de ses fonds ; ceux qui sont faits en échange de billets ne donnent pas lieu à ce besoin parce que les billets circulent en général comme la monnaie, et satisfont, comme la monnaie, à toutes les nécessités de la consommation ou de la production. Ces dépôts sont donc beaucoup plus permanents que les autres : ils ne peuvent être retirés en général que pour avoir de la monnaie de moindre coupure, besoin qui est nécessairement restreint ; ou pour des causes exceptionnelles : pour faire des paiements dans un pays où le billet ne circule pas, pour démonétiser la monnaie, ou pour défaut de confiance dans la Banque.

2° Les mouvements de ces dépôts s'opèrent en sens inverse de ceux des autres dé-

(1) Dijon, 17 févr. 1855 ; et Cass. 28 avril 1855, D. P. 55. 1. 264.

(2) L'emploi du nombre 100 pour diviseur et du nombre 360 pour le nombre de jours de l'année donnent de grandes simplifications dans le calcul de l'intérêt ou de l'escompte. En effet, pour avoir l'intérêt pour l'année, il faut multiplier le capital par $\frac{6}{100}$, ou $\frac{5}{100}$, ou $\frac{4}{100}$; pour avoir l'intérêt par jour, il faut diviser ces nombres par 360, ce qui donne $\frac{6}{36000}$, $\frac{5}{36000}$, ou $\frac{4}{36000}$; et comme 36000 est divisible par tous les taux usités, 6, 5, 4 ou 3, on réduit ces fractions aux suivantes qui sont plus simples et qu'il est bon de noter comme étant d'un emploi journalier. Aux taux de 6 °/o, on multiplie le capital par $\frac{1}{6000} = \frac{6}{36000}$; à 5 °/o, par $\frac{1}{7200} = \frac{5}{36000}$; à 4 °/o, par $\frac{1}{9000} = \frac{4}{36000}$; à 3 °/o, par $\frac{1}{12000} = \frac{3}{36000}$.

(3) *Contrà :* Cass. 20 juin 1848, D. P. 48. 1. 221 ; 4 janvier 1876, D. P. 76. 1. 337. — Dietz, *op. cit.*, n. 208. Da, *op. cit.*, n. 126, Helbromer, *op. cit.*, n. 131.

Source BIU Cujas

pôts, de sorte que les mêmes causes qui menacent l'encaisse de la Banque d'émission le reconstituent en général en même temps. En effet, supposons des affaires actives : les dépôts particuliers se retirent pour s'engager dans ces affaires, mais en même temps les billets circulent activement, et sont très demandés parce qu'on a beaucoup de paiements à faire et de capitaux à transporter. Supposons, au contraire, des affaires languissantes, les billets rentrent parce qu'on n'en a pas beaucoup l'emploi; mais les dépôts affluent précisément parce que les capitaux ne trouvent pas à s'employer utilement. Tout cela, sauf le cas de panique politique, qui fait accumuler du numéraire en nature par tous les particuliers.

Donc ces dépôts, qui paraissent incertains et variables au plus haut degré, puisqu'ils sont remboursables à vue et à bureau ouvert, sont au contraire les plus fixes de tous. La Banque peut donc en user largement pour fournir du crédit au commerce, par voie d'escompte ou d'avances sur gage, et multiplier ainsi les services des capitaux déposés dans ses caisses. Elle peut le faire, — soit en se servant de l'argent reçu, opération qui diminue son encaisse par rapport à sa *circulation*, c'est-à-dire par rapport aux billets dont elle est débitrice, — soit en émettant de nouveaux billets, opération qui augmente sa circulation par rapport à son encaisse. Le résultat de ces deux opérations est le même; il consiste en ce que la circulation dépasse l'encaisse.

701. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette voie, parce que les dépôts faits à la Banque, quoique très fixes, ne sont pas invariables; il faut donc conserver un encaisse suffisant pour répondre aux demandes de remboursement. La quotité de l'encaisse nécessaire est une question dont la solution varie infiniment avec les circonstances; pour chaque banque, c'est un fait d'expérience à établir. On a admis, depuis longtemps, en France et en Angleterre, sans trop savoir pourquoi, que l'encaisse doit représenter le tiers, soit 33 % de la circulation. — En fait, il est arrivé plusieurs fois que la circulation a dépassé la proportion; mais dans des circonstances exceptionnelles, et en vertu d'une autorisation donnée par le législateur : c'est ce qui s'est produit dans ces dernières années (LL. 22 déc. 1871; 15 juillet 1872). Mais actuellement la circulation est retombée complètement à son niveau normal.

Quel moyen la Banque de France a-t-elle de limiter sa circulation? C'est un principe qu'étant un établissement d'intérêt public et privilégié, elle doit ses services au public, et ne peut refuser de faire une opération, notamment l'escompte, qui lui est demandée dans les conditions légales. Dès lors, pour éviter de vider sa caisse ou d'accroître ses émissions, elle ne peut que rendre plus rigoureuses les conditions générales de l'escompte, et elle le fait en élevant le taux de son escompte, ce qui diminue nécessairement les demandes. C'est pour cela qu'elle a été autorisée à élever son escompte au-dessus de 6 % (L. 9 juin 1857).

702. Comme mesure tout à fait exceptionnelle pour protéger l'encaisse de la Banque de France dans des circonstances graves, on a établi le **cours forcé** de ses billets (V. *suprà*, n. 675); c'est-à-dire que la Banque a cessé d'être obligée à les rembourser à bureau ouvert, et que les particuliers ont été forcés de les recevoir en paiement au même titre que les monnaies légales françaises (cf. *suprà*, n. 669). Cette mesure a été édictée à trois reprises différentes, en 1790, en 1848 et en 1870. Elle a cessé en dernier lieu le 1er janvier 1878.

Ce régime du cours forcé a fait naître une question délicate : **Q.** *En présence de la loi sur le cours forcé des billets de banque, pourrait-on stipuler que le paiement serait fait en or ou en argent* ? 1er S. *Non :* le cours forcé ne se comprendrait plus alors; — — l'établissement du cours forcé intéresse l'ordre public; on ne peut donc y déroger par des conventions particulières (C. civ., art. 6); — cette clause deviendrait de style (1). — 2e S. *Oui* (!) : la L. du 12 août 1870 ne défend pas cette stipulation, et cela est remarquable, car le décret du 12 sept. 1879, qui établissait le cours forcé des assignats,

(1) Aix, 23 nov. 1871, D. P. 72. 2. 51; Cass. 11 fév. 1873, D. P. 73. 1. 17.

Source BIU Cujas

l'avait défendue (art. 4); — il faut entendre ce cours forcé, comme celui des monnaies légales; or, on admet généralement (V. *suprà*, n. 669) qu'on peut stipuler qu'on sera payé en une monnaie plutôt qu'en une autre; — n'admettrait-on pas la stipulation que l'on serait payé en billets plutôt qu'en or? et pourtant l'or a aussi cours forcé (C. pén., art. 475); — dans le doute, il faut toujours se décider pour la liberté (C. civ., art. 1243, et C. com., art. 143); — il ne paraît pas que cette stipulation se soit multipliée comme le craint le premier système (1).

Résumé des opérations de la Banque de France.

703. Elle reçoit les **dépôts** sous forme : — d'émission de billets au porteur ; v. dans les bilans au passif, sous la rubrique : *billets au porteur en circulation;* — de dépôts contre billets à ordre ou contre récépissés (très voisins des chèques); v. dans les bilans : *billets à ordre* ou *récépissés;* — enfin, de comptes courants : v. *compte courant du Trésor*, *comptes courants*. — Elle les attire en faisant gratis tous les recouvrements pour ses clients partout où elle a des succursales, en payant les dispositions faites sur elle, et les effets domiciliés à sa caisse, jusqu'à concurrence des sommes déposées. Mais elle ne paie aucun intérêt des fonds déposés. Elle délivre aussi des mandats de Paris sur les succursales et réciproquement.

En outre, elle reçoit, en dépôts volontaires, les titres, lingots, monnaies d'or ou d'argent.

D'autre part, elle **avance** des fonds sous deux formes principalement :

1° *Sous forme d'escomptes :* elle ne prend à l'escompte que les effets parfaitement réguliers dans toutes les formes légales et les signatures; portant au moins trois signatures ou garantis, par deux signatures et un gage (v. L. 28 mai 1858, art. 11); et enfin à une échéance maximum déterminée par le conseil général de la Banque, et qui, dans aucun cas, ne peut dépasser quatre-vingt-dix jours. — Le taux de son escompte peut s'élever au-dessus de 6 °/₀ (L. 9 juin 1857); il est fixé et modifié par le conseil général de la Banque. — Cette opération se présente dans les bilans sous la rubrique *portefeuille*.

2° *Sous forme d'avances sur dépôts*, c'est-à-dire de prêts sur gage ; avances faites à un taux qui peut être différent de celui de l'escompte ; par exemple, à 6 °/₀, quand l'escompte est à 5. Ces prêts ne sont jamais faits pour plus de trois mois; ils peuvent être à un terme moins long; mais ils sont renouvelables, si l'emprunteur paie régulièrement les intérêts (2). — V. dans les bilans : *avances sur lingots et monnaies, sur effets publics français, sur actions et obligations des chemins de fer, sur obligations du crédit foncier*.

Elle fait aussi des *avances à l'Etat*, soit directement, soit en escomptant les bons du Trésor; v. *portefeuille, bons du Trésor*.

704. Elle a des **succursales** dans un grand nombre de départements. Celles-ci ont commencé à être établies après l'absorption par la Banque de France des banques départementales en 1848. D'après la loi du 9 juin 1857, l'Etat a le droit d'exiger qu'elle en établisse dans tous les départements : ce droit a été stipulé en échange de la prolongation du privilège de la Banque jusqu'à la fin de 1897, et de la liberté qui lui a été accordée pour élever son escompte. On a fait récemment de grands pas dans cette voie.

(1) Douai, 8 mars 1872, D. P. 72. 2. 51.
(2) V. Brav., t. 1, p. 107.

Source BIU Cujas

SECTION III.

DES BANQUES DE PLACEMENT OU DE SPÉCULATION.

705. Ces banques opèrent principalement sur les effets publics négociés à la Bourse.

Les banques de placement se chargent de faire les opérations de bourse pour leurs clients en qualité de commissionnaires. Elles ont la confiance de leur clientèle, qui les charge souvent de choisir les placements, et d'acheter ou de vendre au mieux de ses intérêts. — Elles font quelquefois ces opérations sans le ministère des agents de change, lorsqu'elles reçoivent en même temps de deux parties l'ordre de vendre et d'acheter dans les mêmes conditions. Mais en cela elles empiètent sur le monopole des agents de change (V. n. 633). — Elles négocient aussi les titres industriels de peu d'importance et non cotés à la Bourse; on dit que ces titres se *négocient en banque*. Ici les agents de change ne sauraient se plaindre, puisque ce sont eux qui dédaignent ces opérations; nous avons vu que cette pratique se concilie avec le texte de l'art. 76. C. com. (v. n. 633, note 5).

Les *banques de spéculation* ou *hautes banques* se chargent de faire les grandes opérations financières, de réaliser les emprunts ou les émissions d'actions ou d'obligations des Etats, des villes ou des grandes sociétés commerciales ou industrielles. Elles placent les titres moyennant un droit de commission plus ou moins élevé; ou elles les prennent à forfait à un prix donné pour les négocier au cours qu'elles peuvent obtenir; c'est alors un achat en gros pour revendre en détail. Autrefois, on ne croyait pas pouvoir se passer de leur ministère; mais depuis plusieurs années, l'Etat a émis plusieurs emprunts en s'adressant directement au public, et cela ne lui a pas mal réussi.

Elles font aussi des spéculations en grand à la Bourse; et, grâce à leurs capitaux considérables, elles font souvent la hausse ou la baisse sur le marché au gré de leurs intérêts, et au grand détriment des petits spéculateurs, qui sont complètement à leur merci, tandis qu'ils calculent comme si le marché obéissait aux circonstances économiques ou politiques.

Source BIU Cujas

TITRE VIII.

DE LA LETTRE DE CHANGE, DU BILLET A ORDRE ET DE LA PRESCRIPTION.

Après avoir, dans un chapitre préliminaire, donné quelques notions pratiques sur le change, nous prendrons comme têtes de chapitres les sections du titre dans le code de commerce.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

PRATIQUE DES CHANGES.

706. Nous avons à étudier d'une manière approfondie le change, qu'on appelle le *change tiré* par opposition au *change manuel* ou *local*, qui est l'échange des monnaies, et qui constitue l'office des changeurs. Ce change tiré s'appelle dans le latin moderne : *cambium trajectitium;* ce nom a donné en français l'adjectif *cambiste ;* on dit : *les auteurs cambistes*, ceux qui ont traité des changes; une *place cambiste*, une place de commerce qui fait le change sur une grande échelle.

Nous avons vu (n. 679) que celui qui a un paiement à faire à l'étranger, à Londres, par exemple, s'il veut éviter un transport d'argent, cherchera sur la place quelqu'un qui ait à recevoir la même somme à Londres, lui demandera une traite sur son débiteur, et l'enverra à son propre créancier, qui ira se faire payer chez le débiteur tiré. — La plupart du temps, au lieu de chercher lui-même une traite, le négociant s'adressera à un banquier qui en fait le commerce, qui centralise l'offre et la demande, achète aux uns les effets de commerce pour les revendre aux autres, et retient sur les acheteurs et les vendeurs un droit de commission, qui est ordinairement de 1/4 p. 100 du montant de l'effet, et qui constitue son profit.

Quel sera le prix de la lettre de change, indépendamment du droit de commission du banquier? Il ne sera pas toujours égal au montant nominal de l'effet, il le sera même rarement. — Trois causes, en effet, peuvent le faire varier :

1° La *dépréciation* de la monnaie dans le lieu où la lettre est payable, ce qui fait qu'on a à recevoir, en réalité, une valeur moindre que le montant nominal de l'effet. Ce fait se produit surtout pour les pays qui ont du papier monnaie; c'est ainsi que le papier (c'est-à-dire les lettres de change) sur l'Italie a perdu jusqu'à 12 et 15 p. 100, quand il n'était pas payable en or; actuellement il ne perd que 1 %.

Source BIU Cujas

2° L'*interusurium*, c'est-à-dire la perte d'intérêt qu'il faut subir pour attendre l'échéance; c'est une opération d'escompte à faire. On prend, pour calculer l'escompte, le taux de l'intérêt au lieu où la lettre est payable; car, si le preneur l'envoyait immédiatement en paiement d'une dette exigible, son créancier ne la lui compterait que pour la somme qu'il pourrait en tirer actuellement en l'escomptant à l'endroit où il est, par conséquent au taux de cet endroit. C'est donc bien là sa valeur actuelle (1).

3° L'*offre et la demande*. C'est là l'élément important commun à tous les effets d'une même place sur une autre même place. Nous devons y insister.

707. La *demande* de papier augmentera sur l'une des deux places lorsqu'elle aura beaucoup à payer à l'autre; l'*offre* augmentera lorsqu'elle aura beaucoup à recevoir de l'autre. Or, ces créances réciproques viennent des causes suivantes : — 1° *la balance du commerce* entre les deux pays; celui qui aura beaucoup exporté chez l'autre sera créancier pour une forte somme; celui qui aura beaucoup importé sera débiteur; — 2° *les frets* ou *prix des transports*, au profit d'une nation dont la marine fait les transports de l'autre nation; — 3° *les emprunts étrangers*, souscrits en France, et donnant lieu à un grand envoi d'argent au moment de la souscription, à un retour considérable aux époques du paiement des coupons par le gouvernement étranger; — 4° *les dépenses des voyageurs étrangers*, qui se font avancer, chez les banquiers, de l'argent, dont ceux-ci doivent se rembourser à l'étranger.

Comment agiront l'offre et la demande? Prenons l'ensemble des négociants de deux mêmes places, et supposons que Paris doive 100 à Londres, et Londres 100 à Paris; alors la demande égalera l'offre ; les débiteurs qui, à Paris, chercheront du papier sur Londres, en trouveront juste autant qu'il leur en faut; ils n'auront aucun sacrifice à faire pour en avoir; le change sera *au pair*. Une lettre de change de 1 livre sterling se paiera 25 fr. 21 c. — Mais supposons que Paris doive 150, et que Londres ne lui doive que 100; les débiteurs de Paris demandant 150, les créanciers de Paris sur Londres n'offrant que 100; le prix du papier montera; et, par exemple, une lettre de change de 1 livre sterling se paiera 25 fr. 25 c., 25 fr. 30 c., 25 fr. 35 c. On dira alors que le change est *haut* de Paris sur Londres; qu'il est *défavorable* à Paris. En effet, les débiteurs de Paris ne se libéreront à Londres qu'en payant plus cher; en payant, par exemple, 25 fr. 30 c. pour chaque livre sterling qu'ils doivent, au lieu de 25 fr. 21 c. — Il y aura, cependant, une limite à cette hausse du papier sur Londres : ce sera le moment où le sacrifice à faire pour en avoir égalerait le prix du transport réel du numéraire; on a calculé que ce fait se produirait aux environs du cours de 25 fr. 35 c., parce que les frais de transport d'une livre sterling de Paris à Londres sont environ de 14 c. Cette limite ne serait franchie que dans des circonstances exceptionnelles : dans le cas où le numéraire serait lui-même rare sur la place débitrice. C'est ce qui s'est produit en 1871, à raison de la crise monétaire en France; le change sur Londres a monté jusqu'à 26 fr. et plus.

708. Mais comment paiera-t-on les 50 qui, dans l'espèce précédente, ne peuvent pas se compenser en papier? Il faudra alors envoyer du numéraire; mais c'est là un moyen extrême auquel on se résignera difficilement, et qu'on

(1) Angers, 5 fév. 1874, D. P. 76. 2. 212.

Source BIU Cujas

pourra encore éviter par les moyens suivants : — On pourra vendre de nouvelles marchandises à Londres en baissant les prix, de manière à acquérir des créances pour compenser les dettes; les négociants français seront disposés à faire sur le prix des marchandises un petit sacrifice pour éviter d'en faire un plus grand pour le transport de la monnaie; et, d'autre part, les négociants anglais seront disposés à acheter plus facilement en France, car le cours leur est favorable, et ils peuvent se libérer en payant, par exemple, 25 fr. 10 c. au lieu de 25 fr. 21 c. — On pourra aussi se servir du *change indirect*, en passant par une autre place. Supposons que, toute compensation faite, Paris doit 50 à Londres; mais Londres doit 50 à New-York, et New-York doit 50 à Paris, alors Paris achètera le papier de New-York sur Londres et paiera par ce moyen ses dettes. Cette circonstance se présentera souvent; car, si chaque pays exporte à peu près autant qu'il importe, ce n'est pas toujours avec le même pays, surtout au même moment. Elle donne lieu pour les banquiers, à ce qu'on appelle les *arbitrages de banque*. — Enfin, une dernière ressource est fournie par les comptes courants entre les banquiers des deux places : par exemple, les banquiers de Paris créeront des effets sur ceux de Londres pour fournir à la demande de Paris; par là ils se constitueront débiteurs de ceux de Londres, et en somme, pour le moment, ils auront seulement pris sur eux la dette du commerce. Mais cela permettra d'attendre et, plus tard, la variation des changes pouvant se produire en sens inverse, les banquiers de Londres tireront sur eux, et la compensation se produira. Ce procédé est surtout utile pour les pays qui ont des époques spéciales d'expédition, comme Odessa, qui n'exporte que des céréales, et peu après la récolte devient largement créancière à l'étranger; cette place peut alors liquider toutes ses dettes à l'étranger, ou réciproquement les créances nées à son profit à ce moment s'éteindront peu à peu pendant le reste de l'année par les envois qui y seront faits.

Explication des tableaux du cours des changes.

709. Il y a un petit nombre de places cambistes qui servent pour tout le pays correspondant, comme Paris, Londres, Amsterdam, Hambourg, etc.; et hors d'Europe, New-York, Calcutta, Shanghaï, Canton.

Quant à la manière d'indiquer le cours des changes, il faut distinguer les pays qui ont la même monnaie que nous, et ceux qui en ont une différente.

1° *Pays à même monnaie* (Italie, Belgique, Suisse). On prend 100 fr. comme unité, et l'on indique ce qu'un effet de 100 fr. perd ou gagne au change ; par exemple : 1/4 p. ou 1/4 p^le^ veut dire perte de 1/4 °/₀, l'effet de 100 fr. se vendra 99 75; 1/2 pr. ou 1/2 b : il fait prime de 1/2 °/₀, ou qu'il donne 1/2 de boni; il se vendra 100 fr. 50. Si l'effet est au pair, on met P (pair).

2° *Pays à monnaie différente*. On met directement le prix qu'on paie pour l'unité adoptée, de sorte que l'on n'a pas à faire le petit calcul que nous venons d'indiquer. Les unités adoptées varient naturellement entre les pays ; il faut savoir, quel est le pair de cette unité pour savoir par comparaison si le change est favorable ou non. — Voici cette indication pour quelques-unes de ces unités :

Sur Londres,	l'unité est de	1 livre sterling,	qui, au pair,	vaut. .	25 fr.	21.
Amsterdam,	—	100 florins,	—	valent	214 »	00.
Hambourg et toute l'Allemagne,	—	100 marcs banco,	—	—	122 »	125.
Saint-Pétersb.,	—	100 roubles,	—	—	400 »	00.

Source BIU Cujas

Ainsi, l'unité *fixe* est prise dans la monnaie étrangère, et le prix *variable* est exprimé en monnaie française. On dit que l'étranger donne le *certain* et Paris l'*incertain*. On prend, en général, le certain dans la monnaie la plus forte, parce que cela donne des chiffres plus simples (1).

710. Dans la cote on ne peut pas tenir compte des échéances infiniment variées de chaque effet; on suppose tous les effets ramenés à une même échéance, et on laisse les parties faire le calcul des intérêts pour les ajouter ou les déduire, suivant que l'échéance réelle est plus ou moins éloignée. Cette échéance n'est pas la même pour toutes les places : l'usage les a divisées à ce point de vue en deux catégories. Pour les unes, la cote donne le prix de l'effet tel qu'il serait si l'effet était payable immédiatement; ces places sont rangées sous la rubrique *valeurs se négociant à vue;* ce sont : Londres, Belgique, Italie, Suisse. Alors si la valeur est à un terme plus éloigné, il faut retrancher du prix indiqué à la cote les intérêts jusqu'au terme, comme lorsqu'on l'escompte (2). — Pour les autres places la cote donne le prix en supposant l'effet à trois mois; c'est ce qu'on indique dans la rubrique *valeurs se négociant à trois mois;* alors si l'effet est plus court, il faut ajouter au prix marqué l'escompte entre le jour de l'échéance réelle et le délai de trois mois; car cet escompte a été déduit en trop dans la cote; ainsi si l'effet est à soixante jours, on ajoute l'escompte pour trente jours; s'il est à vingt jours, on ajoute l'escompte pour soixante et dix jours, etc. (3).

Sous chacune de ces rubriques on distingue en deux colonnes le *papier long* et le *papier court*. Mais il faut bien se rappeler toujours que les effets sont ramenés à la même échéance indiquée par la rubrique; on fait toujours abstraction de l'escompte. D'où vient alors la différence possible entre le prix de ces deux genres de papier? De l'offre et de la demande : le plus souvent le papier court sera préféré et sera plus haut parce qu'il sera mieux accepté par le créancier à qui on l'enverra et qu'on trouvera toujours plus facilement à l'escompter; mais il peut aussi, à un moment donné, être très offert, tandis que le papier long peut monter, parce que les banquiers peuvent chercher à accumuler du papier long en vue d'une demande ultérieure.

(1) Voici un exemple de ces tableaux, pris au 15 février 1883 :

Escompte à l'étranger	CHANGES DE PARIS SUR LES PLACES CI-DESSOUS		
	PLACES	PAPIER LONG	PAPIER COURT
	Valeurs se négociant à six mois.		
5 1/2	Amsterdam	205 3/4 à 206 ./.	206 1/4 à 206 1/2 et 4 0/0
5	Allemagne	122 1/4 à 122 1/2	121 7/8 à 122 1/8 et 4 0/0
5	Vienne	207 1/4 à 207 3/4	208 ./. à 208 1/2 et 4 0/0
5	Barcelone	486 ./. à 487 ./.	486 ./. à 487 ./. et 4 0/0
5	Madrid	485 1/2 à 486 1/2	485 1/2 à 486 1/2 et 4 0/0
6	Lisbonne	546 ./. à 547 ./.	546 ./. à 547 ./. et 4 0/0
7	Saint-Pétersbourg	242 ./. à 244 ./.	244 ./. à 246 ./. et 4 0/0
4	New-York	515 ./. à 517 ./.	515 1/2 à 517 1/2 moins 4 0/0
5	Stockholm	138 ./. à 139 ./.	137 ./. à 138 ./. et 4 0/0
	Valeurs se négociant à vue.		
4 ./.	Londres	25 24 1/2 à 25 29 1/2	25 17 1/2 à 25 22 1/2 moins 4 ./. 0/0
	— (chèque)	... à ...	25 19 1/2 à 25 24 1/2
3 1/2	Belgique	1/8 p. à Pair.	1 1/8 p. à Pair moins 3 1/2 0 0
5	Italie (lire)	1 p. à 3/4 0/0 p.	1 p. ./. à 3/4 p. moins 5 ./. 0/0
5	Italie (or)	Pair à 1/4 b.	Pair à 1/4 0/0 b. moins 5 ./. 0/0
3 1/2	Suisse	1/16 p. à 1/16 b.	1/16 p. à 1/16 b. moins 3 1/2 0/0

(2) Le taux de l'escompte est indiqué à la cote auprès du cours où l'on met : *moins* 5 °/₀ *moins* 6°/₀. Le mot *moins* indique qu'on doit retrancher cet escompte.

(3) Le taux de cet escompte est indiqué à la cote auprès du cours où l'on met : *et* 3 °/₀, *et* 4 °/₀; le mot *et* indique qu'on doit ajouter cet escompte au taux.

Source BIU Cujas

Change à l'intérieur de la France.

711. Ce change ne présente pas de négociations assez importantes pour qu'il y ait un cours.

Voici comment on pourra négocier ou recouvrer une lettre de change sur une autre place. Si dans cette place il y a une succursale de la Banque de France, que l'effet soit *banquable*, c'est-à-dire présente les conditions de régularité, de nombre de signatures, et d'échéance, et que le porteur de cet effet ait un compte courant à la Banque, celle-ci le lui prendra en retenant seulement l'escompte. En dehors de ce cas, le porteur pourra s'adresser à un banquier, qui, outre l'escompte, retiendra une commission de 1/4 à 1/10 p. cent, et une *commission de recouvrement* ou *change* représentant la commission de l'autre banquier et le prix du retour d'argent. Cette dernière commission n'est pas déterminée par le rapport de l'offre et de la demande; elle est fixée suivant un tarif imprimé, établi d'accord encore les différentes maisons de banque. — La poste est autorisée à faire le recouvrement des effets de commerce, quittances, factures, etc. jusqu'à concurrence de 1000 fr.; moyennant un droit de 1 % jusqu'à 50 fr. et de 1/2 % au delà (1).

Si l'on veut envoyer de l'argent dans une autre ville, on peut prendre un effet à ordre à la Banque, sur sa succursale de cette ville, s'il y en a; — ou à la recette générale sur la recette générale de cette ville, si c'est un chef-lieu de département; — ou bien envoyer des billets de banque par la poste dans une lettre chargée; — ou enfin s'adresser à un banquier qui tirera sur un banquier de cette ville ou sur son confrère le plus rapproché, mais qui prendra assez cher; ou bien qui donnera un chèque sur une banque voisine.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA LETTRE DE CHANGE.

712. La lettre de change présuppose un *contrat de change* dont elle est un mode d'exécution.

Le contrat de change *est un contrat par lequel je vous donne ou promets de vous donner une certaine valeur, en un lieu, et vous vous obligez de me donner une certaine somme d'argent en un autre lieu.* — Le but essentiel de ce contrat est de se procurer une somme d'argent dans un lieu éloigné; aussi la deuxième valeur promise doit consister *en argent*, et elle doit être payable dans un lieu différent de celui où se fait la convention; c'est ce qu'on appelle la *remise de place en place.*

Ce contrat est souvent synallagmatique; il est unilatéral lorsque la première obligation est exécutée immédiatement, lorsqu'une valeur est fournie immédiatement pour obtenir la promesse d'une somme payable à distance. — On a beaucoup discuté si l'on devait faire rentrer ce contrat dans la vente ou dans le prêt; on peut lui trouver aussi des analogies avec l'échange, le man-

(1) L. 5 avril 1879, Décr. 4 janv. 1880, L. 17 juill. 1880, a. 4. Cette mesure limitée d'abord aux effets non soumis au protêt, a été généralisée par la L. 17 juill. 1880, a. 1er. V. pour les détails cette loi et le décret du 25 juill. 1880.

Source BIU Cujas

dat, le cautionnement. Nous pensons que c'est un contrat *sui generis*, parce qu'il a un but essentiellement différent de tous les autres : ce n'est pas, comme dans la vente p. ex., d'acquérir un objet déterminé, ni, comme dans le prêt, d'avoir la jouissance d'une somme pendant un certain temps (1). C'est d'avoir une somme d'argent à distance. Du reste, la question n'a plus d'intérêt actuellement. — Seulement cette discussion nous fait comprendre pourquoi toute opération de change est toujours un acte de commerce (art. 632, 4e al.), et pourquoi, par suite de cette disposition, le contrat de change doit être regardé comme un contrat essentiellement *commercial* (2). C'est que celui qui reçoit la valeur la reçoit, non pas à titre définitif, mais pour la faire passer sous forme de somme d'argent dans un autre lieu; c'est là l'objet principal de son obligation; cela lui attribue forcément la qualité d'intermédiaire, et, comme il se fait payer son entremise, il est intermédiaire spéculant, il fait donc acte de commerce (V. n. 29, 30, et 46).

Il y a plusieurs manières d'exécuter ce contrat (3) : celui qui a promis la somme à distance peut l'y transporter lui-même, s'il a l'occasion d'y aller; il a pu faire la promesse parce qu'il savait qu'il rencontrerait l'autre partie au lieu dit, par exemple à l'occasion d'une foire. Il peut écrire par la poste à un correspondant de payer la somme; ce n'est pas encore une lettre de change, parce que cet écrit n'est pas remis au créancier. Il peut encore lui donner une *lettre de crédit* d'un banquier pour un banquier de la place où il doit, autorisant celui-ci à lui faire des avances jusqu'à concurrence d'une certaine somme et à les recouvrer ensuite sur lui-même; ici la somme à payer ne serait pas déterminée, un maximum seulement serait fixé. On peut aussi donner une *délégation en banque*, c'est-à-dire une lettre, remise ici au créancier, mais ne présentant aucune des formalités de la lettre de change, et, par conséquent, ne pouvant pas circuler comme celle-ci, devant être touchée par celui-là même qui y est désigné. On emploie souvent ces délégations pour les grosses sommes afin d'éviter les droits de timbre et d'enregistrement auxquels sont soumises les lettres de change; mais elles sont atteintes maintenant par la L. 19 février 1874, art. 4 (V. *infrà*, n. 744).

Enfin, on peut délivrer au créancier une véritable lettre de change : celui qui doit payer sur une place tirera sur un correspondant de la place, au profit de son créancier qui sera le *preneur* ou le *bénéficiaire* de la lettre de change (4). — Ainsi la lettre de change n'est qu'un mode d'exécution du contrat de change; mais il y en a bien d'autres.

713. La **lettre de change** *est un écrit par lequel le* **tireur** *donne l'ordre au* **tiré** *de payer au* **preneur** *ou* **bénéficiaire** *ou à son ordre une certaine somme d'argent dans un lieu différent de celui de l'émission.*

Différences entre la lettre de change et le contrat de change (5). — Le contrat est consensuel; la lettre de change est solennelle, soumise à des formalités ri-

(1) Ly. C. et R., n. 993. — Comp. Pot., n. 51. Frémery, p. 88. Béd., n. 28.
(2) Nouguier, t. I, n. 38. Ly. C. et R., n. 992.
(3) V. Brav., t. III, p. 7 et suiv. Frémery, p. 98. Al. n. 1226. Béd., n. 28.
(4) En latin, *remittens;* en allemand, *der Remittent, der Nehmer.*
(5) Comp. Brav., t. III, p. 15. Ly. C. et R., n. 1002.

Source BIU Cujas

goureuses que nous étudierons bientôt ; — le contrat est de bonne foi ; la lettre de change est de droit strict, ce qui ne veut pas dire que les parties ne puissent, par des clauses suffisamment claires, en modifier certains effets ; — le contrat est souvent *synallagmatique ;* la lettre de change est essentiellement *unilatérale*, car elle exécute l'une des obligations nées du contrat de change, mais elle suppose nécessairement l'autre exécutée, puisqu'elle doit indiquer la *valeur fournie* par l'autre contractant.

Dans la pratique, la lettre de change est très souvent employée sans idée de transport d'argent, comme simple moyen de circulation ou de crédit ; autrefois, on avait souvent en vue, en s'en servant, d'obtenir la garantie de la contrainte par corps ; alors elle n'a pas pour point de départ un véritable contrat de change. C'est le cas de presque toutes les lettres de change tirées à l'intérieur de la France, puisque, dans ces conditions, il n'y a pas de change (V. *suprà*, n. 711), et que l'on peut, par d'autres moyens, opérer très facilement des paiements à distance. — Mais les règles de la loi ont été établies en vue de cet objet originaire, et doivent être respectées pour qu'il y ait une véritable lettre de change. C'est de là que vient pour la lettre de change la nécessité de la remise de place en place, la nécessité de lui donner pour objet une somme d'argent, et, enfin, son caractère toujours commercial, exigences qui n'auraient pas de raison d'être dans la pratique ordinaire. Il faut dire que si la lettre de change n'a pas été précédée d'un contrat de change, elle est *légalement présumée* en avoir été précédée. — D'autre part, la loi a aussi considéré la lettre de change comme un moyen de circulation ; c'est pour cela qu'elle a exigé que la lettre de change contînt la clause à ordre, qui n'était pas imposée par l'ord. de 1673. — En somme, le Code s'est placé dans un système intermédiaire entre l'ordonnance qui ne considérait la lettre que comme un moyen de change, et la pratique moderne, qui n'y voit qu'un moyen de circulation.

714. **L'origine** de la lettre de change est très discutée ; la question ne repose pas sur des éléments assez précis pour qu'une étude approfondie présente quelque utilité (1).

715 **Marche générale d'une lettre de change.** Nous devons jeter une vue d'ensemble sur la matière, parce que nous aurons souvent à faire allusion à des points que nous n'aurons pas encore expliqués complètement.

Par l'effet direct et immédiat de la lettre de change, le *tireur* seul est obligé envers le preneur, il est obligé à faire payer la lettre à l'échéance par le tiré, et pour cela à envoyer une *provision* entre les mains de celui-ci ; il est aussi obligé à procurer au preneur l'*acceptation* du tiré avant l'échéance. — Le *tiré* n'est pas obligé envers le preneur en vertu de la lettre, car il ne peut pas être obligé sans son consentement ; il sera seulement obligé quand il aura *accepté* la lettre, s'il consent à l'accepter. De plus, quand il aura reçu provision du tireur, il se trouvera obligé au paiement envers celui-ci, et le porteur sera subrogé à cette créance. — Le porteur a le droit, purement facultatif pour lui, de *présenter l'effet à l'acceptation* avant l'échéance ; et, si elle n'est pas donnée, de faire *protêt faute d'acceptation*, et de demander une caution au tireur. —

(1) V. Nouguier, *Lettre de ch.*, 2e édit., t. I, p. 367. Brav. et Demang., t. III, p. 9-10. Al. n. 1217-1224. Ly. C. et R., n. 990.

Source BIU Cujas

Etant à ordre, la lettre de change sera cédée par voie d'*endossement*, et chaque endosseur deviendra garant du paiement à l'échéance. De plus, contrairement à la règle ordinaire en matière de vente de créance, on ne pourra pas opposer au cessionnaire les exceptions du chef du cédant.

A l'échéance le *porteur* devra se présenter le jour même pour demander le paiement, et, s'il n'est pas payé, faire *protêt* dès le lendemain, sous peine de perdre tout recours contre les endosseurs, et même contre le tireur, si celui-ci avait fait provision. Il doit, sous la même peine, agir en justice dans la quinzaine.

716. A côté de la lettre de change, nous trouverons, au chapitre 2, le *billet à ordre*, par lequel le *souscripteur* promet de payer lui-même la somme à l'échéance, et confond, par conséquent, dans sa personne les deux rôles de tireur et de tiré. Voici les traits communs à ces deux effets de commerce : — 1° ils portent la clause à ordre ; donc, ils se transmettent par endossement, et les endosseurs sont garants solidaires du paiement ; — 2° le porteur doit pour tous deux faire protêt à l'échéance, sous peine de perdre son recours contre les endosseurs ; — 3° les actions se prescrivent par cinq ans pour les lettres de change, et pour les billets à ordre, lorsque ceux-ci sont commerciaux. — Voici, au contraire, les différences entre les deux titres : — 1° la lettre de change suppose trois personnes : le tireur, le tiré et le preneur ; tandis que le billet à ordre n'en suppose que deux : le souscripteur et le preneur ; et par conséquent il ne peut être question ni d'*acceptation* ni de *provision*, ni des conséquences de leur réalisation ou de leur absence ; — 2° la lettre de change est commerciale par elle-même, quelle que soit sa cause (a. 632 in fine) (1), tandis que le billet à ordre peut être purement civil et alors ne donne pas lieu à la prescription de cinq ans ; — 3° la remise de place qui est essentielle dans la lettre de change ne l'est pas dans le billet à ordre.

Nous diviserons notre chapitre 1er en quatre sections : — 1° Création de la lettre de change ; — 2° Transmission de la lettre ; — 3° Obligations des parties et garanties du paiement ; — 4° Paiement et refus de paiement avec leurs conséquences.

SECTION PREMIÈRE.

CRÉATION DE LA LETTRE DE CHANGE.

Quatre paragraphes : — 1° conditions essentielles de la lettre de change ; — 2° conditions accidentelles ; — 3° incapacité en matière de lettre de change ; — 4° conditions fiscales.

§ 1er

Conditions essentielles.

Art. 110. La lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre. — Elle est datée. — Elle énonce : — la somme à payer ; — le nom de celui qui doit payer ; — l'époque et le lieu où le paiement doit s'effectuer ; — la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière. — Elle est à

(1) Cass. 4 déc. 1878, D. P. 79. 1. 14.

Source BIU Cujas

l'ordre d'un tiers, ou à l'ordre du tireur lui-même. — Si elle est par 1e, 2e, 3e, 4e, etc., elle l'exprime.

717. Il est à peine nécessaire de faire remarquer tout d'abord que la lettre de change, étant un moyen de contracter des obligations, doit avant tout présenter les conditions exigées en droit commun pour la validité des contrats (C. civ., art. 1108 et suiv.). Nous traiterons plus loin des conséquences de l'absence de ces conditions (V. n. 726, 731, et surtout n. 755 et suiv.).

Pour le moment nous ne parlons que des conditions *spéciales* à la lettre de change.

Le premier alinéa vise une condition qui n'est pas seulement une condition de forme, mais une condition de fond. C'est la *remise de place en place* (art. 632, dern. al.); ce qui veut dire que la lettre de change remise sur une place doit être payable sur une autre. Seulement cette condition de fond doit se traduire dans la forme, car les deux lieux doivent être indiqués dans la lettre.

Le motif de cette exigence de la loi, c'est que la lettre de change est présumée être l'exécution d'un contrat de change (1); mais nous avons vu que cette présomption n'est plus conforme à la réalité des choses. Aussi cette exigence n'existe pas en Angleterre et elle a été supprimée par un grand nombre de législations modernes (2).

Il n'est pas nécessaire que les deux lieux dont nous venons de parler soient des *places* de commerce, comme pourraient le faire croire l'art. 632 et la manière usuelle de parler; l'art. 110, 1er al., évite ce mot, et dit que la lettre doit être tirée d'un *lieu* sur un autre; les travaux préparatoires montrent que c'est à dessein (3). — Mais quelle distance ou quelle distinction doit exister entre les deux endroits pour qu'ils constituent deux lieux distincts dans le sens de l'art. 110? On a beaucoup discuté sur ce point; faute d'autre indication précise dans la loi, nous admettrons qu'il faut se référer aux distinctions administratives, et qu'il suffira que les deux endroits fassent partie de deux communes distinctes, lors même qu'ils seraient très voisins (4).

Il suffit que cette condition existe au moment de la création de la lettre de change; il n'est pas nécessaire qu'elle se représente pour chaque endossement. Et le titre ne serait pas vicié lors même que le tiré en acceptant indiquerait comme lieu de paiement le lieu de l'émission (5).

718. Voyons maintenant les conditions de forme proprement dites. — Faisons observer, d'abord, que la lettre de change doit être **écrite**; et cela par définition même: le contrat de change peut se constater autrement: mais évidemment il n'y a *lettre* de change qu'autant qu'il y a un écrit (6).

(1) Cette condition avait été exigée par la doctrine dans l'ancien droit, malgré le silence de l'ordonnance (Pot., n. 30). — Elle a été inscrite dans le Code, malgré le tribunat : Locré, t. XVIII, p. 125.

(2) V. le code russe, a. 295; L. allem. de 1848, a. 4; L. hongroise, a. 14, 19; L. belge, 20 mai 1872; L. scandinave, 1er janv. 1881; C. com. ital., a. 251, dern. al.

(3) V. Locré. t. XVIII, p. 37.

(4) Demang. sous Brav., t. III, p. 61. — Comp. Al. n. 1232. Pard., n. 332. Ly. C. et R, n. 1038.

(5) Ly. C. et R., n. 1037.

(6) De Couder, *Dict*, v° *lettre de ch.*, n. 15. Ly. C. et R., n. 1018.

Source BIU Cujas

Cet écrit doit être rédigé dans la forme du lieu où il est souscrit : *locus regit actum*. Il en est de même pour chaque endossement, qui doit être conforme à la loi du lieu où il est souscrit (1).

La forme authentique est possible pour une lettre de change (2). Mais la loi ne la suppose pas, et elle se présentera très rarement ; elle est employée dans le Midi par les paysans qui ne savent pas écrire ; elle peut être utile aussi pour y constituer une hypothèque (3). Elle doit évidemment réunir les mêmes formes que par acte sous seing privé ; et en plus celle d'un acte authentique. A ce titre elle est soumise à un enregistrement immédiat (V. n. 448) (4).

Voici la rédaction la plus simple d'une lettre de change :

B. P. F. 1000

A... (telle époque) il vous plaira payer à l'ordre de Secundus mille francs, valeur reçue... (comptant, en marchandises, etc.).

Paris, le 3 mars 1877.
PRIMUS.

A Tertius,
négociant au Havre.

Les diverses mentions nécessaires sont énumérées par l'article 110 ; elles se réfèrent à trois points : — 1° la désignation des personnes ; — 2° la désignation de l'obligation ; — 3° la constitution du titre lui-même.

I. — Désignation des personnes.

719. Le *tireur* est désigné par sa signature ; le *preneur* dans le corps de la lettre ; le *tiré* par l'adresse au bas à gauche. Chacun d'eux doit être désigné aussi exactement que possible, surtout par la raison sous laquelle il est connu dans le commerce (5).

Il est essentiel qu'il y ait trois personnes pour qu'il y ait lettre de change : si l'on disait *je paierai...* même avec remise de place en place, il n'y aurait qu'un billet à domicile (V. au chap. II) (6) ; — un commerçant ne pourrait pas non plus tirer sur soi-même, fût-ce d'un autre lieu (7), ni d'une de ses maisons sur une autre (8) ; — mais il peut tirer sur son commis si celui-ci est

(1) Cass. 18 août 1856, S. 57. 1. 586. — Pard., n. 1485, 1° ; 1493. Orillard, n. 410. Noug., n. 870. Brav., t. II, p. 32, 33. Al. n, 1251. Massé, n. 589. Ly. C. et R., n. 1312.

(2) Grenoble, 17 nov. 1836, D. v° *Eff., de comm.* n° 38.

(3) De Couder, *l. cit.*, n. 17. Ly. C. et R., n. 1019.

(4) *Contrà* : Brav., t. II, p. 96-97. Demang. sur Brav., t. III, p. 36, note 1. G. Demante, *Principes de l'enregistrement*, n. 502. Ly. C. et R., n. 1307.

(5) Le nom n'est pas absolument nécessaire, si la personne est d'ailleurs désignée de façon à ce qu'il ne puisse y avoir de doute : Dall., n. 69. Béd., n. 69. Nouguier, n. 95. Al. n. 1236. — L'acceptation du tiré suppléerait à l'*insuffisance* de sa désignation, mais non à l'absence de celle-ci, car alors il n'y aurait jamais eu lettre de change. V. Al. n. 1236. — Quant au *preneur*, il ne suffirait pas d'indiquer *de qui* on a reçu la valeur ; il faut que la lettre soit *à son ordre* (V. n. 720) : Pard., n. 338. Béd., n. 98. Al. n. 1245. Ly. C. et R., n. 1027, note 3. *Contrà* : Pot., n. 31 (mais l'ord. n'exigeait pas la clause à ordre). Dall., n. 105. Noug., n. 139.

(6) Montpellier, 3 fév. 1854, D. P. 55. 2. 114.

(7) Montpellier, 4 fév. 1854, D. P. 55. 2. 228. Pard., n. 335. Al. n. 1237. Brav. et Demang., t. III, p. 27. Ly. C. et R., n. 1031. — *Contrà* : De Couder, *l. cit.* n. 57.

(8) Horson, quest. 51. Brav., *Manuel*, n. 195. Al. n. 1237. Ly. C. et R., n. 1031 — *Contrà :* Pard., n. 335. Béd., n. 74 et suiv.

Source BIU Cujas

personnellement son débiteur (1). — Dans le cas où la lettre est à l'ordre du tireur lui-même, il n'y a pas de preneur; nous nous expliquerons bientôt sur ce cas (n. 732).

Quant au tiré, il ne suffit pas que l'on dise *chez* qui la lettre sera payée (2); il faut dire qu'elle doit être payée *par* lui.

720. Le nom du preneur doit être accompagné de la **clause à ordre,** pour que l'effet puisse circuler par voie d'endossement (3). Sous l'ordonnance, la lettre de change pouvait être *à personne dénommée*, ou *en droiture*, comme on disait, parce qu'on la regardait uniquement comme étant un moyen d'exécuter un contrat de change; le Code la considère aussi comme un moyen de circulation, et veut qu'elle ait ce caractère. — Il n'est pas dit dans l'a. 110 que les mots *à ordre* soient sacramentels, et l'on ne peut poser en principe qu'aucun autre terme ne puisse être employé. Mais on n'en conçoit pas d'autre qui soit bien clair. On pourrait admettre d'autres expressions si l'usage en fixait bien sûrement le sens (4).

II. — **Désignation de l'obligation.**

721. 1° **Indication de la somme due.** L'objet de l'obligation doit être nécessairement une somme d'argent (5). On peut indiquer en quelle monnaie elle devra être payée (art. 143).

La somme doit être énoncée par un nombre que tout le monde puisse comprendre ; on ne pourrait pas mettre p. ex. la somme que vous me devez (6). Ce nombre est ordinairement indiqué en toutes lettres dans le corps de l'effet; cela est plus sûr pour éviter les falsifications ; mais cela n'est pas exigé par la loi. En outre on l'indique ordinairement en chiffres, au haut à droite, en la faisant précéder des lettres B. P. F. (Bon pour francs) (7).

Il n'est pas nécessaire que la somme soit écrite de la main du signataire de la lettre et accompagnée du bon et approuvé : — l'art. 1326 dispense de cette formalité les commerçants; et, pour les non commerçants, il faut dire que l'art. 110, dans la pensée du législateur, présente une indication complète des formes exigées, et ne parle pas de celle-là ; — enfin, l'art. 1326 ne parle que des simples billets; or, la lettre de change est quelque chose de plus complexe qu'un billet (8).

(1) Comp. Rouen, 20 août 1845, D. P. 46. 2. 108. — Ly. C. et R., n. 1031, note.

(2) Nancy, 8 avril 1845, D. P. 49. 2. 157.

(3) Brav., t. I, p. 71. — Cette exigence n'existe pas en Angleterre, ni en Allemagne. (L. allem. a. 4, 3e, et a. 9), ni en Italie (c. com. ital., a. 257).

(4) P. ex. *à M. ou à tout porteur légitime, à M. ou à sa disposition :* Pard. n. 339. Ly. C. et R. n. 1028. Les termes *à M. ou en sa faveur* soulèveraient encore plus de doute, mêmes auteurs. En tout cas, l'emploi de ces termes serait dangereux, car on ne serait pas sûr que les tribunaux les admissent comme suffisants.

(5) Le C. com. ital., a. 333 et suiv., admet un effet payable en denrées *(ordine in derrate)*.

(6) Brav., t. III, p. 54, 55.

(7) S'il y a désaccord entre les deux indications, on ne peut pas établir de règles absolues d'interprétation ; mais en général on devra préférer la somme en lettres comme plus sûre : Béd., n. 67. Al. n. 1235. Ly. C. et R., n. 1040. Code prussien, art. 757. — Comp. Persil, art. 12, 13. Noug., n. 194.

(8) Montpellier, 20 janv. 1835, S. 35. 2. 336. Pard., *Lett. de ch.*, n. 74. Merlin, *Rép.*,

Source BIU Cujas

L'exigence de l'art. 110, quant à la détermination de la somme, n'empêche pas qu'on ne puisse stipuler un intérêt sans le comprendre dans le montant du billet; en disant, par exemple, il vous plaira de payer 1,000 fr. avec les intérêts à 6%; car, ce qu'il y aura à payer, est facile à connaître par un calcul très simple (1).

722. 2° **Indication de l'époque du paiement.**

Art. 129. Une lettre de change peut être tirée : — à vue, à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois, à une ou plusieurs usances de vue ; — à un ou plusieurs jours, à un ou plusieurs mois, à une ou plusieurs usances de date ; — à jour fixe ou à jour déterminé ; — en foire.

La lettre de change *à vue* représente une obligation pure et simple :

Art. 130. La lettre de change à vue est payable à sa présentation.

Mais la lettre à vue est rare ; car, alors, elle n'est plus un instrument de crédit, et s'il ne s'agit que de payer à distance, on peut aussi bien donner une lettre de crédit, ou un récépissé, ou un chèque (non soumis au timbre proportionnel) ; on évitera ainsi les droits d'enregistrement. D'autre part, la lettre à vue est une surprise pour le tiré qui n'en peut pas être avisé, et qui pourrait refuser de payer. C'est considéré comme un mauvais procédé.

A un certain délai de vue :

Art. 131. L'échéance d'une lettre de change — à un ou plusieurs jours, — à un ou plusieurs mois, — à une ou plusieurs usances de vue, est fixée par la date de l'acceptation, ou par celle du protêt faute d'acceptation.

On pourrait, sans accepter la lettre, mettre seulement *vu;* et par là, on ferait courir le délai de vue (2) (V. *infrà*, n. 781, l'effet de l'emploi de ce mot *vu*).

A un certain délai de date :

723. **Manière d'exprimer ces délais** (de vue ou de date) : — *par jours*, cela se comprend facilement, le calcul est simple ; il suffit de se rappeler qu'on ne compte pas dans le délai le jour du point de départ de ce délai (V. anal., art. 132, 1er al.) (3) ; — *par usances* :

Art. 132, 1er al. L'usance est de trente jours, qui courent du lendemain de la date de la lettre de change.

Pour une lettre payable à l'étranger, l'usance pourrait être différente ; car elle est fixée *par l'usage* (4).

Par mois :

Art. 132, 2e al. Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier grégorien

v° *Ordre* (*billet à*), § 1, art. 5. Brav., t. III, p. 74, 75. Al. n. 1228, 1235. Namur, n. 22. Ly. C. et R., n. 1019. — *Contrà* : Dall., v° *Eff. de com.*, n. 40. Noug., n. 72.

(1) Req. 5 fév. 1868, D. P. 68. 1. 386.

(2) Béd., n. 220 et suiv., 270. Brav. et Demang., t. III, p. 211 et suiv. De Couder, v° *cit.*, n. 455. Ly. C. et R., n. 1184. — *Contrà* : Pot., n. 45. Pard., n. 366, Horson, quest. 70. Persil, p. 150. Dall., n. 311. Noug., n. 309. Al. n. 1335.

(3) Al. n. 1336.

(4) V. dans Noug. t. I, n. 144, les usances des divers pays.

Source BIU Cujas

Art 134. Si l'échéance d'une lettre de change est à un jour férié légal, elle est payable la veille.

Deux petites difficultés peuvent se présenter :

1° Q. *Quelle sera l'échéance, si le mois, où elle aboutit, n'a pas de date correspondante?* Exemple : une lettre tirée le 31 janvier à trois mois de date (avril n'a que trente jours), ou à un mois (février n'en ayant que vingt-huit.) — Il faut dire que l'échéance sera le dernier jour du mois, quel que soit son numéro : — il y a lieu d'argumenter par analogie de l'art. 134, qui reporte à la veille l'échéance tombant un jour férié légal; il doit en être ainsi, *à fortiori,* lorsque le jour n'existe pas du tout (1). Cela est très important, car le protêt doit être fait le lendemain de l'échéance sous des peines rigoureuses.

2° Q. *Quid si le mois de l'échéance, est plus long?* Exemple : une lettre tirée le 30 avril à trois mois? — Nous pensons que l'échéance sera le 30 juillet; sans cela, on aurait dû mettre *fin juillet* ; — du reste, tirée le 29 avril, elle écherrait le 29 juillet, pourquoi n'en serait-il pas de même pour le 30 (2)? — Le plus sûr serait de demander le paiement deux fois, le 30 et le 31 juillet, et de faire deux protêts, le 31 juillet et le 1er août.

A jour fixe : rien n'est plus simple.

En foire : ce cas est rare maintenant.

Art. 133. Une lettre de change payable en foire est échue la veille du jour fixé pour la clôture de la foire, ou le jour de la foire si elle ne dure qu'un jour.

La lettre de change ne peut être tirée à un terme incertain; par exemple, à la mort de telle personne (3); car on ne pourrait pas, dans ce cas, se présenter le jour même de l'échéance. Il en serait de même, pour le même motif, de la condition (4), et de tous les cas où l'échéance dépendrait des circonstances (5).

Dans la lettre *à vue* ou *à un certain délai de vue,* le terme est indéterminé; mais il ne l'est pas pour le preneur qui peut se présenter quand il veut; il n'y a donc pas l'inconvénient que nous signalions. D'autre part, la loi a pris des précautions pour qu'il ne puisse pas tenir indéfiniment en suspens les différents signataires; il doit se présenter dans les trois mois de l'émission de la lettre (art. 160).

724. 3° **Indication du lieu du paiement.**

C'est ordinairement le domicile du tiré; à moins que l'on n'indique un domiciliataire (v. au § 2).

III. — **Mentions relatives au titre même.**

725. 1° **La date;** c'est-à-dire le *jour* et le *lieu* de la création de la lettre.

(1) Brav., t. III, p. 198. Ly. C. et R., n. 1180.

(2) Cass. 16 fév. 1818, D. P. 18. 1. 362. — Brav., t. III, p. 198, 199. Al. n. 1336. Ly. C. et R., n. 1180. — *Contrà* : Frémery, p. 149.

(3) Toulouse, 6 janvier 1837, D., v° *Eff. de comm.*, n. 76. — Brav., t. III, p. 67, 193. Al. n. 1238. Ly. C. et R., n. 1041.

(4) Mêmes auteurs.

(5) Pard., n. 336. Noug., n. 100. Béd., n. 78. Al. n. 1238.

Source BIU Cujas

Elle est exigée ici à peine de nullité, ce qui n'a lieu ailleurs que pour le testament olographe (1).

Elle a cinq utilités : — 1° Si la lettre est payable à un certain délai de date, pour fixer l'échéance; — si elle est à vue ou à un certain délai de vue, pour appliquer l'art. 160 (v. ci-dessus n. 723); — 2° pour apprécier la capacité du tireur, soit la capacité de droit commun, soit la capacité dont la faillite peut le priver (art. 443); — 3° pour voir s'il y a remise de place en place; — 4° si la lettre est tirée ou circule à l'étranger, pour l'application de la règle *locus regit actum;* — 5° pour vérifier l'*alibi* du tireur, s'il était allégué.

726. 2° **La valeur fournie ou la cause** de l'obligation. Il est nécessaire, non-seulement que l'obligation ait une cause, ce qui est le droit commun (2); mais de plus que la cause soit exprimée (3), ce qui n'est pas exigé en général (C. civ., art. 1132). Cela tient à ce que le titre est destiné à circuler : la loi a voulu que l'on pût savoir, à la seule inspection, quel crédit on peut lui accorder, s'il représente une valeur faite, et que l'on pût contrôler, dans une certaine mesure, la sincérité de la déclaration (4).

Aussi la loi exige, non seulement qu'on indique que la valeur a été fournie, mais *quelle* valeur a été fournie. L'art. 110 admet les mentions suivantes : — *valeur en espèces;* on regarde comme équivalent le mot *valeur reçue comptant*, car ces mots ont un sens dont en pratique on ne peut douter; et de même toute expression suffisamment claire (5); — *valeur en marchandises*, la lettre représente alors un prix de vente; — *valeur en compte*, c'est-à-dire due en vertu d'un compte entre les parties (6); — ou *de toute autre manière*,

(1) L'omission du *lieu* d'émission entraînerait la nullité : Noug., n. 116. Ly. C. et R., n. 1035. — *Contrà* : Pard., n. 333. Al. n. 1234, qui admettent qu'on supposerait alors que la lettre est tirée au domicile du tireur. Mais on ne doit rien supposer dans la lettre de change, tout doit être exprimé; et d'ailleurs cette supposition serait souvent bien divinatoire.

(2) Rej. 17 janvier 1870, D. P. 70. 1. 102.

(3) L'ord. 1673, tit. 5, art. 1er, exigeait de plus que l'on indiquât celui qui avait fourni la valeur, et qui peut être un autre que le preneur. Cette exigence n'existe plus maintenant : Pard., n. 340. Demang. sous Brav., t. III, p. 52. Al. n. 1239. Ly. C. et. R., n. 1042.

(4) En fait cette utilité n'est pas bien sérieuse, parce que la fausse indication ne vicie pas le titre (V. *infrà*, n. 731), et que très souvent elle est en effet inexacte. Comp. Frémery, p. 121. Demang., t. III, p. 56, 57. — Le C. com. ital., a. 251 *in fine*, dispense expressément de cette indication.

(5) Jousse, sous le titre 5, art. 1, n. 3. Locré, *Esp. du C. com.*, t. II, p. 20. Pard., n. 340. Vincens, t. II, p. 176. Noug., n. 123. Dall., n. 93. Brav., t. III, p. 60. Al. n. 1241.

(6) Lyon, 4 décembre 1878, D. P. 80. 2. 343. — Cela peut indiquer un solde de compte débiteur, ou un article déjà porté au compte (p. ex. une avance antérieure du bénéficiaire au tireur), ou qui y sera porté (p. ex. un prêt que le tireur veut faire au preneur). Comp. Vincens, t. II, p. 176 et suiv. Al. n. 1241, 1242. Massé, n. 1566. — Pour obtenir son paiement le preneur ou ses ayants cause n'auront pas à justifier de leur créance, car la lettre ainsi conçue est une reconnaissance de la dette (sauf preuve contraire, V. *infrà*, n. 731). Noug., n. 125. Béd., n. 84. Al. n. 121. — *Contrà* : Pard., n. 340.

Source BIU Cujas

par exemple valeur en bons offices (1), en droits de commission ou de courtage, valeur en renouvellement de traites antérieures (2).

Mais on ne saurait se contenter des mots *valeur entendue*, *valeur suivant nos conventions de ce jour*, *valeur entre nous connue*, *valeur en contractant*, *valeur reçue à ma satisfaction* ; car ils n'expliquent pas la nature de la valeur fournie; encore moins suffirait-il de mettre *valeur reçue* (3).

Les mots *valeur en moi-même* sont admis pour la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même; mais nous verrons que le premier endossement est nécessaire pour qu'il y ait une véritable lettre de change, et que la valeur fournie devra y être indiquée, ce qui satisfera à la loi (4).

Sanction des conditions essentielles.

727. 1° *En cas d'omission* des énonciations exigées; — il faut dire qu'il y aura nullité de l'effet comme lettre de change. Sans doute, l'art. 110 ne prononce pas expressément la nullité; mais il résulte évidemment de son texte, que l'écrit qui ne contient pas toutes les mentions voulues n'est pas une lettre de change; — il a été reconnu de tout temps que ces formes étaient exigées à peine de nullité; et le Code a évidemment voulu admettre la doctrine qui était universellement reconnue sous l'empire de l'ordonnance; — enfin, sans cette nullité, l'art. 110 n'aurait pas de sanction (5).

Cette nullité est une nullité absolue que tout le monde peut invoquer, car elle est fondée sur un vice inhérent au titre et non sur la qualité des personnes. De plus, elle est opposable à tout le monde, parce qu'elle est facile à constater, et qu'il ne peut, par conséquent, y avoir un porteur de parfaite bonne foi.

728. 2° *En cas de suppositions*, c'est-à-dire de déclarations mensongères faisant croire à quelque chose qui n'existe pas ; ici l'énonciation existe, mais elle est inexacte :

Art. 112. Sont réputées simples promesses toutes lettres de change contenant supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit des lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont payables.

Ces suppositions ont surtout pour but de cacher le défaut de remise de place en place; et principalement autrefois d'obtenir la contrainte par corps pour des créances ordinaires.

Le Code prévoit les suppositions *de lieu* et *de domicile* qui ont pour effet direct de cacher le défaut de remise de place en place (6). Il parle aussi des

(1) Pard., n. 340. Al. n. 1243.

(2) Rej. 2 août 1871, D. P. 72. 1. 115.

(3) V. Casareg., disc. 43, n. 1, 48, 13. Roccus, *De litt. camb.*, note 37. Savary, *Parf. nég.*, l. 3, ch. 4. Pot., n. 8, 34. Brav., t. III, p. 60. Al. n. 1243. Ly. C. et R., n. 1043. — *Contrà* : C. esp., art. 426; C. holl., art. 400; C. port., art. 321 ; C. prussien, art. 766.

(4) Brav., t. III, p. 60.

(5) Nancy, 5 avril 1845, D. P. 45. 2. 54. — Pard., n. 462. Nouguier, n. 191. Brav., t. III, p. 112. Al. n. 1234, 1244. Massé, n. 1572. De Couder, v° *cit.*, n. 150. Ly. C. et R., n. 1048.

(6) Il n'y pas supposition de domicile par cela seul que le tiré doit payer ailleurs que chez lui; cette stipulation est très licite : Persil, p. 91, n. 4. Dall., n. 124. Noug., n. 206. Al. n. 1259.

Source BIU Cujas

suppositions *de noms* et *de qualité* qui amènent le même résultat, lorsque l'on tire sur une personne qui n'existe pas, ou sur un homme de paille, à qui l'on donne une qualité imaginaire, de façon à lui faire attribuer un crédit qu'il n'a pas, ou même à le faire prendre pour une autre personne réelle, en sorte qu'à l'échéance le porteur impayé se retourne contre le tireur (1). — Mais, lors même que les suppositions n'auraient pas ce but, lors même qu'elles n'influeraient en rien sur les conditions de fond elles vicieraient la lettre de change, à la condition qu'elles donnassent lieu à une méprise véritable ; le texte de l'art. 112 est absolu (2).

729. L'effet de ces suppositions, c'est de faire dégénérer le titre « *en simple promesse* » (art. 112); la loi ne dit pas que ce ne sera pas une obligation valable, ni même que ce ne sera qu'une obligation civile; on a fait exprès de ne pas préciser son caractère pour réserver la question de fait ; on a dit dans les travaux préparatoires : elle peut être un billet à ordre, un effet de commerce, une rescription ou un mandat (3) (v. au n. 630). Donc, *ce n'est pas une lettre de change*, voilà tout ce qu'on peut affirmer; en cela, les suppositions produisent le même effet que les omissions.

Elles se ressemblent encore en ce que la nullité est absolue, puisqu'elle vicie le titre ; elle peut donc être invoquée par toute personne intéressée ; même par ceux qui en sont les auteurs ou les complices (4).

Mais les suppositions diffèrent des omissions en ce qu'elles ne peuvent pas être invoquées *contre* toute personne; contre un tiers-porteur de bonne foi, parce qu'elles ne sont pas apparentes comme les omissions (5).

Les suppositions peuvent être prouvées par tous les moyens possibles, même par témoins (C. civ., a. 1348) (6) et par les présomptions de l'homme (C. civ., art. 1353); et il ne faut pas objecter que, d'après l'article 1341, C. civ., on ne peut prouver contre et outre le contenu aux actes : en effet, nous avons admis que cette règle ne s'appliquait pas aux obligations commerciales, or l'obligation pourra souvent être commerciale, et, d'autre part, il s'agit

(1) Il y aurait en outre *escroquerie* dans le dernier fait, puisqu'il y a supposition *d'un crédit imaginaire* (C. P., art. 405) : Al. n. 1258. Ly. C. et R., n. 1042. — Il y aurait encore escroquerie dans le fait de négocier une lettre de change tirée sur une personne réelle dont on ne serait pas créancier, et sans son consentement; mais la lettre ne serait pas viciée pour cela (Al. n. 1258). — Si l'on supposait *comme tireur* une personne réelle, on ne pourrait le faire qu'en imitant sa signature et alors il y aurait *faux* (C. P., art. 150 et suiv.); de plus la lettre serait nulle complètement et ne vaudrait pas même comme simple promesse; sauf à voir quel serait l'effet des négociations dont elle pourrait avoir été l'objet. V. *infrà*, n. 810.

(2) Locré, *Esp. du C. com.*, t. II, p. 32, 33. Demang. sous Brav., t. III, p. 123-124. Al. n. 1261. — *Contrà* : Noug., n. 208.

(3) Locré, *Esp. du C. com.*, t. I, p. 346, 347.

(4) Agen, 3 fév. 1860, D. P. 60. 2. 43. — Al. n. 1261.

(5) Agen, 3 fév. 1860, D. P. 60. 2. 43. — Pard., n. 460. Dall., n. 141 et suiv. Noug., n. 292. Brav., t. III, p. 115. Al. n. 1262, 1234. De Couder, v° *cit.*, n. 179. Ly. C. et R., n. 1056.

(6) Pard., n. 333, 449. Noug., n. 86, 218. Demang., t. III, p. 117. Al. n. 1261, 1234. Aub. et Rau, § 765, notes 28, 29. Colmet de Santerre, t. V, n. 315 bis, XXIII. Laurent, t. XIX, n. 633, 634. Ly. C. et R., n. 1053. — *Contrà :* Persil, *Lett. de ch.*, p. 93, n. 8.

Source BIU Cujas

de prouver que l'acte n'est pas valable; cet acte, d'une validité contestée, ne peut donc pas faire obstacle à la preuve qu'on voudrait faire (1).

3° *Conséquences de la nullité* pour omissions ou pour suppositions.

730. D'abord, le titre n'est pas une lettre de change (2) ; il s'ensuit au moins trois conséquences : — 1° Le porteur n'a pas le droit de demander caution au tireur faute d'acceptation par le tiré; ce droit est une conséquence exorbitante de la lettre de change, qui ne résulte pas des termes mêmes de l'obligation, et qui, par conséquent, ne peut pas se produire lorsqu'il n'y a pas une véritable lettre de change, quand même on aurait employé la formule ordinaire (3). — 2° Le titre ne sera pas *présumé commercial* par lui-même (art. 632, *in fine*); il n'aurait pas autrefois entraîné la contrainte par corps (art. 637); il ne sera pas aujourd'hui nécessairement de la compétence des tribunaux de commerce (C. comm., art. 636); il ne donnera pas lieu à la prescription de cinq ans (4). Mais il *pourra* être jugé commercial, si l'on reconnait en fait qu'il a été souscrit pour des opérations de commerce (5); et, dans ce cas, il aurait pu entraîner autrefois la contrainte par corps (art. 637, *in fine*); il emporterait la compétence commerciale (art. 636) (6); il donnerait lieu à la prescription de cinq ans (7); il ressemblera, en cela, à un billet à ordre. — 3° Il ne jouira pas des faveurs faites à la lettre de change, en matière d'enregistrement (V. *infrà*, n. 745) à moins qu'il ne puisse être traité comme un billet à ordre (V. *infrà*) (8).

Mais s'il n'est pas une lettre de change, qu'est-ce qu'il sera? Ceci est essentiellement une question de fait, ainsi que cela résulte des travaux préparatoires; sa nature dépend uniquement de ce qu'il contiendra, une fois qu'on aura supprimé les énonciations fausses. — Il peut se faire qu'il reste un billet à ordre, si par exemple la supposition n'a porté que sur la personne du tiré, et si le tireur est en réalité celui qui doit payer, ou si, le tireur étant imaginaire, le tiré a accepté; alors il faudra appliquer les règles du billet à ordre, et notamment la dispense du bon et approuvé (9), la cessibilité par voie d'endossement (10), la solidarité des endosseurs moyennant protêt à l'échance, et l'impossibilité d'opposer au cessionnaire les exceptions personnelles opposables à l'endosseur. — Il peut se faire que le titre ressemble à une lettre de change, parce qu'il y aura trois personnes sérieusement indiquées, mais qu'il lui manque seulement la remise de place en place. Dans ce cas, ce sera un mandat donné au tiré de payer la somme ; et l'on peut douter, si la clause à ordre y serait va-

(1) Agen, 29 janv. 1873, D. P. 74. 2. 35. — Demang., t. III, p. 117.

(2) V. Al. n. 1234, 1244. Massé, n. 1572.

(3) Ly. C. et R., n. 1049.

(4) Agen, 6 mars 1877, D. P. 79. 2. 136. — Pard., n. 467. Al. 1262. Ly. C. et R., n. 1049.

(5) Al. n. 1267. Noug, t. I, n. 297, 298. De Couder, *v° cit.*, n. 183. Ly. C. et R., n. 1054.

(6) Toulouse, 21 mars 1854, D. P. 54. 2. 219, etc.

(7) Al. n. 1551, prétend que la lettre de change ou le billet à ordre réputé simple promesse ne donneront jamais lieu à la prescription de cinq ans.

(8) Al. n. 1263.

(9) *Contrà* : Al. n. 1288.

(10) Ly. C. et R., n. 1054.

Source BIU Cujas

lable, si ce mandat pourrait être endossé, si l'endossement produirait les effets que nous venons de rappeler. La question revient à savoir si la clause à ordre peut être apposée à un titre quelconque, ou seulement à ceux pour lesquels la loi l'a admise. On admet très généralement que cette clause peut être valablement apposée et produire tous ses effets, lors même que la loi ne l'a pas prévue, et nous avons déjà appliqué cette doctrine aux actions des sociétés, à la facture, à la lettre de voiture. Nous l'admettrons donc encore ici (1). — Enfin, la prétendue lettre de change pourrait peut-être valoir comme un chèque, ou comme une simple obligation, soit commerciale, soit civile (2).

731. Il faut remarquer que la loi ne parle pas de supposition de la date, ni de la valeur fournie; il s'ensuit que la seule fausseté des énonciations, sur ces deux points, n'entraînera pas par elle-même la nullité de l'écrit comme lettre de change (3), tandis que l'omission de ces deux mentions entraînerait la nullité. Mais les suppositions sur ces deux points *pourraient* entraîner la nullité, si elles voilaient l'absence d'une condition de fond : ainsi, la fausse date pourrait cacher le défaut de remise de place en place, l'incapacité des parties; la fausse indication de valeur fournie pourrait souvent cacher l'*absence* même de valeur fournie, par conséquent l'absence de cause; alors l'acte ne vaudrait plus, même comme simple promesse (C. civ., art. 1132) (4).

§ 2

Mentions accidentelles.

732. Ce sont des mentions facultatives qui peuvent souvent ne pas se rencontrer dans une lettre de change. Elles se réfèrent soit au tireur, soit au tiré, soit aux choses.

I. — Mentions facultatives quant au tireur.

1° Lettre à l'ordre du tireur (V. art. 110, 8e al.).

Elle est ainsi conçue : *Il vous plaira payer à mon ordre... valeur en moi-même.* — On l'emploie lorsque l'on n'a pas encore trouvé de preneur, et que l'on veut faire accepter la lettre par le tiré pour trouver un preneur plus facilement (5); ou bien lorsqu'on veut emporter en voyage des lettres de change acceptées pour trouver du crédit en route. Sans doute, dans ces cas, on pourrait laisser le nom du preneur en blanc; mais alors, en cas de perte, un voleur pourrait se l'approprier facilement en remplissant le blanc sans faire un faux, et sans s'exposer aux peines du faux.

Dans cette formule, il n'y a que deux personnes en jeu, un tireur et un tiré;

(1) Pard., n. 464. Al. n. 1263. Ly. C. et R., n. 1054.

(2) Al. n. 1234, 1244. — V. C. com. ital., a. 254.

(3) Req. 16 déc. 1879, D. P. 80. 1. 197. — Pard., n. 458. Noug., n. 135, 207. Al. n. 1239, 1260. Demang., t. III, p. 124, note. De Couder, *v° cit.*, n. 161.

(4) Pard., n. 458. Noug., n. 135, 207. Al. n. 1239. — Sauf les droits du possesseur de bonne foi : Demang., t. III, p. 124. V. *infrà*, n. 757.

(5) Pot., *Change*, n. 10. Brav., t. III, p. 45.

Source BIU Cujas

il n'y aura de troisième personne qu'au moment du premier endossement.

Q. *Y a-t-il lettre de change avant le premier endossement ?* — 1er S. *Oui :* l'art. 110 dit formellement que la lettre de change à l'ordre du tireur est une lettre de change véritable et valable (1). — 2e S. *Non* (!) : il ne saurait y avoir un contrat de change sans un bénéficiaire; il n'y a donc pas lettre de change; — l'art. 110 qualifie cet écrit de lettre de change, pour indiquer qu'il y a le germe d'une lettre de change valable; qu'une fois complétée par l'adjonction d'une troisième personne, on ne pourra pas soutenir qu'elle est nulle, comme n'ayant pas réuni *ab initio* toutes les conditions voulues (2).

De ce système, on conclut : — 1° que jusqu'au premier endossement le titre n'est pas absolument présumé commercial; qu'il n'aurait pas autrefois emporté contrainte par corps contre le tiré accepteur; qu'il pourrait être de la compétence civile; — 2° que le premier endossement doit présenter les conditions exigées pour la validité de la lettre de change, c'est-à-dire être fait dans un lieu autre que celui où le paiement doit avoir lieu (3); — 3° qu'il suffira que les conditions essentielles existent à ce moment : la remise de place en place (4), la date, l'indication de la valeur fournie (car les mots *valeur en moi-même*, mis dans la lettre, ne seraient pas suffisants par eux-mêmes) (5).

2° Tireur pour compte.

Art. 111. 2e al. Elle peut être tirée par ordre et pour le compte d'un tiers.

733. Une personne tire *en son propre nom* une lettre de change pour le compte d'autrui. Il y a alors quatre personnes en jeu.

On pourrait faire tirer une lettre de change par un mandataire agissant au nom du mandant (6). Ce sera, par exemple, un commis, la femme d'un commerçant, qui signera des lettres de change pour lui, en mettant : *Par procuration de M...* Alors ce sera le négociant mandant qui sera obligé seul, et rien ne sera changé aux rapports ordinaires. Remarquons seulement que cette manière de faire laisse un certain doute sur la validité des signatures, car on peut contester le fait de la procuration. Aussi la Banque de France ne prend pas ces effets à l'escompte. — Il n'y a pas encore là un tireur pour compte.

Il y a tireur pour compte lorsqu'on tire pour une autre personne, comme un commissionnaire proprement dit, sans la nommer; le commettant s'appelle le *donneur d'ordre*. Voici l'avantage que l'on peut avoir à procéder ainsi : — Je puis écrire à un de mes créanciers de tirer pour mon compte sur un de mes débiteurs, en prévenant celui-ci et en lui indiquant un signe qui devra être mis sur la lettre pour l'avertir de son origine (7); et cela pour simplifier

(1) Req. 2 août 1854, D. P. 55. 1. 25. — Massé, note sous Cass. 10 juill. 1839, S. 39. 1. 737. Dall., n. 110.

(2) Rej. 2 août 1871, D. P. 72. 1. 115. — Pot., n. 10. Brav. et Demang., t. III, p. 42 et suiv. Al. n. 1247. Noug., t. I, n. 198. Ly. C. et R., n. 1030.

(3) Nîmes, 23 mai 1855, D. P. 55. 5. 172.

(4) Req. 2 août 1871, D. P. 72. 1. 115.

(5) Rej. 31 janv. 1870, D. P. 70. 1. 118. — Noug., t. I, n. 199. Demang., t. III, p. 46, note 2. Ly. C. et R., n. 1030.

(6) Brav., t. III, p. 21, 47.

(7) Ce seront souvent des initiales; peut-être même le nom entier du donneur d'ordre; car cette indication, sans sa signature, n'empêche pas qu'on ne suive la foi du tireur pour compte et non la sienne.

Source BIU Cujas

les rapports, pour ne pas figurer dans la lettre, si j'ai quelque raison de ne pas me faire connaître, surtout peut-être à raison des convenances du change (1). Je puis aussi faire tirer une lettre par une personne mieux connue dans le lieu où la lettre doit circuler, afin d'y trouver plus de crédit.

Le tireur pour compte est un véritable commissionnaire : vis-à-vis des tiers il est réputé être le tireur; c'est lui seul dont on suit la foi (2); il est seul exposé aux recours du porteur et des endosseurs, si le tiré ne paie pas à l'échéance : v. art. 115, *in fine*. — Mais toujours d'après les principes du contrat de commission (V. *suprà*, n. 582), *inter partes*, il n'est réputé que mandataire; et il oblige son mandant sans s'obliger lui-même. Cela s'applique même à l'égard du tiré, qui est dans le secret; vis-à-vis de celui-ci, c'est le donneur d'ordre qui a les obligations de tireur, qui doit faire provision entre ses mains, et contre qui le tiré aura recours s'il paie à découvert : art. 115. Autrefois, il y avait discussion sur ce point, parce que l'art. 115 avait été rédigé autrement en 1807; mais il a reçu sa rédaction actuelle par la loi du 19 mars 1817, pour établir la règle que nous venons d'exposer. — Réciproquement, le tiré, s'il a été prévenu avant d'accepter ou de payer, n'a pas de recours contre le tireur pour compte; il pourrait seulement s'en ménager un en refusant de payer comme tiré, et en payant par intervention (V. *infrà*, n. 825) pour le tireur pour compte (3).

II. **Mentions facultatives quant au tiré.**

1° **Recommandataire** ou **besoin.**

734. C'est une personne indiquée comme devant payer à défaut du tiré, lorsqu'on n'est pas bien sûr que le tiré paiera, et que l'on connaît sur la place quelqu'un qui voudra certainement faire honneur à la signature du tireur. On met sur la lettre : *A M... et au besoin à M. N.* — Cette personne est appelée, dans la pratique, *un besoin*.

Cette mention peut être ajoutée aussi par un endosseur dans un endossement.

2° **Domiciliataire.**

735. C'est une personne autre que le tiré au domicile de laquelle la lettre est payable :

Art. 111, 1er al. Une lettre de change peut être tirée sur un individu, et payable au domicile d'un tiers.

(1) P. ex. un banquier de Gênes, créancier à Lyon, et ayant à tirer des lettres de change sur Lyon, mais ne trouvant pas le change favorable à Gênes, tandis qu'il l'est à Milan, écrira à son confrère de Milan de tirer pour son compte sur Lyon. Mais, dira-t-on, il pourrait tirer lui-même à Gênes et négocier ses traites à Milan. Il faut répondre que ce serait plus long, et qu'il les négocierait moins facilement, parce que le fractionnement qu'il aurait fait de la somme pourrait ne pas s'adapter aux besoins des négociants milanais, tandis que le banquier de Milan fractionnera la somme de la manière qui leur conviendra.

(2) Lors même qu'on a nommé le donneur d'ordre, car les tiers ne comptent pas sur celui-ci qui n'a pas signé : Dall., n. 247 (*Jur. const.*). Noug., n. 170. Al. n. 1276. *Contrà :* Persil, p. 72, n. 4; — ou, lors même que le titre indique que la valeur a été fournie par le *donneur d'ordre :* Cass. 4 mai 1831, S. 31. 1. 199. Pard., n. 579. Al. n. 1273.

(3) Cass. 11 mai 1868, D. P. 68. 1. 241. — Al. n. 1273 et suiv. Ly. C. et R., n. 1025, note 4.

Source BIU Cujas

Le tiré s'arrangera pour que les fonds soient chez le domiciliataire à l'échéance; celui-ci n'aura pas à payer, s'il ne les a pas, car on ne l'en prie même pas; il n'est désigné que comme instrument pour faire passer les fonds; il pourrait seulement payer par intervention (V. *infrà* n. 824 et suiv.). — On se sert de ce moyen lorsqu'on a à faire payer de l'argent sur une place où l'on n'a personne sur qui l'on puisse tirer, mais où l'on connaît quelqu'un qui se chargera bien de payer si on lui envoie les fonds (1). — Souvent aussi la lettre ne précise pas le domiciliataire; elle indique seulement une place autre que la résidence du tiré; c'est celui-ci qui indiquera le domicile précis dans son acceptation :

Art. 123. L'acceptation d'une lettre de change payable dans un autre lieu que celui de la résidence de l'accepteur indique le domicile où le paiement doit être effectué ou les diligences faites.

Cela se fait quand le tireur ne connaît personne sur la place où il veut payer; il tire sur un banquier d'une ville voisine, qui, lui, y connaîtra quelqu'un et le désignera en acceptant.

Enfin, même quand la lettre de change est muette sur ce point, le tiré peut *domicilier ses acceptations* chez son banquier, pour éviter de faire venir les fonds dans sa caisse à l'échéance; il met alors : *Accepté, mais payable chez un tel.* Ce moyen est très usité en Angleterre, où les négociants font faire leur service de caisse par les banques.

III. — Mentions facultatives quant aux choses.

736. 1° **Suivant avis, ou sans autre avis.**

Selon qu'on compte ou non avertir le tiré avant l'échéance. — Si rien n'est dit sur la lettre, le tiré, suivant l'opinion commune, ne doit payer que s'il a été avisé, excepté si les circonstances expliquent à ses yeux l'arrivée de la traite sans avis préalable (2).

737. 2° **Retour sans frais.**

Cette clause, qui n'a rien de sacramentel dans les termes (3), dispense le porteur du protêt le lendemain de l'échéance, et de l'assignation en justice dans la quinzaine; de sorte qu'il n'encourra aucune déchéance pour n'avoir pas rempli ces formalités; il est ainsi relevé de ces déchéances contre tous les signataires qui, par leur signature sur la lettre, se sont approprié cette clause, insérée originairement par le tireur (4). Réciproquement, il *ne doit*

(1) La remise de place en place existe suffisamment lorsque le domicile désigné est une place autre que celle d'émission, tandis que le tiré habite celle-ci : Noug., t. I, p. 166. Demang., t. III, p. 54.

(2) Noug., n. 197, 198, 236. Brav., t. III, p. 76-78. — Elle est proscrite par le C. com. ital., a. 309.

(3) Elle peut même être établie par un accord tacite des parties : Rej. 10 avril 1876, D. P. 76. 1. 341, et les arrêts cités en note. V. aussi *infrà*, n. 553.

(4) Si elle avait été insérée après coup par un endosseur, elle ne lierait que celui-ci et les suivants : Noug., n. 190. Dall., n. 649. Al. n. 1457. Ly. C. et R., n. 1251. D'après Pard., t. I, n. 425, et De Couder, v° *Protêt*, n. 97, elle ne lierait pas les suivants. — Réciproquement un endosseur peut dans son endossement repousser cette clause insérée antérieurement, et elle ne sera pas non plus opposable aux endosseurs subséquents : Al. n. 1457.

Source BIU Cujas

pas faire ces frais, sous peine de ne pouvoir les recouvrer contre les garants (1).

Le but de cette clause est d'éviter les frais, de ménager le tiré en lui épargnant le protêt; peut-être tire-t-on sur lui pour le décider à payer, lorsqu'il est simplement négligent; et alors on ne veut pas user de rigueur envers lui.

On a douté de l'efficacité de cette clause pour dispenser des formalités prescrites, parce que la loi n'en parle pas et établit les déchéances sans aucune distinction. Mais il faut reconnaître que les parties peuvent toujours renoncer aux droits établis en leur faveur, pourvu que la clause soit claire. On pourrait argumenter de la L. 9 juin 1850, art. 8, qui annule cette clause dans les effets non timbrés; donc, dira-t-on, elle est valable dans les autres (2). Mais l'argument n'est pas très probant, parce que, dans les travaux préparatoires de cette loi, on a dit qu'on entendait ne rien préjuger (3). La première raison suffit.

738. 3° **Lettre à plusieurs exemplaires** : V. art. 110, dernier al.

On met sur l'un des exemplaires : *Payez par cette première de change, la deuxième, troisième et quatrième ne l'étant...;* sur l'autre : *Payez par cette deuxième de change, la première, troisième et quatrième ne l'étant...;* et ainsi pour les autres, afin de bien indiquer que le paiement fait sur un exemplaire annulera les autres.

Quelle est l'utilité de ces doubles? On peut se le demander, car ils ne représentent qu'une seule lettre, et il est bien évident qu'ils devront être tous entre les mains du même porteur; sans cela personne ne voudrait prendre un exemplaire lorsqu'on peut déjà avoir payé sur un autre. — Mais on peut vouloir éviter les risques de perte en envoyant les divers exemplaires à la même personne par des voies différentes. On peut aussi vouloir envoyer un exemplaire à l'acceptation pour pouvoir le négocier plus facilement, pendant qu'on se réserve de négocier l'autre en attendant, si l'on trouve du crédit personnel : ou bien on veut éviter de faire circuler l'exemplaire accepté, pour ne pas l'exposer aux risques de perte, on envoie alors un exemplaire à un banquier du lieu du paiement, qui le fait accepter et le garde, et on négocie l'autre, qui n'est en réalité qu'un bon pour aller retirer chez le banquier l'exemplaire accepté; sur l'exemplaire qui circule, on met : *Seconde pour l'acceptation chez M...* Une simple copie de la lettre pourrait remplacer l'exemplaire qui circule.

Un endosseur peut aussi s'assurer ces avantages, en copiant la lettre de change, avec ses endossements, en terminant par ces mots : *Jusqu'ici copie,* et en endossant cette copie (4).

Il y a encore d'autres clauses que nous examinerons à propos des règles

(1) Pard., n, 425. Noug., n. 187, 192. Béd., n. 494. Demang., t. III, p. 82 et suiv. Al. n. 1455. — *Contrà* : Horson, q. 122 et suiv.

(2) Brav., t. III, p. 78.

(3) Demang., t. III, p. 78-80. Ly. C. et R., n. 1063.

(4) Il doit seulement avoir eu soin, ou de ne pas endosser l'original, ou sur la copie de mettre les mots : *jusqu'ici copie*, après son propre endos; car sans cela il pourrait y avoir deux porteurs réguliers de l'original et de la copie : Demang., t. III, p. 94. Al. n. 1417.

Source BIU Cujas

qu'elles ont pour but de modifier, comme la clause *sans garantie, non acceptable*, etc.

§ 2

Incapacités en matière de lettres de change.

I. Incapacité des femmes.

Art. 113. La signature des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques sur lettres de change ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse.

739. Si les femmes sont commerçantes, la lettre tirée par elles pour leur commerce est parfaitement valable; il faut même présumer que les lettres souscrites par elles ont pour cause leur commerce : art. 638, 2e al. (1). Aussi ces lettres auraient entraîné même la contrainte par corps, avant 1867.

Si elles ne sont pas commerçantes, et si elles sont mariées et non autorisées, leur lettre de change ne vaut même pas comme simple promesse (C. civ., art. 218, 1125) (2).

Le Code suppose qu'elles ne sont pas mariées ou qu'elles sont autorisées de leurs maris; et il établit une incapacité spéciale qui n'est pas de droit commun et qui résulte uniquement du sexe.

En disant que leur signature sur une lettre de change ne vaut que comme simple promesse; il a eu au moins pour but de leur épargner la contrainte par corps, qui, d'après la loi de 1832, art. 2, ne devait jamais être prononcée contre les femmes ou les filles non légalement réputées marchandes publiques. Cette exemption se produisait quel que fût le rôle joué par elles dans la lettre de change : rôle de tireur, de tiré accepteur, d'endosseur, de donneur d'aval. Cet effet de l'art. 113 a disparu avec l'abolition de la contrainte par corps (L. 22 juill. 1867).

Q. *Mais cette lettre, réputée simple promesse à l'égard de la femme, produira-t-elle les autres effets d'une lettre de change ?* — Il nous paraît certain qu'elle produira au moins les effets d'un billet à ordre; car la femme est parfaitement capable de s'obliger par un billet à ordre; et nous avons admis, sous l'art. 112, que la dégénérescence de la lettre en simple promesse ne l'empêchait pas de valoir comme billet à ordre, si elle en contient les éléments : or, c'est bien le cas ici (3). — D'après cela, l'écrit sera valable sans *bon* ou *approuvé* (4); il y

(1) Demang., t. III, p. 129.

(2) Il en serait de même, si étant commerçantes elles avaient souscrit une lettre qui ne concernait pas leur négoce : Montpellier, 30 juill. 1830, S. 31. 2. 70. Al. n. 1268. — Si la femme mariée a signé comme mandataire de son mari, elle n'est pas obligée, mais le mari l'est et la lettre est très valable. Al. n. 1267.

(3) Massé, n. 1134. — *Contrà* : Béd., n. 344. Noug., n. 833. Demang., t. III, p. 130; et VI, p. 431. Al. n. 1035, 1381.

(4) *Contrà* : pour l'acceptation donnée par la femme : Cass, 6 mai 1878, D. P. 78. 1. 367.

Source BIU Cujas

aura déchéance pour le porteur faute de protêt à l'échéance (1) ; il y aura possibilité d'endossement, l'endossement fait par une femme l'obligera solidairement (2), et il éteindra les exceptions du chef de l'endosseur.

La question est plus discutable, à nos yeux, relativement aux effets spéciaux de la lettre de change : à la possibilité pour le porteur de se retourner contre la femme-tireur faute d'acceptation par le tiré, à la présomption de commercialité entraînant la compétence commerciale et la prescription de cinq ans, à l'admissibilité de la saisie conservatoire organisée par l'a. 172. Q. *Ces effets se produiront-ils dans notre hypothèse?* — 1er S. *Non* : puisqu'il n'y a plus qu'une *simple promesse* (art. 113), il n'y a plus lettre de change ; c'est ainsi que tout le monde entend le même mot dans l'article 112 ; — on a voulu protéger la femme, non seulement contre la contrainte par corps, mais contre les conséquences de cet acte, parce qu'elle ne connaît rien aux affaires commerciales ; — c'est le seul moyen de donner encore une application à l'art. 113 (3). — 2e S. *Oui* (!) : l'a. 636, qui pose le principe de la compétence civile en matière de lettres de change réputées simples promesses, ne renvoie qu'à l'art. 112 et non à l'art. 113 ; il paraît donc bien indiquer la pensée du législateur de conserver la présomption de commercialité dans l'hypothèse de ce dernier article ; — s'il en est ainsi pour la compétence, il n'en peut être autrement pour la prescription; et il n'y a pas de raison de donner une autre solution pour la possibilité de recours en cas de non acceptation ; — en allant au fond des choses, il y a une grande différence entre l'hypothèse de l'art. 112 et celle de l'art. 113 : dans la première, il manque des éléments essentiels de la lettre de change; ici, tout y est, même le consentement plein et entier de la femme, qui, en droit commun, produirait toutes les obligations auxquelles elle aurait voulu se soumettre, qui l'obligerait même dans un acte isolé de commerce; pourquoi ne pas laisser ce consentement produire ici son effet ? — l'art. 113 avait un effet très important de soustraire la femme à la contrainte par corps; il n'est pas besoin d'en chercher un autre : s'il est vrai qu'on ne peut pas supposer un article sans application quand il est promulgué ; il arrive souvent qu'un article perd son utilité par un changement ultérieur dans la législation (4). — D'après une 3e S., la femme pourrait profiter de tous les avantages de la lettre de change, mais on ne pourrait en retourner contre elle les effets (5), et ce système concilierait entre eux toutes les décisions de la jurisprudence. Cette opinion nous paraît écartée par le texte de l'a. 113 qui ne distingue pas entre les conséquences favorables ou défavorables à la femme.

II. — Incapacité du mineur.

Art. 114. Les lettres de change souscrites par des mineurs non négociants

(1) Chambéry, 20 mars 1868, D. P. 68. 2. 192.

(2) Paris, 1er juill. 1870, D. 71. 2. 2. — V. Al. n. 1342.

(3) Cass. 20 févr. 1878, D. P. 78. 1. 217. — Al. n. 1269, 1304, 3012. Orillard, n. 486. Despreaux, n. 467. Noug., t. II, p. 176 et suiv. Demang., t. III, p. 130 ; t. VI, p. 431. Ly. C. et R., n. 1077.

(4) Paris, 1er juill. 1871, D. P. 71. 2. 2. — Massé, n. 1136. Demang., t. III, p. 288 et suiv.

(5) M. Labbé, dans Sirey, 1879. 1. 145.

Source BIU Cujas

sont nulles à leur égard, sauf les droits respectifs des parties, conformément à l'article 1312 du code civil.

740. Le *mineur commerçant* a pleine capacité pour souscrire une lettre de change, pourvu qu'elle concerne son commerce : art. 2. Nous lui appliquerions même la présomption de l'art. 638, 2e al., présomption que la lettre concerne son commerce ; car nous avons admis (n. 87) que l'emploi par lui d'une forme habituellement commerciale équivaut de sa part à une déclaration que cet acte concerne son commerce, et qu'une pareille déclaration rentre dans sa capacité et rejette sur lui la charge de faire la preuve contraire (1).

Pour le mineur non commerçant, l'art. 114 dit que l'obligation est nulle ; elle ne vaut pas même comme simple promesse. En effet, le mineur est incapable de s'obliger même civilement sans l'autorisation de son tuteur ; il ressemble, non pas aux femmes et filles dont parle l'art. 113, mais à la femme mariée non autorisée. — L'article réserve l'application de l'art. 1312, d'après lequel tout mineur est au moins tenu dans la mesure de ce dont il s'est enrichi ; mais, bien entendu, la charge de la preuve de l'enrichissement incombe à celui qui invoque l'obligation ; la preuve ne peut pas résulter de la déclaration de valeur fournie dans la lettre de change (2).

Si le mineur non commerçant avait souscrit une lettre de change avec l'autorisation de son tuteur (ce qui sera bien rare), ou si un mineur émancipé en avait souscrit une pour son administration, l'obligation serait aussi valable ; car rien n'indique que le législateur ait entendu créer en cette matière une incapacité en dehors du droit commun ; le renvoi à l'a. 1312 semble au contraire prouver qu'il entend appliquer celui-ci (3).

Dans tous ces cas, nous appliquerions la doctrine que nous avons admise sous l'art. 113 ; l'acte produirait tous les effets de la lettre de change, à l'exception autrefois de la contrainte par corps pour la mineure mariée autorisée ou non mariée (4).

Si la lettre de change souscrite par le mineur est ratifiée après sa majorité elle vaudra alors comme lettre de change parfaite (5).

741. Quant à l'**interdit**, une lettre de change souscrite par lui serait toujours nulle, d'après le droit commun (C. civ., art. 502) (6). — L'individu pourvu d'un **conseil judiciaire** ne pourrait pas valablement tirer une lettre de change sans l'assistance de son conseil, puisqu'il est incapable d'aliéner (C. civ., art. 499 et 513) ; d'où l'on conclut qu'il ne peut s'obliger seul (7).

(1) Cass. 23 mars 1857, D. P. 57. 1. 126. — Demang., t. III, p. 126. Ly. C. et R., n. 1070, note 4.

(2) Cass. 1er juill. 1870, D. P. 71. 1. 432. De Couder, *loc. cit.*, n. 213. Ly. C. et R., n. 1072, note 5.

(3) *Contrà* : Brav. t. III, p. 126. Ly. C. et R., n. 1070.

(4) V. Toulouse, 9 août 1860, D. P. 61. 2. 23. Comp. Brav., t. III, p. 126. Demang., t. III, p. 126, 127.

(5) Demang., t. III. p. 128-129. Ly. C. et R., n. 1073. — *Contrà* : Cass. 8 nov. 1859, S. 60. 1. 164.

(6) Demang., t. III, p. 131. Al. n. 1270. Ly. C. et R., n. 1074.

(7) Cass. 1er août 1860, S. 60. 1. 929. — Demang., t. III, p. 131. Ly. C. et R., n. 1075.

Source BIU Cujas

742. **Deux observations générales :**

1° Ces incapacités produisent leur effet, quant à l'incapable, quel que soit le rôle qu'il ait joué dans la lettre : celui de tireur, de tiré-accepteur, d'endosseur, de donneur d'aval (1).

2° Leur effet est purement relatif; il ne se produit qu'à l'égard des incapables ; les autres signataires de la lettre de change restent obligés comme en droit commun, arg., art. 113, « *à leur égard* ; » art. 1125, C. civ. — Mais il est opposable par eux à toute personne, même à des tiers porteurs de bonne foi : — le texte des art. 113 et 114 est absolu ; — c'est, du reste, l'effet ordinaire des incapacités ; sans doute il sera plus grave en matière de lettre de change, parce que le porteur ne peut pas connaître tous les signataires antérieurs ; mais autrement la protection des incapables ne serait plus efficace (2).

§ 4

Conditions fiscales.

743. Les lettres de change sont soumises à deux impôts : le timbre et l'enregistrement (3).

I. — **Timbre.**

L'impôt du timbre dont elles sont frappées est proportionnel au montant de la lettre de change : fixé par la L. 5 juin 1850, art. 1, il a été doublé par la L. 23 août 1871, art. 2, 1°, et triplé par celle du 18 février 1874, art. 3. Il a été ramené au taux primitif par la L. 23 décembre 1878. Il est actuellement de 5 c. par 100 fr. ou fraction de 100 fr. Récemment encore à partir de 1,000 fr., il ne variait plus que de mille en mille, et l'on ajoutait 1 fr. 50 c. par 1,000 ou fraction de 1,000 fr. Mais la progression par fraction de 100 fr., a été généralisée quel que soit le montant de l'effet par la L. 29 juill. 1881, a. 5, 2e al.

En cas de plusieurs exemplaires, un seul, le premier, est à timbrer (L. 1850, art. 10) et les autres peuvent être enregistrés sans timbre si l'on représente le premier (4) ; excepté si l'on veut en mettre un autre en circulation.

Ce droit est payé non seulement par les effets tirés de France sur la France, mais même par ceux tirés de France sur l'étranger, ou de l'étranger sur la France (L. 1850, art. 3 et 9). Ces derniers acquittent le droit au moyen de timbres mobiles qui doivent être apposés avant qu'ils ne circulent en France (L. 11 juin 1850), car ils n'ont pas pu payer le timbre français lors de leur création. — Quant aux effets tirés de l'étranger sur l'étranger et circulant en France, ils ne payaient rien en 1850 ; la L. de 1871 les a soumis aux droits qu'elle édictait, pour déjouer une fraude qui consistait, pour les grandes maisons de banque, à avoir un commis hors de la frontière pour tirer tous

(1) Brav., t. III, p. 126. Al. n. 1386. Ly. C. et R., n. 1070, note 3.

(2) Cass. 19 fév. 1856, D. P. 56. 1. 86. — Demang., t. III, p. 127. Al. n. 1271. Ly. C. et R., n. 1071.

(3) V. G. Demante, *Principe de l'enregistrement*, 3e éd., t. II, n. 492 et suiv.

(4) Brav., t. III, p. 90-91. Al. n. 1414.

Source BIU Cujas

leurs effets sur l'étranger. En vertu de la L. 20 déc. 1872, ils paient 50 c. par 2000 fr. ou fraction de 2000 fr., et la loi de 1874, art. 3, les a exceptés formellement de l'aggravation nouvelle qu'elle établissait.

Les sanctions de ces lois sont toujours celles édictées en 1850. C'est d'abord une amende de 6 % du montant de la lettre, pour le tireur, le preneur et l'accepteur (L. 5 juin 1850, art. 4), avec solidarité entre eux, ce qui les expose à payer 18 % (art. 6) ; — et la même amende, mais sans solidarité, pour celui qui encaisse ou fait encaisser l'effet non timbré (art. 7). — Une autre sanction consiste en une restriction dans les recours faute de paiement (art. 5) ; nous en parlerons à propos de ces recours. — Une dernière est l'annulation de la clause de *retour sans frais*, qui sert souvent à déguiser la fraude, en dispensant de présenter la lettre en justice (art. 8).

Comme compensation de ces droits très forts, les lettres de change sont dispensées du droit de quittance de 10 c. au moment où elles sont payées (L. 23 août 1871, art. 20, 1°) ; — et du même droit de quittance pour les reçus d'effets *à négocier, à accepter* ou *à encaisser* (L. 30 mars 1872, art. 4).

744. La L. 19 février 1874, dans son art. 4, assimile pour le timbre aux lettres de change, « *les billets, obligations, délégations et tous mandats, non négociables, quelle que soit d'ailleurs leur forme ou leur dénomination, servant à procurer une remise de fonds de place en place.* » Cet article a pour but de déjouer une fraude qui consistait, pour les grosses sommes, à rédiger un écrit qui ne renfermait pas toutes les conditions de la lettre de change ou du billet à ordre, mais qui jouait le même rôle. Le plus souvent, cet écrit était à personne dénommée, et ne pouvait, par conséquent, être endossé ; c'est pour cela que l'article vise les effets *non négociables*.

Voici des exemples des écrits énumérés dans l'article : — un billet non négociable serait celui qui porterait : *je paierai à M...*, sans mettre *à son ordre* ; — une obligation non négociable : *reçu de M....*, ou *je reconnais devoir à M...* ; — une délégation non négociable : *veuillez tenir à la disposition de M... contre son acquit...* ; — enfin un mandat non négociable : *veuillez payer à M...*, sans mettre *à son ordre*. Ce dernier est tout à fait une lettre de change, moins la clause à ordre.

Ces écrits sont soumis au même timbre que la lettre de change, seulement *lorsqu'ils contiennent remise de place en place*.

La loi ne cite ces écrits que comme exemples ; sa formule, très générale, a pour objet de comprendre tous les titres équivalents. Mais alors il est très difficile de savoir jusqu'où doit aller l'assimilation et où elle s'arrêtera. — Voici la règle qui nous paraît résulter, soit du texte, soit des travaux préparatoires : sont assimilés à la lettre de change les titres qui ont *pour but une remise de place en place*, et qui sont *remis au bénéficiaire* comme moyen de paiement, pour être présentés par lui au détenteur des fonds : on avait proposé une rédaction qui contenait cette dernière formule et qui a été écartée seulement comme trop abstraite. Ainsi l'art. 4 ne vise pas : — les ordres de paiement, transmis par la poste ou par le télégraphe, à celui qui doit payer, parce qu'ils ne sont pas remis entre les mains de celui qui doit toucher (1) ; —

(1) Solut. de l'enregistrement, 5 mai 1876, D. P. 77. 3. 63.

Source BIU Cujas

les reçus de lettres chargées pour le même motif (on a jugé inutile de le dire); — les écrits ordonnant un virement à distance. — Il ne s'appliquerait pas non plus aux *lettres de crédit* (cela a été dit par le rapporteur, M. Mathieu Bodet, répondant M. P. Cottin), parce qu'elles n'indiquent pas la somme à payer, elles indiquent seulement un maximum ; et le porteur d'une de ces lettres peut, avec le même titre, se faire verser plusieurs fois des fonds par le même banquier ou par plusieurs banquiers. — Enfin, il a été encore déclaré par le rapporteur, que l'article ne s'appliquait pas aux factures envoyées par un négociant en recouvrement sur une autre place : sans doute, il y a remise de fonds à distance ; mais le *but* de l'opération n'est pas de faire l'équivalent d'un transport d'argent : c'est uniquement, pour le négociant, de recevoir le paiement de ce qui lui est dû.

II. — **Enregistrement**.

745. Trois faveurs sont faites aux lettres de change ainsi qu'aux billets à ordre.

1° *Pour le taux* : — les lettres de change ne payaient rien d'après la L. 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 15° ; elles payaient seulement 25 c. % d'après la L. 16 avril 1816, art. 50 ; elles paient actuellement 50 c. %, comme les billets à ordre (L. 28 fév. 1872, a. 10) ; tandis que les autres billets paient 1 % (L. 22 frimaire an VII, art. 69, § III, 3°).

2° *Pour la perception* : — l'impôt n'est pas perçu lors de la création de l'effet, mais seulement avec le protêt, quand le tiré a refusé le paiement ou l'acceptation (L. 28 avril 1816, art. 50, et L. 28 fév. 1872, art. 10).

3° Dispense du droit de mutation pour les endossements, et du droit de quittance pour le paiement (L. 22 frimaire an VII, art. 70, § III, 15°).

SECTION II.

TRANSMISSION DE LA LETTRE DE CHANGE.

746. Elle se transmet par voie d'endossement, comme tous les titres à ordre. La théorie que nous allons exposer s'applique donc à tous les actes contenant la clause à ordre ; ce sont les actes suivants : — 1° la *lettre de change* (art 136) ; — 2° le *billet à ordre* (art. 187), qui peut être souscrit même pour cause civile (art. 636), ce qui prouve que la clause à ordre n'est pas exclusivement spéciale aux actes commerciaux (1) ; — 3° le *billet de grosse* (art. 313), constatant un prêt à la grosse, mais qui circule peu, car il est trop conditionnel ; — 4° le *connaissement* (art. 281), dans lequel cette clause est facultative ; — 5° les *récépissés* et *warrants* des magasins généraux (L. 28 mai 1858, art. 3) ; — 6° les *chèques*, facultativement (L. 14 juin 1865, art. 1, *in fine*) ; — 7° la *lettre de voiture*, pour laquelle on argumente par analogie du connaissement ; — 8° la *police d'assurance* ; — 9° la *facture* (v. *suprà*, n. 442) ; — 10° les *actions et obligations* des sociétés (v. *suprà*, n. 238).

La clause à ordre consiste à écrire : *payez à l'ordre de M...* ou bien : *payez à*

(1) Brav., t. III, p. 141 et suiv.

Source BIU Cujas

M... ou à son ordre, c'est-à-dire : payez à celui à qui M... ordonnera de payer Par l'insertion ou l'acceptation de cette clause, le débiteur de l'effet s'oblige à payer à celui qui en sera porteur à l'échéance en vertu d'un endossement régulier. Aussi cet *ordre*, c'est-à-dire la faculté de disposer du titre, se transmet par endossement. Le mot *ordre* est donc aussi synonyme de la propriété du titre. Il signifie aussi l'endossement lui-même (V. art. 139).

On a soutenu que cette clause ne pouvait être insérée que dans les titres où la loi l'autorisait expressément (1). Mais il est à peu près universellement admis aujourd'hui qu'on peut l'insérer dans tous les titres, non seulement ceux que nous avons cités tout à l'heure et dans lesquels l'usage la consacre, mais encore dans un titre quelconque : — en effet cette clause n'a rien d'illicite en elle-même ; — elle est l'acceptation, *anticipée* seulement, de la cession qu'autorise l'art. 1295, C. civ. ; — c'est donc le cas ou jamais de dire que ce qui n'est pas défendu est permis (2).

Il y a trois espèces d'endossements : — 1° endossement ou endos translatif de propriété, ou endossement régulier ; — 2° endos de procuration, appelé assez souvent endossement irrégulier ; — 3° endossement de garantie, ou endossement pignératif.

§ Ier

Endossement translatif de propriété.

Art. 136. La propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement.

747. Cette formalité simple remplace les conditions ordinairement nécessaires pour que la cession de créance soit opposable aux tiers, c'est-à-dire la signification au débiteur cédé, ou son acceptation dans un acte authentique (C. civ., art. 1690) (3). Elle a pour raison d'être que ces formalités créeraient trop d'entraves pour les cessions multiples et rapides dont les titres négociables doivent faire l'objet ; de plus, comme chacun de ceux qui cèdent le titre en garantit le paiement, il faudrait faire des significations à tous ces garants, ce qui serait impossible. Dès lors, les signataires, en acceptant la clause à ordre, s'obligent, non pas envers une personne déterminée, mais envers l'inconnu qui sera porteur régulier de la lettre de change à l'échéance.

On pourrait, du reste, céder valablement ces titres par une cession ordinaire, c'est-à-dire *inter partes* par une simple convention (C. civ., article 1583), qui pourrait être prouvée même par les modes commerciaux, si elle a pour cause des actes de commerce (4). Mais cette cession ne serait pas valable

(1) Caen, 14 juin 1876, D. P. 78. 2. 133. — Vavass., *Sociétés*, p. 72, 73. Dall., v° *Effets de com.*, n. 372. Laurent, *Principes du dr. civil*, t. XXIV, n. 498.

(2) Cass. 8 mai 1878, D. P. 78. 1. 241 et la note de M. Beudant. Cass. 7 mai 1879, D. P. 79. 1. 307. — Pard., t. II, n. 331. Duvergier, *Vente*, t. II, n. 212. Massé, n. 1578. Noug., t. I. n. 602, 609. Brav. t. III, p. 141. Al. n. 1342. Pascaud, *les Obligations civiles à ordre*, etc. *Rev. crit.*, 1878, p. 705 et suiv. Ly. C. et R., n. 1102.

(3) Cass. 7 mai 1879, D. P. 79. 1. 307.

(4) Req. 18 févr. 1878, D. P. 78. 1. 229. — Locré, *Esp. du C. com.*, t. II, p. 141. Delvincourt, t. II, n. 110. Noug., n. 480. Béd., n. 288. Al. n. 1345. Ly. C. et R., n. 1103.

Source BIU Cujas

par elle-même à l'égard des tiers et ne produirait pas les autres effets de l'endossement (V. n. 753 et 754). (1) Il n'est pas douteux que ces titres ne puissent se transmettre, sans formalités spéciales, par succession ou par legs (2).

Trois divisions : — 1° formes de l'endossement ; — 2° effets ; — 3° clauses accidentelles.

I. — Formes de l'endossement.

748. D'abord il doit être **écrit** sur le titre et habituellement au dos, comme son nom l'indique. Mais on pourrait commencer les endossements sur le recto de la feuille (3), et, d'autre part, quand le verso est entièrement couvert, on les continue sur une *allonge* fixée au titre et qui est censée être la suite du verso (4). — C'est là une formalité essentielle : sans cela, quelle que fût la formule employée, il n'y aurait qu'une cession civile, soumise aux formes et produisant les effets des art. 1690 et suiv. du C. civ. (5). — Il n'y a pas lieu de se demander si l'endossement doit être fait par écrit ; il est un écrit par définition même (6).

Voici la formule usitée :

Payez à l'ordre de M..... valeur reçue.....

Le 9 mars 1874.

Signé : SECUNDUS.

749. L'énumération des diverses **mentions nécessaires** est dans l'art. 137.

Art. 137. L'endossement est daté. — Il exprime la valeur fournie. — Il énonce le nom de celui à l'ordre de qui il est passé.

Ce sont : — 1° le *nom du cédant*, qui devient *endosseur* (quoique l'article 137 omette de le mentionner) ; il est désigné par sa signature. — Il n'est pas nécessaire que celle-ci soit accompagnée du *bon* ou *approuvé* (C. civ., a. 1326) ; ce n'est pas un billet dans le sens de l'art. 1326 ; c'est la cession d'une créance préexistante ; d'ailleurs la somme n'a pas besoin d'être indiquée dans l'endossement (7)

(1) Req. 9 juill. 1867, D. P. 68. 1. 73. — Locré, *Esp. du C. com.*, t. I, p. 43. Noug., n. 801. — *Contrà :* Al. n. 1346. Ly. C. et R., n. 1103.

(2) Ly. C. et R., n. 1078, note 1.

(3) Noug., n. 385. Al. n. 1344. Ly. C. et R., n. 1043.

(4) Il faudra prendre des précautions pour empêcher qu'on ne substitue une allonge à une autre, et, pour cela, surtout reporter sur l'allonge les indications principales du titre : Al. n. 1354. Noug., t. I, n. 667. Ly. C. et R., n. 1083.

(5) Locré, *Esp. du C. com.*, t. II, p. 141. Pard., n. 343, 345. Demang., t. III, p. 160, note 2. De Couder, *Dict.*, v° *lettre de ch.*, n. 487. Ly. C. et R., n. 1083. — *Contrà :* Noug., n. 414. Béd., n. 289. Dall., n. 367. Al. n. 1344. Ces auteurs argumentent de ce que la loi n'exige pas formellement que l'endossement soit sur le titre même. Mais il faut répondre que le nom seul l'indique, que sans cela les mentions exigées par l'art. 136 seraient tout à fait insuffisantes, que l'usage confirme cette exigence, et que le débiteur ne s'est engagé *in rem* qu'envers celui qui se présenterait avec un titre conforme aux usages.

(6) Brav., t. III, p. 146.

(7) Brav., t. III, p. 159-160.

Source BIU Cujas

2° Le *nom du cessionnaire*; on l'appelle quelquefois *endossataire*.

3° La *transmission de l'ordre*, c'est-à-dire l'indication que l'effet est mis *à l'ordre* du cessionnaire, que celui-ci pourra le céder de nouveau par un autre endossement. Sous l'empire de l'ordonnance, l'endos, comme la lettre de change elle-même, pouvait être à personne dénommée; dès lors, après un endos de ce genre, aucun nouvel endossement ne pouvait avoir lieu. Mais le Code proscrit cette manière de rédiger l'endossement, parce qu'il veut que la lettre de change soit toujours un moyen de circulation.

4° *L'indication de la valeur fournie.* Elle est exigée, comme lors de la création de la lettre de change, pour qu'on puisse voir quelle opération cet endossement représente et quelles garanties offre cette opération. De plus, ici elle servirait à indiquer que l'endossement n'est pas à titre de procuration seulement. Mais il faut reconnaître que dans la pratique on n'attache pas d'importance à cette indication, souvent mise à la légère. — Elle peut être exprimée de toutes les manières admises dans le corps même de la lettre, lors de son émission (art. 112, v. n. 726) (1).

5° *La date*, qui est nécessaire pour les questions qui peuvent s'élever sur la capacité de l'endosseur. Mais il n'est pas nécessaire que la date porte l'indication du lieu où l'endossement est fait, parce qu'il n'est pas nécessaire que cet endossement contienne une remise de place en place (2). Il faut excepter le cas d'une lettre à l'ordre du tireur lui-même, où cette remise doit exister, nous l'avons vu, dans le premier endossement.

L'endossement non daté ne produirait pas son effet translatif de propriété, quand même on pourrait prouver autrement la date exacte (v. art 148, *infrà*) (3). — De plus la loi établit une sanction très énergique contre les antidates :

Art. 139. Il est défendu d'antidater les ordres, à peine de faux.

750. C'est une extension de la peine du faux (4); car en général, pour qu'il y ait faux, il faut qu'il y ait eu, ou altération matérielle d'un acte, ou altération de la volonté d'un tiers (C. P., art. 147). La simple simulation sur un fait personnel à l'auteur de l'écrit n'est pas ordinairement un faux.

Du reste, il faut, pour que la peine puisse être appliquée, qu'il y ait intention frauduleuse, et possibilité de causer un préjudice; on a refusé d'écrire ces règles dans l'article, comme résultant suffisamment des principes généraux du droit pénal. Il s'ensuit que la peine ne serait pas applicable si, à sa date véritable, l'endos eût été valable, car alors il ne pouvait nuire à personne (5). — *Dans ce cas l'endossement serait-il valable?* On l'admet, car la loi n'a pas dit que l'antidate par elle-même était une cause de nullité, si elle ne cache pas une autre cause de nullité (6). Ce cas se présente très fré-

(1) Spécialement l'indication *valeur en compte* est suffisante : Lyon, 4 déc. 1878, D. P. 80. 2. 343.

(2) Al. n. 1338.

(3) Brav., t. III, p. 147.

(4) Déjà dans l'ord. 1673, tit. 5, art. 26. — De Couder, *l. cit.*, n. 501. Ly. C. et R., n. 1084.

(5) Cass. 21 déc. 1864, D. P. 65. 1. 30. — Al. n. 1374. Ly. C. et R., n. 1084, note 6.

(6) Même arrêt.

Source BIU Cujas

quemment : lorsque plusieurs endossements ont été faits en blanc, celui qui les remplit ne peut pas y mettre les dates exactes (1).

Q. *L'art. 139 est-il applicable à l'antidate de la lettre elle-même?* — On le soutient en argumentant *à fortiori* de l'art. 139 (2). Mais nous ne l'admettrons pas, parce que les peines ne peuvent pas s'étendre par analogie et que l'art. 139 ne parle que des endossements ; — de plus, l'antidate offre ici moins de dangers : celui qui est à la veille de faire faillite trouvera facilement un preneur pour un effet qu'il endossera, parce que le paiement en sera garanti par les signataires antérieurs; mais il trouverait bien difficilement un preneur qui se contenterait de sa seule signature sur un effet souscrit au moment même, et dans ce cas l'antidate même de cet effet devrait éveiller la méfiance de ce tiers (3).

Il faut d'ailleurs appliquer, en matière d'endossement, la règle *locus regit actum;* il suffira que l'endossement soit rédigé conformément à la loi du pays où il sera fait (4). Beaucoup de législations se contentent d'une simple signature au dos du titre.

751. **Q.** *Peut-on endosser un effet après l'échéance?* Nous admettons que oui, pourvu que le porteur ait quelque chose à céder, c'est-à-dire qu'il puisse encore utilement agir, soit parce qu'il a conservé ses recours par un protêt, soit parce qu'il y avait la clause *retour sans frais*, soit parce que le tireur n'avait pas fait provision, soit enfin parce que le tiré accepteur, qui n'a pas voulu payer, est solvable. Dans ces conditions, pourquoi exiger les formes civiles? La clause à ordre est toujours sur l'effet, et rien n'indique que le bénéfice de cette clause doive s'arrêter à l'échéance (5). — Ce cas se présentait assez souvent pour les porteurs étrangers, qui, n'étant pas payés à l'échéance par un débiteur étranger, endossaient l'effet à un Français pour que celui-ci pût employer la contrainte par corps, dont ils ne pouvaient pas user eux-mêmes (Loi 1832, art. 15) (6).

II. — **Effets de l'endossement régulier.**

752. L'effet principal de l'endossement régulier est la **translation de la propriété** du titre à ordre : art. 136. — Ce titre est transféré ainsi avec ses accessoires, d'après la règle générale que la cession d'une créance comprend tous ses accessoires; si la créance à ordre est garantie par des cau-

(1) Al. n. 1356.

(2) Pard., n. 333. Noug., n. 245. Dall., n. 63. Béd., n. 62.

(3) Brav., t. III, p. 150 et suiv. Ly. C. et R., n. 1084, note 6.

(4) Al. n. 1338.

(5) Jurispr. à peu près constante : V. Cass. 18 août 1856, S. 57. 1. 586. — Cette solution est facilement admise par les auteurs pour les effets *inter partes :* Pot., *Change*, n. 141. Pard., n. 351. Al. n. 1350. Mais elle est plus controversée pour les effets que l'endossement produit d'ordinaire à l'égard des tiers (v. *infrà*). Nous l'admettons absolument. *Sic :* Pot., *l. c.* Béd., n. 296. Brav., t. III, p. 154 et suiv. De Couder, *loc. cit.*, n. 522. Ly. C. et R., n. 1094. L. belge, a. 26. — *Contrà :* Savary, parère 36. Bornier, tit. 5, art. 4. Pard., n. 352. Noug., n. 442. Dall., n. 408. Horson, quest. 87, 88, 89. C. com. ital., a. 260.

(6) Brav., t. III, p. 166.

Source BIU Cujas

tionnements ou des hypothèques, ces garanties seront acquises au cessionnaire. C'est du moins l'opinion très généralement admise aujourd'hui (1). — Il peut se faire qu'une hypothèque soit stipulée par un banquier au moment d'une ouverture de crédit; le banquier qui réalise le crédit promis en escomptant les effets que lui présente le crédité a une hypothèque pour garantir son recours contre celui-ci. Dans ce cas, il peut se faire que, d'après l'intention des parties, cette hypothèque lui reste propre et ne passe pas à ceux à qui il céderait les effets escomptés (2). Mais il peut se faire aussi que, d'après la convention, cette hypothèque une fois attachée aux effets escomptés passe aux cessionnaires de ces effets; alors les divers porteurs de ces effets viendront tous au marc le franc sur la collocation hypothécaire, quelle que soit la date des endossements par lesquels le banquier s'est dessaisi; en effet, la date de ces endossements ne constitue pas une cause légitime de préférence prévue par la loi (C. civ., art. 2093, 2094), et d'ailleurs nos codes n'admettent pas de sous-ordre dans les collocations hypothécaires (C. pr. civ., art. 775) (3). Mais ils primeraient le banquier endosseur qui aurait gardé certains effets escomptés, puisque celui-ci leur doit garantie (4).

Outre la transmission de la propriété, l'endossement produit deux effets exorbitants du droit commun, en faveur du cessionnaire :

1° Garantie complète du paiement par l'endosseur.

753. En droit commun le vendeur de créance ne garantit que l'existence juridique de la créance, non la solvabilité actuelle ou future du débiteur cédé, et cela seulement jusqu'à concurrence du prix (C. civ., art. 1693 et 1694). Ici, au contraire, l'endosseur garantit au nouveau preneur et à ses ayants cause le paiement de l'effet à l'échéance; même, dans la lettre de change, il garantit pareillement l'acceptation du tiré avant l'échéance, et cette garantie va jusqu'à lui devoir tous les dommages qu'il subit, sans aucune limitation. Le motif de cette règle spéciale, c'est que les effets de commerce doivent pouvoir circuler comme une véritable monnaie et être reçus partout pour leur valeur nominale (sauf l'escompte); il ne faut pas que l'on soit obligé d'évaluer la solvabilité du débiteur pour diminuer proportionnellement la valeur de l'effet, en tenant compte des risques; la rapidité de la circulation de ces effets rendrait impossible toute recherche de la solvabilité des parties; chacun, en prenant un effet, suit seulement la foi de son cédant, et il faut qu'il puisse compter sur sa solvabilité qu'il connaît.

De la sorte, chaque endosseur est garant du paiement envers tous les porteurs ultérieurs de l'effet; et il a lui-même pour garants tous les endosseurs antérieurs et le tireur. Le Code de commerce exprime cette garantie, en di-

(1) Colmar, 29 mars 1852, D. P. 54. 2. 190; Dijon, 5 août 1858, S. 59. 2. 50. — Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Hypothèque*, § 18. Troplong, *Vente*, n. 906. Duvergier, n. 212. Marcadé, sous l'art. 1692, n. 3. Dall., v° *Priv. et hyp.*, n. 1267. Noug., n. 430. Béd., n. 317. Gouget et Merger, v° *Endoss.*, n. 36. Demang., t. III, p. 143, 144. Al. n. 1349. De Couder, *l. cit.*, n. 538. Ly. C. et R., n. 1089. L. belge, a. 26 — *Contrà :* Dall., *Eff. de com.*, n. 373. Massé, n. 2996.

(2) Cass. 26 déc. 1871, D. P. 72. 1. 319. — Al. n. 1349.

(3) Colmar, 29 mars 1852, D. P. 54. 2. 190.

(4) Rouen, 9 mai 1854, D. P. 54. 2. 247.

Source BIU Cujas

sant que tous les signataires sont garants solidaires envers le porteur (art. 140). Mais nous verrons que cette garantie diffère sur plusieurs points de la solidarité ordinaire. — Si l'effet était cédé par les modes ordinaires de cession, cette garantie solidaire n'existerait pas de droit, mais elle pourrait être stipulée comme en droit commun (C. civ., art 1694 et 1695) (1).

Si, pendant qu'il circule, l'effet revenait entre les mains d'un signataire antérieur, le tireur ou un endosseur, celui-ci, resté porteur à l'échéance, ne pourrait plus poursuivre les signataires intermédiaires, puisqu'il leur doit garantie, en vertu de sa première signature : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Mais s'il endossait lui-même à nouveau, le porteur aurait recours contre ces signataires intermédiaires; car nous allons voir qu'on ne peut lui opposer les exceptions qu'on pouvait opposer à son cédant. (2) — Si c'était au profit du *tiré* que l'effet fût endossé avant l'échéance, les solutions devraient être légèrement modifiées. Supposons d'abord que le tiré soit encore porteur à l'échéance : — si l'effet avait été accepté par lui, devenant débiteur et créancier au moment de l'échéance, il opérerait compensation, la créance serait éteinte et aucun recours ne pourrait être exercé contre les autres signataires (3); — si l'effet n'était pas accepté, nous admettrons, contrairement à ce que nous avions enseigné dans notre première édition, qu'il pourrait faire protêt sur lui-même et recourir contre ces signataires; en vain dirait-on qu'en fournissant la valeur de l'effet à son endosseur il a *payé* l'effet; rien ne nous autorise à changer le sens de l'acte, à dénaturer la convention intervenue entre cet endosseur et lui (C. civ. a. 1134); d'autant plus qu'en payant avant l'échéance, il aurait commis une imprudence (a. 144, v. *infrà*, n. 803); on ne peut lui imposer un acte nuisible à ses intérêts (4). — Par la même raison, nous déciderons qu'il peut encore endosser l'effet, et que dès lors, le porteur pourra exercer tous les recours ordinaires, puisque les exceptions opposables à l'endosseur ne sont pas opposables au cessionnaire (5). Nous appliquerions cette dernière solution même au cas, où il aurait antérieurement accepté l'effet (6); car, même accepteur, il n'est pas obligé à payer avant l'échéance et on ne peut lui imposer un acte imprudent.

2° **Les exceptions personnellement opposables au cédant ne sont pas opposables au cessionnaire.**

754. En règle générale, toute exception opposable au cédant est opposable au cessionnaire, par la raison élémentaire qu'on ne peut céder plus de droits qu'on n'en a soi-même. Cette règle s'appliquerait même aux titres à ordre, s'ils étaient cédés par les modes civils (7).

Au contraire, pour les titres à ordre cédés par voie d'endossement, certaines exceptions opposables à l'endosseur ne sont pas opposables au cession-

(1) Req. 1er févr. 1878, D. P. 78. 1. 229.

(2) Cass. 10 févr. 1880, D. P. 80. 1. 343. De Couder, *l. cit.*, n. 527. Ly. C. et R., n. 1095. — L. belge, a. 28.

(3) Noug., t. I, n. 707. Al., n. 1252. De Couder, *l. cit.*, n. 525. Ly. C. et R., n. 1095.

(4) Noug., t. I, n. 709. Demang., t. III, p. 191, 192. Ly. C. et R., n. 1095.

(5) Demang., *loc. cit.* Al. n. 1352. De Couder, *l. cit.*, n. 524. Ly. C. et R., n. 1095.

(6) *Contrà :* Rej. 19 avril 1848, D. P. 48. 1. 87. — Noug., n. 707. Al. n. 1352. De Couder, *l. cit.*, n. 525.

(7) Req. 9 juil. 1867, D. P. 68. 1. 72. — *Contrà* : Al. n. 1346. Ly. C. et R., n. 1103.

Source BIU Cujas

naire (1). La *raison pratique* est dans la fréquence et la rapidité nécessaire des transmissions, qui ne permettent pas au cessionnaire de s'informer des relations qui ont pu exister entre le débiteur, le cédant et tous les propriétaires antérieurs de la créance. La *raison juridique* qui explique cette règle, malgré le principe qu'on ne peut céder plus de droit qu'on n'en a, c'est que, par la clause à ordre, le signataire s'est obligé, non pas envers un créancier dénommé, mais *in rem* et directement envers celui qui sera porteur de l'effet à l'échéance, en vertu d'un endossement; de sorte que celui-ci n'est pas seulement l'ayant cause de l'endosseur, il a de plus un droit propre auquel les faits personnels à l'endosseur ne peuvent porter atteinte (2).

Cette règle paralyse le droit d'opposer ces exceptions, chez tous ceux qui en s'obligeant ont inséré ou accepté la clause à ordre : le *souscripteur* d'un billet à ordre, le *tiré accepteur* d'une lettre de change, à qui on demande le paiement; le *tireur* ou les *endosseurs* contre qui on recourt en garantie.

Mais cette règle ne s'applique pas à toutes les exceptions. Pour l'appliquer, il faut diviser les exceptions en trois catégories :

755. A. **Cas où la règle s'applique absolument,** même au profit d'un cessionnaire de mauvaise foi, parce que le signataire y a renoncé en acceptant la clause à ordre. C'est pour les exceptions *nées de faits personnels au créancier* à qui on les oppose : s'il se présentait pour toucher à l'échéance, on l'écarterait en les invoquant; mais s'il a endossé on ne pourra pas s'en servir contre ses cessionnaires, parce que ceux-ci agissent en vertu d'un droit propre.

Ces exceptions sont les suivantes :

1° *L'exception d'extranéité,* empêchant autrefois le porteur étranger d'user de l'arrestation provisoire et de la contrainte par corps contre son débiteur aussi étranger (L. 17 avril 1832, art. 15), et l'empêchant actuellement de l'assigner en France (C. civ., art. 14); — le cessionnaire français pourra user de ce dernier droit dont ne pouvait user le cédant (3).

2° *L'exception de compensation :* l'endosseur devenu débiteur du tiré (ou du souscripteur du billet) avant l'endossement, n'aurait pas pu toucher lui-même; on lui aurait opposé la compensation; mais son cessionnaire n'aura pas à la craindre (4). Cette règle est analogue à celle que donne le Code civil dans le cas de solidarité parfaite (C. civ., art. 1294).

3° *L'exception de garantie* qui aurait pu être opposée à un signataire antérieur entre les mains de qui l'effet serait revenu : v. *suprà,* n. 753 (5).

4° *L'exception de dol* : celui qui a usé de dol pour obtenir un effet de commerce ne pourrait pas en réclamer le paiement; mais cette exception lui est purement personnelle (C. civ., art. 1116); son cessionnaire pourra se faire payer, sauf à la victime du dol à recourir contre le cédant (6).

(1) Rej. 2 août 1871, D. P. 72. 1. 115. — Brav., t. III, p. 161 et suiv. Al. n. 1341, 1342.

(2) Cass. 10 févr. 1880, D. P. 80. 1. 110. — Noug., n. 431. Brav., t. III, p. 161-162, et Demang., t. III, p. 140 et suiv. Al. n. 1341.

(3) Brav., t. III, p. 162 et suiv.

(4) Req. 5. janv. 1864, D. P. 64. 1. 140.

(5) Cass. 10 févr. 1880, D. P. 80. 1. 110.

(6) On pourrait soutenir que celui qui reçoit sciemment, de mauvaise foi (nous le supposons), un effet de commerce dont l'obtention est entachée de dol, commet un dol

Source BIU Cujas

756. B. **Cas où la règle ne s'applique pas,** parce que, l'engagement principal étant nul, la renonciation à opposer cette exception ne peut pas résulter de l'adoption de la clause à ordre, cette renonciation étant affectée de la même nullité que l'engagement lui-même.

1° *Absence totale de consentement* en cas de *signature fausse* : celui dont on a imité la signature ne peut être aucunement obligé envers personne, pas plus envers les cessionnaires qu'envers le cédant. D'ailleurs, celui qui a le premier reçu l'effet du faux tireur ou du faux endosseur a une imprudence à se reprocher : c'est d'avoir reçu cet effet d'une personne qu'il ne connaissait pas. Les cessionnaires ultérieurs pourront recourir les uns contre les autres, et remonter jusqu'à lui ; mais, lui, ne pourra rien demander au prétendu tireur, ou au prétendu endosseur, ni à ceux qui l'ont précédé ; il n'aura de recours que contre le faussaire. Quant au débiteur principal de l'effet, tiré ou souscripteur, il ne doit rien payer à tous les ayants cause du faussaire ; il ne doit, en cas de faux endossement, qu'au dernier porteur régulier dont la signature a été faussement imitée (v. au surplus, *infrà*, n. 803 et 810).

2° *Vice du consentement*, c'est-à-dire *la violence* (C. civ., art. 1111) ; car parmi les autres vices du consentement, l'erreur substantielle (C. civ., art. 1110) ne peut guère se supposer ici ; et le dol est une exception purement personnelle rentrant dans notre première catégorie. — Mêmes observations que dans le cas précédent.

3° *Incapacités* : L'incapable ne peut pas donner un consentement valable ; donc il ne peut pas plus être obligé envers un cessionnaire quelconque qu'envers le preneur (1).

757. C. **Cas où la règle s'appliquera seulement en faveur d'un porteur de bonne foi.** — Ici, il y a bien nullité de l'engagement, mais il y a en même temps une faute imputable à celui qui a signé et dont le consentement n'est pas altéré. Dès lors, s'il peut invoquer la nullité contre un porteur de mauvaise foi, il ne doit pas l'invoquer contre un porteur de bonne foi, parce qu'il ne peut pas faire retomber sur ce dernier les conséquences de sa faute, dont il lui devrait au contraire réparation si elle lui nuisait (C. civ., art. 1382).

1° *L'exception de défaut de cause* (2) : Par exemple, si les espèces n'ont pas

lui-même, et par conséquent ne peut en demander le paiement ; ce qui ferait rentrer ce cas dans notre troisième catégorie (C ci-dessous). Sans doute il est bien difficile de supposer que celui qui recevrait sciemment l'effet de commerce de l'auteur du dol ne colludât pas avec lui, et ne fût pas exposé à la même exception. Mais d'abord dans ce cas, il serait repoussé, non pas par l'exception opposable au cédant, fondée sur le dol de celui-ci, mais par une exception à lui personnelle fondée sur son propre dol. De plus il peut très bien arriver que, sachant l'origine dolosive de l'effet, il l'ait reçu d'un porteur de bonne foi qui déjà pouvait méconnaître l'exception fondée sur le dol ; dans ce cas, il n'y a aucun dol de la part du nouveau preneur à accepter cet effet, puisqu'il sait que malgré son origine vicieuse il serait parfaitement opposable au débiteur, entre les mains du porteur actuel ou de tout autre porteur à qui on pourrait le céder, l'exception étant toute personnelle ; en le prenant, malgré la connaissance qu'il a des faits, il ne cause aucun préjudice au débiteur.

(1) Cass. 19 fév. 1856, D. P. 56. 1. 86.

(2) Persil, n. 41, p. 68. Noug., n. 121. Horson, quest. 49. Al. n. 1240. Massé, n. 1524. — Comp. Demang., t. III, p. 140 et suiv. — V. Agen, 1er avril 1873, D. P. 75. 2. 216.

Source BIU Cujas

été comptées au souscripteur du billet (1); — si la valeur n'a pas été fournie (2); — si le tireur n'a tiré que par complaisance (3); — si l'effet a été souscrit pour doter une fille, et qu'il y ait eu séparation de biens au moment de l'échéance (4); — ou s'il a été accepté en échange d'actions d'une société projetée qui ne s'est pas réalisée (5).

Dans tous ces cas, celui qui s'est obligé sans cause a à se reprocher d'avoir signé et d'avoir contribué à tromper les tiers; il ne peut donc pas invoquer la nullité contre eux.

Cette doctrine est appliquée spécialement aux effets souscrits pour dettes de jeu, et notamment pour les jeux de Bourse (6). — On avait soutenu que la seule souscription d'un effet de commerce était un paiement volontaire de ces dettes et était valable même vis-à-vis d'un porteur de mauvaise foi (C. civ., art. 1967). Mais cette prétention a été justement repoussée; car l'art. 1967, C. civ., ne vise qu'un paiement véritable et en espèces (7). — Alors, si le souscripteur est obligé de payer à un porteur de bonne foi, aura-t-il un recours contre le bénéficiaire? Oui, parce qu'il n'a pas *volontairement* payé (C. civ., art. 1967); en effet, une fois l'effet souscrit, il ne pouvait pas se refuser au paiement (8).

2° *En cas d'abus de blanc seing :* — Celui dont on a rempli le blanc seing, contrairement à la convention, peut, en le prouvant, annuler son billet; mais il ne peut le faire contre un porteur de bonne foi, car il est coupable d'avoir donné un blanc seing à quelqu'un qui ne méritait pas sa confiance (9).

3° *Dans le cas où un mineur commerçant a souscrit une lettre de change ou un billet à ordre pour une cause civile.* Nous avons admis (n. 87, *suprà*) que, s'il y a présomption de commercialité, néanmoins il peut faire la preuve contraire contre ceux qui connaissent sa situation. Mais nous n'admettons pas qu'il puisse faire cette preuve contre un porteur de bonne foi, car il a contribué à l'induire en erreur.

III. — Clauses accidentelles.

758. Toute clause restreignant les obligations de l'endosseur ou les rendant conditionnelles est licite pourvu qu'elle soit claire (10).

La clause la plus usitée dans les endossements est la clause *sans garantie;* elle supprime l'effet que nous avons signalé quant à l'obligation de garantie. On met : *Endossé à forfait et sans garantie.* — Elle est surtout employée à Marseille, pour l'*escompte à forfait.* Voici en quelles circonstances : les grands négociants traitent souvent avec des acheteurs qu'ils ne connaissent pas et qui leur offrent en paiement des effets de commerce; ils pourraient bien aller

(1) Paris, 17 avril 1846, D. P. 46. 4. 180.
(2) Bordeaux, 6 mars 1868, D. P. 70. 1. 102.
(3) Cass. 10 juin 1872, D. P. 72. 1. 262.
(4) Orléans, 24 juin 1868, D. P. 68. 2. 195.
(5) Montpellier, 7 mai 1869, et Rej. 2 août 1871, D. P. 72. 1. 115.
(6) Cass. 12 avril 1854, D. P. 54. 1. 140; Rej. 4 déc. 1854, D. P. 54. 1. 413.
(7) Angers, 4 août 1865, D. P. 66. 2. 211; Cass. 27 avril 1870, D. P. 70. 1. 258. — V. aussi *suprà*, n. 648.
(8) Arrêts cités à la note 6, ci-dessus.
(9) Bordeaux, 20 avril 1872, D. P. 73. 5. 183.
(10) Al. n. 1359.

Source BIU Cujas

les escompter chez un banquier, mais il faudrait pour cela endosser ces effets et s'exposer à la responsabilité du non-paiement. Pour éviter cet inconvénient, les acheteurs leur indiquent un banquier qui les connaît et qui consent à escompter ces effets sans garantie, c'est-à-dire sans que le cédant, en endossant, s'oblige à les garantir. — C'est un escompte compliqué d'assurance, puisque le cédant fait par ce moyen cesser son risque (1). Aussi le banquier retient une certaine prime en plus des commissions ordinaires; cette prime varie ordinairement de 1 à 2 %, suivant le crédit du souscripteur; on peut la considérer comme le thermomètre du crédit des souscripteurs sur la place.

Cette clause ne dispense que de la garantie de la solvabilité actuelle et future, mais non de l'existence de la créance; car si l'on ne garantissait pas au moins cela, l'endosseur ne céderait rien (2).

Elle ne s'applique qu'à l'endosseur qui l'a insérée, mais non aux subséquents qui ne l'ont pas reproduite (3).

§ 2

Endossement de procuration.

759. C'est l'endossement fait avec l'intention de donner mandat de toucher pour le compte de l'endosseur; il est employé surtout à l'égard des banquiers qui font les recouvrements pour leurs clients.

1 — Endos de procuration expresse.

760. On indiquera formellement que cet endossement n'a pour but que de donner le mandat de toucher; par exemple : *Payez pour mon compte à l'ordre de...* Bien entendu, on n'aura pas à indiquer alors la valeur reçue; car au moment où l'on donne un mandat de ce genre, on ne reçoit rien en échange.

Quels seront alors les droits de l'endossataire? Il aura comme le porteur, en vertu d'un endossement translatif, le droit de présenter l'effet à l'acceptation, de le toucher à l'échéance, d'en donner quittance, et, faute de paiement, de faire le protêt; car c'est précisément là le but que l'on se propose en donnant la procuration (4); il aura, en outre, le *devoir* de faire tous les actes conservatoires (5). Seulement il y aura les différences suivantes, avec l'hypothèse d'un endossement translatif de propriété : — le mandataire devra rendre compte à son mandant de ce qu'il aura touché ; — le mandat pourra être révoqué expressément (6), et il sera révoqué tacitement par la mort, la faillite (7),

(1) Al. n. 1378.

(2) Cass. 31 mai 1864, D. P. 64. 1. 285. — Demang., t. III, p. 171. Al. n. 1378. Ly. C. et R., n. 1093.

(3) Demang., Al., Ly. C. et R., *ll. citt.* — Pard., n. 348, semble dire le contraire.

(4) Req. 12 janv. 1869, D. P. 72. 1. 125. — Pot., n. 82. Pard., n. 354. Noug., n. 469 Persil, sur l'art. 138. Al. n. 1371. Ly. C. et R., n. 1096. — C. com. ital., a. 259.

(5) Brav., t. III, p. 175.

(6) Paris, 18 déc. 1850, D. P. 54. 5. 284. — Noug., n. 768. Brav., t. III, p. 175. Ly. C. et R., n. 1096.

(7) Req. 5 janv. 1864, D. P. 64. 1. 140. — Ly. C. et R., n. 1098.

Source BIU Cujas

la déconfiture de l'endosseur ; — en cas de faillite du mandataire, l'endosseur reprendra son effet par revendication, sans être réduit au rôle de créancier de la faillite ; — enfin, le tiré ou le souscripteur de l'effet pourront opposer à l'endossataire les exceptions personnelles du chef de l'endosseur, puisque l'endossataire n'agit qu'au nom de l'endosseur, comme son représentant (1).

Celui qui a reçu un endossement de procuration a-t-il le droit de céder la propriété de l'effet par un endossement translatif? — La question était discutée autrefois; Savary (2) et Pothier (3) tenaient pour la négative, en invoquant la règle : *Nemo dat quod non habet;* il ne peut céder une propriété qu'il n'a pas. Mais cet argument n'est nullement concluant, car on peut donner à une personne le mandat d'aliéner un objet, et elle peut dès lors transférer une propriété qu'elle n'a pas; toute la question revient à chercher l'étendue du mandat. Dans notre hypothèse, si rien n'a été spécifié, il faut d'après l'intention ordinaire des parties, décider que l'endossataire aura le droit de transférer la propriété de l'effet endossé. Sans doute, en droit commun, le mandat conçu en termes généraux ne comprend pas le pouvoir d'aliéner (C. civ., art. 1988). Mais ici, l'intention des parties est de faire toucher le montant de l'effet par l'endossataire, et cela d'une manière quelconque, non seulement en se présentant au débiteur à l'échéance, mais encore en négociant l'effet, en l'escomptant, s'il en trouve l'occasion; et, pour cela, il faut qu'il puisse le transférer valablement à l'escompteur (4). Seulement il ne faut pas que le mandat ait été révoqué, au moment du nouvel endossement, par la mort ou la faillite de l'endosseur qui n'avait donné qu'une procuration (5).

761. Sauf dans ce dernier cas, le nouvel endossataire aurait une propriété incommutable de l'effet; peu importerait que la procuration antérieure fût, après le nouvel endossement, révoquée expressément ou tacitement; — celui qui avait donné procuration ne pourra pas revendiquer l'effet si le nouvel acquéreur tombait en faillite; — enfin, celui-ci ne pourrait pas se voir opposer les exceptions venues du chef des endosseurs précédents. — Il est donc exactement dans la situation où il serait si tous les endossements antérieurs étaient translatifs de propriété.

Mais en cas de non-paiement, aura-t-il les mêmes recours que si tous ces endossements étaient translatifs? Il pourra certainement recourir contre l'endosseur qui avait signé l'endossement de procuration, car celui-ci ayant donné mandat d'endosser (nous l'avons montré), a par là même donné mandat de l'obliger dans les termes ordinaires où un endossement oblige celui par qui ou pour qui il est fait; d'ailleurs il ne s'efface pas ici comme un commettant ordinaire, puisqu'il a signé sur la lettre de change (6).

Q. *Pourra-t-il recourir contre le mandataire lui-même qui a signé l'endossement*

(1) Cass. 20 juill. 1864, D. P. 64. 1. 415. — Ly. C. et R., n. 1098.

(2) Parères, 24, 41, 102.

(3) *Change*, n. 73.

(4) Req. 14 janv. 1873, D. P. 73. 1. 235, etc. — Noug., n. 472. Brav., t. III, p. 176-177. Al. n. 1347, 1370, 1371. Frémery, p. 132. Ly. C. et R., n. 1097. — C. com. ital., a. 259.

(5) Req. 5 janv. 1864, D. P. 64. 1. 140.

(6) Rej. 1er mai 1865, D. P. 65. 1. 275. Ly. C. et R., n. 1097. — *Contrà :* Béd., n. 324, 325. Brav., t. III, p. 465.

Source BIU Cujas

translatif à son profit? — Non, si celui-ci a endossé expressément *pour le compte* du premier; alors il a bien clairement maintenu sa position de mandataire; il s'est mis à couvert sous la règle de droit commun, que le mandataire oblige le mandant et ne s'oblige pas lui-même. — Mais s'il avait endossé sans rien dire, nous pensons, quoique la question puisse être débattue, qu'il sera personnellement exposé au recours en garantie des porteurs ultérieurs : — en effet, il a alors agi, non plus comme un simple mandataire, mais comme un commissionnaire qui s'oblige personnellement; sans doute, la teneur de l'endossement antérieur révèle au tiers sa qualité de mandataire; mais nous pensons qu'il doit, pour conserver cette qualité, la rappeler dans son propre endossement; sans cela, endossant purement et simplement, il doit être censé avoir pris sur lui toutes les obligations qui naissent habituellement de l'endossement; car, en matière de lettre de change, la portée des engagements est toujours subordonnée à la forme dont on les a revêtus; — nous avons admis que dans un contrat formé par le commissionnaire, la simple indication du *pour compte*, n'empêche pas celui-ci d'être tenu (v. n. 530); — d'ailleurs, si cette argumentation ne paraissait pas entièrement convaincante, il serait au moins obligé, comme étant l'un des signataires de la lettre de change (C. com., art. 140), et comme n'ayant apposé aucune restriction à la portée de sa signature; il jouera, si l'on veut, un rôle analogue à celui d'un donneur d'aval (1).

Alors, si ce mandataire est obligé de payer sur le recours du porteur, il aura lui même un recours contre son mandant et contre les endosseurs antérieurs, en supposant qu'il ait fourni à son mandant le montant de l'effet, soit en espèces, soit en compte en le créditant. En effet, il a, dans ce cas, trois actions pour une : — la *condictio indebiti*, puisqu'il a payé à son endosseur la somme qu'il avait touchée pour lui et qui lui a été ensuite reprise; — l'action du mandat, car c'est en exécutant son mandat qu'il s'est obligé envers le porteur; — et enfin les actions du porteur, auxquelles il est subrogé en vertu de l'art. 1251, C. civ., puisqu'il était tenu, avec d'autres ou pour d'autres, au paiement de l'effet (2).

II. — Endos de procuration tacite.

Il y a deux espèces d'endossements de procuration tacite : l'endossement irrégulier et l'endossement en blanc.

762. 1° *Endossement irrégulier.*

Art. 138. Si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'article précédent, il n'opère pas le transport; il n'est qu'une procuration.

Il y a là une présomption de la loi. Cette présomption se comprend lorsque l'omission porte sur la mention de la valeur fournie; car, puisqu'on n'indique pas de prix payé, on peut dire qu'il n'y a pas eu de vente; donc, pas de translation de propriété. Et encore il faut supposer que cette omission ne soit pas l'effet d'une simple inadvertance, ce qui arrive très souvent. — Mais on ne peut plus justifier la présomption de la loi, lorsque l'omission porte sur la date, et lorsque l'on a mis *valeur reçue comptant;* on ne peut plus

(1) Agen, 31 janv. 1861 (Lehir, 52. 2. 16). — Al. n. 1372. Massé, n. 2168. Béd., n. 324, 325. Brav., t. III, p. 465. Ly. C. et R., n. 1097.

(2) Req. 14 juill. 1879, D. P. 80. 1. 343. Al. n. 1373.

Source BIU Cujas

l'expliquer que comme une peine pour la négligence des formalités demandées par la loi.

L'art. 138 amène ce résultat qu'on appelle l'endos de procuration, *un endossement irrégulier*. Cette expression est très bizarre, car qu'y a-t-il d'irrégulier, lorsqu'on ne veut donner qu'un mandat, à ne pas mentionner la valeur fournie, puisqu'il n'en est pas fourni?

763. 2° *Endossement en blanc.*

C'est un endossement qui ne contient que la signature de l'endosseur. Très souvent, dans la pratique, on se contente, en remettant l'effet à celui à qui on le passe, de mettre sa signature au dos. Le plus souvent on fait cela pour abréger, mais avec l'intention de transférer la propriété. Ce mode est admis comme suffisant par beaucoup de législations étrangères, par exemple en Angleterre, en Belgique et en Italie (1). Et la loi française admet elle-même qu'il suffit pour transférer la propriété des *chèques à ordre* (L. 14 juin 1865, art. 1) — L'endossement en blanc offre un autre avantage ; c'est que l'effet, une fois endossé ainsi, présente les facilités de circulation d'un titre au porteur; il peut se transmettre par simple tradition de la main à la main sans aucune mention des porteurs successifs; le dernier porteur n'ayant, pour devenir propriétaire régulier, qu'à remplir le blanc à son profit. Seulement, par ce moyen on se prive de la garantie des cédants successifs, puisqu'il ne reste pas trace de la cession qu'ils ont faite (2) ; et cette manière de procéder offre un danger : c'est que si le titre est déposé entre des mains peu honnêtes, ou s'il est volé ou perdu, on pourra s'en attribuer la possession régulière sans faire un faux, et le tiers porteur de bonne foi serait très régulièrement propriétaire à l'encontre de tous.

On obtiendrait le même résultat en mettant tout de suite son *pour acquit* sur le titre, car toute personne pourrait dès lors le toucher.

On s'est demandé si ces effets, devenus ainsi de véritables effets au porteur, ne constituaient pas un empiètement sur le privilège de la Banque de France. Mais on a répondu très exactement que ces effets diffèrent essentiellement d'un billet de banque au porteur : un billet de banque doit être échangeable à bureau ouvert contre de la monnaie, et pouvoir, à l'inverse, si l'on veut, se garder indéfiniment sans perdre de sa valeur. Or ces effets, devenus au porteur, ne peuvent pas se faire payer avant l'échéance, et, d'autre part, ils doivent être présentés le jour même de l'échéance, sous peine, pour le porteur, de perdre les recours qu'il peut avoir, et, en tout cas, après cinq ans, ils seraient éteints par la prescription (3).

764. 3° *Effets des endossements irréguliers ou en blanc.*

Ces deux espèces d'endossement produisent les mêmes effets. Sans doute l'endossement en blanc présente un certain avantage sur le premier, en ce que l'on peut remplir les blancs et faire disparaître l'irrégularité, ce que l'on ne peut en général pas faire pour le premier ; car la présence de certaines mentions doit souvent faire supposer que c'est volontairement qu'on a omis les autres (4). Mais nous allons voir que cet avantage n'est pas bien considérable.

(1) L. belge de 1872, a. 27 ; C. com. ital., a. 258.
(2) Cass. 30 mai 1848, D. P. 48. 1. 116.
(3) Cass. 10 déc. 1850, S. 51. 1. 167,
(4) Pard., n. 346. — V. Al. n. 1361.

Source BIU Cujas

Il peut se faire que ces endossements aient été faits avec la pensée de donner seulement une procuration, dans ce cas, il ne saurait y avoir de difficultés, puisque la présomption de la loi (art. 138) est conforme à la volonté des parties.

765. Mais il arrive souvent qu'ils sont faits avec l'intention de transférer la propriété et qu'il y a une série d'endossements irréguliers faits avec la même pensée. Faut-il renoncer à faire triompher cette volonté des parties? — Il y aura au moins trois cas où cette volonté pourra être suivie sans difficulté :

1° On arrive à l'échéance sans qu'aucun événement soit survenu de nature à révoquer la procuration qui légalement résulte de l'endossement, et sans que le débiteur de l'effet ait aucune compensation à opposer au premier endosseur irrégulier; alors le dernier porteur pourra valablement toucher l'effet comme s'il était propriétaire (v. n. 760); et dans le cas où l'un des endosseurs viendrait ensuite lui demander compte de ce qu'il a touché, il pourrait le repousser par une exception de dol, en prouvant qu'il avait endossé avec la pensée de transmettre la propriété de l'effet et qu'il en avait reçu le prix (1). Si ce même porteur n'est pas payé à l'échéance, il aura ses recours contre les endosseurs précédents; car nous avons vu ci-dessus (n. 761) que, n'y eût-il que procuration, il aurait ces recours. Tout se passera donc comme s'il avait été rendu propriétaire.

2° Avant toute révocation du mandat et avant que le débiteur n'ait des exceptions à opposer au premier endosseur irrégulier, il y a eu un (ou plusieurs) endossement régulier. Dès lors, n'y eût-il eu jusque-là que des procurations, nous avons vu (n. 760, 761) que le porteur, en vertu de cet endossement régulier, aurait les mêmes recours que si tous les endossements antérieurs étaient translatifs, et qu'il serait de tous points dans la même situation que si tout s'était passé très régulièrement (2). Il est donc complètement inutile de remplir les blancs, et de s'inquiéter s'ils sont ou non valablement remplis, s'ils contiennent ou non des antidates (3).

3° Dans les conditions indiquées au 2°, l'endossataire a rempli le blanc à son profit. Dès lors il a un droit irrévocable non subordonné aux événements prévus au 2°. En effet, cet endossement est très valable, il était évidemment compris dans son mandat (4).

766. La difficulté se présentera lorsque avant l'échéance, ou avant l'endossement régulier, il y a eu un fait de nature à révoquer la procuration, la mort ou la faillite d'un des endosseurs irréguliers, ou lorsqu'il est né au profit du débiteur une cause de compensation contre le premier endosseur irrégulier. Q. *Dans ce cas, pourra-t-on prouver, contre la présomption de l'art.* 138, *que l'endossement irrégulier a été fait avec l'intention de transférer la propriété?* —

(1) Cette preuve peut se faire par tous les moyens, même par de simples présomptions : Req. 16 déc. 1879, D. P. 80. 1. 197.

(2) Req. 14 juill. 1879, D. P. 80. 1. 343. — Comp. Demang., t. III, p. 179, 180.

(3) Req. 14 janv. 1873, D. P. 73. 1. 235.

(4) Req. 5 nov. 1873, D. P. 74. 1. 37. Agen, 1er avril 1873, D. P. 76. 2. 216. — Savary, *parères* 8, 42. Pot., *Change*, n. 40. — Pard., n. 346. Vincens, t. II, p. 223 et suiv. Noug., n. 451, 452. Brav., t. III, p. 178. Al. n. 1360. Ly. C. et R., n. 1102.

Source BIU Cujas

1er S. *Oui*, absolument : — l'art. 138 pose une présomption, mais il ne proscrit pas formellement la preuve contraire; — l'ordonnance de 1673 (art. 25) était très formelle sur ce point, et cependant la volonté des parties avait triomphé contre son texte; le Code, qui est moins explicite, n'a pas voulu être plus rigoureux; — enfin la L. 14 juin 1865, admet formellement l'endos en blanc, comme suffisant pour transmettre les chèques; le législateur a voulu se mettre à l'unisson de la pratique (1). — 2e S. *Non :* en principe, il ne sera pas translatif de propriété; le texte de l'art. 138 est trop formel pour cela, et il rentre tout à fait dans les termes de l'art. 1352, C. civ., qui défend la preuve contraire lorsque sur le fondement d'une présomption la loi annule certains actes : ici l'endossement est annulé formellement en tant qu'on voudrait lui faire opérer une cession (2); — *il peut néanmoins valoir comme procuratio in rem suam* pourvu que l'on prouve que telle a été l'intention des parties et que la valeur a été fournie, car on ne peut forcer l'acheteur de l'effet à le payer deux fois; dès lors le mandat sera irrévocable, soit par la volonté de l'endosseur, soit par sa mort ou sa faillite, et il équivaudra *inter partes* à une translation de la propriété (3); car entre elles le consentement suffit; — *mais il n'en sera pas de même à l'égard des tiers*, à l'égard de qui l'intention sans les formes voulues ne suffit pas (et c'est en cela que ce second système différera du premier); ceux-ci pourront soutenir qu'à leur égard il y a toujours une procuration, et qu'ils peuvent opposer à l'acquéreur la compensation du chef de l'endosseur : en effet, ces tiers ne sont pas prévenus et ne doivent croire que ce qu'ils voient; de plus c'est une peine dont l'art. 138 frappe ceux qui ne se conforment pas aux prescriptions de la loi : en effet, pendant longtemps il n'y avait pas d'endossement translatif pour la lettre de change (4); le preneur mettait seulement son *pour acquit* au bas de la lettre et elle circulait ainsi; mais le cessionnaire qui allait se faire payer subissait les exceptions du chef du preneur; plus tard, pour éviter cet inconvénient, on inventa la clause à ordre, mais alors l'ordonnance, qui la première la sanctionna, et à sa suite le Code (5) ont pu dire : vous bénéficierez de l'innovation si vous suivez mes prescriptions, sinon vous retomberez sous l'ancienne règle (6).

767. Ces *tiers* qui invoqueront la présomption de procuration inscrite dans l'art. 138 sont ceux qui doivent payer l'effet, c'est-à-dire le souscripteur dans un billet à ordre, le tiré-accepteur dans une lettre de change (7), un endos-

(1) Cass. 21 déc. 1864, D. P. 65. 1. 30, etc. — Horson, quest. 84 et suiv. Frémery, p. 126. Massé, n. 1574. — Comp. Al. n. 1360, 1363-1367, 1370.

(2) V. Pard., n. 355. Brav. et Demang., t. III, p. 178 et suiv., 182 et suiv. Al. n. 1363-1367.

(3) Req. 14 avril 1856, D. P. 56. 1. 266; Cass. 7 août 1867, D. P. 67. 1. 327, etc., etc.

(4) Savary, *parères* 16, 29, 33, et après lui l'ord. 1673, tit. 5, art. 23, opposent l'*endossement* (ne valant que procuration) à l'*ordre* (valant transport).

(5) V. ord. 1673, tit. 5, art. 23, et trav. prép. du Code : Locré, t. XVIII, p. 63-65.

(6) Req. 17 août 1881, D. P. 82. 1. 340. — Noug., t. I, p. 771, 775. Al. n. 1363 et suiv. Brav. et Demang., t. III, p. 182. Béd., n. 320, 321. De Couder, *loc. cit.*, n. 587 et suiv. Ly. C. et R., n. 1101.

(7) Req. 17 août 1881, D. P. 82. 1. 340.

Source BIU Cujas

seur antérieur contre qui on recourt. Mais pour qu'ils puissent l'invoquer, il faut qu'ils y aient intérêt, c'est-à-dire qu'ils aient des exceptions à invoquer contre les endosseurs antérieurs; sinon, peu leur importe de payer entre les mains de l'un ou de l'autre, et l'acquéreur pourra prouver contre eux que l'endossement avait pour but de transférer la propriété, afin de les décider à payer entre ses mains (1).

Q. *Les créanciers de la faillite de l'endosseur sont-ils des tiers, contre lesquels on ne pourrait pas prouver l'intention de transférer la propriété de l'effet?* On l'a jugé anciennement; mais nous ne le pensons pas : — ils sont les ayants cause du failli, car ils ne font qu'exercer les droits de leur débiteur en cherchant à reprendre l'effet de commerce, malgré l'endossement, que nous ne supposons pas fait en fraude de leurs droits (C. civ., art. 1167) ou dans la période suspecte qui a précédé la faillite (C. comm., art. 446 et suiv.); — les tiers que la loi a voulu protéger, ce sont ceux qui ont vu la lettre de change ou le billet à ordre; qui se sont obligés au paiement, et ont pu compter sur les moyens de défense que leur ménageait l'état apparent du titre. C'est la jurisprudence actuelle (2).

768. Il arrive quelquefois, à l'inverse, qu'on endosse régulièrement avec l'intention de donner une simple procuration : par exemple, au profit d'un banquier qui doit toucher l'effet; on cause alors l'endossement, *valeur en compte*; et le banquier fait de même au profit de son correspondant du lieu de l'échéance, à qui il envoie l'effet en recouvrement. On a ainsi l'avantage que les banquiers ne sont pas exposés à se voir opposer les exceptions du chef du cédant, et à être forcés de faire des comptes de retour, parce qu'ils ne sont pas payés. — Mais alors l'endosseur aura des difficultés pour revendiquer l'effet en cas de faillite du banquier. Nous admettons que l'on pourrait faire, à l'encontre des créanciers de la faillite la preuve que cet endossement a eu pour but une simple procuration : — en effet, on n'a pas ici de texte contraire, comme celui de l'art. 138; nous devons donc admettre *à fortiori* cette preuve que nous avons admise dans le cas inverse, même en présence de l'art. 138; — on ne peut argumenter de l'art. 1341, C. civ., défendant de prouver *contre* et *outre* le contenu aux actes, car l'endossement n'indique nullement par sa formule qu'on ait voulu transférer la propriété (3).

§ 3

Endossement de garantie.

769. On l'appelle aussi *endossement pignératif*. Nous l'avons expliqué sous l'art. 91, 2e al., qui en parle. Nous avons dit qu'il est valablement causé

(1) Req. 12 janv. 1869, D. P. 72. 1. 125. — *Contrà :* Bordeaux, 14 mai 1872, D. P. 74. 2. 10.

(2) Req. 12 janv. 1869, D. P. 72. 1. 125, etc. — Demang., t. III, p. 186. Al. n. 1368. Noug., t. I, n. 777. De Couder, *l. cit.*, n. 590, 592. Ly. C. et R., n. 1101, note 2.

(3) Cass. 10 juill. 1848, S. 48. 1. 609. — Pard., n. 350, 489. Troplong, *Nantissement*, n. 283 et suiv. Dall., n. 441. Noug., n. 432. Al. n. 1340. Massé, n. 2895. — Comp. Req. 3 août 1876, D. P. 77. 1, 311.

Source BIU Cujas

valeur en garantie. — Les droits de l'endossataire sont : — de toucher et de donner quittance à l'échéance de l'effet, s'il l'a encore en mains à ce moment (art 91, *in fine*, v. n. 494); — de transférer lui-même la propriété complète de l'effet par endossement; mais non pas à l'amiable (art. 93, *in fine*); seulement en exécution d'une vente publique faite dans les conditions de l'art. 93, c'est-à-dire par le ministère des courtiers et huit jours après sommation faite à son débiteur (v. n. 494, 495).

SECTION III.

GARANTIES DU PAIEMENT.

Ces garanties sont au nombre de quatre : — 1° Provision; — 2° Acceptation; — 3° Aval; — 4° Solidarité.

§ 1er

Provision.

770. Par la souscription de la lettre de change, le *tireur seul* s'est obligé envers le preneur. Il s'est obligé principalement à lui faire payer la somme convenue à l'échéance par le tiré; il est aussi obligé en outre à lui procurer avant l'échéance l'acceptation du tiré. — Pour déterminer le tiré à payer à l'échéance, et à accepter la lettre avant ce moment, le tireur doit lui fournir les moyens d'exécuter cet engagement; ces moyens sont ce que l'on appelle la **provision.**

Art. 115. La provison doit être faite par le tireur, ou par celui pour le compte de qui la lettre de change sera tirée. sans que le tireur pour compte d'autrui cesse d'être personnellement obligé envers les endosseurs et le porteur seulement.

Si le tireur ne fait pas provision, et que la lettre ne soit pas payée, le preneur et tous les porteurs successifs, qui sont les ayants cause du preneur, ont le droit de demander au tireur des dommages-intérêts pour cette inexécution; et cela quand même ils n'auraient pas été eux-mêmes parfaitement diligents. Au contraire, s'il y avait eu provision faite, ils ne pourraient recourir contre le tireur que s'ils n'avaient commis eux-mêmes aucune négligence (a. 170).

A l'égard du tiré, la provision fournie produit cet effet que le tiré n'a aucune bonne raison pour refuser de faire le paiement que le tireur le charge de faire, et qu'il se trouve par conséquent obligé *envers le tireur* à faire honneur à sa signature, sous peine de dommages-intérêts envers le tireur s'il ne le faisait pas (1). Et à l'échéance, le porteur, subrogé aux droits du tireur, pourrait exercer cette action contre le tiré, lors même qu'il n'aurait pas fait toutes les diligences que lui impose le Code (art. 170, 2e al.).

(1) Cass. 14 mai 1862, D. P. 62. 1. 238.

Source BIU Cujas

Par conséquent, la provision produit deux effets : — 1° acquitter une partie des obligations du tireur et rendre plus difficile le recours du porteur contre lui; — 2° obliger le tiré envers le tireur à accepter le mandat de payer que lui donne la lettre de change. — Un troisième effet est controversé; on se demande, si, dès qu'elle existe, elle devient la propriété du porteur.

Nous examinerons deux questions : — 1° Quand y a-t-il provision; — 2° Quels sont les droits du porteur sur cette provision.

I. — Quand y a-t-il provision?

Art. 116. Il y a provision si, à l'échéance de la lettre de change, celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur, ou à celui pour compte de qui elle est tirée, d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change.

771. Il faut, et il suffit que le tiré soit redevable au tireur de la somme voulue. Ceci se produira, non seulement si la somme a été envoyée par le tireur au tiré pour payer la lettre, mais aussi toutes les fois que le tireur sera créancier du tiré pour une cause quelconque, par suite d'une vente, d'un transport fait pour lui, d'un compte, de remises d'effets de commerce que le tiré aura touchés pour le tireur, d'une lettre de change que le tireur aura payée lui-même pour le tiré, etc. (1). Très souvent, dans la pratique commerciale, le tireur émet la lettre pour se rembourser sur le tiré de ce que celui-ci lui doit; de sorte que la provision n'est pas faite après coup en vue du paiement de la lettre; c'est, au contraire, la lettre, qui est tirée comme moyen de faire payer la créance qui sert de provision. Souvent aussi vous tirez sur une personne qui n'est pas encore votre débitrice, mais que vous prévoyez devoir l'être bientôt, par suite de vos relations commerciales avec elle. — En général un créancier ne peut tirer sur son débiteur qu'avec le consentement de celui-ci, car il est plus grave d'être tenu en vertu d'une lettre de change qu'en vertu d'une simple créance ordinaire (2). Mais sur beaucoup de places il est reçu qu'entre commerçants l'autorisation existe tacitement; c'est une question de fait à résoudre (3).

Pour qu'il y ait provision, produisant les deux effets que nous avons signalés, il faut que la dette du tiré soit *exigible*; car autrement il pourrait se refuser de payer ou d'accepter avant son terme, et le tireur n'aurait en rien préparé le paiement de la lettre, comme il le doit (4). Ainsi, si deux personnes

(1) Al. n. 1281.

(2) Cass. 10 avril 1878, D. P. 78. 1. 289 et la note. — Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Lettre de ch.*, sect. 2, § 2, n. 5. Noug., t. I, n. 442. Da, *Compte courant*, p. 265.—Comp. Req. 8 janv. 1879, D. P. 79. 1. 287.—Pour les effets de cette émission, v. p. 533, note 2.

(3) V. Pot. n. 92. — Cet usage semble admis comme règle par Favard de Langlade et Noug., *ll. citt. Contrà* : Pard., t. II, n. 364. Vincens, t. II, p. 191. Dall., v° *Eff. de com.*, n. 299. Il est consacré comme règle entre commerçants, par la L. belge, a. 8.

(4) Al. n. 1281, 1282. Ly. C. et R., n. 1109. De Couder, n. 226. — Beaucoup d'arrêts ont décidé qu'il y avait provision lors même que la dette du tiré n'était pas exigible; mais ce n'est pas au point de vue des droits du tireur, dont nous parlons, c'est au point de vue des droits du porteur, dont nous parlerons bientôt. V. Cass. 20 juin 1854, D. P. 54. 1. 305; Besançon, 14 mars 1865, D. P. 65. 2. 62. Ly. C. et R., n. 1109, note 1.

Source BIU Cujas

tirent respectivement l'une sur l'autre, il n'y a provision qu'entre les mains de celui dont la traite a la première été payée par l'autre (1). Mais il suffit que le tiré ait été régulièrement débité d'après les conventions ou les usages des parties, lors même qu'il n'aurait pas encore reçu toutes les marchandises dont il doit le prix, ou touché tous les effets de commerce qu'il doit recouvrer pour le tireur (2). Il suffirait même que le tiré eût ouvert un crédit au tireur, car en le faisant il a promis de payer pour lui jusqu'à concurrence du crédit ouvert; il s'est constitué son débiteur dans cette mesure (3). En cas de compte courant entre les deux parties, il n'y a provision qu'autant qu'à l'échéance le tiré se trouve débiteur d'un solde exigible égal au montant de la lettre de change (4); les remises faites au tiré dans le courant du compte ne suffisent pas si elles n'ont pas reçu une affectation spéciale au paiement de la lettre de change (5), et si elles sont compensées dans le compte par un débit inverse (6) (V. *infrà*, n. 884, A).

Il faut que la créance qui constitue la provision soit « *au moins égale au montant de la lettre de change* ». Sans cela, le tireur ne pourrait prétendre avoir rempli son obligation, et ne pourrait pas opposer les déchéances au porteur ou aux endosseurs négligents. Mais la provision même insuffisante devrait toujours être affectée par le tiré au paiement de la lettre de change, si le porteur acceptait un paiement partiel, ou s'il y avait plusieurs lettres de change tirées entre les mêmes parties : dans ce dernier cas, le tiré qui aurait accepté quelques-unes d'entre elles aurait le droit de conserver la provision pour payer celles-là (7); si aucune n'était acceptée, le tiré devrait payer de préférence, soit les premières émises (8), soit les premières qui lui seraient présentées, suivant qu'on admet que le porteur est ou n'est pas rendu propriétaire de la provision par le seul fait de la souscription de la lettre de change à son profit. C'est ce que nous allons expliquer.

II. — **Quels sont les droits du porteur sur la provision?**

772. On se demande si le porteur est devenu **propriétaire de la provision** par le fait seul de la souscription de la lettre de change, ou bien si elle continue toujours à faire partie du patrimoine du tireur. L'intérêt de la question se présente lorsque le tireur est tombé en faillite avant l'échéance; alors il s'agit de savoir si la provision doit être payée intégralement au porteur, ou bien si les syndics de la faillite du tireur ont le droit de la reprendre des mains du tiré, de façon que le porteur soit réduit au rôle de créancier du tireur, venant prendre seulement un dividende dans sa faillite. — Il faut bien accepter la question dans les termes où elle est posée par un usage ab-

(1) Al. n. 1283.

(2) Al. n. 1281. — Comp. Dijon. 27 déc. 1871, D. P. 74. 2. 237; Rej. 14 mai 1873, D. P. 73. 1. 428.

(3) Al. n. 1283.

(4) Comp. Lyon, 9 août 1848, D. P. 49. 2. 167.

(5) Rouen, 24 avril 1845, D. P. 47. 2. 201.

(6) Al. n. 1283.

(7) Colmar, 7 mai 1850, D. P. 55. 2. 230; Rouen, 15 juin 1857, S. 57. 2. 566. — Al. n. 1284.

(8) Même arrêt de Rouen. — Al. n. 1284.

Source BIU Cujas

solument constant; et parler de la *propriété* de la provision. Mais cette expression est impropre et pourrait tromper : au moins dans le cas le plus ordinaire, où la provision consiste en une somme d'argent due par le tiré au tireur, il ne peut pas être question de la propriété des deniers qui forment cette somme; car ces deniers ne sont nullement individualisés dans la caisse du tiré; il y a tout simplement créance du tireur contre le tiré; il s'agit de savoir si cette *créance* est restée dans le patrimoine du tireur, ou si elle est passée dans celui du porteur; qu'on parle si l'on veut de la propriété du porteur, mais qu'il soit bien entendu qu'au moins dans les cas les plus fréquents, c'est la *propriété d'une créance.*

Il faut distinguer tout d'abord deux hypothèses :

1° **Si le tiré a accepté**; il s'est personnellement obligé à payer intégralement le montant de la lettre de change; il a contracté cette obligation en vue de la provision qu'il avait et sur laquelle il a compté pour payer; c'est son gage qu'il détient. Il la gardera donc à l'encontre de la faillite du tireur, et il la remettra intégralement au porteur. Tout le monde est d'accord sur ce point (1). Il y a donc un grand intérêt pour le porteur à demander cette acceptation.

773. 2° **Si le tiré n'a pas accepté.** C'est dans ce cas qu'il y une grande controverse.

1er **Système** : *Le porteur n'est pas propriétaire de la provision* : — ce que réclame le porteur est en réalité un privilège à l'encontre de la masse de la faillite du tireur, puisqu'il veut être payé sur la provision à l'exclusion des autres créanciers; or, les privilèges sont de droit étroit et ne peuvent s'établir qu'en vertu d'un texte formel de loi (C. civ., art 2093 et 2094); il faudrait donc que le système adverse établit très formellement cette cause de préférence. C'est ce qu'il ne fait pas.

Il argumente de l'ancien droit; mais dans l'ancien droit on n'était pas d'accord sur la question; et en tout cas l'argument tiré de l'ancien droit ne suffirait pas pour établir un privilège; il faudrait un texte du droit actuel.

On veut l'établir en prétendant que la lettre de change contient une cession de créance; cession de la créance du tireur contre le tiré (C. comm., art. 115). Mais rien n'indique cette prétendue cession de créance; la lettre de change est un moyen d'exécuter le contrat de change; par ce contrat, l'une des parties s'oblige envers l'autre à faire payer une certaine somme entre ses mains dans un autre lieu; par la lettre de change, le tireur s'oblige à faire payer au porteur une somme par les mains du tiré et au lieu dit. Il ne s'oblige qu'à cela. Il devra s'arranger pour que ce paiement ait lieu; mais il est entièrement maître des moyens à employer pour cela; il pourrait y arriver sans avoir fait aucunement provision, si le tiré consent à accepter ou à payer à découvert, et le porteur, qui obtient l'acceptation ou le paiement, n'a nullement le droit de se plaindre de ce qu'il n'y avait pas provision; comment donc comprendre qu'on lui ait cédé une créance qui peut ne jamais exister? — Il suffit, en tous cas, que la provision existe au moment de l'échéance pour

(1) Pet., n. 97. — Frémery, p. 135. Noug., n. 343, 345. Béd., n. 160, 164, *in fine.* Brav., t. III, p. 471. Ly. C. et R., n. 1121.

Source BIU Cujas

décharger le tireur d'une partie de ses obligations, même en cas de non paiement de la lettre de change; c'est ce qu'indiquent les articles 116, 117, 170, C. comm. Il faut en conclure que le porteur ne saurait acquérir, au moment de la souscription de la lettre de change, un droit sur une provision qui n'existera peut-être pas de longtemps.

Il y a plus : il résulte des deux observations qui précèdent et des textes cités, que le tireur, après avoir fait la provision, pourrait très bien la reprendre, si le tiré est toujours disposé à accepter ou à payer, ou bien si la provision est reconstituée à l'échéance. Cela montre bien que le porteur n'a aucun droit sur elle.

Enfin les partisans de son droit de propriété argumentent de l'art. 149, C. comm., qui n'admet l'opposition au paiement de la lettre de change que dans deux cas : en cas de perte, ou en cas de faillite *du porteur*. Il ne l'admet pas en cas de faillite *du tireur*; or, dit-on, si le tireur était resté propriétaire de la provision, c'est par une opposition au paiement ou un acte équivalent que les syndics de sa faillite pourraient conserver cette somme pour la masse. Le premier système répond que l'art. 149 a eu en vue seulement l'opposition qui pouvait venir des créanciers du porteur, lequel est le créancier en vertu de la lettre de change; car c'est en général des créanciers du créancier que viennent les oppositions au paiement (v. C. civ., a. 1242). Il n'a pas pensé à l'opposition qui pouvait venir du côté du tireur, et n'a pas voulu la proscrire. D'ailleurs, les syndics de celui-ci ont d'autres moyens pour faire rentrer cette somme dans la masse; ils n'ont qu'à agir contre le tiré en paiement ou en revendication de la valeur qu'il a entre les mains, comme aurait pu le faire le tireur lui-même avant l'échéance (v. *suprà*, n. 770). Il est d'ailleurs peu probable que le législateur ait tranché une question de cette importance, dans l'art. 149, indirectement et comme en passant (1).

2° **Système** : *Le porteur est propriétaire de la provision* (1). S'il se fait payer sur la provision à l'exclusion des créanciers du tireur, ce n'est nullement en vertu d'un privilège : il n'agit pas comme créancier du tireur, passant avant les autres créanciers du même débiteur, sur une créance qui ferait partie des biens de celui-ci. Il prétend que cette créance est sortie du patrimoine du tireur pour entrer dans le sien. Il prétend qu'il est cessionnaire de la créance du tireur contre le tiré; c'est là, non pas un argument qu'on donne en faveur de sa prétention, mais le fonds même du droit qu'il prétend avoir. Il s'agit donc essentiellement de prouver que la souscription d'une lettre de change implique la cession de la créance (actuelle ou éventuelle) du tireur contre le tiré.

Le premier système fait une analyse incomplète et inexacte des conventions contenues dans la lettre de change. Celle-ci est, sans doute, un moyen d'exécuter le contrat de change; mais non pas en ce sens seulement que ce serait la constatation du contrat de change pour arriver plus tard à l'exécution ; il faut dire (et c'est ce qu'on dit habituellement) que c'est un *commencement d'exécution* du contrat : le tireur ne se borne pas à dire, comme dans le contrat de change : Je vous promets de m'arranger pour vous faire payer telle

(1) Frémery, p. 130. Horson, quest. 64 et suiv. Delam. et Lepoitv., t. V, n. 288. Dall., n. 222. Boulay-Paty, *Faillites*, t. II, p. 31.

Source BIU Cujas

somme à tel endroit. Il fournit par avance au preneur le moyen de se la faire payer, et ce moyen c'est l'ordre donné au tiré de payer entre ses mains. — Cela résulte d'abord de la rédaction même de l'écrit; le tireur ne dit pas : *Je promets de payer* ou *de faire payer*, ce qui constituerait un billet à ordre ou à domicile; mais il s'adresse au tiré et lui dit : *Payez à l'ordre de M...* Ou bien les mots ne signifient rien, ou bien il y a dans cette seconde formule quelque chose de plus que dans la première. D'où nous devons conclure que si la lettre de change diffère du billet à ordre, c'est parce qu'elle ne contient pas seulement un engagement personnel du tireur ; elle contient la constitution d'un droit certain et positif pour le preneur, auquel le tireur délègue son débiteur, le tiré. — Sans doute, cette délégation n'est pas opposable au tiré tant qu'elle ne lui a pas été notifiée (C. civ., art. 1275) ; mais entre les parties présentes, tireur et preneur, elle constitue un lien aussi fort que la délégation complète, parce qu'il y a entre elles un consentement aussi complet que dans celle-ci ; et spécialement le tireur, en mettant aux mains du preneur un ordre de paiement sur le tiré, manifeste bien la volonté de le saisir des droits qu'il a ou pourra avoir contre celui-ci.

Par la formule que nous venons de rappeler, le tireur donne à la fois *commission* au tiré de payer (V. *infrà*, n. 778) et au preneur de toucher sa créance. Et cette commission donnée au preneur est irrévocable, car c'est une commission *in rem suam* ; on ne peut douter qu'elle n'ait ce caractère, puisque le preneur a payé par avance le montant de la créance, en fournissant la valeur, et que ce paiement est constaté *erga omnes* par l'indication de la *valeur fournie* dans la lettre de change.

Si nous cherchons, d'après les données pratiques, l'intention des parties, nous arrivons au même résultat : c'est une notion élémentaire, dans la pratique des banques et des escomptes, que les éléments de crédit d'une lettre de change ne sont pas les mêmes que ceux d'un billet à ordre. Dans ce dernier, le bénéficiaire suit entièrement la foi du souscripteur ; il lui accorde un crédit entièrement personnel ; aussi, le billet à ordre à une seule signature est-il difficilement pris à l'escompte. Au contraire, le bénéficiaire d'une lettre de change compte, pour sa garantie, sur l'opération qu'elle représente entre le tireur et le tiré ; on dit que le crédit de cette lettre repose *sur une valeur faite* ; aussi prend-on bien plus facilement à l'escompte une lettre de change à une seule signature (v. *suprà*, n. 694). Pourquoi cette différence, si, dans la pensée des parties, elle ne présente pas quelque garantie personnelle du tireur ? Et cette garantie de plus ne peut être que le transport des droits de celui-ci contre le tiré, puisque c'est la considération de la valeur faite entre les mains du tiré qui donne plus de crédit à la lettre de change.

On voit combien il est inexact de dire que le tireur s'oblige, envers le preneur, seulement à lui faire payer la somme voulue au lieu dit et à l'échéance convenue, et que le mode d'exécution doit être absolument indifférent au preneur. Le code, d'ailleurs, se charge de corriger cette prétention du tireur, si elle venait à naître ; puisqu'il l'oblige à procurer au porteur l'acceptation du tiré avec l'échéance (C. comm., art. 118). Le tireur ne peut donc pas dire au preneur : Mon engagement personnel vous suffit ; vous n'avez droit qu'à cela. Le preneur a le droit de ne pas s'en contenter. Le point de départ du premier système est donc complètement inexact.

Source BIU Cujas

Mais plusieurs objections paraissent combattre la théorie du second système, qui admet une *cession de créance* du tireur au preneur. — D'abord, il peut n'y avoir aucune créance du tireur contre le tiré au moment de l'émission de la lettre de change. Je réponds qu'il y en aura toujours une au moment de l'échéance (C. comm., art 116) et que cela suffit ; aussi nous disons que le tireur cède au preneur sa créance actuelle *ou éventuelle* contre le tiré. — Mais on insiste et l'on soutient qu'il peut, même à l'échéance, n'y avoir aucune créance entre le tireur et le tiré, parce que celui-ci peut payer sans avoir provision. Je réponds qu'il y aura toujours la créance que nous cherchons : si elle ne résulte pas des autres rapports des parties, elle résultera du moins de l'engagement exprès ou tacite du tiré de faire au tireur une avance de fonds ; car celui qui a promis de me prêter est bien constitué mon débiteur par cette promesse, en attendant que je devienne le sien lorsqu'il l'aura réalisée (v. *suprà*, n. 771, et *infrà*, n. 888).

En tout cas, dit-on, si cette créance existe, le preneur n'en est pas propriétaire ; car, d'abord, le tireur pourrait, avec le consentement du tiré, reprendre la provision avant l'échéance (art. 116, 117, 170) ; et le preneur ne pourrait s'en plaindre si elle était reconstituée à l'échéance, ou s'il était payé par le tiré. Qu'est-ce qu'une propriété dont un autre (celui qu'on prétend le vendeur) pourrait disposer? Je crois qu'il faut répondre par une distinction : les art. 116, 117, 170 s'occupent de la provision relativement aux recours auxquels le tireur est exposé et à la diligence plus grande que son existence impose au porteur; et, à cet égard, ces articles sont satisfaits si la provision existe à l'échéance, et le tireur n'encourra pas la peine de ces articles s'il l'a reconstituée à cette époque. Mais il ne s'ensuit pas que le tireur conserve le droit absolu de disposer de la provision : dans une cession de créance civile, celui qui a cédé une créance n'a pas le droit de se la faire payer ; le débiteur cédé, s'il a accepté la cession ou si elle lui a été signifiée, n'a pas le droit de lui payer ; mais si le débiteur, non prévenu avait payé, le cédant pourrait éviter tout recours en rétablissant les fonds chez le débiteur cédé avant l'échéance. Eh bien, il en est de même ici : le tiré qui n'est aucunement lié par la cession tant qu'il ne l'a pas connue ne peut empêcher le tireur de reprendre la provision, et, si le tireur l'a reprise, il ne pourra pas être recherché pourvu qu'il l'ait reconstituée lors de l'échéance ; s'il ne la reconstitue pas, on n'a contre lui qu'un recours personnel, comme on l'aurait contre un vendeur qui aurait détruit la chose vendue. Mais il ne s'ensuit nullement qu'il n'y ait pas eu cession véritable, puisque nous venons de voir que les mêmes solutions seraient applicables en cas de cession civile expresse.

Après cette analyse théorique, venons à notre droit positif. — Il faut remarquer, tout d'abord, que Dupuys de la Serra disait formellement que la lettre de change est une cession de créance ; et quoiqu'on ne fût pas d'accord dans l'ancien droit, il est permis de croire que les rédacteurs du Code ont adopté de préférence cette doctrine. En effet, elle concorde avec les modifications que le Code a fait subir à notre ancien droit en notre matière : la lettre de change, dans notre ancien droit, était surtout considérée comme moyen de faire une opération de change ; or, nous avons vu qu'il suffisait, à la rigueur, pour qu'il y eût opération de change, de l'engagement purement personnel du tireur. Aujourd'hui, au contraire, le Code considère aussi

Source BIU Cujas

la lettre de change comme moyen de circulation et de crédit (c'est pour cela, avons-nous dit, qu'il exige essentiellement la clause à ordre); or nous avons vu tout à l'heure que la lettre de change n'a véritablement tous ses avantages, comme moyen de circulation ou de crédit, que si elle présente, outre la garantie personnelle du tireur, une garantie réelle dans la transmission de la provision au preneur. Cette transmission est donc encore beaucoup plus conforme à l'esprit de notre droit moderne qu'à celui de l'ancien droit; il est donc infiniment probable que le Code a adopté cette idée.

L'art. 149 change cette probabilité en certitude, en défendant toute opposition au paiement de la lettre de change en dehors des deux cas de perte ou de faillite du porteur. Car la réponse du premier système est tout à fait divinatoire; comment, en présence du texte formel et absolu de l'article, oser dire qu'il ne se préoccupait que de l'opposition venue des créanciers du porteur? Il est par trop facile d'éluder un texte restrictif en disant que le législateur n'a pas pensé aux cas qu'il exclut. Poussez l'argument jusqu'au bout, argumentez de même pour ces divers cas (vous ne pouvez vous arrêter, si vous commencez), et vous anéantirez la règle posée par le législateur! — Non: le législateur se préoccupait, dans l'art. 149, de favoriser la circulation des lettres de change en leur assurant un paiement immédiat et exempt de difficultés, et il devait aussi bien prévoir l'opposition venue du côté du tireur que celle venue du côté du porteur. Ses motifs s'appliquent à tous les cas, et, comme son texte s'y applique aussi, il n'y a pas de raison de distinguer. — Faut-il s'étonner, après cela, qu'il ait consacré dans cet article la propriété du preneur sur la provision, et qu'il l'ait fait indirectement? Non : c'était là précisément le siège de la matière, c'était l'objet direct de cette disposition. Il s'agissait d'asseoir et d'assurer les droits du porteur envers tous les ennemis qui pouvaient s'y attaquer; le Code les a tous abattus d'un coup, et là où une formule générale tranchait toutes les difficultés, pourquoi aurait-il fait une énumération détaillée, où il aurait été exposé à en omettre quelques-uns? — Quant à l'argument qui consiste à dire que l'opposition n'est pas le moyen unique de reprendre la provision entre les mains du tiré, il suffit, pour y répondre, de dire que c'est le moyen préalable nécessaire, dans tous les cas, pour rendre cette reprise possible; car si l'on ne fait pas opposition entre les mains du tiré, on est exposé à tout instant à ce qu'il paie ou au moins à ce qu'il accepte et anéantisse ainsi les droits qu'on veut réclamer. En tout cas, l'opposition est renfermée implicitement dans toute demande en paiement ou en revendication dirigée contre le tiré. Le Code, en proscrivant l'opposition du chef de la faillite du tireur, a donc proscrit toute réclamation qui voudrait venir de ce côté; il a donc consacré un droit de propriété pour le porteur à l'encontre de cette faillite.

La jurisprudence, après des hésitations, s'est définitivement fixée dans ce sens de 1830 à 1834, et depuis cinquante ans elle maintient unanimement cette propriété du preneur sur la provision (1).

(1). V., comme dernier arrêt dans ce se sens, Cass. 10 août 1873, D. P. 73. 1. 439. *Adde*: Dijon, 27 déc. 1871, D. P. 74. 2. 237. — Pard., n. 392. Noug., n. 272. Favard de Langlade, *Répert.*, v° *Lettre de change*, sect. 2, § 2, n. 1. Vincens, t. II, p. 362. Devillen. et Massé, *Dict.*, v° *Lett. de ch.*, n. 121, 122. Goujet et Merger, *Dict.*, v° *L. de ch.*, n. 191.

Source BIU Cujas

774. Voici les conséquences de notre système admis par la jurisprudence : — En cas de faillite du tireur, le porteur a un droit exclusif sur la provision ; c'est sur cet intérêt de la question que nous avons raisonné ; — les créanciers du tireur ne peuvent faire aucune saisie-arrêt sur la provision après l'émission de la lettre ; c'est une seconde conséquence de l'art. 149 (1) ; — le porteur, pour empêcher que le tiré dispose de la provision à son préjudice, qu'il la rende au tireur, n'a pas besoin de faire une saisie-arrêt entre ses mains ; il suffit qu'il lui fasse une simple défense (C. civ., art. 1690) (2) ; — s'il y a plusieurs traites sur la même personne et qu'aucune n'ait été acceptée, les premières tirées doivent être payées les premières ; en supposant la provision insuffisante, elles l'ont attribuée aux premiers bénéficiaires, à l'exclusion des subséquents (Cf. *suprà*, n. 771) (3) ; — si c'est une créance hypothécaire qui sert de provision, les hypothèques sont cédées en même temps que la créance, et passent par les endossements aux porteurs successifs jusqu'à concurrence de la provision (4) ; et le porteur, dans la répartition des deniers hypothécaires, primera le tireur, qui lui doit garantie comme vendeur ; attendu qu'il y a cession de créance et non subrogation, on n'applique pas l'art. 1252, C. civ. (5).

775. Nous avons supposé jusqu'ici que la provision consistait uniquement et sans méprise possible en une somme d'argent due par le tiré au tireur. Nous devons maintenant parler du cas où l'on dit (improprement, suivant nous) que la provision *consiste en marchandises*. Il faut supposer que le tireur pour faire la provision de sa traite, avant ou après son émission, peu importe (v. *suprà*, n. 771, 1er al.), a envoyé des marchandises au tiré, soit qu'elles aient été achetées par celui-ci, soit qu'elles lui soient adressées avec la commission de les vendre et d'en tenir le prix à la disposition du tireur. Celui-ci peut se dire qu'il a fait sa provision en marchandises. — Mais faut-il dire que la provision *consiste en marchandises ?* On l'a soutenu ; mais il y a là une grande inexactitude suivant nous : la provision, ce sont, avons-nous dit (n. 770), les moyens fournis au tiré pour payer la lettre de change ; c'est *ce qui doit servir* au paiement de la lettre. Or la lettre par essence ne peut être payée qu'en argent (v. *suprà*, n. 712, 721). Par conséquent ce ne sont pas proprement les marchandises qui constituent la provision ; ce qui la constitue c'est la créance du prix résultant de leur réception : le tiré, acheteur ou chargé de vendre, devient en les recevant débiteur actuel ou futur du prix qu'il a promis ou qu'il touchera en les vendant ; par là même il se trouve nanti des moyens de payer la lettre de change. L'article 116 nous commande aussi la même solution, puisque, suivant cet article, il y a provision quand le tiré se trouve redevable envers le tireur d'une somme au moins égale au montant de la lettre de change. D'après cet article, la provision consiste essentiellement dans une dette du tiré envers le tireur ; or le tiré dans les hypothèses sur lesquelles nous

Renouard, *Faillites*, t. II, p. 336. Dall., n. 231. Béd., n. 161. Al. n. 1285 et suiv. Demang., t. III, p. 474, 475. Ly C. et R., n. 1123-1126. L. belge, a. 6.

(1) Rouen, 1er déc. 1854, D. P. 55. 2. 122, etc.

(2) Cass. 1er juin 1858, D. P. 58. 1. 287.

(3) Rouen, 15 janv. 1857, D. P. 57. 2. 566.

(4) Rej. 20 juin 1864, D. P. 64. 1. 305.

(5) Même arrêt.

Source BIU Cujas

raisonnons n'est pas débiteur des marchandises, il n'est débiteur que de leur prix. La provision consiste donc, non dans les marchandises, mais dans le prix des marchandises.

Cette observation est extrêmement importante dans le système (admis par nous) qui attribue au porteur la propriété de la provision. Elle empêche qu'on ne puisse en tirer les conséquences suivantes, qui seraient contraires à l'essence du contrat de change et à celle de lettre de change, précisées aux numéros 712 et 721. On ne devra pas dire qu'à l'échéance le porteur pourrait prendre en paiement les marchandises envoyées au tiré et les prendre à titre de propriétaire (v. art. 143); encore moins qu'il était dès avant l'échéance propriétaire de ces marchandises, qu'elles étaient à ses risques (C. civ., art. 1138), et que si elles ont péri, par exemple entre les mains du tiré acheteur, elles ont péri pour lui. Non, même après leur perte, l'acheteur en doit le prix, il a donc provision; si le tiré était seulement commissionnaire pour vendre, une fois les choses péries, sans sa faute, il n'en doit pas le prix, mais il ne s'ensuivra pas que le porteur ne doive pas être payé; s'il n'est pas payé par ce tiré, son droit reste intact contre le tireur et les endosseurs.

776. Souvent lorsque la provision est faite au moyen de marchandises envoyées au tiré, pour donner une garantie de plus au porteur, et négocier plus facilement la traite, le tireur endosse en faveur du porteur le *connaissement*, délivré par le capitaine du navire qui transporte les marchandises; la traite accompagnée ainsi du connaissement est appelée **traite documentaire**. Le connaissement sera endossé de proche en proche avec la traite; le dernier porteur se trouvera ainsi nanti du titre nécessaire pour se faire délivrer les marchandises par le capitaine; et il aura le droit de retenir ce titre jusqu'au moment où le tiré lui aura payé la traite. Cela lui donne au moins un *droit de rétention* sur les marchandises jusqu'au paiement du prix; c'est un moyen commode pour le vendeur de ne pas suivre absolument la foi d'un acheteur qui se trouve au delà des mers, et de s'assurer qu'il ne prendra livraison des marchandises qu'après en avoir payé le prix.

C'est dans ce cas surtout qu'on est tenté d'appliquer la doctrine que le porteur est propriétaire de la provision, et de dire que l'endossement du connaissement à son profit a consacré pour lui ce droit de propriété sur les marchandises mêmes. C'est ce qu'ont fait certains arrêts (1). — Nous pensons que cette doctrine est erronée, même dans ce cas, et, de fait, la jurisprudence n'en a jamais, à notre connaissance, suivi les conséquences jusqu'à dire que le porteur pourrait s'attribuer les marchandises en nature, et qu'elles seraient à ses risques; l'arrêt que nous venons de citer concluait seulement à un droit de préférence au profit du porteur sur les marchandises, dont il avait le connaissement. Mais ce droit, conforme à l'intention des parties, peut résulter aussi d'une autre analyse juridique, plus exacte suivant nous, que la première :

Le porteur de la traite documentaire ne cesse pas d'être créancier uniquement d'une somme d'argent; et il n'a droit qu'à une somme d'argent; mais en endossant à son profit le connaissement on le met en possession des marchandises, et on lui confère sur elles un *droit de gage* (art. 91 et 92 nouveaux),

(1) V. Cass. 17 août 1859, D. P. 59. 1. 347.

Source BIU Cujas

et non pas seulement le droit de rétention dont nous parlions tout à l'heure; dès lors il a droit, en cas de non paiement de la lettre de change, de faire vendre les marchandises pour se faire payer de sa créance sur le prix de la vente. Nous arrivons donc à la même solution que l'arrêt cité, mais par une autre raison juridique. Un autre arrêt (1) avait mieux justifié cette solution en reconnaissant seulement au porteur un *privilège* sur les marchandises dont il détenait le connaissement. Seulement cette doctrine, exacte en droit, avait un grave inconvénient pratique avant la loi de 1863 sur le gage commercial; c'est qu'on pouvait reprocher au porteur de n'avoir pas rempli les formalités nécessaires alors pour la constitution de son gage. C'est, nous le pensons, pour tourner cette difficulté que l'arrêt de 1859 avait essayé de le déclarer propriétaire. Depuis la loi de 1863 ce biais n'est plus nécessaire et l'on peut franchement revenir aux vrais principes (2).

Le droit de gage que nous reconnaissons au porteur ne lui donne pas seulement un droit de rétention, il lui donne aussi 1° un privilège (C. civ. 2073 et 2102), 2° le droit de se faire payer, sur le prix, si les marchandises sont vendues par le consignataire (3).

L'exercice de ce droit de gage exige la possession (a. 92, v. *supra*, n. 493). Les porteurs de la traite documentaire ne peuvent donc l'invoquer, que si les connaissements sont restés annexés à la traite (4).

(1) Cass. 15 déc. 1856, D. P. 56. 1. 115.

(2) On pourrait encore faire à cette doctrine une objection pratique. Le porteur, non payé, s'il veut exécuter son gage et faire vendre les marchandises, ne le peut, d'après l'art. 93 nouveau, que huit jours après une sommation au débiteur. Or il est absolument impraticable pour lui d'aller faire cette sommation au tireur dans le pays lointain d'où les marchandises sont venues; ce serait une perte de temps énorme et il risquerait de voir son gage disparaître, soit par la détérioration des marchandises, soit par la dépréciation des cours. Donc on ne satisfait pas aux besoins de la pratique en le traitant comme un créancier gagiste. — La réponse nous semble facile; elle consiste à dire que ce n'est pas au tireur éloigné, mais au tiré présent sur les lieux, que la sommation doit être faite, et que le protêt faute de paiement est par lui-même une sommation suffisante. Sans doute on pourrait dire : tant que le tiré n'a pas accepté, il n'est pas débiteur de la traite, donc on ne peut lui faire la sommation prescrite par l'art. 93. Mais il ne faut pas perdre de vue les conséquences de la doctrine que nous avons admise sur la propriété de la provision : par l'émission de la traite le preneur devient bien créancier du tireur, mais en outre, nous l'avons montré, celui-ci lui cède sa créance actuelle ou éventuelle contre le tiré. Quelle est celle des deux créances qui est garantie par le nantissement du connaissement? Celle contre le tireur, la créance en recours? ou bien celle contre le tiré, cédée au preneur? Il nous paraît évident que c'est cette dernière, car c'est celle dont l'acquittement accomplira directement le texte de la lettre de change. C'est donc au débiteur de cette créance, au tiré, débiteur cédé, qu'il faut et qu'il suffit de faire la sommation prescrite par l'art. 93. Qu'on le remarque bien, pour compléter cette argumentation, la créance du tireur contre le tiré, celle qui, suivant nous, a été cédée, ce n'est plus actuellement une créance incertaine, éventuelle; puisque les marchandises sont là prêtes à être livrées au tiré s'il paie sa traite, il est actuellement bien et dûment débiteur de leur prix envers le tireur; et le porteur, aux droits du tireur, exerce cette créance, fait sommation au tiré et exécute son gage; le tout sans avoir besoin de se préoccuper de savoir si le tiré a ou non accepté.

(3) Aix, 27 janv. 1880, D. P. 81. 2. 97.

(4) Req. 24 mars 1869, D. P. 75. 5. 103.

Source BIU Cujas

777. Quelle serait l'influence de la faillite du tiré sur les droits du porteur? — Il faut distinguer : Si la provision consiste dans des objets déterminés et reconnaissables envoyés au tiré avec affectation spéciale au paiement de la lettre de change, elle constitue un dépôt proprement dit dont le tiré n'est pas devenu propriétaire; ses créanciers n'y ont aucun droit; le porteur, qui est aux droits du déposant, le tireur, la revendiquera en vertu de l'art. 574, *in fine*, C. comm., soit pour se les attribuer en nature s'ils consistent en une somme d'argent, soit pour les faire vendre et se payer sur le prix s'ils consistent en marchandises (1). Dans tous les autres cas, lorsque la provision consiste dans une simple créance du tireur contre le tiré, le preneur figurera comme un créancier ordinaire dans la faillite du tiré, n'aura qu'un dividende et recourra contre ses garants (art. 170).

§ 2

De l'acceptation.

778. *L'acceptation est l'engagement pris par le tiré* **envers le porteur** *de payer la lettre de change à l'échéance.*

Pour bien comprendre l'effet de l'acceptation, il faut préciser quelle est la situation du tiré après l'émission de la lettre de change, mais avant d'avoir accepté. — Par l'émission de la lettre, le tireur donne mandat ou plutôt *commission* (2) au tiré d'en payer le montant; plus exactement encore il n'y a là que l'*offre* d'une commission, qui ne lie aucunement le tiré tant qu'elle n'est pas acceptée expressément ou tacitement. Mais, ce qui est très remarquable, cette commission ou cette offre, contrairement aux principes, soit en matière de pollicitation, soit en matière de commission, est immédiatement *irrévocable;* elle ne pourrait être révoquée par la volonté du tireur, puisque le porteur a en mains le titre qui la contient, qu'il l'a payé et qu'il a droit acquis à le garder, ce qui le constitue *procurator in rem suam.* Elle ne serait pas non plus révoquée par la mort ou la faillite du tireur; l'art. 121, 2e al., le dit expressément pour le cas de faillite; il faut évidemment en dire autant pour le cas de mort. La raison pratique de cette règle, c'est que le crédit de la lettre de change serait trop gravement atteint, si son exécution était subordonnée à tous les accidents qui peuvent survenir au tireur; la raison juridique c'est que ce mandat est la condition d'un contrat ordinaire entre le tireur et le preneur, le contrat de change ou un contrat analogue, dont le tireur touche immédiatement le prix (*valeur reçue*), et qui, par conséquent, ne peut être qu'irrévocable.

Tant que le tiré n'a pas accepté ce mandat et qu'il n'a pas provision, il n'est tenu envers personne (3), ni envers le porteur, ni envers le tireur, sauf l'intérêt de bonnes relations habituelles entre commerçants qui peuvent créer

(1) Al. n. 1288, 1289.

(2) C'est plutôt une commission qu'un mandat, puisqu'il s'agit d'un acte essentiellement commercial (art. 632, *in fine*).

(3) Cass. 5 avril 1876, D. P. 76. 1. 200.

Source BIU Cujas

une simple obligation de convenance. Mais, s'il a promis de quelque façon au tireur qu'il paierait, ou s'il a provision, il est devenu *débiteur du tireur* (cf. art. 116). Dès lors le porteur aura action contre lui du chef du tireur, plus ou moins exclusivement suivant qu'on admettra qu'il est ou non propriétaire de la provision : si on admet qu'il ne l'est pas, il agira comme pourrait le faire tout créancier du tireur, en vertu de l'art. 1166 ; si on admet qu'il est propriétaire de la provision, il agira exclusivement comme cessionnaire spécial de cette créance du tireur. Mais alors il sera obligé de subir toutes les exceptions que le tiré pouvait opposer au tireur, par exemple une compensation (1), les vices du consentement, son incapacité, le défaut de cause dans l'obligation qu'il a contractée envers le tireur ; le tiré pourra même lui objecter qu'il n'est pas prêt à payer, parce qu'il comptait sur des délais, parce qu'il n'avait jamais autorisé le tireur à recouvrer sa créance par la voie d'une lettre de change (2), etc.

Par l'acceptation de la traite, le tiré renonce précisément à invoquer ces exceptions actuelles ou futures, de même que le débiteur qui accepte la cession de la créance qu'on a contre lui (C. civ., art. 1295); il consent à être traité comme débiteur direct et personnel du porteur. L'acceptation augmente donc la sécurité du porteur, en lui donnant la garantie d'une nouvelle solvabilité, et elle facilite beaucoup la circulation de la lettre de change.

779. En principe, le tireur est obligé de procurer cette acceptation au preneur; il ne pourrait pas lui dire : vous serez payé à l'échéance, je vous le garantis ; c'est tout ce que je vous ai promis. Les endosseurs aussi, en négociant la lettre de change, ont pris sur eux la même obligation :

Art. 118. Le tireur et les endosseurs d'une lettre de change sont garants solidaires de l'acceptation et du paiement à l'échéance.

Cet engagement est de la nature de la lettre de change, mais il n'est pas de son essence; on pourrait stipuler le contraire lors de l'émission de la lettre; en mettant par exemple *non susceptible d'acceptation* ou *non acceptable*. Dans l'usage de plusieurs places, surtout dans le Midi, on appelle alors la lettre de change un *mandat;* souvent on croit stipuler suffisamment la non acceptation en mettant : « il vous plaira payer *par le présent mandat* » (3); mais cette formule n'est pas suffisante parce qu'elle n'est pas assez explicite, ce sens du mot *mandat* n'étant pas universellement connu et accepté (4). La mention *sans frais* serait aussi insuffisante par la même raison (5). Il ne suffirait pas non plus que l'effet ne fût pas timbré pour impliquer cette stipulation (6).

L'acceptation étant un acte purement conservatoire peut être demandée

(1) Al. n. 1289.

(2) L'émission d'une lettre de change sans autorisation du tiré vaut cession de la créance du tireur, le protêt vaudra signification de cette cession; en l'émettant le tireur garantit le paiement à l'échéance, car sa volonté est nécessairement interprétée pas la forme qu'il emploie : Cass. 10 avril 1878, D. P. 78. 1. 289.

(3) Noug., n. 316. Brav., t. III, p. 86. Al. n. 1297.

(4) Noug., n. 949. Al. n. 1541. Ly. C. et R., n. 1134, note 2. — *Contrà* : Dall., n. 909. Brav. et Demang., t. III, p. 86-88.

(5) Rej. 6 juin 1853, D. P. 53. 1. 181.

(6) Nîmes, 18 avril 1855, D. P. 55. 2. 215.

Source BIU Cujas

par tout détenteur du titre sans qu'il ait à faire aucune justification (1).

Le droit pour le porteur de demander l'acceptation, et à défaut une caution, est une pure faculté; on n'encourt aucune déchéance pour ne l'avoir pas exercé (C. civ., art. 2232; trav. prép. sur l'art. 110) (2); à moins qu'on ne s'y soit spécialement engagé (3). — Il y a exception pour la lettre payable à un certain *délai de vue*, qui doit être présentée dans les trois mois de sa date (C. comm., art. 160); mais nous verrons (n. 782) que le porteur pourrait alors, sans inconvénient, se contenter d'un simple visa sans acceptation. Il y a encore exception lorsque le domicile est insuffisamment indiqué dans la lettre de change; car il faut alors qu'il soit précisé dans l'acceptation (art. 123).

Il y a un cas où le porteur *ne doit pas* demander l'acceptation. C'est quand la lettre est *à vue*; car il doit, en la présentant, demander immédiatement le paiement, et non l'acceptation; et il doit, dès le lendemain, faire le protêt faute de paiement; s'il ne le faisait pas, il encourrait les déchéances de l'art. 168. V. n. 815.

780. De son côté le tiré n'est pas tenu d'accepter s'il n'a pas d'ailleurs promis au tireur d'accepter la commission à lui donnée par la lettre. Le fait même qu'il aurait provision ne l'y oblige pas, lors même qu'il serait négociant, car l'acceptation aggrave sa position, comme nous l'avons vu ci-dessus (n. 778) (4). — Il peut n'avoir pris envers le tireur qu'un engagement conditionnel, p. ex. s'il avait reçu une saisie-arrêt sur la provision (5). — Il peut d'ailleurs renoncer à cette commission, dans ses rapports avec le tireur, notamment si celui-ci ne présente plus les mêmes garanties : c'est le principe ordinaire en matière de commission comme de mandat, et il n'y a aucune raison de rendre entre eux le contrat irrévocable (6). Il en serait autrement après que l'acceptation aurait été donnée (Cf. *infrà*, n. 785). — Dans tous les cas où le tiré est engagé envers le tireur, le porteur peut exercer les droits de celui-ci comme il exerce la créance résultant de l'existence de la provision (V. n. 778).

Nous examinerons trois points : — 1° formes de l'acceptation; — 2° effets; — 3° refus d'acceptation et ses suites.

I. — Formes de l'acceptation.

Art. 122. L'acceptation d'une lettre de change doit être signée. — L'acceptation est exprimée par le mot accepté. — Elle est datée, si la lettre est à un ou

(1) Pard., n. 360. Noug., n. 308. Al. n. 1296. Brav., t. III, p. 249. — V. Ly. C. et R., n. 1136.

(2) Locré, t. XVIII, p. 56 et suiv., 61.

(3) Pard., n. 583, 358, 382. Noug., n. 310 et suiv. Dall., n. 284. Vincens, t. II, p. 248, Brav., t. III, p. 263.

(4) Lyon, 20 déc. 1845, 12 mai 1847, S. 48. 2. 177. — Al. n. 1295. — *Contrà* : Brav., t. III, p. 268 et suiv., qui invoque des usages contraires déjà constatés par Pot., n. 92.

(5) Cass. 4 juill. 1843, S. 43. 1. 570. — Pot., *Change*, n. 194. — Pard., n. 363. Noug., n. 295, 299. Al. n. 1294.

(6) Pot., *Ch.*, n. 95, 96. — Pard., n. 363, 364. Noug., n. 298. Dall., n. 297. — Al. n. 1294, distingue.

Source BIU Cujas

plusieurs jours ou mois de vue ; — et, dans ce dernier cas, le défaut de date de l'acceptation rend la lettre exigible au terme y exprimé, à compter de sa date.

781. D'abord il résulte évidemment de l'article que l'acceptation doit être *écrite* (1).

La signature de l'accepteur est essentielle (2), et suffirait même seule pour l'engager, si elle était mise sur la lettre de change : il est impossible d'en douter, en présence de l'article 140, qui oblige à la garantie solidaire tous ceux qui ont *signé* la lettre de change (3).

Le mot *accepté* rend l'acceptation tout à fait formelle. — Il pourrait être remplacé par tout autre équivalent comme : *je paierai, j'acquitterai, je ferai honneur* (4).

Q. *Le mot* vu *suivi de la signature emporterait-il acceptation?* On peut être tenté de l'admettre puisque la signature seule suffit pour obliger le tiré (5). Mais je ne l'admettrais pas ; car le mot *vu* précise et *limite* la portée de la signature ; et d'ailleurs l'art. 122, 2e al., indique que c'est le mot *accepté* qui pourrait engager le tiré ; on peut ne rien ajouter à la signature, mais si l'on ajoute quelque chose, il faut que les mots indiquent la volonté d'accepter (6). — Il est certain que le plus sûr serait toujours de mettre *vu sans acceptation.*

L'indication de la *somme* n'est pas nécessaire, car l'acceptation se réfère à celle indiquée au titre même (7). Mais il serait plus sûr de l'indiquer pour éviter les faux (8). — En tout cas, elle n'a certainement pas besoin d'être accompagnée du *bon* ou *approuvé* (9).

782. La *date* (art. 122, 3e al.) n'est indispensable que pour faire courir le délai de vue ; et il suffirait pour cela du simple visa daté sans acceptation. Si le tiré ne voulait même pas mettre son visa, le porteur ferait un protêt faute d'acceptation, qui ferait courir ce délai de vue (art. 131, dern al.).

Si l'on a omis la date, ce délai courra du jour de l'émission de la lettre de change (art. 122, 4e al.). Cette règle est souvent bien rigoureuse ; elle peut faire déchoir le porteur de tout recours (10) ; s'il a présenté la lettre à la fin

(1) Dageville, t. I, p. 339. Dall., n. 307. Brav., t. III, p. 229. Al. n. 1307. Massé, n. 2595. Béd., n. 208. Ly. C. et R., n. 1147. — *Contrà* : Pard., n. 365. Noug., n. 321.

(2) Pard., n. 366. Noug., n. 321. Persil, p. 149. Vincens, t. II, p. 252. Béd., n. 209. Al. n. 1307.

(3) Béd., n. 209-211. Al. n. 1307. Brav. et Demang., t. III, p. 221. Ly. C. et R., n. 1144. L. belge, a. 12. C. com. ital., a. 262. — *Contrà* : Dall., n. 314.

(4) Pard., n. 366. Noug., n. 328. Béd., n. 213. Al. n. 1307. Ly. C. et R., n. 1144. — *Contrà :* Vincens, t. II, p. 252.

(5) Noug., n. 330.

(6) Brav. et Demang., t. III, p. 230. Al. n. 1336. Ly. C. et R., n. 1144. — *Contrà* : L. belge, a. 12, 3e al.

(7) Trav. prép., v. Locré, t. XVIII, p. 48.

(8) Al. n. 1308. Ly. C. et R., n. 1146.

(9) Al. n. 1307, 1228.

(10) Béd., n. 222. Horson, quest. 71 et suiv. Dall., n. 308. Ly. C. et R., n. 1185. — *Contrà* : Pard., n. 420. Noug., n. 336, qui lui accordent toujours le délai de l'art. 160 (trois mois), malgré le texte formel de l'art. 122. Brav., t. III, p. 417, l'autorise à redemander l'acceptation ou le visa, et à défaut à faire protêt.

Source BIU Cujas

du délai de trois mois accordé par l'art. 160, et que le délai de vue soit plus court que trois mois, ce délai sera censé expiré avant le moment de la présentation. C'est au porteur à veiller avec soin à ce que l'acceptation soit datée, et si l'on refuse de la dater, à faire le protêt faute d'acceptation; car il ne peut pas se contenter de l'acceptation qu'on lui offre sans date (1).

783. Régulièrement l'acceptation est mise sur le titre même ; l'art. 125 le suppose, et aucune disposition ne dit, comme pour l'aval, qu'elle peut être donnée par acte séparé. — Q. *Peut-elle être donnée par acte séparé?* par exemple par lettre missive. Puisqu'il n'y a aucune interdiction formelle, il faudra suivre la volonté certaine des parties; dans les travaux préparatoires, on a jugé inutile de le dire (2). — Mais il faudra que cette volonté soit bien claire, car l'acceptation par acte séparé n'a pas nécessairement un sens aussi précis que l'acceptation faite sur le titre même : — ainsi, même adressée au porteur, elle peut s'interpréter comme n'engageant le tiré qu'envers ce porteur et non envers les porteurs subséquents; il faudra qu'elle s'explique clairement sur ce point; — à plus forte raison, si elle est adressée au tireur, elle pourrait ne l'engager qu'envers celui-ci (3); c'est ainsi qu'il faudrait interpréter l'autorisation de tirer donnée au tireur (4), la lettre qui promettait à celui-ci un bon accueil à sa traite (5), ou dans laquelle le tiré écrirait qu'il en prend bonne note (6). — Les mêmes solutions devraient être admises en cas d'acceptation verbale (7). Une lettre de confirmation de crédit vaudrait acceptation, surtout si elle a été montrée au preneur et l'a décidé à escompter (8).

Q. *Dans le cas d'acceptation par acte séparé, l'obligation du tiré sera-t-elle commerciale quelle que soit sa cause?* J'admettrais qu'elle ne sera pas commerciale par elle-même, si elle n'a pas pour cause un acte de commerce : — le tiré est sans doute obligé, mais il n'est pas obligé *par lettre de change*; nous n'avons pas ici un texte semblable à l'art. 142 en matière d'aval (9).

784. *Comment l'acceptation est-elle demandée et donnée?* — Elle doit être deman-

(1) Dageville, t. I, p. 344. Al. n. 1309.

(2) Locré, t. XVIII, p. 46 et suiv. — *Sic* : Cass. 14 mars 1862, D. P. 62. 1. 238. Merlin, *Rép*, v° *Lett. de ch.*, § 4, n. 10. Locré, *Esp. du C. com.*, t. II, p. 96. Pard., n. 367. Vincens, t. II, p. 260. Noug., n. 324. Em. Ollivier, *Rev. prat.*, t. V, p. 218 et suiv. Al. n. 1310. — *Contrà* : Persil, p. 122, n. 7. Béd., n. 215 et suiv. Massé, n. 2559. Brav. et Demang., t. III, p. 234 et suiv. Ly. C. et R., n. 1147. L. belge, a. 12. C. com. ital., a. 262.

(3) Lyon, 29 déc. 1865, D. P. 66. 2. 5. Al. n. 1311. Brav. et Demang., t. III, p. 242 et suiv. — *Contrà* : Merlin, *Rép.*, v° *Lettre de ch.*, § 4. Pard., n. 367. Em. Ollivier, *Rev. prat.*, t. V, p. 236 et suiv.

(4) Paris, 18 juill. 1849, D. P. 49. 2. 255, etc.

(5) Req. 27 juin 1859, D. P. 59. 1. 390. — Al. n. 1307, 1310.

(6) Cass. 14 mai 1862, D. P. 62. 1. 238.

(7) Dageville, t. I, p. 309. Dall., n. 307. Al. n. 1307. Massé, n. 2595. — *Contrà :* Pard., n. 365. Noug., n. 321.

(8) Req. 30 juin 1862, D. P. 62. 1. 349; 11 mars 1863, D. P. 63. 1. 194. — Al. n. 1315-1318.

(9) Paris, 3 avril 1834. — Beaucoup des auteurs qui prétendent que l'acceptation ne peut pas avoir lieu par acte séparé (V. *suprà*, note 2) entendent seulement que cette acceptation par acte séparé, quoique obligeant le tiré, ne l'obligera pas commercialement. — V. not. Brav. et Demang., t. III, p. 234 et suiv.

Source BIU Cujas

dée au domicile du tiré, et non au lieu désigné pour le paiement (1). On remet la lettre entre les mains du tiré, moyennant un récépissé, et celui-ci peut la garder pendant vingt-quatre heures.

Art. 125. Une lettre de change doit être acceptée à sa présentation, ou, au plus tard, dans les vingt-quatre heures de la présentation. — Après les vingt-quatre heures, si elle n'est pas rendue acceptée, ou non acceptée, celui qui l'a retenue est passible de dommages-intérêts envers le porteur.

Les vingt-quatre heures doivent se compter *de momento ad momentum* (2). — Le tiré qui refuserait de la rendre encourrait en outre les peines de l'abus de confiance (3).

II. — **Effets de l'acceptation.**

785. 1° *Elle oblige le tiré.*

Art. 121, 1er al. Celui qui accepte une lettre de change contracte l'obligation d'en payer le montant.

Cette obligation devient une obligation par lettre de change et à ce titre est essentiellement commerciale (art. 632, dern. al.).

Pourrait-il biffer son acceptation après l'avoir mise sur le titre? D'après les principes généraux, il faut décider qu'il n'est pas lié tant qu'il n'y a pas concours de volontés, tant que le porteur n'a pas pu prendre acte de cette acceptation, tant que la lettre acceptée ne lui a pas été remise; jusque-là elle n'est qu'un simple projet (4). — Après ce moment le tiré ne pourrait effacer son acceptation que d'accord avec le porteur qui consentirait à le dégager de son engagement. Mais alors celui-ci ne pourrait plus recourir contre ses garants faute d'acceptation; car il y a eu droit acquis pour ceux-ci, ils sont libérés de leur obligation par le fait qu'une acceptation sérieuse avait été donnée (5).

786. Cette obligation peut-elle être arguée de **nullité?** — L'art 121, 2e al., paraît l'interdire.

Art. 121, 2e al. L'accepteur n'est pas restituable contre son acceptation, quand même le tireur aurait failli à son insu avant qu'il eût accepté.

Mais ce texte ne doit pas être entendu comme proscrivant toute restitution. Il a voulu seulement proscrire cette restitution dans le cas dont il s'est occupé, dans le cas de faillite du tireur ignorée par le tiré; et cela, parce que dans cette hypothèse l'*erreur* n'est pas considérée comme *substantielle*. En effet, il n'est pas sûr que le tiré n'eût pas accepté s'il avait connu la faillite du

(1) Noug., n. 474. Brav., t. III, p. 251. Ly. C. et R. n. 1137. — *Contrà* : Dall., n. 289. Vincens, t. II, p. 259.

(2) Al. n. 1328.

(3) Cr. rej. 28 juill. 1877, D. P. 78. 1. 331.

(4) Dupuy de la Serra, ch. 10, art. 7. Pot., n. 46. Noug., n. 363. Demang. sous Brav., t. III, p. 254. Al. n. 1330. Ly. C. et R., n. 1148. — S'il avait donné avis au tireur de son acceptation, il serait tenu envers lui : Req. 7 mars 1881, D. P. 82. 1. 133. Ly. C. et R., n. 1148.

(5) Brav., t. III, p. 254 et suiv.

Source BIU Cujas

tireur; il a pu accepter uniquement pour faire honneur à la signature de celui-ci (1).

Il est impossible de ne pas admettre la nullité d'un consentement qui aurait été extorqué par **violence** (2). — Il faudrait l'admettre même si le consentement avait été obtenu par **dol**, pourvu, dans ce dernier cas, que l'auteur du dol fût resté porteur à l'échéance, car le dol ne vicie le contrat qu'à l'égard de l'auteur du dol (C. civ., art. 1116) (3). Si au contraire il avait cédé le titre à un tiers porteur de bonne foi, le tiré devrait payer entre ses mains sauf son recours contre l'auteur du dol (4). — Même une **erreur** du tiré pourrait être suffisante parce que ce serait une erreur *substantielle* (5); par exemple dans le cas où la signature du tireur serait fausse; car la considération du tireur et de ses rapports avec lui est la cause qui détermine l'acceptation du tiré; — à moins toutefois que le tiré ne fût coupable d'avoir négligé de s'informer auprès du tireur; car alors il ne pourrait opposer cette exception au porteur de bonne foi (6).

Enfin l'acceptation pourrait encore être annulée pour **incapacité** du tiré. Il faut, pour accepter, la même capacité que pour tirer une lettre de change (V. *suprà*, n. 739 et suiv.) (7).

Si la somme portée au corps de l'effet avait été altérée après coup, il y aurait **absence de consentement** du tiré pour tout l'excédant sur la somme qui s'y trouvait portée au moment de son acceptation, et par conséquent il ne serait pas tenu pour cet excédant, même envers un porteur de bonne foi, à moins qu'on ne prouvât une grande imprudence de sa part (8).

787. 2° *Elle fait présumer l'existence de la provision* entre les mains du tiré, au profit du tireur ou du donneur d'ordre : art. 117. Nous expliquerons cet article à propos des recours (v. n. 826).

3° *Elle fait courir le délai de vue*; mais sans que l'acceptation soit nécessaire pour cela : un visa suffirait (v. *suprà*, n. 779).

4° *Elle saisit le porteur de la provision*, quel que soit le système que l'on admette sur la propriété de celle-ci en général (v. *suprà*, n. 772).

III. — Refus d'acceptation et ses conséquences.

788. Les mêmes effets sont produits par le refus complet d'acceptation, et par une acceptation dont le porteur ne peut se contenter :

Art. 124. L'acceptation ne peut être conditionnelle, mais elle peut être restreinte quant à la somme acceptée. — Dans ce cas, le porteur est tenu de faire protester la lettre de change pour le surplus.

« *Elle ne peut être conditionnelle* »; c'est-à-dire qu'en présence d'une accepta-

(1) Ly. C. et R., n. 1140.
(2) Namur, n. 66. Ly. C. et R., n. 1140.
(3) Al. n. 1305. Brav., t. III, p. 257. Ly. C. et R., n. 1140.
(4) *Ibid.*,
(5) *Sic*, implicitement : Brav. et Demang., t. III, p. 255. — *Contrà* : Noug., n. 361. Al. n. 1305.
(6) V. Al. n. 1408. Noug., t. I, n. 548. Brav., t. III, p. 257. Ly. C. et R., n. 1140.
(7) Brav., t. III, p. 224. Ly. C. et R., n. 1140.
(8) Nîmes, 19 avril 1875, D. P. 76. 2. 210.

Source BIU Cujas

tion conditionnelle, le porteur ne perd pas le droit de demander une caution à ses garants; car si la condition ne se réalise pas, il n'aurait pas l'engagement personnel auquel il a droit. Mais cela n'empêche pas que le tiré ne soit tenu dans les termes de son acceptation conditionnelle si le porteur l'a agréée (1). — Elle ne pourrait pas être non plus à une échéance plus éloignée que celle de la lettre; car le porteur doit être assuré du paiement à l'échéance (2). Lors même qu'il agréerait ces modalités, et qu'il ne recourrait pas faute d'acceptation, il ne serait pas dispensé de faire protêt à l'échéance; car faute de le faire, si plus tard il n'obtenait pas le paiement du tiré à l'époque que celui-ci avait fixée, il ne pourrait plus recourir contre ses garants (art. 170) (3).

Ne serait pas non plus suffisante une acceptation *pour payer à moi-même*, que donnerait un tiré ayant une cause de compensation avec le porteur. En effet, elle empêche le porteur de négocier l'effet, ce qui est contraire à l'ensence de la lettre de change, comme le prouve l'art. 137 en exigeant que l'endossement transmette toujours l'ordre au cessionnaire. Il faut donc que l'accepteur s'oblige *in rem*, comme le souscripteur lui-même (4).

L'*acceptation partielle* est admise par la loi; c'est une exception à l'art. 1244, C. civ. Elle est fondée sur ce que le porteur ne compromettrait pas seulement ses droits en refusant le paiement partiel; il compromet surtout ses garants; et ceux-ci ont intérêt à être au moins déchargés de leurs obligations pour partie. — La loi ajoute que le porteur est tenu de faire protêt pour le surplus. Cela doit s'entendre en ce sens qu'il doit le faire s'il veut recourir contre ses garants. Mais il ne peut pas y être plus tenu qu'au cas de refus d'acceptation (5).

789. *Constatation du refus d'acceptation.*

Art. 119. Le refus d'acceptation est constaté par un acte que l'on nomme protêt faute d'acceptation.

Le protêt est un acte d'huissier; il y a le protêt faute d'acceptation et le protêt faute de paiement; nous en étudierons les formes simultanément, à propos du refus de paiement.

D'ailleurs ce protêt n'a rien d'obligatoire. Si le porteur ne veut pas recourir immédiatement, il peut négliger de faire le protêt faute d'acceptation; et cela ne pourra nullement lui être reproché plus tard si l'on ne paie pas et qu'il recourre contre ses garants après protêt faute de paiement (6). — Par la même raison aucun délai n'est imposé pour que ce protêt puisse être utilement fait, ni pour l'exercice du recours dont nous allons parler.

(1) Brav., t. III, p. 226.

(2) Al. n. 1320.

(3) Dageville, t. I, p. 342. Al. n. 1325. — Brav. et Demang., t. III, p. 277 et suiv., ajoutent qu'en agréant ces acceptations il a renoncé au droit de faire protêt, soit faute d'acceptation, soit faute de paiement, et par suite de recourir contre ces garants. Cette conséquence me paraît dépasser l'intention du porteur.

(4) Al. n. 1307. Namur, n. 74. De Couder, *l. cit*, n. 396. Ly. C. et R., n. 1141. — *Contrà :* Dupuy de la Serra, ch. 8. Pot., n. 47. Merlin, *Rép.*, v° *Acceptation etc.*, n. 5. Pard., n. 372. Béd., n. 230-234. Noug., n. 340-341. Demang., t. III, p. 228.

(5) Ly. C. et R., n. 1143. — *Contrà* : Al. n. 1324. Noug., t. I, n. 505.

(6) Al. n. 1296. — *Contrà* : Noug., n. 317.

Source BIU Cujas

790. **Recours du porteur**, muni du protêt faute d'acceptation.

Art. 120. Sur la notification du protêt faute d'acceptation, les endosseurs et le tireur sont respectivement tenus de donner caution pour assurer le paiement de la lettre de change à son échéance, ou d'en effectuer le remboursement avec les frais de protêt et de rechange. — La caution, soit du tireur, soit de l'endosseur, n'est solidaire qu'avec celui qu'elle a cautionné.

Le porteur et les endosseurs sont tous tenus de donner caution (1); ils sont solidaires (art. 118): mais on ne peut l'obtenir que de l'un d'entre eux; le texte est bien clair en ce sens, et il est d'ailleurs expliqué par une observation du Tribunat (2). — Ils en sont tenus *respectivement*, c'est-à-dire que celui qui l'aura fournie aura recours contre ses garants pour en demander aussi une. Cette *caution* a pour but de remplacer la garantie personnelle du tiré qu'on avait promis de fournir et qu'on n'a pas fournie.

A l'échéance, le porteur devra toujours se présenter chez le tiré, même s'il a refusé d'accepter (art. 163), car il est toujours le principal chargé du paiement, et il peut avoir changé d'avis, notamment parce qu'il peut avoir reçu la provision dans l'intervalle. S'il n'est pas payé, le porteur se retournera contre les endosseurs et le tireur, et, de plus, contre la caution. Celle-ci est, dans l'ordre des recours divers, au rang de celui qu'elle a cautionné (art. 120, 2e al.); elle peut être actionnée par les endosseurs postérieurs à celui-ci et par le porteur. Si elle paie, elle a recours contre celui qu'elle a cautionné et contre les endosseurs précédents.

791. **Q.** *Si le garant poursuivi ne trouve pas de caution, pourra t-il donner un gage en nantissement suffisant*, ce qui est permis en général par l'art. 2041, C. civ.? On l'admet ordinairement, moyennant un dépôt à la caisse des dépôts et consignations (Ord. 3 juill. 1816, art. 2) (3); mais pourtant on peut en douter sérieusement, car le gage ne ne réalise pas aussi promptement que le paiement par la caution; et l'art. 120, 1er al., *in fine*, indique un autre moyen et ne parle pas de celui-là.

L'autre moyen qu'offre l'art. 120, c'est le *paiement anticipé* de la lettre de change. Mais ce paiement est purement *facultatif* pour le garant, s'il le trouve plus commode. Il doit payer : — 1o le capital, sans avoir droit de retenir l'escompte, car ce n'est pas le porteur qui demande à toucher le billet immédiatement; on ne peut donc pas lui imposer ce sacrifice, et l'on a formellement rejeté cet escompte lors de la discussion du Code (4); mais le porteur n'a pas droit aux intérêts de la somme depuis le protêt faute d'acceptation, car il n'avait pas droit au paiement à ce moment (5); — 2o les frais, tels que frais de protêt, ports de lettres, commissions; — 3o le rechange; nous en parlerons à propos du refus de paiement; disons seulement que le paiement n'étant pas

(1) De même aussi un *donneur d'aval :* Toulouse, 12 déc. 1827. Noug., n. 367. Béd., n. 171. Al. n. 1302.

(2) Pard., n. 382. Delvincourt, t. II, p. 133, note 5. Dall., n. 280. Béd., n. 188. Brav. et Demang., t. III, p. 483 et suiv. Al. n. 1300. Namur, n. 55. De Couder, *l. cit.*, n. 428. Ly. C. et R., n. 1156. — *Contrà :* Noug., n. 371.

(3) Pard., n. 382. Al. n. 1300.

(4) Locré, t. XVIII, p. 44. — Al. n. 1301.

(5) Cass. 10 juill. 1843, *J. Pal.*, 44. 1. 452. — Al. n. 1301.

Source BIU Cujas

fait au lieu indiqué, le porteur, s'il a besoin d'argent dans cet endroit, devra chercher du papier sur cette place et en payer le change ; c'est là le rechange.

L'endosseur qui a fait cette avance a recours contre ses garants, mais il ne peut leur demander aussi que la caution ; pour eux, comme pour lui, le paiement anticipé est facultatif, et en choisissant ce dernier parti, il n'a pas pu leur enlever leur option (1).

792. **Acceptation par intervention.**

C'est l'intervention d'une caution volontaire ; on l'appelle encore *acceptation par honneur* ou *sous-protêt*.

Le tiers qui intervient et s'oblige à la place du tiré peut le faire à découvert, pour ne pas laisser en souffrance la signature du tireur ou d'un endosseur ; il peut le faire aussi parce qu'il est débiteur de ceux-ci et qu'il trouve ainsi un moyen facile de se libérer sur la place.

Art. 126. Lors du prôtet faute d'acceptation, la lettre de change peut être acceptée par un tiers intervenant pour le tireur ou pour l'un des endosseurs. — L'intervention est mentionnée dans l'acte du protêt ; elle est signée par l'intervenant.

Il faut trois conditions : — 1° que l'accepteur par intervention ne soit pas déjà tenu au paiement; sans cela, il n'apporterait aucune garantie nouvelle ; — 2° que le protêt soit fait : il faut qu'on soit sûr que le tiré n'acceptera pas, et ne pas lui suggérer l'idée d'un refus ; — 3° que l'acceptation soit mentionnée dans le protêt et signée par l'intervenant. — Si ces conditions n'étaient pas réunies, sa promesse de payer constituerait un aval et non une acceptation.

Si plusieurs personnes se présentent pour accepter par intervention, cela fait naître une question que nous examinerons plus bas au n° 824.

L'intervenant est caution solidaire de celui pour qui il intervient, de même qu'un donneur d'aval (v. *infrà*, n. 797); il doit donc désigner celui pour qui il intervient. De plus, il a recours contre lui et contre ses garants, soit par l'action de mandat, s'il était désigné comme besoin, soit par l'action de gestion d'affaires.

Art. 127. L'intervenant est tenu de notifier sans délai son intervention à celui pour qui il est intervenu.

Il doit le prévenir, car celui-ci peut avoir à demander des sûretés à ses garants, ou, si c'est le tireur, il n'enverra pas la provision, ou la réclamera au tiré qui a refusé d'accepter.

S'il n'avait pas désigné celui pour qui il intervient, il serait censé intervenir pour tous les signataires, aurait recours contre eux tous, et devrait leur faire à tous la notification de l'art. 127 (2).

Art. 128. Le porteur de la lettre de change conserve tous ses droits contre le tireur et les endosseurs, à raison du défaut d'acceptation par celui sur qui la lettre était tirée, nonobstant toutes acceptations par intervention.

(1) Pard., n. 382. Persil, p. 141. Al. n. 1302. Ly. C. et R., n. 1157.
(2) Pard., n. 384. Noug., n. 378. Al. n. 1331.

Source BIU Cujas

793. Cette règle peut paraître singulière ; puisque le porteur a une garantie personnelle, comme il y avait droit, comment peut-il encore demander une caution ? C'est que l'intervenant peut être peu solvable ; et que les divers garants pourraient envoyer un homme de paille accepter par intervention afin d'éviter de fournir une caution sérieuse.

Mais alors quelle utilité présente l'intervention ? Cette utilité est restreinte, mais elle existe : on trouvera plus facilement une caution en présence de la garantie présentée par l'intervenant ; d'autre part le porteur, en pratique, ne demandera pas une caution si l'intervenant est solvable.

794. Le tiré pourrait, en refusant l'acceptation simple, et après protêt fait (1), accepter par intervention (2). Il peut y avoir intérêt dans deux cas : — 1° S'il n'a pas provision, pour s'assurer un recours en intervenant pour l'un des endosseurs, tandis que comme tiré il n'aurait de recours que contre le tireur ; — 2° même en intervenant pour le tireur, si c'est un tireur pour compte, afin de s'assurer un recours contre celui-ci, tandis qu'en acceptant purement et simplement, il n'aurait de recours que contre le donneur d'ordre (art. 115) (3). — On ajoute souvent un troisième intérêt : ce serait pour ne pas établir contre lui-même la présomption de provision (art. 117) ; mais il n'est pas nécessaire pour cela de laisser faire le protêt : il suffit d'accepter en mettant : *accepté sans provision*.

Dans ces cas, il semble que l'art. 128 ne devrait pas s'appliquer, car le porteur a bien ce qui lui a été promis, l'engagement personnel du tiré (4). Pourtant l'article est tout à fait général, et nous l'appliquerons ici ; on peut dire que cette acceptation restreinte rend douteuse la solvabilité du tireur ou du donneur d'ordre, et peut donner au porteur droit à une autre garantie.

§ 3

De l'aval.

795. L'*aval* est le cautionnement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ; car, à la différence de la provision et de l'acceptation dont nous venons de parler, l'aval peut s'appliquer aussi à un billet à ordre. — Le mot vient des deux mots *à valoir*, qui ont servi et peuvent servir encore à exprimer l'engagement du donneur d'aval.

Art. 141. Le paiement d'une lettre de change, indépendamment de l'acceptation et de l'endossement, peut être garanti par un aval.

Cet aval doit être donné par un *tiers* (comme va le dire l'art. 142, 1er al.), c'est-à-dire par une personne non déjà obligée au paiement, car sans cela son aval ne servirait à rien.

(1) Rien ne le dispense de laisser faire le protêt dans ce cas. V. cep. Cass. 11 mai 1868, D. P. 68. 1. 241, et la note développée de M. Beudant.

(2) Trav. prép. ; v. Locré, t. XVIII, p. 31. Al. n. 1331.

(3) Cass. 11 mai 1868, D. P. 68. 1. 241.

(4) Dupuy de la Serra, ch. 9. — Pard., n. 387. Dageville, t. I, p. 258. Al. n. 1331.

Source BIU Cujas

Formes de l'aval.

Art. 142, 1er al. Cette garantie est fournie, par un tiers, sur la lettre même ou par acte séparé.

796. L'écriture est essentielle pour l'aval; car l'article suppose toujours qu'il est écrit, ou sur la lettre, ou ailleurs (1) : on pourrait bien s'engager verbalement envers une personne à lui garantir le paiement d'un effet de commerce; mais cette garantie serait toute personnelle et ne produirait pas les effets de l'aval.

Souvent l'aval est donné sur la lettre même. Les mots *aval* ou *bon pour aval* ne sont pas sacramentels; on pourrait mettre *cautionnement* (2), ou *bon pour la somme de...* (3), ou *bon pour la garantie du montant d'autre part* (4). Il suffirait même simplement de mettre sa signature auprès de celle qu'on veut garantir (art. 140 *infrà*) (5).

Il peut être donné par acte séparé (art. 142, 1er al.), notamment par la correspondance. C'était discuté sous l'empire de l'ordonnance, mais déjà très usité; et on l'a admis dans les travaux préparatoires (6). Aujourd'hui encore on emploie beaucoup ce mode, parce que l'aval inspire des soupçons sur la solvabilité des parties; aussi on évite de l'inscrire sur la lettre. — Mais alors il faut que l'effet que l'on veut garantir soit parfaitement spécifié (7). Le mieux est de copier complètement l'effet, et d'ajouter : *je soussigné déclare garantir le paiement de la lettre de change ci-dessus transcrite* (8). — L'aval peut même être donné pour des effets futurs, non encore créés. Mais il faut spécifier très exactement la nature de ces effets, la somme et le délai dans lequel ils devront être émis (9).

Si la garantie est donnée par acte séparé, on pourra souvent se demander si elle est bien un aval, ou si l'on n'a pas entendu cautionner seulement l'obligation ordinaire, pour l'exécution de laquelle on a ensuite souscrit des billets (10).

Souvent l'aval se déguise sous forme d'endossement, puisque l'endosseur est garant vis-à-vis de celui au profit de qui il endosse et de tous les porteurs ultérieurs. Alors on endosse au profit du futur donneur d'aval pour qu'il réendosse immédiatement l'effet.

(1) Al. n. 1385. Brav., t. III, p. 312. Ly. C. et R., n. 1169.

(2) Poitiers, 16 déc. 1847, D. P. 48. 2. 108. — Pard., n. 397. Al. n. 1384.

(3) Bordeaux, 10 déc. 1850, D. P. 54. 5. 481.

(4) Req. 5 mars 1845, D. P. 45. 1. 192.

(5) Al. n. 1384. Ly. C. et R., n. 1169. — Les circonstances, p. ex. la place de la signature, mais surtout l'absence d'endossement précédent au profit du donneur d'aval, distingueront l'aval d'un endossement irrégulier : Pard., n. 396. Noug., n. 617. Béd., n. 360. Al. n. 1384. Ly. C. et R., n. 1169, note 2.

(6) La commission proposait même de n'admettre que ce mode. V. Locré, t. XVIII, p. 108. Al. n. 1385. — *Contrà :* C. com. ital., a. 274.

(7) Dijon, 30 janv. 1866, D. P. 66. 2. 40.

(8) Al. n. 1384.

(9) Req. 11 juill. 1859, D. P. 59. 1. 392. — Pard., n. 395. Persil, art. 146, n. 6. Vincens, t. II, p. 221. Noug., n. 520. Béd., n. 364 et suiv. Al. n. 1385. Demang., t. III, p. 319. Ly. C. et R., n. 1171.

(10) Caen, 17 juin 1873, D. P. 75. 2. 128.

Source BIU Cujas

Effets de l'aval.

Art. 142. 2e al. Le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireur et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties.

797. C'est une caution *solidaire* qui ne peut invoquer ni le bénéfice de discussion ni le bénéfice de division, mais qui néanmoins n'étant que caution peut invoquer les exceptions du chef du débiteur principal qu'elle a cautionné (1). — « *Par les mêmes voies* », c'est-à-dire devant la juridiction commerciale, et autrefois avec la contrainte par corps. — Il en résulte que l'aval est un acte essentiellement commercial, quoique, en général, celui qui cautionne même une dette commerciale s'oblige civilement. Et cela, quand même il serait donné par une femme non commerçante (v. *suprà*, n. 742) (2). — Cet effet se produit aussi bien lorsque l'aval est donné par acte séparé, puisque le second alinéa de l'art. 142 se réfère par sa généralité aux deux cas du premier (3).

« *Sauf les conventions contraires des parties* », aussi bien lorsque l'aval est donné sur le titre même que s'il est donné par acte séparé; mais alors, il faut que les restrictions soient écrites aussi sur le titre même, sans cela on tromperait les tiers (4).

Le donneur d'aval doit indiquer quel est celui des signataires qu'il veut cautionner, soit expressément, soit par le rapprochement des deux signatures. Alors, il est obligé au rang de celui qu'il a cautionné, il est libéré, si on le libère, et s'il paie, il a recours contre lui et ses garants (analogie de l'art. 120, 2e al.) (5). — S'il n'a pas déterminé celui qu'il cautionnait, il sera censé avoir cautionné le tireur, n'aura de recours que contre lui, sera exposé au recours de tous les endosseurs, et ne pourra leur opposer les déchéances de l'art. 170 s'il n'y avait pas provision (6); il sera même exposé au recours du tiré qui aurait payé à découvert (7). — Il est obligé comme ceux qu'il garantit; par conséquent, il ne peut opposer le défaut de protêt si le porteur en avait été dispensé par ceux-ci (8), ou s'il a cautionné le souscripteur d'un billet à ordre (cf. n. 838) (9). — Mais, en général, le protêt doit lui être dénoncé comme aux autres garants (10), et il pourrait invoquer les déchéances des art. 168-170, et la prescription de cinq ans (11).

(1) Si du moins on admet cette solution en droit civil. *Sic :* Al. n. 1393. Aubry et Rau, 3e édit., t. III, p. 492. — Il a été jugé qu'il ne peut invoquer la discussion préalable d'un gage, qui garantirait le paiement : Lyon, 17 mars 1881, D. P. 81. 2. 247.
(2) Cass. 21 août 1869, D. P. 69. 1. 407, et Grenoble, 23 nov. 1870, D. P. 71. 2. 173.
(3) Req. 22 fév. 1869, D. P. 69, 1. 515.
(4) Pard., n. 397. Vincens, t. II, p. 221. Al. n. 1387.
(5) Al. n. 1287, 1293.
(6) Poitiers, 16 déc. 1847, D. P. 48. 2. 108. — Al. n. 1391.
(7) Cass. 27 avril 1870, D. P. 70. 1. 258.
(8) Req. 22 fév. 1869, D. P. 69. 1. 515.
(9) Cass. 16 janv. 1882, D. P. 82. 1. 287.
(10) Rej. 25 mars 1847, D. P. 47. 1. 103. — Al. n. 1391.
(11) Paris, 13 mars 1854, D. P. 55. 2. 294. — Al. n. 1393.

Source BIU Cujas

§ 4

De la solidarité.

798. Nous en avons indiqué le principe à l'égard des endosseurs ; elle s'applique aussi à tous les signataires : tireur, accepteur et donneur d'aval :

Art. 140. Tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change, sont tenus à la garantie solidaire envers le porteur.

Il y a solidarité entre eux ; mais c'est une *solidarité imparfaite* (1) qui s'écarte en plusieurs points de la solidarité ordinaire : — 1° Les interpellations adressées à l'un des codébiteurs ne produisent pas d'effet à l'égard des autres, contrairement à la règle des art. 1206 et 1207, C. civ. ; cette exception résulte de l'art. 167, 1er al., C. com., d'après lequel les délais pour agir contre chacun d'eux partent du même moment, le protêt, et ne sont pas prolongés par les poursuites dirigées contre les autres (2) ; — 2° le porteur *doit* s'adresser, d'abord, à l'un des codébiteurs déterminé, le tiré dans la lettre de change (3), le souscripteur dans le billet à ordre, tandis qu'en droit commun, le créancier peut s'adresser à l'un quelconque des codébiteurs solidaires (C. civ., art. 1202, 2021) ; c'est seulement après le protêt fait contre le tiré ou le souscripteur, que le porteur a le choix pour son recours entre tous les garants ; — 3° le codébiteur qui a payé a recours contre ses coobligés, non pas divisément comme en droit commun (C. civ., art. 1213) ; mais solidairement contre chacun des endosseurs antérieurs, qui a garanti pour le tout la créance cédée.

En somme il serait plus exact de dire qu'ils sont garants les uns des autres dans l'ordre que nous avons établi entre eux. Aussi, malgré la discussion qui s'élève pour savoir si l'art. 2037, C. civ., est applicable aux cautions solidaires, nous décidons sans hésiter que cet article ne peut pas être invoqué par un endosseur contre le porteur ou un endosseur subséquent recourant contre lui, lors même que ce dernier aurait diminué les sûretés, p. ex. les hypothèques, qui garantissaient la créance : l'obligation de garantie, encourue lors de l'endossement, n'a évidemment pas été contractée en vue de ces sûretés, mais seulement dans le but de négocier l'effet (4). L'endosseur contre qui on recourt pourrait seulement invoquer le défaut de protêt et de diligences faites en temps utile : art. 168, *infrà*, n. 828.

Cette espèce de solidarité pourrait cesser en vertu d'une clause formelle ; p. ex. en cas d'*endos sans garantie*, mais au profit seulement de celui qui aurait inséré cette clause (v. *suprà*, n. 758) ; ou bien si la traite avait été stipulée par une clause de son texte *transmissible sans garantie*, et alors cette clause

(1) Ly. C. et R., n. 1174. — *Contrà :* Aub. et Rau, 4e éd., t. IV, p. 20.

(2) Brav., t. III, p. 219.

(3) Il doit s'adresser d'abord au tiré, lors même que celui-ci n'ayant pas accepté n'est pas proprement débiteur du montant de la lettre de change.

(4) Limoges, 12 fév. 1862, S. 62. 2. 292. Demang., t. III, p. 493. — *Contrà :* Al. n. 1469.

Source BIU Cujas

profiterait à tout le monde (1); ou bien si le porteur avait dispensé un endosseur de la garantie (2).

Tous les recours solidaires sont supprimés pour tous les effets non timbrés ou non visés pour timbre : L. 5 juin 1850, art 5. — Mais cet article ne parle pas du recours contre le donneur d'aval; aussi l'on a jugé qu'il ne serait pas perdu.

SECTION IV.

DU PAIEMENT ET DU REFUS DE PAIEMENT.

Quatre paragraphes : — 1° Paiement normal; — 2° Non paiement et ses conséquences immédiates; — 3° Déchéances du porteur négligent; — 4° Recours des coobligés entre eux.

§ 1er

Paiement normal.

Quatre divisions : — 1° Conditions du paiement; — 2° Questions de validité du paiement; — 3° Du cas de perte de la lettre de change; — 4° Du cas d'une lettre de change fausse.

I. — Conditions du paiement.

799. Le paiement doit avoir lieu en espèces, puisque la lettre de change doit nécessairement avoir pour objet une somme d'argent (v. *supra*, n. 712, 713, 721). — On pourrait seulement, avec le consentement mutuel des parties, donner en paiement autre chose, ou régler la lettre en effets de commerce, ou, enfin, la solder par compensation avec une dette du porteur actuel (car la compensation, nous l'avons vu, n. 755, n'est pas possible du chef d'un endosseur). — Revenons au paiement en argent.

Art. 143. Une lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique.

C'est l'application du droit commun de l'art. 1243, C. civ. — L'article suppose qu'on a indiqué en quelle monnaie la lettre serait payée, en or ou en argent, en monnaie française ou étrangère. Nous avons argumenté de cet article (v. n. 669) pour établir que malgré le cours forcé des monnaies françaises ou étrangères (C. pén., art. 475, 11°), on peut très valablement stipuler un paiement en monnaie étrangère, et à plus forte raison un paiement en un métal plutôt qu'en un autre.

La simple énonciation de la somme en monnaie d'un pays n'impliquerait pas nécessairement que le paiement devrait se faire en cette monnaie : on peut en effet n'avoir eu la pensée que d'indiquer la quotité de ce qui serait payé; ainsi, une lettre de change de dix liv. sterl. tirée de Londres sur Paris,

(1) Cass. 11 déc. 1849, S. 50. 1. 421. — Noug., n. 195. Al. n. 1377. Massé, n. 1997.
(2) Lyon, 28 janv. 1881, D. P. 82. 2. 195.

Source BIU Cujas

pourrait très bien être payable en monnaie française équivalente. Tout dépendra des circonstances, et nous pensons qu'on devrait présumer en général que le paiement devrait être fait dans la monnaie du pays où il aura lieu (1).

Si rien n'a été stipulé, la lettre devra être payée dans la monnaie du temps et du lieu du paiement (of. C. civ., art. 1895) (2); ainsi une lettre payable en France devra être payée en monnaie française d'or ou d'argent. On ne peut payer en bronze plus de l'appoint de 5 fr. (Décr. 12 août 1810), ni en pièces d'argent de 20 c., 50 c., 1 fr. et 2 fr. plus que l'appoint de 50 fr. (L. 24 mai 1864, art. 2, et L. 14 juill. 1866, art. 1 et 5). Si l'on paie en argent plus de 500 fr., on doit fournir les sacs, moyennant une passe de sacs de 10 c. par sac, que le créancier ne peut refuser (Décr. 12 mai 1812).

On ne peut payer en billets de banque sans le consentement du porteur (av. cons. d'Et., 21 déc. 1805). Il n'y a eu dérogation à cette règle que dans des circonstances exceptionnelles, où le législateur a établi transitoirement le cours forcé des billets de banque (v. *suprà*, n. 702).

Dans tous les cas où l'on offre au porteur une monnaie qu'il n'est pas tenu d'accepter, il a le droit de faire protêt et de recourir contre ses garants (3).

800. Le tiré qui paie doit exiger qu'on lui remette la lettre de change et qu'on la revête de l'*acquit* du porteur (4).

S'il n'exigeait pas la remise du titre, il pourrait être responsable de l'abus que le porteur pourrait en faire en l'endossant encore (5). Il ne devrait pas se contenter de la remise de l'effet; car en exigeant l'*acquit*, il s'assure de l'identité du porteur, ou met celui qui aurait détourné l'effet dans la nécessité de commettre un faux. A un autre point de vue, il ne pourrait pas se contenter de la remise de l'effet; car on ne peut pas appliquer ici l'art. 1282, C. civ., d'après lequel la remise de l'original de l'acte sous seing privé par le créancier au débiteur fait preuve de sa libération : les effets de commerce sont souvent remis au tiré sans qu'il les acquitte, notamment pour qu'il les accepte (art. 125), et aussi pour qu'il les vérifie avant de payer (6).

En cas de lettre à plusieurs exemplaires, on peut se contenter de la présentation et de la remise d'un seul, à moins que l'acceptation du tiré ne se trouve sur un autre :

Art. 147. Le paiement d'une lettre de change fait sur une seconde, troisième, quatrième, etc., est valable, lorsque la seconde, troisième, quatrième, etc., porte que ce paiement annule l'effet des autres.

Art. 148. Celui qui paie une lettre de change sur une seconde, troisième, quatrième, etc., sans retirer celle sur laquelle se trouve son acceptation, n'opère point sa libération à l'égard du tiers porteur de son acceptation.

(1) Béd., n. 384. Massé, n. 611. Al., n. 1394. Demang., t. III, p. 326. L. belge, a. 33. C. com. ital. a. 38. — *Contrà* : Noug. t. I, n. 946. Pard., t. I, n. 204, 401. Ly. C. et R., n. 1199.

(2) Noug., n. 93. Al. n. 1235.

(3) Req. 15 juill. 1875, D. P. 77. 1. 323. — Brav., t. II, p. 107.

(4) Ly. C. et R., n. 1195.

(5) Brav., t. III, p. 360.

(6) Al. n. 1411. — *Contrà* : Ly. C. et R., n. 1195, note 6.

Source BIU Cujas

Exceptions au droit commun.

801. 1° *Possibilité d'un paiement partiel.*

Art. 156. Les paiements faits à compte sur le montant d'une lettre de change sont à la décharge des tireur et endosseur. — Le porteur est tenu de faire protester la lettre de change pour le surplus.

On peut supposer d'abord que ce paiement est agréé par le porteur; alors celui-ci ne peut évidemment recourir que pour le surplus. **Q.** *Mais est-il forcé de l'accepter*, malgré l'art. 1344, 1er al., C. civ.? — Il faut répondre affirmativement : — d'abord l'acceptation peut être partielle (article 124;) dans ce cas, aucun doute qu'on ne puisse payer ce qu'on a uniquement promis; — mais, même dans le cas où l'on a accepté purement et simplement, ou bien où l'on n'a pas accepté du tout, il faut admettre la même solution : l'art. 156 paraît bien dire que le paiement partiel doit être accepté par le porteur; en disant qu'il est à la décharge du tireur et des endosseurs, il paraît bien vouloir signifier qu'il y a droit acquis pour eux à ce que le porteur le reçoive; — si la loi autorise l'acceptation pour payer partiellement (art. 124), il est impossible qu'elle prohibe le paiement partiel ; — le porteur qui refuserait ne compromettrait pas seulement ses intérêts, mais encore ceux de ses garants, dont il n'a pas le droit de disposer ; — enfin, en droit civil, les juges peuvent au moins autoriser un paiement partiel (C. civ., art. 1244, 2e al.) ; mais ici cela ne serait pas possible (C. comm., art. 157) ; la position serait donc plus rigoureuse, si l'on ne regardait pas ce paiement comme permis (1).

802. 2° *Le porteur ne peut être forcé à recevoir un paiement anticipé.*

Art. 146. Le porteur d'une lettre de change ne peut être contraint d'en recevoir le paiement avant l'échéance.

Ceci est contraire à l'art. 1187, C. civ. : en général le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme qui est toujours présumé stipulé en sa faveur. Ici, au contraire, le terme est censé stipulé en faveur des deux parties, parce que le porteur peut avoir intérêt à recevoir son argent au lieu dit et à l'échéance fixée.

Il y a une seule exception; c'est dans l'art. 120 : en cas de recours faute d'acceptation, le garant poursuivi peut, pour se dispenser de trouver une caution, payer immédiatement la lettre de change.

II. **Questions de validité du paiement.**

Il y a en cette matière deux dérogations au droit commun.

803. 1° *Le tiré qui paie normalement est présumé valablement libéré.* — En général, le débiteur, qui paie à un incapable ou à celui qui n'est pas propriétaire de la créance, est obligé de payer de nouveau au véritable créancier ou à celui qui a la capacité de recevoir pour le créancier (C. civ., art. 1240). Ici le tiré n'encourt cette responsabilité que s'il paie avant l'échéance :

Art. 144. Celui qui paie une lettre de change avant son échéance est responsable de la validité du paiement.

(1) Pard., t. I, n. 207. Brav., t. III, p. 333 et suiv. Ly. C. et R., n. 1202. — *Contrà* : Noug., n. 551. Dall., n. 557, 582. Béd., n. 446. Al. n. 1434. De Couder, *l. cit.*, n. 712.

Source BIU Cujas

Mais s'il paie après, il n'est plus responsable :

Art. 145. Celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré.

C'est que le porteur est inconnu au tiré, et que celui-ci n'a pas le temps de vérifier sa qualité ou sa capacité, puisqu'il doit payer immédiatement sous peine de protêt (1). — Cette règle s'appliquera, soit que le porteur fût incapable, par exemple en état de faillite ; soit qu'il ne fût pas le légitime propriétaire de la lettre, s'il y a eu un faux ou un abus de blanc seing dans les endossements, ou un faux acquit (2). — Mais le tiré est seulement *présumé libéré* : cela veut dire qu'on peut prouver qu'il connaissait, soit l'incapacité du porteur, soit l'illégitimité de sa possession (3), ou qu'il aurait pu la connaître en vérifiant sur le titre les endossements (4), ou en lui faisant signer un acquit ; ou enfin qu'il y a eu une opposition valablement faite entre ses mains.

Dans tous ces cas il devait refuser le paiement, et il le pouvait, car un porteur même de bonne foi, en vertu d'un endossement faux, peut être repoussé par l'exception opposable à son cédant (v. n. 756). — Alors de deux choses l'une : ou il aura payé de mauvaise foi, et le véritable propriétaire pourra le faire payer de nouveau ; ou il aura payé de bonne foi, et il ne pourra pas être recherché par le véritable propriétaire. Celui-ci aura recours contre celui qui a reçu indûment, puisque l'exception tirée de la fausseté de l'endossement est opposable à celui-ci (v. même n. 756) (5), et contre le faussaire lui-même. Le porteur, ainsi que tous les endosseurs postérieurs au faux, auront recours, de proche en proche, pour recouvrer le prix de la lettre indûment payée par eux, jusqu'à celui qui a reçu du faussaire et qui n'aura de recours que contre celui-ci, mais qui ne peut se plaindre, puisqu'il a à se reprocher d'avoir reçu la lettre de quelqu'un qu'il ne connaissait pas (6).

804. 2° *Une opposition au paiement ne peut être fondée que sur deux causes rigoureusement limitées* :

Art. 149. Il n'est admis d'opposition au paiement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur.

En droit commun, une *opposition* peut venir de toute personne intéressée à ce que le paiement n'ait pas lieu ; une *saisie-arrêt* est une espèce particulière d'opposition émanée d'un créancier, qui veut se faire payer à la place de son débiteur (art. 1166).

Ici, l'opposition ne peut venir que du véritable propriétaire qui avait perdu la lettre. Elle ne peut venir des créanciers du porteur qu'autant que celui-ci est en faillite, et alors elle est faite par les syndics de la faillite. Notre article

(1) Pard., n. 452, 455. Noug., n. 231, 243. Horson, quest. 95. Al. n. 1401.

(2) Pard., n. 197, 452, 455. Locré, *Espr. du C. com.*, t. II, p. 195, 196. Noug., n. 231, 241, 243. Horson, *l. cit.* Béd., n. 396. Brav., t. III, p. 353, 354. Al. n. 1400, 1401. Ly. C. et R., n. 1192 et suiv.

(3) Trav. prép. ; v. Locré, *Esp. du C. com.*, t. II, p. 195, 196.

(4) Pard., n. 401. Vincens, t. II, p. 281. Al. n. 1398, 1399. Ly. C. et R., n. 1195.

(5) Al. n. 1401. — A moins qu'il n'eût donné un blanc seing dont on a abusé (v. n. 757). Pard., n. 455. Al. n. 1401.

(6) Al. n. 1401.

Source BIU Cujas

proscrit donc *toute saisie-arrêt* faite par un créancier du porteur non failli. Il n'y aurait pas de difficulté si la saisie-arrêt venait d'un créancier d'un endosseur qui ne serait plus porteur à l'échéance, car on ne peut opposer de son chef les exceptions au porteur (1). Mais on a hésité à appliquer notre article au cas où celui du chef de qui on a fait opposition est encore porteur à l'échéance, parce qu'alors la raison que nous venons de donner n'existe plus (2). Il faut néanmoins maintenir, dans cette hypothèse, le principe que nous avons posé : — en effet, l'art. 149 est tout à fait absolu; il a eu pour but de faciliter la circulation des lettres de change en donnant toute assurance d'un paiement prompt et exempt d'embarras; — si l'on n'appliquait pas l'art. 149, le tiré qui ne voudrait pas payer trouverait toujours un compère pour faire faire une saisie-arrêt entre ses mains; — d'un autre côté, le porteur éluderait la saisie, même sérieuse, en faisant un endossement à un tiers (3).

805. Ne faudrait-il pas ajouter un cas à l'art. 149, celui où le porteur est devenu *incapable*? Est-ce que le tuteur du porteur interdit ou le mari de la femme qui est porteur d'une lettre de change ne pourraient pas faire opposition pour empêcher que le tiré ne payât entre les mains de l'incapable? Nous pensons que oui; il y a, avec les hypothèses prévues par l'article, une analogie trop forte pour admettre une différence : en effet, le failli est précisément frappé d'une espèce d'incapacité, moindre que ceux dont nous parlons; et, d'autre part, la lettre est, comme en cas de perte, entre les mains d'une personne qui ne doit pas la toucher (4).

L'art. 149 n'autorise pas une saisie-arrêt de la part des créanciers du tireur; nous en avons argumenté pour conclure qu'en cas de faillite de celui-ci, le porteur sera payé intégralement, qu'il est propriétaire de la provision (v. n. 773).

III. — Du cas de perte de la lettre de change (5).

806. Le porteur qui a perdu une lettre de change doit d'abord faire opposition au paiement avant l'échéance, et nous avons vu que cette opposition arrêtera le paiement (art. 149); si par hasard le tiré avait payé avant l'échéance, il pourrait être obligé de payer de nouveau (art. 144). Les droits du porteur seront donc bien sauvegardés par cette opposition. — Mais il ne suffit pas qu'il empêche de payer les autres, il faut qu'il puisse se faire payer. Pour cela, que doit-il faire?

1° Précautions à prendre avant l'échéance.

807. Il peut vouloir se procurer un nouvel exemplaire pour le négocier ou pour se faire payer plus facilement.

Art 154. Le propriétaire de la lettre de change égarée doit, pour s'en procurer la seconde, s'adresser à son endosseur immédiat, qui est tenu de lui prêter son nom et ses soins pour agir envers son propre endosseur; et ainsi,

(1) Cass. 21 juill. 1855, D. P. 55. 1. 288.
(2) Béd., n. 408.
(3) Al, n. 1419.
(4) Brav., t. III, p 350. Ly. C. et R., n. 1210.
(5) V. sur cette matière une étude de M. Beauregard, *Rev. crit.*, 1878, p. 439-464.

Source BIU Cujas

en remontant d'endosseur en endosseur, jusqu'au tireur de la lettre. Le propriétaire de la lettre de change égarée supportera les frais.

Il remonte la filière des endossements, grâce à ce que chaque endosseur connaît au moins celui qui le précède. — C'est lui qui fait toutes les démarches et paie tous les frais, car c'est par sa faute que la lettre s'est perdue. Il obtiendra du tireur un nouvel exemplaire, qualifié de deuxième de change, avec mention que le paiement sur cet exemplaire annule le premier. Puis il redescendra la filière pour faire rétablir les endossements; et alors le tiré pourra sans crainte payer sur cet exemplaire (art. 147 et 150) (1); — à moins, toutefois, que l'exemplaire perdu ne fût revêtu de son acceptation; car le tiré ne pourrait accepter ou payer le nouvel exemplaire sans s'exposer à payer deux fois. Dans ce cas, le porteur devra garantir le tiré contre cette éventualité en donnant caution, a. 151, *infrà*.

2° **Manière de procéder à l'échéance.**

808. Il faut rassurer le tiré contre l'invalidité du paiement. Pour cela, deux règles :

1° *Celui qui a perdu la lettre doit justifier de sa propriété*, soit par un autre exemplaire, qui rétablit la filiation de sa propriété :

Art. 150. En cas de perte d'une lettre de change non acceptée, celui à qui elle appartient peut en poursuivre le paiement sur une seconde, troisième, quatrième, etc.

soit à défaut, par ses livres :

Art. 152. Si celui qui a perdu la lettre de change, qu'elle soit acceptée ou non, ne peut représenter la seconde, troisième, quatrième, etc., il peut demander le paiement de la lettre de change perdue, et l'obtenir par l'ordonnance du juge, en justifiant de sa propriété par ses livres, et en donnant caution.

Il ne pourrait prouver sa propriété par sa correspondance seule ; on a supprimé exprès cette faculté dans le projet, parce qu'on a dit qu'il devait avoir

(1) *Sic*: Demang., t. III, p. 377, note 1.—On a objecté que, par cette série d'opérations, le réclamant prouve bien qu'il a été propriétaire de la lettre, mais il ne prouve pas qu'il ne l'ait pas endossée, au lieu de la perdre; aussi pour garantir les droits du porteur on exige une caution dans ce cas : Brav., t. III, p. 377. Beauregard, *op. cit.* p. 453 et suiv. Ly. C. et R., n. 1218. L'objection se comprend dans l'opinion de M. Beauregard, soutenant que la caution est exigée dans l'intérêt du porteur; mais elle ne peut se soutenir dans la doctrine de MM. Bravard, Lyon-Caen et Renault, qui admettent, comme nous, qu'elle est exigée seulement dans l'intérêt du tiré (v. *infra*). S'il est vrai, comme on le dit, qu'on ne peut alors reprocher au porteur de ne pas s'être fait remettre tous les exemplaires de la lettre, puisqu'au moment où il a l'acquise, il n'y en avait qu'un; c'est une lacune à signaler au législateur. D'ailleurs la fraude du réclamant est peu à craindre, car elle se découvrirait forcément à l'échéance qui est très prochaine, et elle l'exposerait aux peines de l'escroquerie (C. pén., a. 485). Enfin l'a. 152 est formel pour n'exiger la caution que dans le cas où le réclamant « ne peut représenter la seconde, troisième, quatrième, etc. » Et quand l'art 154 vient ensuite indiquer le moyen de se procurer *la* seconde, on ne peut pas croire qu'il n'entende pas attribuer à celle-ci toute l'utilité que lui donne l'a. 152.

Source BIU Cujas

tenu ses livres régulièrement (1). Cette règle sera une prime pour son exactitude ou une peine pour sa négligence. Il faudrait évidemment en dire autant *à fortiori* de la preuve par témoins (2). — Son droit est constaté par le président du tribunal (3), qui, même en présence du témoignage de ses livres, ne lui donnerait pas nécessairement gain de cause; il pourrait tirer des circonstances, par exemple de son long silence, la présomption qu'il a été payé (4).

809. *Il doit donner caution au tiré,* de l'indemniser s'il était obligé de payer (5). Or cela ne peut se présenter qu'en cas d'acceptation. D'où :

Art. 151. Si la lettre de change perdue est revêtue de l'acceptation, le paiement ne peut en être exigé sur une seconde, troisième, quatrième, etc., que par ordonnance du juge, et en donnant caution.

Le président du tribunal appréciera la valeur de la caution.

Au contraire, s'il n'y a pas eu acceptation et qu'on ait un autre exemplaire, la loi n'exige plus de caution, car le tiré peut toujours se refuser à payer sur l'exemplaire perdu : art. 150.

La même règle devrait s'appliquer toutes les fois qu'il n'y a pas eu acceptation, lors même que l'on n'a pas d'autre exemplaire : car le tiré ne peut toujours pas être forcé de payer de nouveau. Néanmoins la loi exige la caution quand il n'y a pas d'autre exemplaire sans distinguer entre le cas d'acceptation ou de non acceptation : art. 152. Il faudra se conformer à la loi (6), mais la caution ne s'engageant qu'à *indemniser* le tiré, sera d'avance à l'abri de toute poursuite, puisque le tiré ne peut jamais subir de dommage.

Durée de l'obligation de la caution :

Ars. 155 L'engagement de la caution, mentionné dans les articles 151 et 152, est éteint après trois ans, si, pendant ce temps, il n'y a eu ni demandes ni poursuites juridiques.

La caution n'est engagée que pendant trois ans, quoique le tiré soit exposé

(1) V. Locré, t. XVIII, p. 127. — Cette exigence ne devrait pas s'appliquer si le porteur n'était pas commerçant.

(2) Req. 22 mai 1848, D. P. 49. 1. 158.

(3) Le mot *ordonnance,* employé par les art. 151 et 152, prouve que c'est le président seul qui intervient : Brav., t. III, p. 380. Ly. C. et R., n. 1215. — *Contrà* : Pard., t. I, n. 408. Noug., n. 570. Béd., n. 415, 418. Al. n. 1425.

(4) Req. 19 mars 1845, D. P. 45. 1. 214.

(5) Des auteurs, suivant en cela l'autorité de Savary (liv. 3, ch. 6) admettent que la caution est exigée en faveur du tiers porteur et non dans l'intérêt du tiré : Pard., n. 411. Noug., n. 575. Beauregard, *op. cit.*, p. 443 et suiv. De Couder, *l. cit.*, n. 625. — Cette opinion qui aurait l'avantage d'expliquer pourquoi la caution est exigée quelquefois lors même que l'exemplaire perdu n'est pas accepté, était déjà contredite par Pothier (n. 131) et par Jousse (tit. 5, a. 19, n. 5); elle a été combattue par les observations des tribunaux de commerce ; enfin elle est évidemment contraire au texte des art. 151, 152, qui montre bien que la caution peut être exigée par le tiré qui paie, et par conséquent en sa faveur ; car on ne stipule pas pour autrui (C. civ. a. 1119) : Al. n. 1425. Brav., t. III, p. 387, 389. Ly. C. et R., n. 1216.

(6) Brav., t. III, p. 381-383. Ly. C. et R., n. 1220.

Source BIU Cujas

pendant cinq ans (art. 189) (1). C'est qu'on a voulu faciliter la recherche d'une caution; et déjà sous l'ordonnance on avait expérimenté qu'il n'y a pas de danger au delà.

Si le paiement est refusé malgré ces précautions :

Art. 153. En cas de refus de paiement, sur la demande formée en vertu des deux articles précédents, le propriétaire de la lettre de change perdue conserve tous ses droits par un acte de protestation. — Cet acte doit être fait le lendemain de l'échéance de la lettre de change perdue. — Il doit être notifié aux tireur et endosseurs, dans les formes et délais prescrits ci-après pour la notification du protêt.

L'acte de protestation diffère du protêt uniquement en ce qu'on n'y copie pas la lettre de change, ce qui serait impossible puisqu'elle est perdue.

IV. — **Du cas d'une lettre de change fausse.**

810. Nous supposions tout à l'heure (n. 803; v. également n. 755), une lettre de change vraie, avec des endossements faux. Mais qu'arriverait-il, si la lettre de change elle-même était fausse, c'est-à-dire si la signature du tireur était fausse?

D'abord le tiré pourrait se refuser de payer, s'il s'apercevait de la fausseté. Cela ne peut faire aucun doute s'il n'a pas accepté, car il n'est nullement lié. Mais lors même qu'il aurait accepté, il pourrait encore refuser de payer; car nous avons dit qu'il pourrait invoquer la nullité de son acceptation comme faite sur une fausse cause (n. 786) (2).

S'il avait payé, il n'aurait évidemment aucun recours contre le tireur, qui n'a jamais souscrit la lettre (3); et s'il est son débiteur, il ne pourrait déduire de sa dette ce qu'il aurait payé. Il pourrait évidemment poursuivre le faussaire; mais ce recours sera bien souvent illusoire. — **Q.** *Pourra-t-il réclamer au porteur ce qu'il lui a payé?* Nous n'hésitons pas à l'admettre, quoique cette question ait donné lieu à beaucoup de controverses : car il a payé sans cause (C. civ., art. 1131); il a payé par erreur ce qu'il ne devait à aucun titre (C. civ., art. 1376) (4). Et nous admettons qu'il pourra réclamer ce paiement indû, lors même qu'il aurait pu, avec plus de soin, s'apercevoir de la fausseté; car le porteur est coupable au même titre que lui de ne pas s'en être aperçu. — On objecte que le porteur qui lui rendrait la somme payée serait privé de tout recours; car il n'a pas fait le protêt le lendemain de l'échéance, et il ne pouvait pas le faire puisqu'on le payait. Nous répondrons qu'il n'y a

(1) Et même pendant trente ans, s'il s'agit d'un billet à ordre civil, auquel nos articles sont applicables.

(2) Noug., n. 533. Béd., n. 378. *Contrà :* Pard., n. 448. Vincens, t. II, p. 262. Al. n. 1305, 1408. — Si l'*acceptation* était fausse, il ne serait pas tenu de payer : Al. n. 1409; mais s'il avait payé, il ne pourrait répéter contre le porteur, puisque lors même qu'il n'y aurait pas eu acceptation son paiement eût été valable et irrévocable : Pard., n. 453., Noug., n. 239. Béd., n. 380. Al. n. 1409. — Le paiement pourrait également être refusé par un donneur d'aval trompé par une signature fausse du tireur : Req. 20 mars 1882, D. P. 82. 1. 244.

(3) Pot., n. 103. — Al. n. 1404.

(4) Al. n. 1407. — *Contrà :* Pard., n. 450. Noug., n. 236.

Source BIU Cujas

pas lieu de lui appliquer cette déchéance de l'art. 168: par la raison très simple qu'il n'y a jamais eu lettre de change, puisque l'acte a été faux dès l'abord; or l'art. 168 ne s'applique qu'aux lettres de change ou aux billets à ordre. Le porteur qui aura remboursé le prétendu tiré aura lui-même la *condictio indebiti* contre son endosseur, sans être assujétti à aucune forme, à aucun délai, autres que ceux du droit commun. Et de même tous les porteurs successifs. On arrivera ainsi à celui qui aura reçu la lettre du faussaire; celui-là sera réduit à un recours, souvent illusoire, contre ce dernier; mais il n'a à s'en prendre qu'à lui d'avoir reçu la lettre de quelqu'un qu'il ne connaissait pas. — On objecte que les endosseurs ne sont pas obligés de connaître la signature du tireur et n'en sont pas garants; mais il faut répondre que le tiré n'en est pas garant non plus, cet argument doit donc être mis de côté; les signataires sont dans la position de personnes ayant reçu une pièce de monnaie fausse, qui peuvent s'en demander de proche en proche le remboursement en remontant jusqu'au faussaire. — On objecte encore que, s'il n'y a pas lettre de change émanée du tireur, le premier endossement l'a complétée, il y a lettre de change émanée du premier endosseur; qu'il faut donc appliquer la règle de la lettre de change. Il faut répondre que, ni cet endosseur, ni aucun autre n'a voulu se constituer tireur, p. ex. avec l'obligation de faire provision à l'échéance; que par conséquent, ainsi que nous l'avons dit, il n'y a jamais eu lettre de change.

811. Nous admettrions la même solution dans le cas où une lettre de change aurait été altérée par l'exagération de la somme qui y était primitivement indiquée. Le tiré qui aurait payé ne pourrait recourir contre le tireur que pour la somme primitive; à moins que celui-ci n'eût commis une faute positive, ayant rendu l'altération et l'erreur du tiré plus faciles. Mais le tiré pourrait recourir pour le surplus contre le porteur (1); et celui-là contre les endosseurs quoiqu'il n'ait pas fait protêt; parce que nous dirions que pour ce surplus il n'y a jamais eu lettre de change, ni par conséquent lieu à l'application de l'art. 168, qui contient une rigueur tout à fait spéciale aux effets de commerce à ordre.

§ 2

Refus de paiement et ses conséquences immédiates.

812. Le refus de paiement donne au porteur le droit de recourir solidairement contre ses garants (art. 164); ordinairement le porteur recourt contre son cédant immédiat qu'il connaît seul et dont il a suivi la foi.

Trois points : — 1° devoirs du porteur, diligences à faire; — 2° droits du porteur, ce qu'il peut réclamer; — 3° paiement par intervention.

I. — Devoirs du porteur.

813. Il doit d'abord se présenter exactement *à l'échéance*.

Art. 161. Le porteur d'une lettre de change doit en exiger le paiement le jour de son échéance.

(1) Pot., n. 101. — Al. n. 1403. — *Contrà :* Scaccia. § 2, gl. 5, quest. 15. Pard., n. 450. Noug., n. 236.

Source BIU Cujas

Cette obligation ne lui est pas imposée dans l'intérêt du débiteur de l'effet (tiré accepteur, ou souscripteur du billet à ordre); car il pourrait toujours lui demander le paiement jusqu'à la prescription. Seulement le débiteur pourrait, s'il le voulait, se libérer, en consignant la somme à la caisse des dépôts et consignations, trois jours après l'échéance, et sans offres réelles préalables; car le porteur lui est inconnu sans doute; quand le porteur se présentera, le tiré se libérera en lui remettant l'acte de dépôt, au moyen duquel toute personne peut toucher (L. 6 thermid. an. III, et Ord. 3 juill. 1816) (1).

Cette obligation est imposée au porteur dans l'intérêt des garants contre qui il voudra recourir. Elle a pour sanction que s'il ne fait pas protêt le lendemain de l'échéance, il sera déchu de la plupart de ses recours (v. art. 168). — Mais cette menace ne l'oblige pas à se présenter le jour même de l'échéance. Il se mettrait en règle avec l'art. 168 en se présentant seulement le lendemain et en faisant protêt immédiatement. En effet, il n'encourra aucune peine pour avoir agi ainsi, si personne n'en souffre, si le tiré est aussi solvable le lendemain que le jour même. Mais si celui-ci avait cessé ses paiements dans l'intervalle, nous pensons que le porteur encourrait les déchéances de l'art. 168, non pas en vertu de cet article, mais en vertu de l'art. 1382, C. civ. combiné avec notre article 161; puisque c'est par sa faute que le paiement n'a pas eu lieu, il ne peut pas agir en garantie contre les endosseurs, ni contre le tireur si celui-ci avait fait provision (2). Seulement, en fait, il sera peut-être difficile de prouver qu'il ne s'était pas présenté le jour même de l'échéance.

814. Lorsque la lettre est à vue ou à un certain délai de vue, il a le choix de fixer cette échéance; pourtant il n'a pas une liberté complète, il doit présenter la lettre dans les trois mois de sa date, sauf les délais de distance. La loi l'exige pour qu'on ne laisse pas trop longtemps tous les intéressés dans l'incertitude :

Art. 160. (Ainsi remplacé, L. 3 mai 1862.) Le porteur d'une lettre de change tirée du continent et des îles de l'Europe ou de l'Algérie, et payable dans les possessions européennes de la France ou de l'Algérie, soit à vue, soit à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue, doit en exiger le paiement ou l'acceptation dans les trois mois de sa date, sous peine de perdre son recours sur les endosseurs et même sur le tireur si celui-ci a fait provision. — Le délai est de quatre mois pour les lettres de change tirées des Etats du littoral de la Méditerranée et du littoral de la mer Noire sur les possessions européennes de la France, et réciproquement du continent et des îles de l'Europe, sur les établissements français de la Méditerranée et de la mer Noire. — Le délai est de six mois pour les lettres de change tirées des Etats d'Afrique en deçà du cap de Bonne-Espérance, et des Etats d'Amérique en deçà du cap Horn, sur les possessions européennes de la France, et réciproquement du continent et des îles de l'Europe, sur les possessions françaises ou établissements français dans les Etats d'Afrique en deçà du cap de Bonne-Espérance et dans les Etats d'Amérique en deçà du cap Horn. — Le délai est d'un an pour les lettres de change tirées de toute autre partie du monde sur les possessions européennes de la

(1) Pard., n. 214. Brav., t. III, p. 366 et suiv. Al. n. 1445. Ly. C. et R., n. 1204.

(2) Pard., n. 420. Dall., n. 706. Persil, n. 278. Al. n. 1446. Ly. C. et R., n. 1231. — *Contrà :* Horson, quest. 108, 109. Noug., n. 628. Vincens, t. II, p. 283.

Source BIU Cujas

France, et réciproquement du continent et des îles de l'Europe sur les possessions françaises et les établissements français dans toute autre partie du monde. — La même déchéance aura lieu contre le porteur d'une lettre de change à vue, à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue, tirée de la France, des possessions ou établissements français, et payable dans les pays étrangers, qui n'en exigera pas le paiement ou l'acceptation dans les délais ci-dessus prescrits pour chacune des distances respectives. — Les délais ci-dessus sont doublés en cas de guerre maritime. — Les dispositions ci-dessus ne préjudicieront néanmoins pas aux stipulations contraires qui pourraient intervenir entre le preneur, le tireur, et même les endosseurs.

Le premier alinéa s'applique aux lettres de change de France sur France; il les comprend dans ses termes quoiqu'il ne les spécifie pas expressément puisqu'il parle des lettres tirées du *continent de l'Europe* sur la France. — Le dernier alinéa permet de modifier ces délais par une stipulation expresse.

Tous ces délais une fois fixés sont de rigueur :

Art. 135. Tous les délais de grâce, de faveur, d'usage ou d'habitude locale, pour le paiement des lettres de change, sont abrogés.

Art. 157. Les juges ne peuvent accorder aucun délai pour le paiement d'une lettre de change.

Ces articles font exception à l'art. 1244, 2e al., C. civ. — En pratique, à Paris, du moins au-dessous de mille francs, les juges accordent un délai de vingt-cinq jours, et cela du consentement du créancier, parce que le débiteur en faisant défaut sur la poursuite, puis opposition au jugement, gagnerait au moins ce temps (1).

815. S'il y a **refus de paiement,** alors le porteur a trois obligations : — 1° protêt; — 2° dénonciation du protêt et sommation de payer à ceux contre qui il veut recourir; — 3° faute de paiement par eux, assignation en justice.

1° **Protêt faute de paiement.**

Le protêt est la constatation authentique du refus d'accepter ou de payer. — Il y a le protêt *faute d'acceptation* et le protêt *faute de paiement*; tous deux se font dans les mêmes formes. Seulement aucun délai n'est fixé pour le protêt faute d'acceptation, et l'on n'encourt aucune déchéance en le retardant (v. *suprà*, n. 789).

Art. 173. Les protêts faute d'acceptation ou de paiement sont faits par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins, ou par un huissier et deux témoins. — Le protêt doit être fait : — au domicile de celui sur qui la lettre de change était payable, ou à son dernier domicile connu; — au domicile des personnes indiquées par la lettre de change pour la payer au besoin; — au domicile du tiers qui a accepté par intervention; — le tout par un seul et même acte. — En cas de fausse indication de domicile, le protêt est précédé d'un acte de perquisition.

La nécessité des témoins a été supprimée par un décret du 23 mars 1848.

(1) V. Dall., n. 581. Demang., t. III, p. 342-343. Al. n. 1435. De Couder, *loc. cit.*, n. 693.

Source BIU Cujas

Le protêt doit être fait : — 1° au *tiré*, lors même qu'il aurait refusé l'acceptation ; — 2° à l'*accepteur par intervention* ; — 3° aux *besoins*, s'il y en a. Il n'y a aucun doute pour les besoins indiqués par le tireur. Q. *Mais faut-il, sous peine de déchéance, faire le protêt aussi chez les besoins indiqués par les endosseurs?* Nous admettrons la négative : — il peut y en avoir beaucoup; et alors cela ferait beaucoup de frais, et rendrait peut-être impossible de terminer le protêt le lendemain de l'échéance; — l'art 173 parle seulement des besoins, *indiqués par la lettre de change*, ce qui exclut ceux indiqués après coup ; — il ne peut pas dépendre de chaque nouvel endosseur d'aggraver la position du tireur et des endosseurs précédents en augmentant les frais de protêt qu'ils seront obligés de rembourser en cas de non paiement; il faut donc dire qu'ils sont maîtres d'indiquer de nouveaux besoins, mais que la clause de *retour sans frais* y est toujours sous-entendue; on devra *demander le paiement* à ces besoins, mais on ne sera pas obligé de faire protêt à leur domicile (1).

L'article dit que le protêt doit être fait *au domicile*. En général, les significations peuvent se faire aussi à personne ; mais il faut admettre que la loi exige rigoureusement que le protêt soit fait au domicile : — c'est là seulement que le tiré ou les autres personnes ont leurs livres pour vérifier immédiatement s'ils doivent et ce qu'ils doivent payer; — ils peuvent bien n'avoir pas ailleurs la somme pour payer (2). — Pour les mêmes raisons, le domicile doit s'entendre du domicile commercial (3). — Si l'huissier ne trouve personne, il laissera le protêt à un voisin ou au maire, suivant l'art. 68, C. pr. civ. Si l'adresse est fausse, il fera un acte de perquisition (art. 173, *in fine*) ; puis remettra le protêt au parquet du procureur de la République, qui visera l'original, et fera afficher la copie (C. pr. civ., art. 69, 8°).

« *Par un seul et même acte* » : il y aura autant de copies que de parties, puisqu'il faut en laisser une à chacune d'elles; mais il n'y aura qu'un original constatant toutes ces significations.

Art. 176. Les notaires et les huissiers sont tenus, à peine de destitution, dépens, dommages-intérêts envers les parties, de laisser copie exacte des protêts, et de les inscrire en entier, jour par jour et par ordre de dates, dans un registre particulier, côté, paraphé, et tenu dans les formes prescrites pour les répertoires.

Obligation de les copier sur un registre, parce que le protêt, voyageant chez les divers garants, est exposé à beaucoup de risques de perte.

Art. 174. L'acte de protêt contient : — la transcription littérale de la lettre de change, de l'acceptation, des endossements, et des recommandations qui y sont indiqués, — la sommation de payer le montant de la lettre de change. — Il énonce : — la présence ou l'absence de celui qui doit payer, — les motifs du refus de payer, et l'impuissance ou le refus de signer.

(1) La jurisprudence paraît se fixer en ce sens : Cass. 17 avril 1872, D. P. 72. 1. 151. — Brav., t. III, p. 427. Al. n. 1507. — *Contrà :* Frémery, p. 150 et suiv. Dall., n. 700. Noug., n. 785. Béd., n. 552. Demang., t. III, p. 438. De Couder, *Dict.* v° *protêt*, n. 253. Ly. C. et R., n. 1237. — V. Horson, quest. 116.

(2) Al. n. 1505. Dall., n. 947. Brav., t. III, p. 434, 435. Noug., n. 1305. De Couder, *l. cit.*, n. 251. Béd., n. 574. Ly. C. et R., n. 1236.

(3) Ly. C. et R., n. 1236.

Source BIU Cujas

La loi ne dit pas que ces formalités soient exigées à peine de nullité : les tribunaux pourront donc reconnaître comme suffisant un protêt même incomplet, s'ils jugent que les omissions ne lèsent en rien ceux à qui on l'oppose (1).

En pays étranger on suivra les formes du pays (2).

816. *Quel jour doit être fait le protêt?*

Art. 162. Le refus de paiement doit être constaté, le lendemain du jour de l'échéance, par un acte que l'on nomme protêt faute de paiement. — Si ce jour est un jour férié légal, le protêt est fait le jour suivant.

« *Le lendemain de l'échéance* »; en effet, le dernier jour du terme appartient tout entier au débiteur; s'il était fait le jour même il serait nul (3). — Pour les lettres à vue, l'échéance est le jour même où on les présente; on doit donc faire protêt exactement le lendemain (4).

Le lendemain, au moment du protêt, le tiré peut encore payer; mais, pour empêcher le protêt, il doit offrir, outre le montant de l'effet, les frais de la sommation qui précède le protêt, car il faut payer l'huissier qu'on a dérangé; si l'on n'offre pas ces frais, le protêt est légitime (5).

Le protêt est une obligation stricte :

Art. 175. Nul acte, de la part du porteur de la lettre de change, ne peut suppléer l'acte de protêt, hors le cas prévu par les articles 150 et suivants, touchant la perte de la lettre de change.

En cas de perte, l'acte de protestation ne diffère du protêt qu'en ce qu'on n'y copie pas la lettre.

Art. 163. Le porteur n'est dispensé du protêt faute de paiement ni par le protêt faute d'acceptation, ni par la mort ou faillite de celui sur qui la lettre de change est tirée. — Dans le cas de faillite de l'accepteur avant l'échéance, le porteur peut faire protester, et exercer son recours.

En cas de protêt faute d'acceptation, le tiré a pu se raviser; peut-être a-t-il reçu la provision dans l'intervalle. — En cas de mort du tiré, son héritier peut très bien payer. — En cas de faillite du tiré, ni le tiré, ni ses syndics ne peuvent payer; on ne voit donc pas l'utilité du protêt; mais c'est précisément le moyen, uniformément admis par la loi, de constater l'impossibilité de payer;

(1) Cass. 14 déc. 1840, D., v° *Eff. de com.*, n. 769. — Noug., n. 755 et suiv. Béd., n. 562. Demang., t. III, p. 422. Al. n. 1520. Ly. C. et R., n. 1239.

(2) Rouen, 1er déc. 1854, D. P. 55. 2. 122.

(3) D'après la L. belge, a. 53, et le C. com. ital., a. 296, le protêt doit être fait au plus tard le *second* jour après l'échéance.

(4) Persil, p. 275. Béd., n. 477. Ly. C. et R., n. 1233, note 4. — *Contrà* : Noug., n. 625. Horson, quest. 107. Dall., n. 707. Al. n. 1444. De Couder, *loc. cit.*, n. 51. Ces auteurs argumentent de ce qu'on ne peut pas prouver le jour où la lettre a été présentée, et ils vont jusqu'à accorder trois mois depuis la date de la lettre (art. 160). Mais la difficulté de preuve ne doit pas faire abandonner la règle dans les cas où l'on pourrait arriver à faire cette preuve, ce qui pourra encore se présenter assez souvent.

(5) Cass. 21 août 1860, D. P. 60. 1. 450. — Pard., n. 419. Noug., n. 459. Al. n. 1448. Ly. C. et R., n. 1238.

Source BIU Cujas

de plus, le protêt peut provoquer, et en tout cas rend possible, le paiement par intervention (1).

Il n'y a d'exception que : — 1° en cas de force majeure (2), et encore à la condition que la force majeure n'ait pas été précédée d'une faute du porteur (3) ; — 2° en cas de clause de *retour sans frais*, ou autre équivalente (v. n. 818).

Le second alinéa de l'art. 163 sera expliqué, à propos de la faillite, avec l'art. 444, 2e al. (v. n. 935). Disons seulement que le protêt, dans ce cas, est analogue, non au protêt faute de paiement, mais au protêt faute d'acceptation, et que le recours auquel il donne lieu n'a pour but que l'obtention d'une caution.

817. 2° **Dénonciation du protêt,** par acte d'huissier; et ensuite,

3° **Assignation en justice,** dans la forme des ajournements; le tout adressé à ceux contre lesquels on veut recourir, dans un seul délai de quinze jours (4), plus les délais de distance.

Art. 165. 1er al. Si le porteur exerce le recours individuellement contre son cédant, il doit lui en faire notifier le protêt, et, à défaut de remboursement, le faire citer en jugement dans les quinze jours qui suivent la date du protêt, si celui-ci réside dans la distance de cinq myriamètres.

Notons seulement que le délai de quinzaine n'est pas allongé dans le cas où il viendrait à expirer un jour férié légal; alors l'assignation devra avoir lieu au plus tard le quatorzième jour (5).

Art. 165, 2e al. Ce délai, à l'égard du cédant domicilié à plus de cinq myriamètres de l'endroit où la lettre de change était payable, sera augmenté d'un jour par deux myriamètres et demi excédant les cinq myriamètres.

Art. 166. (Ainsi remplacé, L. 3 mai 1862). Les lettres de change tirées de France et payables hors du territoire continental de la France en Europe étant protestées, les tireurs et endosseurs résidant en France seront poursuivis dans les délais ci-après : — d'un mois pour celles qui étaient payables en Corse, en Algérie, dans les îles Britanniques, en Italie, dans le royaume des Pays-Bas et dans les Etats ou Confédérations limitrophes de la France; — de deux mois pour celles qui étaient payables dans les autres Etats, soit de l'Europe, soit du littoral de la Méditerranée et de celui de la mer Noire; — de cinq mois pour celles qui étaient payables hors d'Europe en deçà des détroits de Malacca et de la Sonde et en deçà du cap Horn; — de huit mois pour celles qui étaient payables au delà des détroits de Malacca et de la Sonde et au delà du cap Horn. Ces délais seront observés dans les mêmes proportions pour le recours à exercer contre les tireurs et endosseurs résidant dans les possessions françaises hors de la France continentale. — Les délais ci-dessus seront doublés pour les pays d'outre-mer, en cas de guerre maritime.

(1) Brav., t. III, p. 425. Noug., n. 2309. Ly. C. et R., n. 1241.

(2) Au Conseil d'Etat, on a renvoyé aux principes généraux pour cela : Locré, t. XVIII, p. 85, 88. — Ly. C. et R., n. 1242.

(3) Req. 7 juill. 1862, D. P. 63. 1. 81. — Brav., t. III, p. 426.

(4) Le C. com. ital., a. 317, n'accorde que deux jours pour la dénonciation.

(5) Pard., n. 428. Al. n. 1471.

Source BIU Cujas

La modification faite par la L. 3 mai 1862 a consisté à abréger ces délais.

Art. 167. 1er al. Si le porteur exerce son recours collectivement contre les endosseurs et le tireur, il jouit, à l'égard de chacun d'eux, du délai déterminé par les articles précédents.

Ces délais sont individuels, et ont tous pour point de départ le protêt; ce qui prouve que les poursuites contre l'un des coobligés n'interrompent pas la prescription à l'égard des autres, c'est-à-dire qu'il n'y a entre eux que solidarité imparfaite. — La faillite d'un endosseur ne dispenserait pas de lui dénoncer le protêt (1).

En pratique, la dénonciation et l'assignation en justice se font par un seul et même acte, parce que l'on a préalablement demandé à l'amiable le remboursement. (2).

818. S'il y a clause de **retour sans frais**, on est dispensé non seulement du protêt, mais encore des délais pour la dénonciation et l'assignation (3). Mais évidemment, on doit toujours prévenir ses garants à l'amiable (4); il n'y aura là rien de rigoureux notamment quant aux délais (5); on appréciera s'il y a eu une négligence préjudiciable aux garants. — Cette convention peut résulter d'une autre stipulation quelconque (6); et, étant commerciale, elle pourra se prouver par tous moyens (7). Il peut même y avoir une dispense générale entre deux commerçants (8). — Mais il peut se faire que l'on soit dispensé des deux dernières formalités sans être dispensé du protêt (9). — Souvent aussi, en recevant un effet très près de l'échéance, le porteur stipule que le délai du protêt ne sera pas invoqué rigoureusement par le dernier endosseur; mais cela ne le dispense pas de toute diligence et du protêt même tardif (10). Ainsi, souvent, les tarifs des maisons de Banque le stipulent pour les effets remis moins de dix jours avant l'échéance : tels sont ceux du Comptoir d'escompte à Paris (11).

II. — **Droits du porteur.**

819. Il a le droit de recourir contre ses garants solidairement :

Art. 164, 1er, 2e, 3e al. Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut exercer son action en garantie, — ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs, — ou collectivement contre les endosseurs et le tireur.

(1) Rouen, 14 nov. 1875, D. P. 78. 5. 212.
(2) Ly. C. et R., n. 1246.
(3) Cette clause dispense aussi bien du protêt faute d'acceptation que du protêt faute de paiement : Al. n. 1468. — *Contrà* : Cass. 6 juin 1853, *J. Pal.*, 54. 2. 51.
(4) Paris, 20 nov. 1852, D. P. 54. 5. 279.
(5) Lyon, 22 août 1875, D. P. 76. 1. 225, et la note de M. Beudant, Al. n. 1456. Demang., t. III, p. 83. Ly. C. et R., n. 1250. — *Contrà* : Noug., n. 262.
(6) Cass. 22 janv. 1879, D. P. 79. 1. 127, etc. — Pard., t. I, n. 433.
(7) Req. 6 fév. 1872, D. P. 72. 1. 374. — Pard., t. I. n. 433. Al. n. 1459.
(8) Req. 17 juill. 1856, D. P. 56. 1. 301.
(9) Bordeaux, 15 mai 1871, D. P. 71. 1. 237.
(10) Besançon, 4 juin 1859, D. P. 59. 2. 125.
(11) Cass. 12 juill. 1864, D. P. 64. 1. 376.

Source BIU Cujas

Il peut les poursuivre : — soit collectivement, et alors il les assignera au domicile de l'un d'eux, à son choix (C. pr. civ., art. 59, 2e al.), — soit isolément, chacun à son domicile. Ordinairement, il recourt seulement contre son cédant immédiat qu'il connaît seul.

Il peut faire une **saisie conservatoire** sur leurs biens :

Art. 172. Indépendamment des formalités prescrites pour l'exercice de l'action en garantie, le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut, en obtenant la permission du juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireur, accepteurs et endosseurs.

Cette saisie a uniquement pour but d'empêcher le détournement des effets ; elle ne donne pas le droit de vendre.

820. **Que va-t-il demander?** en justice, si l'on refuse; mais d'abord à l'amiable.

Il doit adresser à son garant (art. 181, 7e al.) : la lettre de change, le protêt ou une expédition du protêt, et le *compte de retour*, ou compte de ce qui est dû. Ce **compte de retour** comprend (art. 181, 1er, 2e, 3e al., v. page suivante) : — 1o le *principal* de la lettre; — 2o les *intérêts* de ce capital; — 3o les *frais* de protêt et autres légitimes, tels que commissions de banque, courtage, timbres et ports de lettres.

Les *intérêts du capital* courent de plein droit du jour du protêt :

Art. 184. L'intérêt du principal de la lettre de change protestée faute de paiement est dû à compter du jour du protêt.

En cas de dispense de protêt, ils courent du jour de l'échéance (1). — En cas de protêt tardif, ils courraient toujours du jour du protêt : — texte de l'a. 184 (2).

Mais les intérêts des frais ne courent que de la demande en justice :

Art. 185. L'intérêt des frais de protêt, rechange et autres frais légitimes, n'est dû qu'à compter du jour de la demande en justice.

821. Le mode ordinaire de recouvrer amiablement ces sommes est une nouvelle lettre de change tirée par le porteur sur son garant et causée *valeur en remboursement de l'effet ci-joint non payé*. On l'appelle une **retraite**, parce que c'est une traite en sens inverse de la première.

Art. 178. La retraite est une nouvelle lettre de change au moyen de laquelle le porteur se rembourse sur le tireur, ou sur l'un des endosseurs, du principal de la lettre protestée, de ses frais, et du nouveau change qu'il paie.

Il y a lieu alors à un *nouveau change* ; car le porteur escomptera sa retraite au lieu où le paiement devait être fait ; c'est un droit pour lui, puisqu'en vertu du contrat de change primitif, il doit recevoir la somme *dans ce lieu même* ; alors il subira la retenue du change de ce lieu sur celui où la retraite est

(1) Cass. 5 janv. 1864, D. P. 64. 1. 41. — Ly. C. et R., n. 1249.

(2) Bastia, 6 mars 1855, D. P. 55. 2. 303. — Al. n. 1533. De Couder, *l. cit.*, n. 110. Ly. C. et R., n. 1248, note 3. — *Contrà* : Bourges, 6 mars 1860, D. P. 60. 2. 621. Noug., n. 1226.

Source BIU Cujas

payable (1) ; et par conséquent il le réclamera à ses garants, en grossissant d'autant le montant de sa retraite. C'est ce qu'on appelle le **rechange.**

Art. 179. Le rechange se règle, à l'égard du tireur, par le cours du change du lieu où la lettre était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée. — Il se règle, à l'égard des endosseurs, par le cours du change du lieu où la lettre de change a été remise ou négociée par eux, sur le lieu où le remboursement s'effectue.

On appelle aussi *rechange*, l'ensemble de l'opération faite par le porteur non payé :

Art. 177. Le rechange s'effectue par une retraite.

La retraite est à un délai très court, pour permettre au porteur, si elle n'est pas payée, d'assigner le garant dans la quinzaine du premier protêt.

Très souvent on crée la retraite sans l'escompter : on l'envoie à un correspondant qui la touchera, ou même au garant, qui devient le nouveau tiré, si l'on a confiance en lui. Alors quelle utilité y a-t-il à faire une retraite? C'est l'usage; cela est considéré comme plus commercial; cela permet de fixer le jour du paiement, et de calculer les intérêts jusqu'à ce jour.

Art. 180. La retraite est accompagnée d'un compte de retour.

Art. 181. Le compte de retour comprend : – le principal de la lettre de change protestée; les frais de protêt et autres frais légitimes, tels que commission de banque, courtage, timbre et ports de lettres. — Il énonce le nom de celui sur qui la retraite est faite, et le prix du change auquel elle est négociée. Il est certifié par un agent de change. — Dans les lieux où il n'y a pas d'agent de change, il est certifié par deux commerçants. — Il est accompagné de la lettre de change protestée, du protêt ou d'une expédition de l'acte de protêt. — Dans le cas où la retraite est faite sur l'un des endosseurs, elle est accompagnée, en outre, d'un certificat qui constate le cours du change du lieu où la lettre de change était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée.

Art. 186. Il n'est point dû de rechange, si le compte de retour n'est pas accompagné des certificats d'agents de change ou de commerçants, prescrits par l'article 181.

822. Mais il arrivait qu'on grossissait outre mesure le compte de retour; la garantie de l'agent de change était illusoire. Aussi un **Décret du 24 mars 1848** modifia les art. 178 et 179, et suspendit l'exécution des art. 180, 181 et

(1) Brav., t. III, p. 515 et suiv., soutient que si l'on fait retraite sur un endosseur, celui-ci doit bien le rechange tel que nous venons de l'indiquer, mais à la condition qu'il n'excède pas celui que devrait le tireur si l'on faisait retraite sur lui, c'est-à-dire du lieu où la traite principale était payable sur celui d'où elle était tirée. Ce dernier rechange fixerait alors un maximum qu'on ne devrait jamais dépasser. Ce système, qui cherche à donner satisfaction à l'art. 181, dern. al., ne suit pas la conséquence logique du principe que le porteur a droit de toucher son argent au lieu désigné pour le paiement de la traite principale; car s'il négocie sa retraite (faite sur un endosseur), il subira la perte du change sur le lieu du domicile de cet endosseur (et non sur le lieu du domicile du tireur); c'est de cette perte qu'il doit être indemnisé; c'est aussi ce qu'indique le texte de l'art. 178; nous verrons plus bas qu'il est possible de donner autrement un sens à l'art. 181, dern. al. V. Demang. sous Brav., t. III, p. 516.

Source BIU Cujas

186. Ces décisions étaient rendues à titre provisoire, mais elles n'ont jamais été rapportées; il faut donc les considérer comme étant toujours en vigueur : en effet, elles rentraient dans la compétence du gouvernement provisoire qui exerçait le pouvoir législatif; et dans la discusion de la L. 5 juin 1850 sur le timbre, on a dit formellement qu'elles s'appliquaient toujours, en relevant l'assertion contraire du rapporteur (1). En pratique, elles sont toujours appliquées.

Art. 178 (Décret du 24 mars 1848). La retraite comprend, avec le bordereau détaillé et signé du tireur seulement, et transcrit au dos du titre : — 1° le principal du titre protesté; — 2° les frais de protêt et de dénonciation s'il y a lieu; — 3° les intérêts de retard; — 4° la perte du change; — 5° le timbre de la retraite qui sera soumise au droit fixe de trente-cinq centimes.

Le timbre a été modifié par la L. 5 juin 1850, art. 1er; les retraites paient un droit porportionnel comme les autres lettres de change. — On remarquera qu'il n'y pas de numéro spéeial pour les *commissions* ou *courtages*; c'est qu'ils se confondent dans le rechange réglé comme il suit.

Art. 179 (Décret du 24 mars 1848). Le rechange se règle pour la France continentale uniformément comme suit : — un quart pour cent sur les chefs-lieux de département; — demi pour cent sur les chefs-lieux d'arrondissement ; — trois quarts pour cent sur toute autre place; — en aucun cas il n'y aura lieu à rechange dans le même département. — Les rechanges étrangers et ceux relatifs aux possessions françaises en dehors du continent seront régis par les usages du commerce. — L'exécution des articles 180, 181, 186 du code de commerce et de toute autre disposition de lois est suspendue.

L'uniformité des changes en France est la conséquence logique de ce qu'en fait il n'y a plus de change réel d'une place de France sur une autre place de France, mais seulement certains frais de recouvrement et de courtage. C'est pourquoi l'application du décret ne fait aucune difficulté dans la pratique. — Dès lors il n'y avait plus besoin de la garantie de l'agent de change; aussi l'on a abrogé les art. 180, 181 et 186, une partie de l'art. 181 ayant été versée dans l'a. 178 nouveau. — Pour l'étranger, on conserve le change réel.

823. Pour terminer avec le rechange, il nous faut empiéter un peu sur les recours des coobligés entre eux. — Supposons que le porteur a recouru contre le cinquième endosseur, *Quintus*; celui-ci veut recourir contre un endosseur précédent, *Tertius*. Il *ne devra pas* faire une retraite : — l'art. 178 du C. comm. ne parle que du porteur pour faire la retraite; — et la pratique est d'accord avec le texte de cet article, dont l'usage fixe ainsi le sens restrictif; — cela tient, suivant nous, à ce qu'il n'a pas comme le porteur un droit absolu à être remboursé à un endroit plutôt qu'à un autre, ni par conséquent à émettre une retraite pour l'escompter sur place : sans doute, s'il était encore porteur, il aurait le droit d'être payé au lieu où la première lettre de change était payable; mais en endossant il a consenti à être payé ailleurs, puisqu'il a reçu la valeur de l'effet au lieu où il a endossé; et maintenant ce n'est pas au lieu d'échéance qu'il demanderait à être payé, c'est à l'endroit où il se trouve; il n'a pour cela aucun droit. (2)

(1) Pard., t. I, n. 440 bis. Al. n. 1529. De Couder, v° *Rechange*, n. 27.—*Contrà* : Brav. et Demang., t. III, p. 533-534.

(2) *Contrà* : Ly. C. et R., n. 1265.

Source BIU Cujas

Art. 182. Il ne peut être fait plusieurs comptes de retour sur une même lettre de change. — Ce compte de retour est remboursé d'endosseur à endosseur respectivement, et définitivement par le tireur.

Il ne fera pas un nouveau compte de retour; il ajoutera seulement au compte qu'il a payé ses propres frais de correspondance, et les intérêts du capital, depuis le moment où il a remboursé, jusqu'au moment où il touchera (nous l'admettons du moins).

Art. 183. Les rechanges ne peuvent être cumulés. Chaque endosseur n'en supporte qu'un seul, ainsi que le tireur.

On justifie cet article par un motif d'humanité : le législateur n'a pas voulu grever le dernier garant outre mesure. Mais nous dirions plutôt que n'ayant pas le droit d'être payé dans un endroit déterminé, il n'a pas le droit de se faire tenir compte du change par cela seul qu'on le paie en un autre endroit. — Il n'y aura donc toujours qu'un seul rechange porté au compte de retour.

Q. *Mais quel sera ce rechange?* Sera-ce le premier payé ou un autre? La question a encore de l'intérêt depuis le décret de 1848 (1); si les places où demeurent les différentes parties ne sont pas toutes du même ordre.

1er S. *Celui que le premier endosseur poursuivi a payé* (!), c'est-à-dire celui du lieu où le paiement devait avoir lieu sur son domicile à lui; ou, en d'autres termes, le même qui a été payé au porteur qui le premier a fait retraite. — C'est le système que paraît consacrer l'art. 182 : après avoir dit qu'il ne sera fait qu'un seul compte de retour, il ajoute : « Ce compte de retour est remboursé d'endosseur à endosseur, » etc. ; c'est donc le premier compte de retour, avec tous ses éléments, qui doit être remboursé par Tertius à Quintus dans notre espèce; donc, le rechange qui doit être payé entre eux, c'est *le même* qui a été payé la première fois et qui a figuré dans le premier compte de retour; autrement, ce ne serait plus *le même* compte de retour; — en raison, cette solution s'impose à nous, car l'endosseur Quintus, nous l'avons dit, n'a pas le droit d'être payé en un lieu plutôt qu'en un autre, ne doit pas faire retraite (v. n. 823) et, par conséquent, n'a pas droit à faire subir un change, en son nom personnel, à l'endosseur précédent (Tertius). Nous nous tiendrons à ce système.

2e S. *Celui de sa résidence sur la résidence de l'endosseur qu'il poursuit* (Tertius) : — c'est celui qui se réfère au nouveau recours qui s'exerce ; — l'art. 179 du Code, 2e al., paraît formel en ce sens (2). — Mais cet article ainsi entendu serait en contradiction flagrante avec l'art. 182 ; il faut donc lui chercher un autre sens, et nous allons voir qu'on peut lui en trouver un ; donc, avant même l'abrogation de l'art. 179 par le décret de 1848, ce système devait être repoussé ; — en raison il est condamné, par le motif que l'endosseur n'a pas droit à un change pour la nouvelle opération qu'il fait (v. n. 823).

3e S. *D'endosseur à endosseur on recouvrera le premier change payé au porteur qui le premier a fait retraite* (comme dans le 1er S.) ; *mais quand on atteindra le tireur, celui-ci aura droit de ne rembourser que le change du lieu où la première lettre de*

(1) Brav., t. III, p. 531. 532. Ly. C. et R., n. 1267. — *Contrà :* Al. n. 1530.
(2) Frémery, p. 163. Béd., n. 592. Al. n. 1530.

Source BIU Cujas

change était payable, sur le lieu d'où il l'a émise, dans le cas où ce dernier serait moins fort que le premier.

Ce système fort peu logique, me paraît avoir été celui des rédacteurs du Code, et devrait encore être suivi si le décret de 1848 n'avait pas abrogé les dispositions sur lesquelles il repose, et ne nous permettait pas de revenir au premier système, seul logique et équitable. — Ce troisième système est le seul qui arrive à concilier tous les articles du Code : — il suit l'art. 182 comme le premier système: il n'y a qu'un seul compte de retour, c'est le même compte qui se rembourse d'endosseur en endosseur; seulement lorsqu'on arrive au tireur, il subit une légère modification; le rechange, remboursé jusque-là d'endosseur en endosseur, peut être réduit s'il excède celui que le tireur doit supporter; — on se conforme aussi à l'art. 179, 1er al., d'après lequel le tireur doit supporter « le cours du change du lieu où la lettre de change était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée »; et l'on peut soutenir que l'art. 179, 1er al., a été écrit précisément pour notre hypothèse des recours des endosseurs, et non pas comme nous l'avons dit, pour l'hypothèse où le porteur fait directement retraite sur le tireur; — on explique aussi très bien l'art. 181, dernier al., d'après lequel, *dans le cas où l'on fait retraite sur un endosseur*, on doit l'accompagner d'un certificat qui constate le cours du change du lieu où la lettre de change était payable, sur le lieu d'où elle a été tirée. A quoi peut servir ce certificat? Aucun autre système ne l'explique; d'après ce troisième système, il sert à fournir au tireur les éléments de ce *maximum*, au moyen duquel il peut limiter le rechange qu'il aura à payer; donc le législateur a voulu cette limitation; et l'art. 186 montre qu'il attachait une grande importance à ce certificat, puisque faute de le présenter on ne pouvait exiger aucun rechange; c'est là l'argument décisif en faveur de ce système; — mais il reste encore à expliquer l'art. 179, 2e al., qui paraît consacrer le deuxième système; on l'explique en disant que le rechange dont il parle reste à la charge des endosseurs, *à l'égard de qui* il le règle; c'est celui que supporte chaque endosseur, par la raison que ce n'est pas celui-là qui lui est remboursé par celui contre qui il recourt; et l'on fait remarquer, à l'appui de cette interprétation, que le 1er al., en parlant du rechange *à l'égard du tireur*, vise celui que le tireur *subit;* le 2e al., en parlant du rechange à l'égard des endosseurs, doit donc avoir en vue aussi celui que chacun d'eux *subit*, et non pas celui qui lui est remboursé, comme le veut le 2e système ; — ce système était celui de l'ordonnance (tit. 6, art. 5), et est très bien expliqué par Pothier (1). — Ce troisième système est certainement, nous le répétons, celui qui concilie le mieux tous les textes du Code; mais est-il également rationnel? Nullement : on ne voit pas pourquoi le tireur ne paierait qu'un change moindre que les endosseurs, si le change sur le lieu d'émission est plus bas que sur les autres places; c'est lui le premier qui avait promis au futur porteur son paiement au lieu de l'échéance, qui, par conséquent, l'a autorisé implicitement à faire retraite et qui

(1) Demang. sous Brav., t. III, p. 520 et suiv., 526 et suiv., en note. Ly. C. et R., n. 1266. — Bravard admet que chaque endosseur peut invoquer la même limitation que ce système permet au tireur d'invoquer (v. *suprà*, n. 821, note 2); dès lors les recours d'endosseur à endosseur ont nécessairement la même base (t. III, p. 521 et suiv.). Nous avons réfuté ce système en note sous le n. 821.

Source BIU Cujas

a bien su que la retraite pourrait être faite d'abord sur un endosseur; les endosseurs se sont tout au plus associés à son obligation; on ne voit pas pourquoi ils ne pourraient pas invoquer une limitation qu'il peut invoquer; — ce système était rationnel sous l'ordonnance, parce qu'alors, sauf stipulation contraire, le tireur n'était pas réputé avoir consenti à ce qu'on négociât la lettre de change ailleurs qu'au lieu d'émission et au lieu d'échéance. Si donc un endosseur négociait ailleurs, il le faisait à ses risques et périls, sans pouvoir aggraver la position du tireur (Ord., tit. 6, art. 5); mais si le tireur avait autorisé la négociation en tous lieux, alors il ne pouvait plus invoquer cette limitation; l'ordonnance allait même plus loin, car elle permettait de cumuler alors les rechanges contre lui (art. 6). Les rédacteurs du Code, en n'admettant, par raison d'humanité, qu'un seul rechange, malgré la possibilité de négociation en tous lieux, ont, d'un autre côté, suivi maladroitement le système de l'ordonnance, en accordant au tireur une limitation qui ne résultait plus des nouveaux principes. Il faudrait suivre la décision de la loi qui paraît bien formelle, si les art. 179, 181, 186 étaient encore en vigueur. Mais, puisqu'ils ont été ou remplacés ou abrogés par le décret de 1848, il nous semble que rien ne fait plus obstacle à ce qu'on revienne au premier système, qui est le seul rationnel, comme nous pensons l'avoir démontré.

III. — Paiement par intervention.

824. Nous trouverons ici beaucoup d'analogies avec l'acceptation par intervention. — On l'appelle aussi *paiement sous protêt* ou *par honneur*.

Art. 158. Une lettre de change protestée peut être payée par tout intervenant pour le tireur ou pour l'un des endosseurs. — L'intervention et le paiement seront constatés dans l'acte de protêt ou à la suite de l'acte.

C'est seulement après le protêt qu'on peut payer par intervention; car c'est le tiré qui normalement doit payer, et ce paiement donnerait une solution plus prompte aux rapports qui existent entre les parties; il faut que son refus soit d'abord constaté. Si l'intervenant payait avant cela, il ne serait pas subrogé aux droits du porteur; car cette subrogation étant exceptionnelle ne se produit que si l'on est exactement dans le cas prévu par la loi (1). — « *Pour le tireur ou pour un endosseur* »; le payeur par intervention doit bien indiquer celui pour lequel il paie afin de se réserver son recours contre lui, soit comme mandataire, s'il est désigné comme besoin, soit comme gérant d'affaires. Du reste il peut intervenir pour l'un quelconque des obligés : tireur, endosseur, accepteur, donneur d'aval, caution de l'art. 120 (2).

Art. 159, 1er al. Celui qui paie une lettre de change par intervention est subrogé aux droits du porteur, et tenu des mêmes devoirs pour les formalités à remplir.

Le payeur est subrogé légalement. Cette disposition est une faveur spéciale faite pour encourager le paiement de la lettre de change; car, d'après le droit commun de l'art. 1251, C. civ., le payeur ne serait pas subrogé de plein droit,

(1) Bornier et Jousse, tit. 5, art. 3. Pot., n. 114. — Pard., n. 405. Noug., n. 585. Béd., n. 451. Al. n. 1436.

(2) Brav., t. III, p. 395. Al. n. 1438. Noug., n. 1010. Ly. C. et R., n. 1224.

Source BIU Cujas

parce qu'il n'était pas tenu personnellement au paiement. — Cette subrogation a pour effet de lui permettre de recourir, non seulement contre celui pour lequel il intervient, ce qui résulterait des principes du mandat ou de la gestion d'affaires; mais encore contre les garants de celui-ci, contre lesquels, sans cela, il n'aurait que l'action oblique de l'article 1166, C. civ., en concours avec tous ses créanciers. — Mais elle ne lui permet pas de recourir, comme le porteur, contre les signataires postérieurs à celui pour lequel il intervient; car en intervenant pour lui, il fait produire au paiement les mêmes effets que si c'était lui qui le fit :

Art. 159, 2e, 3e, 4e al. Si le paiement par intervention est fait pour le compte du tireur, tous les endosseurs sont libérés. — S'il est fait pour un endosseur, les endosseurs subséquents sont libérés. — S'il y a concurrence pour le paiement d'une lettre de change par intervention, celui qui opère le plus de libérations est préféré.

S'il n'a pas déterminé pour qui il intervient, il a son recours contre tous (1).

On doit préférer celui qui opère le plus de libérations. Cette règle n'a pas de sanction dans la loi; il faut dire que si le porteur acceptait le paiement de celui qui opère le moins de libérations, il ne pourrait pas recourir contre ceux qui auraient été libérés par un autre payeur; ceux-ci le repousseront en lui opposant la faute qu'il a commise (2).

Q. *Faut-il appliquer cette règle à l'acceptation par intervention?* Nous ne l'admettons pas : — en effet, un payeur en vaut un autre; le porteur n'a pas d'intérêt à être payé par l'un plutôt que par l'autre; au contraire, un débiteur n'en vaut pas toujours un autre; il peut y avoir avantage, pour tous les signataires, à recevoir une obligation même moins libératoire plutôt qu'une autre beaucoup moins sûre; — d'ailleurs, le porteur peut toujours demander caution, si l'accepteur par intervention ne lui paraît pas sûr; il use d'un droit analogue en préférant un accepteur à un autre (3).

Entre personnes opérant le même nombre de libérations, il faut préférer celui qui a mandat de payer, p. ex. un recommandataire, car on ne peut pas se porter gérant d'affaire quand une autre personne a déjà mandat de faire l'acte exactement dans les mêmes conditions (4).

Le porteur ne pourrait refuser le paiement par intervention; cela résulte évidemment de ce qu'entre plusieurs payeurs par intervention la loi lui ordonne de préférer l'un aux autres; cela montre bien qu'il n'est pas libre de refuser le paiement; — la subrogation légale édictée par l'art. 159, 1er al., rend tout à fait applicable ici l'art. 1236, C civ. (5).

825. Le tiré peut-il payer par intervention? Il y aurait intérêt pour se réserver un recours, soit contre les endosseurs, soit contre le tireur pour compte,

(1) Pard., t. I, n. 405. Namur, n. 185. De Couder. v° *L. de ch.*, n. 722.

(2) Tous les auteurs; Ly. C. et R., n. 1229.

(3) Béd., n. 254. Demang., t. III, p. 305. Namur, n. 79. Ly. C. et R., n. 1166, note 3.— *Contrà :* Al. n. 1331. Noug., n. 575, 576. C. com. ital., a. 272.

(4) Dall., n. 595. Béd., n. 457. Al. n. 1438. Brav., t. III, p. 400.

(5) Béd., n. 453. Noug., n. 593. Dall., n. 598. Brav., t. III,, p. 406. — *Contrà:* Al. n. 1441. — V. Pard., n. 407.

Source BIU Cujas

dans le cas où la lettre a été tirée par un autre pour le compte du donneur d'ordre. — Il ne le pourra pas, s'il a accepté la traite; car il est dès lors obligé envers tous les endosseurs; en payant, il s'acquitte vis-à-vis d'eux et ne peut pas avoir la prétention de les obliger vis-à-vis de lui comme garants. — Il le pourra s'il n'a pas accepté :

Art. 159, dern. al. Si celui sur qui la lettre était originairement tirée et sur qui a été fait le protêt faute d'acceptation se présente pour la payer, il sera préféré à tous autres.

« *Il sera préféré à tous autres* ». Il faut ajouter toutes choses égales d'ailleurs; c'est-à-dire s'il opère autant de libérations qu'un autre. Alors il est naturel de le préférer, car on se rapproche de ce qui devait normalement avoir lieu; c'est lui qui a avant tout mandat de tous les signataires pour payer (cf. n. 824) (1).

§ 3

Déchéances du porteur négligent.

Plaçons le porteur négligent successivement en présence des différentes parties.

I. — A l'encontre du tireur.

826. Après que l'art. 168 a rappelé les devoirs du porteur, étudiés au paragraphe précédent (n. 813 et suiv.), et l'a déclaré déchu à l'égard des endosseurs, s'il ne les a pas remplis dans les délais, l'art. 170 ajoute :

Art. 170, 1er al. La même déchéance a lieu contre le porteur et les endosseurs, à l'égard du tireur lui-même, si ce dernier justifie qu'il y avait provision à l'échéance de la lettre de change.

Le porteur négligent sera déchu seulement *s'il y avait provision;* le tireur le renvoyera simplement à exercer son action contre le tiré, avec lequel il s'arrangera comme il pourra.

Il ne sera pas déchu *s'il n'y avait pas provision.* En effet, alors le tireur s'enrichirait aux dépens d'autrui : car il a reçu la valeur de la lettre de change au moment de son émission, et ne l'a jamais déboursée; il garderait cette valeur sans cause; à la différence des endosseurs, comme nous le verrons bientôt. Pour l'actionner, il faudra toujours que le porteur ait fait constater le refus du tiré par un protêt même tardif; le seul avantage qu'ait le porteur, c'est qu'on ne peut pas lui opposer le retard. — Ce recours sera toujours commercial, car le tireur est obligé par lettre de change. Il invoquera la prescription de cinq ans (art. 189).

A qui incombe la preuve qu'il y avait provision? Au tireur, qui l'invoque comme moyen de défense, et doit établir le fondement de son exception (C. civ., art. 1315) (2). Et l'art. 117 ne déroge pas au droit commun :

(1) Brav., t. III, p. 400-401.
(2) Cass. 27 janv. 1863, D. P. 63. 1. 15.

Source BIU Cujas

Art. 117, 1er et 3e al. L'acceptation, suppose la provision. — ... — Soit qu'il y ait eu ou non acceptation le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre de change était tirée avaient provision à l'échéance : sinon il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés.

Sans doute, il dit que l'acceptation suppose provision, mais il ajoute que cette présomption ne peut pas être opposée par le tireur au porteur, ni aux endosseurs. En effet, le tireur peut bien facilement prouver qu'il a fait provision, car il a pu en exiger un reçu; d'autre part il ne faut pas rétorquer contre le porteur l'acceptation qui est faite dans son intérêt. — Cette preuve, il la fera par tous les moyens, puisqu'il s'agit d'un acte commercial où la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme sont admises sans restriction (1).

Il n'y a pas de déchéance si le tireur a repris la provision d'une façon ou d'une autre, car il la garderait sans cause :

Art. 171. Les effets de la déchéance prononcée par les trois articles précédents cessent en faveur du porteur, contre le tireur, ou contre celui des endosseurs qui, après l'expiration des délais fixés pour le protêt, la notification du protêt ou la citation en jugement, a reçu par compte, compensation ou autrement, les fonds destinés au paiement de la lettre de change (2).

Il n'y a pas non plus déchéance si la provision avait péri avant l'échéance; car l'art. 170 exige qu'elle existe *à l'échéance* (3).

827. **Q.** Si le tireur avait fait provision, *le porteur négligent peut-il le poursuivre en prouvant que le tiré était en faillite à l'échéance?* — 1er S. *Oui :* — car le retard ne cause aucun dommage au tireur, puisque le porteur, s'il s'était présenté à l'échéance, n'aurait pas été payé; — il n'y avait plus provision *à l'échéance*, puisque le tiré ne pouvait payer; or, le Code n'exonère le tireur que s'il y a provision à l'échéance; v. art. 117, 3e al., et 170 (4). — 2e S. *Non* (!) : — l'art. 160, 1er al., *in fine*, se référant à la même hypothèse que les art. 117 et 170, dit seulement « *s'il avait fait provision* », ce qui prouve que le législateur n'a pas ajouté une importance capitale aux mots « *à l'échéance* » dans les art. 117 et 170; il suffit, pour satisfaire à ces articles, que la provision n'ait pas péri et que le tireur ne l'ait pas reprise (art. 171); — d'après l'art. 116, il suffit pour qu'il y ait provision qu'il y ait à l'échéance dette du tiré envers le tireur; la loi n'a pas dit qu'il fallût que le tiré fût solvable; l'ancien droit était partout pour ce second système, sauf à Lyon; — l'art. 163 est très formel pour condamner le 1er système : le porteur *n'est pas dispensé du protêt par la faillite du tiré;* et cette disposition n'existait pas dans l'ordonnance; elle a été ajoutée bien sciemment par le législateur; la jurisprudence l'applique aux endosseurs seulement, et non au tireur; mais cette distinction n'est nullement dans l'ar-

(1) Persil, p. 352, n. 5. Al. n. 1499. De Couder, vo *Protêt*, n. 195. Ly. C. et R., n. 1270. — *Contrà :* Noug., n. 685.

(2) V. *infrà*, n. 829, note 3, pour ce qui concerne les endosseurs.

(3) Noug., n. 689. Dall., n. 730. Al. n. 1496.

(4) Cass. 30 avril 1860, D. P. 60. 1. 259. — Frémery, p. 112 et suiv. Al. n. 1493. Noug., n. 1154. Demang., t. III, p. 453.

Source BIU Cujas

ticle, qui est absolu; la loi n'a pas voulu entrer dans les questions de préjudice; elle a imposé des devoirs faciles à remplir et prononce la déchéance en cas d'inexécution; la jurisprudence ne tient pas compte du préjudice quand on poursuit les endosseurs (v. *infrà*, n. 828), pourquoi en tenir compte à l'égard du tireur? — la pensée de la loi est que ceux qui se sont mis en règle, le tireur comme les autres, ont dû, s'ils n'ont pas été poursuivis dans les délais, croire que la lettre avait été payée, et ont pu s'engager ailleurs; c'est ce qu'exige la rapidité des opérations commerciales (1).

Si le tireur avait reçu avant l'échéance un dividende dans la faillite du tiré, il en devrait rendre compte au porteur négligent (art. 171) (2).

Il n'y a pas de déchéances pour le porteur en cas de clause de *retour sans frais* ou autre équivalente (3); le tireur a renoncé d'avance à les opposer.

II. — A l'encontre des endosseurs.

Art. 168. Après l'expiration des délais ci-dessus, — pour la présentation de la lettre de change à vue ou à un ou plusieurs jours, mois ou usances de vue, — pour le protêt faute de paiement, — pour l'exercice de l'action en garantie, — le porteur de la lettre de change est déchu de tous droits contre les endosseurs.

828. Cette déchéance a lieu sans conditions à remplir par les endosseurs: — c'est que chacun d'eux a sans doute reçu le montant de la traite en l'endossant, mais auparavant il l'avait lui-même déboursé en l'acquérant de l'endosseur précédent; — de plus, ils n'ont pas à faire provision, et n'ont pas pu se ménager la preuve qu'elle a été faite; — enfin, en voyant les délais expirés, ils ont dû se croire libérés et ont pu s'engager ailleurs. — Mais il faut que les endosseurs n'aient pas reçu d'une façon ou d'une autre la provision; ce qui du reste arrivera bien rarement (v. art. 171, *suprà*, n. 826, et *infrà*, note 4).

En présence de ce texte, il est impossible de tenir compte du préjudice causé aux endosseurs et d'écarter la déchéance lors même que le tiré et le tireur seraient tous deux en faillite à l'échéance. La jurisprudence n'ose pas en tenir compte (4); alors pourquoi s'en préoccuper lorsqu'il s'agit du tireur? (v. au n. 827.)

829. Il faut rapprocher l'art. 117, 2e al.

Art. 117, 2e al. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs.

L'acceptation établit la preuve de la provision à l'égard des endosseurs. Cette disposition n'a pas d'utilité; car jamais les endosseurs n'ont intérêt à prouver qu'il y avait provision: — si le porteur est négligent, l'art. 168 leur donne le droit de le repousser, même s'il n'y avait pas provision; — si le porteur est diligent, ils auront beau établir qu'il y avait provision, ils n'échapperont pas à son recours; — enfin, s'ils veulent poursuivre le tiré accepteur, après avoir payé le porteur, auquel ils sont subrogés, ils le peuvent lors même qu'il n'y aurait pas eu provision. De la sorte, l'art. 117, qui crée

(1) Ly. C. et R., n. 1271.
(2) Al. n. 1502.
(3) Cass. 22 janv. 1879, D. P. 79. 1. 127.
(4) Req. 27 févr. 1877, D. P. 78. 1. 110.

Source BIU Cujas

une présomption de provision en cas d'acceptation, la refuse, au point de vue des déchéances (1), au tireur qui en aurait besoin, et l'accorde aux endosseurs qui n'en ont pas besoin. Cela est bien singulier; mais cela s'explique historiquement : d'après l'ordonnance de 1673, les endosseurs devaient, pour échapper au recours, prouver l'existence de la provision ; cela était très dur puisqu'ils n'ont pas pu s'en ménager la preuve. Aussi Pothier proposait d'en faire présumer l'existence en cas d'acceptation. L'art. 117 a admis cette présomption. Puis l'art. 168, revenant sur la règle de l'ordonnance (2), a rendu cette présomption inutile (3).

Cette déchéance ne sera pas encourue en cas de clause de *retour sans frais* ; du moins à l'égard de ceux qui l'ont mise, ou l'ont acceptée en signant postérieurement à son insertion dans le titre ; — ni au profit de l'endosseur qui aurait mis le porteur dans l'impossibilité d'agir à temps, en endossant p. ex. trop près de l'échéance (4).

L'endosseur qui a payé quoiqu'il pût invoquer la déchéance, ne pourra pas répéter, car il n'a pas pu ignorer cette exception que lui offrait la loi, et en ne l'invoquant pas il y a renoncé (5).

III — **A l'encontre du tiré.**

830. Il n'y aura jamais de déchéance du porteur : — 1° Si le tiré n'a pas accepté et n'a pas provision, il peut refuser le payement même au porteur diligent. — 2° S'il a accepté, il ne peut jamais invoquer de déchéance contre le porteur même négligent : en effet, les autres obligés ont pu se croire libérés à l'expiration des délais fixés par la loi ; mais lui sait bien qu'il n'a pas payé. Il ne pourra donc opposer que la prescription de cinq ans (art. 189). — 3° S'il n'a pas accepté, mais s'il a provision, il est tenu vis-à-vis du tireur, et, par suite, vis-à-vis du porteur, même négligent, subrogé au tireur :

Art. 178, 2e al. Le porteur, en ce cas, ne conserve d'action que contre celui sur qui la lettre était tirée.

Agissant comme subrogé au tireur, le porteur subira les exceptions du chef de celui-ci ; c'est la grande différence avec le cas d'acceptation (v. *suprà*, n. 778).

IV. — **A l'encontre des cautions,** c'est-à-dire des donneurs d'aval, des accepteurs par intervention, de la caution donnée en vertu de l'art. 120.

831. On dit souvent que ces cautions ont les mêmes droits que les endosseurs. Il est plus exact de dire qu'elles sont au lieu et place de ceux qu'elles ont cautionnés; il s'ensuit que les cautions du tireur ne pourront invoquer

(1) Nous verrons qu'elle a de l'utilité dans les rapports du tireur avec le tiré.

(2) Pour les motifs indiqués au n. 828. Locré, t. XVIII, p. 141 et suiv.

(3) Cette inovation du Code rend aussi très difficile, sinon impossible, à concevoir l'application aux endosseurs de l'art. 171 (*suprà*, n.826) qui cependant les vise dans son texte. On a peine à concevoir comment les endosseurs, qui ne sont nullement tenus à faire provision, pourraient la reprendre : Brav. et Demang., t. III, p. 478 et suiv. Ly. C. et R., n. 1274.

(4) Brav., t. III, p. 466 et suiv. Ly. C. et R., n. 1273.

(5) Pard., n. 434. Dageville, t. I, p. 484. Noug., n. 706. Béd., n. 532. Al. n. 1485.

Source BIU Cujas

les déchéances contre le porteur négligent, qu'en prouvant qu'il y avait provision (1), et que celles de l'accepteur ne pourront jamais les invoquer (2). Réciproquement il s'ensuit aussi que la caution sera libérée quand le cautionné le sera, lors même qu'elle n'aurait pas de moyens de défense à invoquer de son propre chef (3).

832. **Remarque générale** : dans les billets à ordre le souscripteur, qui est à la fois tireur et tiré, et qui ne peut pas se décharger en faisant provision dans ses propres mains, ne peut jamais opposer les déchéances au porteur négligent. Les endosseurs le peuvent toujours.

833. Il y a en outre une **déchéance fiscale** pour les effets non timbrés; L. 5 *juin* 1850, art. 5 : le porteur d'une lettre de change non timbrée ou non visée pour timbre, n'a d'action en cas de non acceptation que contre le tireur, et en cas d'acceptation contre l'accepteur et contre le tireur, si celui-ci ne justifie pas qu'il y avait provision à l'échéance (4) ; — s'il s'agit d'un billet à ordre, il n'a d'action que contre le souscripteur. L'art. 8 ajoute la nullité de la clause de *retour sans frais* pour les effets non timbrés ; cette clause était un moyen d'éluder la loi sur le timbre en évitant la production de ces effets en justice. — Ces sanctions sont bien graves pour une loi fiscale ; il faut remarquer que la loi fait bénéficier de l'omission les endosseurs et le tireur, *qui* sont au moins aussi coupables que le porteur ; de plus, en cas de timbre insuffisant, l'amende est partielle, et pourtant la déchéance est totale; c'est encore plus rigoureux. Mais la loi est formelle ; il faut l'appliquer.

§ 4

Recours des coobligés entre eux.

Quatre hypothèses sont à examiner :

I. — Le tiré a payé.

834. S'il avait provision, tout est fini ; la lettre de change a eu l'issue qu'elle devait avoir normalement.

S'il n'avait pas provision, il a recours contre le tireur sans avoir aucune formalité à remplir, sans qu'aucun délai lui soit imposé, autre que celui de la prescription de trente ans, car la prescription de cinq ans de l'art. 189 est, suivant nous, inapplicable à cette action : si elle est née à l'*occasion*, par suite

(1) Poitiers, 16 déc. 1847, D. P. 48. 2. 108. — Pard., n. 387. Noug., n. 528. Béd., n. 525. Al. n. 1498. Brav., t. III, p. 476.

(2) Brav., t. III, p. 477.

(3) V. Al. n. 1393.

(4) Il faut cependant remarquer que la loi n'enlève pas expressément le recours contre les *donneurs d'aval:* ceux qui auront cautionné un endosseur seront libérés en même temps que celui-ci; mais ceux qui auraient cautionné le tireur resteraient tenus comme lui : Al. n. 1393.

Source BIU Cujas

d'une lettre de change, elle n'est pas *relative* à la lettre de change (1).— Il recourrait, non contre le tireur, mais contre le donneur d'ordre, si la lettre avait été tirée pour le compte de celui-ci par un autre (art. 115, 2e al.) (2).

La preuve de la non existence de la provision incombera toujours au tiré ; car d'après l'art. 117, 1er al., l'acceptation suppose la provision (3); il en doit être de même *à fortiori* du paiement, qui est une démarche encore plus grave que l'acceptation (4).

II. — **Le tireur a payé.**

835. S'il n'avait pas fait provision, tout est dit, car il devait en définitive payer le montant de la traite.

S'il avait fait provision, il aura recours en remboursement de la créance qui constituait la provision, et en outre, suivant les circonstances, action en dommages-intérêts, contre le tiré, infidèle au mandat qu'il avait accepté en recevant la provision. Et aucune formalité, aucun délai ne lui sont imposés pour cette action, sauf l'effet de la prescription de trente ans; car cette action n'est pas née de la lettre de change; elle est née, au contraire, de ce que le tiré a voulu rester étranger à la lettre ; elle ne se prescrira donc pas par cinq ans (5). — Si le tiré avait accepté, le tireur serait subrogé aux droits du porteur contre lui; car il aura payé comme tenu avec lui (C. civ., art. 1251, 3o); cette action du chef du porteur sera toujours commerciale ; elle se prescrira par cinq ans (6).

Qui devra faire preuve que la provision existait ou n'existait pas? C'est là qu'opérera la présomption de l'art. 117, 1er al. : — si le tiré avait accepté, il y a contre lui et au profit du tireur présomption qu'il y avait provision ; il devra faire la preuve du contraire (7); — s'il n'avait pas accepté, le tireur devra prouver le fait de la provision.

III. — **Un endosseur a payé.**

836. Il est subrogé aux droits du porteur. Il aura recours contre le tiré (s'il avait accepté), contre le tireur, et contre tous les endosseurs précédents qui sont ses garants :

Art. 164, 4e al. La même faculté existe pour chacun des endosseurs à l'égard du tireur et des endosseurs qui le précèdent.

Mais il n'aura ce recours qu'à deux conditions : — 1° Qu'il ait été forcé de

(1) Riom, 3 mars 1854, D. P. 55. 2. 250. Pot., n. 200. Demang., t. III, p. 561. Béd., n. 725. Al. n. 1552. Ly. C. et R., n. 1238, 1252. — *Contrà* : Garsonnet : *abolition de la contrainte par corps*, p. 7, note. 12.

(2) Nous n'examinons pas si le tiré sera subrogé aux droits du porteur contre le tireur (ce qui ne peut faire de doute qu'en cas de non acceptation); car cette question nous paraît dénuée d'intérêt : il n'y a pas de doute que le tireur ne soit tenu commercialement envers le tiré par le fait seul de l'émission de la lettre de change.

(3) Brav., t. III, p. 272. — *Contrà* : Al. n. 1291.

(4) Brav., t. III, p. 395. — *Contrà* : Demang., t. III, p. 484.

(5) Pot., n. 93, 200. Noug., n. 980. Demang., t. III, p. 561. Al. n. 1552. Ly. C. et R., n. 1259, 1281.

(6) Brav., t. III, p. 485. Ly. C. et R., n. 1259.

(7) *Contrà* : Al. n. 1291.

Source BIU Cujas

payer au porteur diligent : s'il avait payé quoiqu'il pût lui opposer la déchéance (v. *suprà*, n. 829), il n'aurait pas de recours contre les autres endosseurs, c'est une libéralité de sa part ; il ne peut par là compromettre les droits d'autrui (cf. C. civ., art. 2037) (1). — 2° Qu'il soit lui-même diligent ; il doit, en principe, avoir la même diligence que le porteur :

Art. 167, 2e et 3e al. Chacun des endosseurs a le droit d'exercer le même recours, ou individuellement, ou collectivement, dans le même délai. — A leur égard, le délai court du lendemain de la date de la citation en justice.

Art. 169 Les endosseurs sont également déchus de toute action en garantie contre leurs cédants, après les délais ci dessus prescrits chacun en ce qui le concerne.

Il y a trois différences entre cet endosseur et le porteur : — 1° pour le point de départ du délai, qui court pour l'endosseur du lendemain de la citation en justice. S'il paie amiablement, il faut dire que le délai courra du lendemain de ce paiement (2) ; — 2° la distance à considérer pour l'augmentation du délai à raison de la distance est celle qui existe entre sa résidence et le domicile de son garant (3) ; — 3° lorsque la dénonciation du protêt a été faite à tous les signataires par le porteur ; chaque endosseur n'a pas à renouveler ces dénonciations, puisqu'il est subrogé dans tous les droits acquis au porteur (4).

L'endosseur négligent perd ses recours comme le porteur : absolument contre les endosseurs précédents ; et contre le tireur, seulement s'il avait fait provision.

Chaque endosseur pourra recourir à son tour contre son endosseur immédiat, jusqu'au tireur, qui devra se tenir sur ses gardes pendant un délai égal à quinze jours multipliés par le nombre des endossements, sans compter toutes les prolongations qui peuvent résulter des distances.

IV. — **Une caution a payé.**

837. Elle a recours contre celui qu'elle a cautionné, et ensuite contre ses garants, dans les mêmes conditions où celui qu'elle a cautionné pouvait les poursuivre. — Sous le nom de caution nous comprenons toujours : le donneur d'aval, l'accepteur par intervention, la caution fournie en exécution de l'art. 120.

CHAPITRE II.

DU BILLET A ORDRE.

838. *Le billet à ordre est un écrit par lequel une personne promet de payer à une*

(1) Cass. 12 juill. 1852, D. P. 53. 1. 202. — Ly. C. et R., n. 1262.

(2) Lyon, 28 janv. 1881, D. P. 82. 2, 195. — Al. n. 1480. Brav., t. III, p. 494. Ly. C. et R., n. 1260.

(3) Brav., t. III, p. 495. Ly. C. et R., n. 1260.

(4) Brav et Demang., t. III, p. 395 et suiv. — Mais il devrait renouveler l'assignation qui est toute personnelle, puisqu'un procès ne peut être engagé qu'entre les parties qui ont figuré dans l'exploit d'ajournement : Req. 24 mars 1874, D. P. 74. 1. 238.

Source BIU Cujas

autre ou **à son ordre** *une certaine somme.* — C'est la clause à ordre qui est caractéristique, comme l'indique le nom même de ce titre ; c'est par là qu'il diffère du simple billet. — Il ressemble par là à la lettre de change. Mais il présente avec elle trois différences (cf. *suprà*, n. 716) : — 1° il n'y a que deux personnes en présence au lieu de trois : le souscripteur, et le bénéficiaire ou preneur ; le souscripteur réunissant en sa personne les deux qualités de tireur et de tiré ; et par conséquent il ne peut être question, ni d'*acceptation*, ni de *provision*, ni des conséquences de leur réalisation ou de leur absence (1). — 2° la remise de place en place n'est nullement nécessaire ; si elle existe, il y a ce qu'on appelle un *billet à domicile*, soumis, du reste, en général, aux mêmes règles que le billet à ordre ordinaire, sauf la question de commercialité ; — 3° le billet à ordre n'est pas nécessairement commercial ; il peut être purement civil, cela dépend uniquement de sa *cause ;* est-il fait oui ou non en exécution d'un acte de commerce ? Si la cause n'est pas exprimée, et que le billet émane d'un commerçant, le Code établit une présomption de commercialité :

Art. 638, 2e al. Néanmoins les billets souscrits par un commerçant seront censés faits pour son commerce, et ceux des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera pas énoncée.

Cette présomption admet la preuve contraire. — Pour le billet à domicile, c'est une question controversée que de savoir s'il n'est pas toujours un acte de commerce quelle que soit sa cause ; nous examinerons cette question au § 4 ci-dessous.

Quatre paragraphes : — 1° Formes du billet à ordre ; — 2° Effets ; — 3° Compétence ; — 4° Du billet à domicile.

§ Ier

Formes du billet à ordre.

839. L'écrit est essentiel ; cela résulte de la définition même : qui dit billet, suppose un écrit. Cette forme est donc nécessaire pour la validité même du billet.

Voici tout d'abord un exemple de la rédaction de cet écrit :

Paris, le 26 mars 1877.

Au quinze juillet prochain, je paierai à Secundus, ou à son ordre, la somme de mille francs, valeur reçue...

PRIMUS.

Le détail des mentions qu'il doit contenir est dans l'art. 188.

Art. 188. Le billet à ordre est daté. — Il énonce : — la somme à payer ; — le nom de celui à l'ordre de qui il est souscrit ; — l'époque à laquelle le paiement doit s'effectuer ; — la valeur qui a été fournie en espèces, en marchandises, en compte, ou de toute autre manière.

(1) Noug., n. 885-887. Demang., t. III, p. 536.

Source BIU Cujas

Il faut ajouter bien évidemment la désignation du *souscripteur*, par sa signature. Cela fait six mentions : nom du souscripteur, nom du bénéficiaire, date, somme à payer, échéance, et valeur reçue. — Sur tous ces points, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit pour la lettre de change. Observons seulement, pour la date, qu'il n'est pas absolument nécessaire d'y indiquer le lieu d'émission ; il suffira de la date proprement dite, millésime, mois et quantième (1).

La **sanction** de ces formalités est qu'en cas d'*omission*, il n'y aura pas proprement billet à ordre avec tous les effets que la loi y attache. Si l'on a omis la *clause à ordre*, alors aucun des effets ne se produira, notamment la cessibilité par voie d'endossement et toutes ses conséquences (v. *suprà*, n. 752 et suiv.). Si, ayant inséré la clause à ordre, on a omis une autre mention, comme l'indication de la valeur fournie, alors, suivant nous, tous les effets de la clause à ordre se produiront (2), même l'obligation de faire protêt et ses conséquences ; car nous avons admis que la clause à ordre pouvait être insérée dans un titre quelconque (v. n. 746) (3), de même tous les effets résultant de l'intention des parties combinée avec les règles du droit commun. Mais le billet ne produira pas les effets exorbitants que le code y attache, spécialement la subrogation légale au profit du payeur par intervention, et le cours des intérêts de plein droit à partir du protêt (4).

Faut-il le bon ou approuvé écrit de la main du signataire, si le corps du billet n'est pas rédigé en entier de sa main ? (C. civ., art. 1326.) — Pas de doute, si le billet est émané d'un commerçant, car l'art. 1326, C. civ., dispense expressément les commerçants de cette formalité. Il y a doute seulement si le billet émane d'un non commerçant ; même dans ce cas, nous admettrons qu'on est dispensé de cette formalité : — l'art. 188 forme une législation spéciale, que le législateur a voulu faire complète, et qui, par conséquent, déroge à la législation générale ; — nous avons du reste admis d'une manière générale cette dispense pour tous les actes de commerce (5).

Conditions fiscales.

840. 1° *Timbre* : le billet à ordre est soumis au même timbre proportionnel que la lettre de change, établi par la L. 5 juin 1850, art. 1, et la L. 23 décembre 1878 (v. n. 743) ; — il est de 5 c. par cent fr. quel que soit le montant de l'effet (L. 29 juill. 1881, a. 5, 2e al.).

2° *Enregistrement* : le droit à payer est de 50 c. p. cent (L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, 6°), comme pour la lettre de change ; pour les autres billets il est de 1 fr.

Le billet à ordre jouit aussi de deux autres avantages de la lettre de change :

(1) Demang., t. III, p. 539.

(2) Cass. 11 avril 1849, S. 49. 1. 305. — *Contrà* : Demang., t. III, p. 544. — Cass. 14 août 1850 (S. 50. 1. 667) et Noug., n. 898, 899, distinguent parmi les effets de la clause à ordre.

(3) Al. n. 1548.

(4) Al. n. 1548.

(5) Demang., t. III, p. 540. Ly. C. et R., n. 1291. — *Contrà* : Pard., n. 478. Noug., n. 907. Al. n. 1388, 1543. Massé, n. 2404.

Source BIU Cujas

de pouvoir n'être présenté à l'enregistrement qu'après le protêt fait, et avec ce protêt (même L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, 6°) ; d'être dispensé du droit de mutation pour les endossements et des droits de quittance (L. 23 août 1871, art. 20, 1°; L. 30 mars 1872, art. 4).

§ 2

Effets du billet à ordre.

Art. 187. Toutes les dispositions relatives aux lettres de change, et concernant : — l'échéance, — l'endossement, — la solidarité, — l'aval, — le paiement, — le paiement par intervention, — le protêt, — les devoirs et droits du porteur, — le rechange ou les intérêts, — sont applicables aux billets à ordre, sans préjudice des dispositions relatives aux cas prévus par les articles 636, 637 et 638.

841. Ce sont les effets de la lettre de change, sauf quelques exceptions résultant de la prétérition, dans l'art. 187, de certains paragraphes de la section 1re. Voici ces exceptions : — il n'y a pas lieu à *acceptation* ; puisque le tiré se confond avec le tireur dans la personne du souscripteur ; et que celui-ci se trouve obligé, autant qu'il peut l'être, par la signature du billet à ordre (1) ; — il n'y a pas non plus lieu à *provision*, et cela pour la même raison (2) ; il s'ensuit que jamais le souscripteur ne pourra invoquer la déchéance contre le porteur négligent (3) ; — il n'y a pas lieu à la prescription de cinq ans lorsque le billet est civil (art. 189) ; — dans le même cas, il n'y avait pas lieu autrefois à la contrainte par corps. — Quant à la compétence, nous en parlerons au 3e paragraphe.

Il y a encore deux règles dont l'application est controversée *en cas de billet à ordre civil.*

1° Q. *Faut-il admettre l'interdiction des délais de grâce?* (art. 135 et 157.) Nous l'admettrions : — l'art. 187 renvoie à toutes les règles des paragraphes de l'échéance et du paiement ; or les articles relatifs à ces délais sont dans ces deux paragraphes ; — en empruntant, même pour un acte civil, une forme ordinairement commerciale, on a probablement voulu accepter les règles de célérité et de rigueur usuelles en cette matière ; — l'art. 636 est conçu dans cet esprit.

2° Q. *Faut-il admettre que les intérêts courront du jour du protêt ?* (art. 184.) Nous l'admettrions aussi pour les mêmes raisons ; l'art. 187 renvoie aux règles du rechange, et vise expressément les règles sur les intérêts (4).

§ 3

Compétence.

Art. 636. Lorsque les lettres de change ne seront réputées que simples pro-

(1) Demang., t. III, p. 536. Ly. C. et R., n. 1294.
(2) *Ibid.*
(3) Req. 2 juill. 1855, D. P. 55. 1. 286.
(4) Cass. 5 juill. 1858. D. P. 58. 1. 413. Ly. C. et R., n. 1297. — *Contrà* : Trib. civ. Nantes, 23 juill. 1873, D. P. 74. 5. 296. Al. n. 1534, 1543.

Source BIU Cujas

messes, aux termes de l'article 112, ou lorsque les billets à ordre ne porteront que des signatures d'individus non négociants, et n'auront pas pour occasion des opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage, le tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal civil, s'il en est requis par le défendeur.

842. Nous ne parlons pas des lettres de change réputées simples promesses; nous en avons traité plus haut (n. 730).

Quant aux billets à ordre, il résulte de l'art. 636, que s'ils sont souscrits par des commerçants et pour acte de commerce, ils sont de la compétence du tribunal de commerce. Aucune difficulté sur ce point. — L'article semble dire que s'ils sont souscrits par des commerçants; mais pour actes purement civils, ils seront encore de la compétence commerciale. Nous ne pensons pas que l'article ait voulu poser en cela une règle absolue : il s'est référé à la présomption de l'art. 638, 2e al.; il suppose, qu'en général, les billets souscrits par un commerçant seront faits pour son commerce, et qu'on ne fera pas tomber la présomption de l'art. 638 par la preuve contraire. Mais si elle se trouvait renversée en fait, l'art. 636 ne s'oppose pas à ce que le billet soit traité comme purement civil.

Enfin, l'article se réfère directement aux billets à ordre *purement civils*, c'est-à-dire souscrits pour cause civile (cette définition résulte des observations qui précèdent); et il décide qu'ils ne sont pas, en principe, de la compétence des tribunaux de commerce. — Mais il contient une disposition exceptionnelle par rapport au droit commun : le tribunal de commerce ne devra se dessaisir que s'il en est requis par le défendeur. Pourtant, il s'agit là d'une question d'incompétence *à raison de la matière*, et, en principe, pour l'incompétence de ce genre, le tribunal doit se dessaisir d'office (C. pr. civ., art. 170), parce qu'il y a là une question d'ordre public. Il y a exception dans notre hypothèse, parce qu'on a pensé que le tribunal de commerce avait une connaissance particulière sur cette espèce de billets, qui sont habituellement commerciaux, — et, ensuite, parce qu'on a jugé qu'en adoptant cette forme empruntée aux usages du commerce, on avait voulu s'assurer les avantages de la célérité de la juridiction commerciale. — Ces raisons viennent corroborer les solutions que nous avons admises plus haut (n. 841), en donnant au billet à ordre, même civil, tous les autres effets des billets à ordre commerciaux.

Art. 637. Lorsque ces lettres de change et ces billets à ordre porteront en même temps des signatures d'individus négociants et d'individus non négociants, le tribunal de commerce en connaîtra; mais il ne pourra prononcer la contrainte par corps contre les individus non négociants, à moins qu'ils ne se soient engagés à l'occasion d'opérations de commerce, trafic, change, banque ou courtage.

843. Il y a encore là dérogation au droit commun, en ce que le caractère mixte du billet ne permet pas de saisir le tribunal civil; la loi attribue absolument la juridiction au tribunal de commerce. Les raisons sont celles que nous venons de donner sous l'art. 636.

Q. *L'art. 637 s'appliquerait-il au cas où l'on aurait divisé son action, et où les non négociants seraient seuls poursuivis?* — 1er S. *Non :* l'action n'a plus le caractère mixte, qui permettait au moins un doute; il n'y a plus aucune raison

Source BIU Cujas

pour donner compétence au tribunal de commerce (1). — 2e S. *Oui* (!) : l'art. 637 ne distingue pas, ni l'art. 636; — il y a toujours les raisons de connaissances spéciales dans le tribunal, et du désir de célérité (2).

Cela n'empêche pas le non négociant de rester tenu civilement, s'il n'a pas fait acte de commerce; ainsi autrefois il n'aurait pas pu être contraint par corps; aujourd'hui encore nous admettrons qu'il ne pourra pas invoquer la prescription de cinq ans.

§ 4

Du billet à domicile.

844. Le *billet à domicile* est une espèce particulière de billet à ordre où le souscripteur s'engage à payer en un lieu autre que celui de la souscription. — Il pourra payer soit par lui-même, soit par un correspondant (3).

On lui applique toutes les règles du billet à ordre, puisque le Code ne lui a pas consacré de dispositions spéciales.

Seulement on se demande **Q.** *si ce n'est pas un acte commercial par lui-même.* La question présentera un intérêt pour la compétence dans le cas de l'art. 636; et en outre, en toute hypothèse, pour savoir si le souscripteur peut invoquer la prescription de cinq ans, si le faux commis dans le billet est un faux en écriture de commerce (C. pén., art. 147), s'il y a lieu d'appliquer l'art. 420, C. pr. civ., pour régler la compétence *ratione personæ* (4). Le terrain de la discussion est l'art. 632, dernier al., du Code de commerce, qui classe parmi les actes de commerce « *entre toutes personnes, les lettres de change ou remises d'argent de place en place* ». Il s'agit de savoir si le mot *ou* indique une simple synonymie entre les deux membres de phrase, le second n'étant que le développement du premier, ou si la loi a voulu ajouter aux lettres de change les autres remises d'argent de place en place. — Il nous semble qu'il faut regarder les deux membres de phrase comme simplement synonymes : — si la loi avait voulu ajouter quelque chose au premier, elle n'aurait pas dit : les lettres de change ou remises d'argent de place en place; elle aurait dit : les lettres de change ou *les* remises d'argent de place en place; — d'ailleurs dans le doute (et le doute est certainement possible) il faut admettre qu'il n'y a pas la présomption absolue de commercialité, par la raison que les présomptions sont exceptionnelles et doivent être entendues restrictivement; — on objecte que le billet à domicile contenant une remise de place en place est l'exécution d'un contrat de change, lequel est essentiellement commercial. Nous avons admis, en effet, que le contrat de change est essentiellement commercial; mais il n'est

(1) Aix, 5 avril 1873, D. P. 74. 2. 79. — Horson, *Quest.*, 201. Despréaux, n. 499. Orillard, n. 433. Béd., n. 374 et suiv.

(2) La jurisprudence est en très grande majorité dans ce sens : V. Besançon, 14 janv., 23 juin 1858, D. P. 58. 2. 200. *It.* Ly. C. et R., n. 1298, note 3. — Par application de cette doctrine, il a été jugé que si les porteurs *négociants* ne sont saisis que par des endos irréguliers, il y a compétence civile, car ils ne sont légalement que les mandataires des endosseurs *non négociants :* Rouen, 24 juill. 1874, D. P. 77. 5. 111.

(3) Pot., *Change*, n. 215. — Demang., t. III, p. 38.

(4) V. Demang., t. III, p. 39-40.

Source BIU Cujas

pas du tout sûr que l'objet principal du billet à domicile soit d'éviter le transport d'argent; ordinairement le but principal de l'opération est, dans la pensée des parties le paiement de la somme, et le lieu du paiement n'est qu'une considération très accessoire; il y a bien dès lors remise de place en place, mais il n'y a pas une *opération de change*, parce que le change n'a pas été le but des parties; — la L. 14 juin 1865, sur les chèques, art. 4, a dit formellement que le chèque tiré de place en place ne serait pas commercial par sa nature; ce qui nous montre que, dans la pensée de nos législateurs, toute remise de place n'est pas nécessairement commerciale (1); — enfin si le code de commerce n'a pas parlé du billet à domicile, M. Bérenger en a donné pour raison qu'il suit en tout les règles du billet à ordre (2).

CHAPITRE III.

DE LA PRESCRIPTION.

845. Il s'agit, bien entendu, uniquement de la prescription en matière de lettres de change ou de billets à ordre. Sans doute, la même prescription de cinq ans est applicable en matière de sociétés (art. 64) et en matière de contrat à la grosse ou d'assurance (art. 432). Mais il ne faudrait nullement généraliser ces dispositions pour tous les actes de commerce.

Art. 189, 1er al. Toutes actions relatives aux lettres de change, et à ceux des billets à ordre souscrits par des négociants, marchands ou banquiers, ou pour faits de commerce, se prescrivent par cinq ans, à compter du jour du protêt, ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé.

Cette prescription de cinq ans s'applique toujours aux lettres de change; pour les billets à ordre, elle s'applique seulement quand ils ont un caractère commercial, et en faveur de ceux des signataires qui ont fait acte de commerce (3). Ainsi elle ne pourrait pas être invoquée par l'individu non négociant qui aurait endossé un billet primitivement souscrit par un négociant (4); ni par l'individu non négociant qui aurait souscrit un billet pour acte civil, quoique ce billet ait été plus tard endossé par des négociants (5). — Si l'on admet

(1) La jurisprudence, avait paru se fixer dans ce sens : Cass. 10 avril 1861, D. P. 61. 1. 315. Mais un arrêt récent revient à l'opinion contraire : Req. 24 mai 1880, D. P. 80. 1. 472. — Dans le sens de notre opinion : Demang., t. III, p. 38, et t. VI, p. 378. Al. n. 3000. Noug., n. 1544, 1545. Ly. C. et R., n. 1300. — *Contrà :* Vincens, t. II, p. 368 et suiv. Horson, quest. 33 et 35. Frémery, p. 98. Brav., t. VI, p. 228. Pard., t. I, n. 479. Béd., n. 690.

(2) Locré, *Législ. civ.*, t. XVIII, p. 112.

(3) Il faut corriger le texte qui parle un peu inexactement des billets souscrits *par les commerçants*, sans excepter les cas où un commerçant n'avait pas fait acte de commerce : v. *suprà*, n. 842. — *Sic :* Demang., t. III, p. 557, 558. Al. n. 1551.

(4) *Contrà :* Al. n. 1564, qui soutient que l'exception est réelle et peut être invoquée par le non négociant codébiteur solidaire de négociants (C. civ., art. 1208).

(5) Trib. comm. de la Seine, 28 déc. 1852, D. P. 53. 3. 24.

Source BIU Cujas

que le billet à domicile est toujours commercial, il donnera toujours lieu à la prescription de cinq ans (1).

846. Elle ne sera pas utile à ceux qui peuvent invoquer les déchéances des art. 168, 169, 170 après un délai très court (art. 165). Mais elle servira à ceux qui ne peuvent pas invoquer ces déchéances ; tiré-accepteur, tireur qui n'a pas fait provision, ceux qui auraient donné l'*aval* pour l'un ou pour l'autre ; endosseurs même, dans le cas de clause de *retour sans frais*.

Elle n'éteint que les obligations nées directement de la lettre de change ou du billet à ordre; c'est-à-dire les obligations de tous les signataires quelconques. Mais elle n'éteindrait pas, suivant nous, l'action du tireur contre le tiré qui, ayant provision, n'aurait pas accepté (v. *suprà*, n. 835) (2); elle serait seulement opposable au tireur qui, en cas d'acceptation du tiré, agirait comme subrogé aux droits du porteur (3). Elle n'éteindrait pas non plus l'action du tiré, ayant payé à découvert, contre le tireur (v. *suprà*, n. 834) (4); sauf aussi s'il agissait comme subrogé au porteur, parce qu'il avait accepté avant de payer (5). — Elle n'éteindrait pas les obligations prises seulement *à l'occasion* d'une lettre de change ; par exemple, celles d'un banquier ayant promis à son client de faire toutes ses diligences pour la recouvrer (6).

847. Le **point de départ** est le *jour du protêt*. S'il n'y en a pas eu (ce qu'il faudra souvent supposer), il faudra faire courir le délai du lendemain de l'échéance (7). — Si la lettre était à vue, le délai courra, suivant nous, dès le jour où la lettre a pu être présentée, et non pas seulement de l'expiration du délai de trois mois imparti par l'art. 160; car, de droit commun, la prescription court dès que le créancier *a pu* agir, et non pas seulement du jour où il *aurait dû* agir; ici aussi il est naturel de croire que la présomption de paiement (v. *infrà*, n. 852) commence à s'établir dès le jour où le paiement a pu être demandé (8). — Si la lettre était à un *certain délai de vue*, on fera courir ce délai de vue du jour où elle *aura pu* être présentée, et le délai de cinq ans courra du lendemain de l'échéance ainsi calculée (9).

La **suspension** pour cause de minorité ou d'interdiction ne s'appliquera pas à cette prescription; car, d'une manière générale, elle ne s'applique pas aux prescriptions abrégées (C. civ., art. 2278) (10). Mais les autres causes de suspension pourraient s'appliquer.

848. L'**interruption** est très possible. — Quelles en seront les causes?

(1) Req. 24 mai 1880, D. P. 80. 1. 472.

(2) Pot. n. 200. — Brav., t. III, p. 561, 562. Al. n. 1552. Ly. C. et R., n. 1281.

(3) Demang., t. III, p. 561.

(4) Riom, 3 mars 1854, D.P. 55. 2. 250. Béd., n. 725. Al. n. 1552. Brav., t. III, n. 561. Ly. C. et R., n. 1282. — *Contrà :* Garsonnet, *Abolition de la contrainte par corps*, p. 7, note 12.

(5) Demang., t. III, p. 561. Ly. C. et R., n. 1281.

(6) Noug., n. 1609. Al. n. 1552. Ly. C. et R., n. 1281,

(7) Cass. 16 nov. 1853, D. P. 54. 1. 326. — Demang., t. III, p. 566. Al. n. 1558. Ly. C. et R., n. 1283.

(8) Pot., n. 198. Demang., t. III, p. 577. Ly. C. et R., n. 1283. — *Contrà :* Cass. 1er juill. 1845, D. P. 45. 1. 287. Al. n. 1553. Noug., n. 1611.

(9) Demang., t. III, p. 577.

(10) Pot., n. 206. Al. n. 1554. Ly. C. et R., n. 1288.

Source BIU Cujas

L'art. 189 l'indique en disant que les actions « se prescrivent par cinq ans à compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique, s'il n'y a eu condamnation, ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé ». Cette formule paraît indiquer deux espèces d'interruption : l'une qui laisserait encore après elle la possibilité d'une nouvelle prescription de cinq ans, p. ex. la poursuite juridique, et l'autre qui ne laisserait plus place qu'à la prescription de trente ans, p. ex. la condamnation ou la reconnaissance par acte séparé, et c'est dans le sens de cette distinction que l'article est généralement entendu : — en effet, en rapprochant le commencement et la fin du membre de phrase cité, on lit que les actions se prescrivent par cinq ans... s'il n'y a eu condamnation ou si la dette n'a été reconnue par acte séparé ; donc, dans ces derniers cas, elles ne se prescrivent plus par cinq ans ; — et ce n'est pas là un accident de rédaction : car si le Code n'avait pas voulu substituer ainsi un délai à un autre, il n'aurait pas changé sa formule, et après avoir dit « à compter de la dernière poursuite juridique », il aurait ajouté : « ou de la condamnation, ou de la reconnaissance, etc. » (1).

Or en droit commun les causes d'interruption de la prescription libératoire peuvent se ramener à trois (C. civ., art. 2244 et suiv.) : un commandement ou une saisie, une poursuite en justice, la reconnaissance de la dette. Passons ces trois causes en revue, en cherchant à préciser quels seront les faits qui iront jusqu'à substituer la prescription de trente ans, à celle de cinq.

849. 1° Un *commandement* ou une *saisie* ordinaire (C. civ., art. 2244) ne peuvent guère se concevoir comme interrompant la prescription de cinq ans ; car ils supposent un titre exécutoire et la lettre de change n'en est pas un ; pour en avoir un, le porteur aurait dû obtenir un jugement, mais alors il y aurait eu *condamnation*, substituant la prescription de trente ans à celle de cinq. On pourrait supposer que la lettre de change avait été faite par acte notarié (v. *suprà*, n. 713) ; mais encore dans ce cas elle ne contiendra pas la formule exécutoire (2).

Le seul cas d'application sera la *saisie conservatoire* de l'a. 182 (v. n. 819) (3). Mais alors on peut se demander si le protêt interromprait la prescription.

48. *Le protêt interrompra-t-il la prescription ?* Il faut supposer un protêt tardif intervenant lorsque la prescription a commencé à courir. — Nous répondrons négativement : sans doute, l'art. 189 dit que la prescription commence à courir du jour du protêt, mais il suppose le protêt fait en temps normal, le lendemain de l'échéance ; c'est alors le point de départ de l'action ; tel est le seul sens naturel de l'article, il n'a pas pensé au protêt tardif ; — en appliquant dès lors les principes du droit commun, nous trouvons que le protêt est analogue à une sommation et non pas à un commandement, qu'il n'est pas fait en vertu d'un titre exécutoire ; or un commandement au moins est nécessaire pour interrompre la prescription (C. civ., art. 2244) (4).

850. 2° *Une poursuite en justice* (C. civ., art. 2244 et suiv.) ; l'art. 189 aussi

(1) Marcadé, *De la prescription*, ch. 4, obs. prél., n. II. Ly. C. et R., n. 1284.
(2) Ly. C. et R., n. 1286, note 2.
(3) De Couder, v° *Lettre de ch.*, n. 772. Ly. C. et R., n. 1286, note 2.
(4) Cass. 28 avril, 4 nov. 1846, D. P. 46. 1. 217, 350. — Al. n. 1555, 1557. Ly. C. et R., n. 1282, note 6.

Source BIU Cujas

ne fait courir les cinq ans que de la *dernière* poursuite juridique ; c'est d'ailleurs le droit commun (C. civ., art. 2246), mais il résulte bien clairement de l'article que c'est la prescription de cinq ans qui recommencera après le dernier acte de procédure (1).

Si un jugement de condamnation intervient, il opère une nouvelle interruption. Mais, de plus, il emporte aussi *novation* de la créance, de sorte que dorénavant celle-ci ne sera plus prescriptible que par trente ans. C'est ce qui résulte encore du texte de l'article interprété comme nous l'avons fait ci-dessus (2). Il y aurait exception seulement pour le jugement par défaut faute de comparaître, qui est nul s'il n'est pas exécuté dans les six mois (C. pr. civ., art. 156); dès lors la prescription de cinq ans aurait continué à courir malgré ce jugement (3).

S'il y a péremption d'instance, encourue par interruption des poursuites pendant trois ans, et prononcée (C. pr., art. 399, 400), toute l'instance est anéantie rétroactivement (C. pr., civ., art. 401), la prescription sera censée avoir continué à courir malgré les poursuites et aura pu s'accomplir dans l'intervalle (4). — Si la péremption, quoique encourue, n'a pas été invoquée et est couverte par un nouvel acte de procédure (C. pr. civ., art. 391), nous pensons qu'il faut décider que la prescription aura été interrompue par les premières poursuites, qui ne sont pas anéanties, mais qu'elle aura couru jusqu'aux nouvelles poursuites et aura pu s'accomplir dans l'intervalle, parce qu'il ne faut pas admettre, suivant nous, que l'instance, par cela seul qu'elle subsiste, soit une interruption continuelle, l'art. 187 n'admet comme cause d'interruption que la *dernière* poursuite juridique (5).

851. 3° *La reconnaissance de la dette* (art. 2248, C. civ.). L'art. 189 ne parle que de la reconnaissance *par acte séparé*. Mais il résulte de l'analyse faite plus haut de l'article, que la reconnaissance par acte séparé a pour effet non seulement d'interrompre la prescription, mais encore de substituer pour l'avenir la prescription de trente ans à celle de cinq; d'où il s'ensuit forcément que l'exigence d'un acte séparé n'est pas imposée par l'article lorsqu'il s'agit d'une simple interruption laissant place pour l'avenir à la prescription de cinq ans. Il y aura dès lors deux espèces de reconnaissances : la *reconnaissance par acte séparé* interrompant la prescription et ne laissant plus place dorénavant qu'à celle de trente ans; et la *reconnaissance simple* interrompant aussi la prescription, mais laissant la porte ouverte à la prescription de cinq ans (6).

(1) Demang., t. III, p. 568. Al. n.1556. — Il faut, bien entendu, que l'assignation soit valable : Cass. 5 janv. 1881, D. P. 81. 1. 73. — La demande en déclaration de faillite est une poursuite en justice et interrompt la prescription : Cass. 13 janv. 1879, D. P. 79. 1. 145.

(2) Al. n. 1556. Ly. C. et R., n. 1285.

(3) Al. n. 1556. — V. Demang., t. III, p. 569.

(4) Cass. 2 janv. 1855, D. P. 55. 1. 13. — Pot., n. 201. Ly. C. et R., n. 1285.

(5) Cass. 24 déc. 1860, D. P. 61. 1. 27. Béd., n. 733, 734. Noug., n. 1621. Al. n. 1556. Ly. C. et R., n. 1285. — *Contrà :* Demang., t. III, p. 568.

(6) Cette doctrine est très nettement consacrée par l'arrêt de Req. 7 avril 1857, D. P. 57. 1. 362. *It.* Al. n. 1559. Marcadé, *Prescription,* ch. IV, obs. prél., n. II. Brav., t. III, p. 564, 571. Ly. C. et R., n. 1286. — Mais la Cour de cassation paraît l'avoir abandonnée par l'arrêt du 9 mars 1868 (D. P. 68. 1. 164),qui exige pour toute interruption une reconnaissance par acte séparé. *It.* Noug., n. 992. Béd., n. 742.

Source BIU Cujas

Après la *reconnaissance par acte séparé* il n'y aura plus lieu qu'à la prescription de trente ans. C'est que la rédaction d'un nouvel acte entre le débiteur et le créancier est interprétée par la loi comme emportant intention de nover la créance; après cet acte, le débiteur ne pourra plus dire qu'il est débiteur en vertu d'une lettre de change, que l'action *est relative à une lettre de change.*

La *reconnaissance simple* résultera de tout fait impliquant un aveu du débiteur, sans acte rédigé complètement à nouveau, sans l'intention de nover, qui en général ne se présume pas (C. civ., art. 1273); p. ex. du paiement d'intérêts (1), ou d'un acompte (2), d'une demande d'un délai (3), d'une renonciation à invoquer les déchéances contre le porteur négligent, de la mention dans son bilan par le débiteur failli (4). — Ces divers faits pourront se prouver par témoins, (5), comme par tous les modes de preuve usités en droit commercial, puisqu'il s'agit d'une matière essentiellement commerciale, et même par les présomptions de l'homme (art. 109, C. comm., et 1353, C. civ.) (6).

Q. *L'admission au passif d'une faillite interrompt-elle la prescription ?* Nous l'admettons sans hésiter ; la procédure de la vérification des créances, qui précède leur admission, met le créancier en présence de tous ceux qui ont intérêt à les contester, le failli, le syndic et les autres créanciers : et l'admission, sans rendre impossible, suivant nous, toute contestation ultérieure, constitue une reconnaissance actuelle de la créance (7). — Nous pensons que le nouveau délai nécessaire alors pour prescrire sera de cinq ans seulement, car cette admission ne nove pas la créance, elle la maintient au contraire avec tous ses caractères (8). — Mais *quel sera le point de départ de cette nouvelle prescription ?* Nous croyons que ce sera seulement la fin de la faillite, soit par un concordat, soit par la clôture de l'union (art. 539); car l'interruption ne se produit pas seulement au moment où la créance est admise au passif; mais, toutes les fois que le créancier est convoqué aux assemblées, vote au concordat, prend part aux distributions de deniers, autant de fois il fait acte de créancier, et par conséquent interrompt la prescription (9).

(1) Req. 15 juill. 1875, D. P. 77. 1. 323 ; Rouen., 30 avril 1878, D. P. 79. 1. 87, etc. — Ly. C. et R., n. 1286.

(2) Marcadé, *Prescription*, ch. IV, obs. prél., n. II. Ly. C. et R., n. 1286. — *Contrà :* Cass. 18 fév. 1851, D. P. 51. 1. 17.

(3) Ly. C. et R., *ibid.*

(4) Al. n. 1555.

(5) Montpellier, 28 juill. 1860, D. P. 60. 2. 203.

(6) Rouen, 30 avril 1878, D. P. 78. 1. 97. — Dans le système qui exige toujours un acte séparé pour que la reconnaissance interrompe la prescription, on soutient que ces faits sont insuffisants pour le faire, ou du moins qu'ils ne peuvent être prouvés que par un écrit formel pouvant être regardé comme un acte séparé : Cass. 18 fév. 1851, D. P. 51. 1. 17; Lyon, 19 déc. 1851, D. P. 53. 2. 46 ; Cass. 9 mars 1868, D. P. 68. 1. 164. — Mais nous admettons avec la jurisprudence qu'on ne pourrait pas, pour obtenir une reconnaissance ordonner un interrogatoire sur faits et articles (Cass. 16 janv. 1854, D. P. 54. 1. 13 ; Al. n. 1562) ; ni déférer d'office le serment supplétoire (Al. *ibid.*).

(7) Cass. 5 juin 1864, D. P. 64. 1. 61 ; Aix, 29 mai 1872, D. P. 74. 2. 121. — Marcadé, *Prescription,* a. 2242-2258, n. II. Al. n. 1555.

(8) Cass. 5 janv. 1864, D. P. 64. 1. 41, etc. — Al. n. 1560. Brav., t. III, p. 565. Ly. C. et R., n. 1286.

(9) Le vote au concordat n'implique pas suivant nous novation, car le créancier en-

Source BIU Cujas

Cette interruption de la prescription est essentiellement individuelle pour les différentes personnes obligées par un même effet de commerce ; ainsi l'interruption faite contre un endosseur ne profiterait pas au souscripteur (1), ni réciproquement. Cela résulte de ce qu'il n'y a entre les différents signataires qu'une solidarité imparfaite, ainsi que nous l'avons établi plus haut.

852. **Portée de la prescription :** Elle n'est qu'une présomption de paiement. Celui à qui on l'oppose peut la combattre en déférant le serment à son adversaire :

Art. 189, 2e al. Néanmoins les prétendus débiteurs seront tenus, s'ils en sont requis, d'affirmer, sous serment, qu'ils ne sont plus redevables ; et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, qu'ils estiment de bonne foi qu'il n'est plus rien dû.

A la veuve et aux héritiers, on ne peut demander qu'un simple serment de crédibilité (v. conf., C. civ., art. 2275).

Il résulte de cette obligation de jurer, que cette prescription ne peut être invoquée par les créanciers du prétendu débiteur qui ne l'invoque pas, car le serment est essentiellement personnel (C. civ., art. 1166) (2).

De ce que la prescription repose ici sur une présomption de paiement, il s'ensuit qu'elle ne peut être invoquée par celui qui a fait un aveu implicite de l'existence de la créance, par exemple en soutenant qu'il y avait novation (3) ; ou en offrant de payer le principal, quoiqu'il conteste sur les accessoires (4).

tend seulement conserver ce qu'il peut de sa créance, il ne libère pas ses cautions (v. *infrà*, n. 1047) ; donc il laisse encore place à la prescription de cinq ans. — *Contrà* : Al. n. 1560.

(1) Aix, 29 mai 1872, D. P. 74. 2. 121. Pard., n. 413. Al. n. 1558. Ly. C. et R., n. 1287. — *Contrà* : Dall., n. 835. — V. Noug., n. 990.

(2) Rouen, 1er déc. 1854, D. P. 55. 2. 122. — Al. n. 1563. — *Contrà* : Noug., n. 1008. Dall., n. 856.

(3) Req. 7 mars 1866, D. P. 66, 1. 298. — Ly. C. et R., n. 1289.

(4) Rej. 2 janv. 1855, D. P. 55. 1. 13. — Mais la déclaration que l'on a payé à un faux créancier n'est pas un aveu de la dette : Cass. 23 juill. 1878, D. P. 79. 5. 148.

Source BIU Cujas

APPENDICE Ier AU TITRE VIII.

DES BILLETS AU PORTEUR.

853. *Le* **billet au porteur** *est un écrit par lequel une personne promet de payer une certaine somme, non pas à une personne dénommée, ni à l'ordre d'une autre, mais* **au porteur,** c'est-à-dire à celui qui sera détenteur du titre à l'échéance, sans que celui-ci ait besoin de justifier de ses droits par un écrit nouveau, ou d'aucune autre façon. — Il est peu usité de nos jours (excepté sous forme de billet de banque); il peut néanmoins se rencontrer; et le Code n'en ayant rien dit, aucune loi n'en ayant traité *ex professo*, il faut rechercher quelles règles de droit lui seraient applicables.

Mais d'abord peut-on émettre valablement des billets au porteur ? — Ils s'étaient produits d'abord dans notre ancienne France sous la forme de *billets en blanc*, c'est-à-dire où le nom du créancier était laissé en blanc; sous cette forme ils furent proscrits par des arrêts de règlement du Parlement de Paris du 7 juin 1611 et du 26 mars 1624. On imagina alors les billets au porteur proprement dits; ceux-ci furent interdits pour l'avenir par un édit de mai 1716 ; mais ils furent bientôt autorisés de nouveau par une déclaration du 21 janvier 1721 (1). Pendant l'époque intermédiaire, un décret de la Convention du 8 novembre 1792 (2), constatant les abus des billets au porteur et à vue proscrivit dans son article 21 toute nouvelle émission de billets au porteur; mais bientôt après une loi du 25 thermidor an III vint expliquer que cette prohibition ne s'appliquait qu'aux billets au porteur ayant pour objet de remplacer ou de suppléer la monnaie. Depuis, la loi du 15 germinal an VI, art. 1er, parle expressément de billets au porteur pour soumettre à la contrainte par corps leurs souscripteurs lorsqu'ils sont commerçants. Enfin la L. 5 juin 1850, art. 1er, les vise aussi expressément pour les soumettre au même timbre que les autres effets négociables. Donc il faut conclure que la souscription de billets au porteur est parfaitement licite actuellement (3), sauf lorsqu'ils prendraient la forme de billets de banque et auraient pour objet de remplacer la monnaie. Nous allons bientôt revenir sur cette exception.

(1) Dall., v° *Eff. de comm.*, n. 14 et 920.

(2) V. Desenne, *Code général français*, t. XI, p. 450.

(3) Req. 10 nov. 1829 ; Bordeaux, 22 janv. 1839, etc.; D., v° *Eff. de comm.*, n. 922. Merlin, v° *Porteur* (*billet au*). Pard., n. 483. Noug., t. I, p. 546. Goujet et Merger, v° *Billet au porteur*, n. 4. Beslay, *Soc.*, n. 231, note. Al. n. 1538. — *Contrà* : Rennes, 27 mars 1843, S. 44. 2. 250.

Source BIU Cujas

Nous pensons qu'il faut également considérer comme licite actuellement l'émission de *billets en blanc*; car aucune loi moderne ne la prohibe; une loi du 20 vendémiaire an IV, que l'on cite souvent comme les proscrivant (1), ne les vise pas; elle vise seulement les négociations en blanc de lettres de change ou de billets à ordre, et en cela elle a été abrogée par le Code qui s'est occupé de la matière (L. 15 sept. 1807). D'ailleurs ils tendent au même but que les billets au porteur; il est donc difficile de proscrire les uns quand on admet les autres (2).

Mais on peut se demander si l'émission de billets au porteur n'est pas une atteinte au privilège de la Banque de France, créé par la L. 24 germ. an XI, et complété par l'absorption des banques départementales en 1848. Il faut répondre négativement : le privilège de la Banque de France ne porte que sur l'émission des *billets de banque*; or, quoique ces billets ne soient pas définis par la loi, leurs caractères sont bien déterminés par la pratique; ce qui les distingue, c'est non seulement d'être au porteur, mais encore d'être *à vue*; grâce à ce caractère, ils peuvent à tout instant s'échanger contre de la monnaie, et, pour cette raison, ils circulent à l'égal de la monnaie (v. *suprà*, n. 673) ; grâce au même caractère, ils peuvent aussi se garder indéfiniment sans rien perdre de leur valeur, et par là encore ils remplacent la monnaie. Au contraire, les billets au porteur qui ne sont pas à vue n'ont aucun de ces avantages; on ne peut pas les présenter avant l'échéance fixée, et l'on ne peut pas les garder indéfiniment, puisqu'on aurait à craindre au moins la prescription si on ne les présentait pas dans les trente ans depuis leur échéance. — Donc le billet au porteur, pourvu qu'il ne soit pas à vue, respecte parfaitement le privilège de la Banque de France, et il est en règle avec la loi du 25 thermidor an III, qui le proscrit seulement quand il a pour objet de remplacer la monnaie (3).

854. En l'absence de toute règle de détail dans notre législation ancienne ou moderne, tout ce qui concerne le *billet au porteur* doit se régler par les principes généraux des conventions, en appliquant les conséquences spéciales qui résultent de l'intention que les parties ont eue en insérant la clause *au porteur* (C. civ., art. 1107, 1134, 1156 et s.). Il n'a pas assez d'analogies avec le billet à ordre pour qu'on lui applique les règles de celui-ci; il ressemble au moins autant au billet simple, purement régi par les règles générales du Code civil.

D'abord quant à la **forme**, il faut décider qu'il doit contenir seulemen ce qui est nécessaire pour que l'obligation soit bien précisée; par conséquent la signature du souscripteur, la date, la somme à payer; et puis, par définition même, la promesse de payer *au porteur* (4). — S'il n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur, la signature de celui-ci, s'il n'est pas commerçant, doit être accompagnée du *bon* ou *approuvé* avec la somme en toutes lettres;

(1) Noug., n. 956. Al. n. 1539.
(2) Pard., n. 483. Béd., n. 644.
(3) Comp. *suprà*, n. 763.
(4) Dall., n. 926.— Il suffit pour être au porteur qu'un billet n'indique pas le nom de celui à l'ordre de qui il est souscrit : Req. 4 juin 1878, et Agen, 22 juill. 1879, D. P. 79. 1. 136.

Source BIU Cujas

car, d'après ce que nous venons de dire, il faut appliquer l'art. 1326, C. civ., avec d'autant plus de fermeté que nous n'admettrons pas que le billet au porteur soit commercial par lui-même. — Il ne faut pas y exiger l'indication de celui qui en a fourni la valeur, ni même l'indication de cette valeur fournie ; on ne peut le faire en l'absence de texte, et d'ailleurs cette exigence n'aurait pas ici les mêmes raisons d'être que pour la lettre de change ou le billet à ordre (1).

Le billet ainsi créé se transmettra par la simple tradition de la main à la main, sans signification au débiteur cédé (C. civ., art. 1690) ; car le souscripteur s'est obligé, non pas envers un créancier déterminé, mais envers *le porteur* (2). Il n'y aura pas besoin non plus d'un endossement, et même l'endossement n'en serait pas possible, ni valable, puisque le billet ne contient pas la clause à ordre ; il ne produirait donc aucun des effets de l'endossement, et notamment n'obligerait pas l'endosseur à la garantie si cela n'avait été exprimé formellement. La signature seule d'une personne sur le titre n'emporterait pas non plus cette garantie ; car, en l'absence de tout texte et de toute expression de volonté, on ne peut lui faire produire cet effet ; elle ne vaudrait ni endossement ni aval (3). Mais on pourrait donner expressément un *aval* sur le billet au porteur ; du moment que la volonté est exprimée, il faut la suivre.

Le porteur a le droit d'être payé à l'échéance, sans qu'on puisse lui opposer aucune exception du chef d'un porteur précédent, lors même que celui-ci serait connu ; p. ex. si l'on a indiqué sur le billet le nom du bénéficiaire en ajoutant *ou au porteur*. Cette règle est la conséquence de ce que l'obligation a été contractée directement par le souscripteur envers *le porteur*, qui dès lors agit en vertu d'un droit propre et non comme ayant cause des porteurs précédents (cf. n. 754 et 766, *in fine*). Ainsi le porteur actuel pourrait invoquer la créance résultant du billet, et p. ex. la faire entrer en compensation; quand même il y aurait eu saisie-arrêt entre les mains d'un porteur précédent, s'il n'y a pas eu saisie-arrêt entre les siennes (4). — Il n'y a évidemment pas lieu au protêt, puisqu'il n'y a pas habituellement de garants contre lesquels on puisse recourir faute de paiement. Lors même que le paiement aurait été garanti par un aval, on pourrait recourir contre la caution dans les conditions de droit commun, et sans avoir fait protêt, car on ne peut sans texte soumettre le porteur à cette formalité spéciale (5).

Au fond et en théorie, le porteur n'est propriétaire du billet au porteur que s'il l'a reçu du propriétaire qui avait l'intention de lui transférer la propriété, mais non s'il l'a reçu, ou si un précédent porteur l'avait reçu, à titre précaire comme dépositaire p. ex., ni s'il l'avait volé ou trouvé. Mais, en pratique, si le porteur actuel est de bonne foi il sera protégé par la règle de l'art. 2279, *en fait de meubles possession vaut titre*, toutes les fois que le véritable propriété-

(1) Al. n. 1538. Massé, n. 1575. — *Contrà* : Merlin, v° *Porteur (billet au)*. Goujet et Merger, v° *Billet au porteur*, n. 5. Noug., n. 957. Béd., n. 645.

(2) Cass. 15 janv. 1855, D. P. 55. 1. 5. — Dall., n. 927.

(3) Pard., n. 483. Béd., n. 650. Al. n. 1538.

(4) Cass. 15 janv. 1855, D. P. 55. 1. 5. — Dall., n. 927.

(5) Dall., n. 928.

Source BIU Cujas

taire aura perdu la possession par suite d'un abus de confiance ; s'il y avait eu perte ou vol, le possesseur de bonne foi ne serait protégé que par la prescription de trois ans (art. 2279, 2e al.); avec cette seule restriction que, s'il avait acheté le billet dans un marché public ou chez un marchand vendant des choses pareilles (changeur, p. ex.), il ne serait obligé de le rendre que moyennant remboursement du prix (1). La L. 15 juin 1872 sur les titres au porteur volés ou perdus ne serait pas applicable aux billets au porteur ; car l'usage restreint aux titres de Bourse le sens du mot *titres au porteur*, et d'ailleurs les formalités édictées par cette loi ne peuvent pas s'appliquer aux billets au porteur (2). — Ce que nous disons du porteur doit s'appliquer au souscripteur lui-même qui aura payé le billet : s'il a payé de bonne foi, sur la remise du billet, à celui qui n'était pas légitimement propriétaire, il aura valablement payé (art. 2279), sauf le cas de perte ou de vol ; il ne peut pas être plus mal traité que s'il avait acheté ce billet.

Le billet au porteur n'est pas *commercial* par lui-même ; car ce caractère ne résulte pas nécessairement de sa forme, et aucun texte ne le lui imprime comme à la lettre de change (3). Il le sera seulement s'il a pour cause un acte de commerce ; de plus, s'il émane d'un commerçant, il sera présumé fait pour son commerce, car l'art. 638, 2e al., est général et s'appliquerait même à un billet ordinaire. — Pour appliquer à la compétence les conséquences de la commercialité, il faut constater que le billet peut être commercial pour l'une des parties sans l'être pour l'autre; p. ex. si le porteur qui en a fait les fonds ne faisait pas acte de commerce ; celui qui n'a pas fait acte de commerce ne peut être poursuivi, et a droit de n'agir que devant les tribunaux civils (4). Lors même que le billet est commercial, il ne faudra pas lui appliquer la prescription de cinq ans, édictée par l'art. 189 seulement pour les *billets à ordre* commerciaux (6), ni les règles des articles 636 et 637 qui sont aussi spéciales aux *billets à ordre* commerciaux ou civils.

Quant à l'impôt, une décision du ministre des finances, du 10 mai 1808, assimile les billets au porteur aux effets négociables (5) ; elle résout, conformément à l'esprit du législateur (suivant nous), la question de savoir s'ils sont compris dans l'art. 69, § 2, 6o, de la L. 22 frimaire an VII ; ils seront donc enregistrés au droit proportionnel de 50 cent. par 100 fr. Quant au timbre, la L. 5 juin 1850 les vise expressément avec les autres effets négociables, et les lois ultérieures de 1878 et de 1881, renvoyant aux titres énumérés par la loi de 1850, s'appliquent aussi évidemment aux billets au porteur, qui doivent par conséquent être faits sur timbre de 5 cent. par 100 fr, ou fraction de 100 fr. (cf. n. 840).

(1) Pard., n. 483. Vincens, t. II, p. 370. Dall., n. 924.

(2) V. n. 613 et suiv. On peut consulter ces passages pour avoir un peu plus de détails sur ce sujet, en se bornant à ce que nous disons de la législation applicable aux titres au porteur avant la loi de 1872.

(3) Locré sous l'art. 188. Noug., t. I, p. 546. Goujet et Merger, v° *Billet au porteur*, n. 15. Béd., n. 654. Al. n. 1538.

(4) Agen, 22 juillet 1879, D. P. 79. 1. 136.

(5) Trib. de la Charente 19 janv. 1847, D. P. 49. 1. 33. — Pard., n. 483. Dall., n. 929. Merlin, *Quest. de dr.*, v° *Porteur* (*billet au*). Goujet et Merger, v° *Billet au porteur*, n. 17

(6) Al. n. 1538.

Source BIU Cujas

APPENDICE II AU TITRE VIII.

DES CHÈQUES.

855. Le chèque nous est venu de l'Angleterre, où il est encore bien plus développé que chez nous. Il a dans ce pays un caractère et un fonctionnement très simples qui ont été compliqués chez nous, surtout par des raisons fiscales. Il faut donc commencer par l'étudier sous sa forme anglaise.

En Angleterre, *le chèque est un écrit destiné à retirer les fonds qu'on a en dépôt dans une banque*. Cette définition n'est dans aucune loi, mais résulte d'une pratique constante. — Un premier caractère essentiel qui s'en déduit, c'est que le chèque n'est pas un instrument de crédit, comme la lettre de change ou le billet à ordre, mais uniquement un instrument de circulation. La définition indique, en effet, qu'il ne peut être tiré que s'il y a provision préalable.

Parmi les instruments de circulation, le chèque diffère des autres en ce qu'il est non seulement un instrument de paiement, mais aussi et surtout un instrument de virement.

Comme instrument de paiement, le chèque se rattache à l'habitude qu'ont les Anglais de faire faire leur service de caisse par les banquiers, pour épargner les frais de caissier, de garçons de recette, et éviter les risques de vol et d'incendie. En outre, les fonds sont utilisés par les banquiers, au grand avantage de la prospérité générale, et produisent souvent un certain intérêt pour les déposants (1). — Dans ce but, d'abord le commerçant, qui souscrit un billet ou accepte une lettre de change, déclare que le paiement devra être demandé à son banquier et fait par lui ; mais de plus, s'il doit payer lui-même il remet un chèque payable à présentation, au moyen duquel le créancier ira toucher chez le banquier. Le créancier pourrait hésiter à accepter un chèque en paiement et à donner quittance, car il n'est pas absolument sûr que le banquier paiera. Aussi on ne lui demande pas une quittance tant qu'il n'a pas touché le chèque. Le débiteur, malgré cela, ne court aucun risque parce que le banquier qui aura payé le chèque devra le garder pour sa décharge vis-à-vis de son client ; celui-ci retrouvera donc toujours chez lui la preuve du paiement, s'il était contesté. A cet effet, le banquier qui paie un chèque, même au porteur (ce qui est le cas de beaucoup le plus fréquent), fait apposer par le porteur sa signature au dos du titre, pour établir que le chèque a réellement passé entre ses mains.

(1) V. *suprà*, n. 676, 677, 691, 692.

Source BIU Cujas

Ce n'est pas là toute l'utilité du chèque : celui qui le reçoit a aussi un banquier qui fait son service de caisse ; il n'ira pas lui-même toucher le chèque ; il le remettra à son banquier, qui ne le touchera pas non plus en monnaie, mais le compensera dans ses comptes avec son collègue. De la sorte, la créance aura été payée sans le secours d'aucune monnaie. C'est là le rôle capital du chèque : il économise la monnaie en substituant au paiement en espèces un simple virement ou une compensation.

En résumé, pour fournir tous ses avantages, le chèque doit remplir deux conditions qui paraissent contradictoires : il doit être échangeable à vue contre de la monnaie, mais doit, en fait, se solder le plus rarement possible en espèces. C'est la même chose que pour le billet de banque, qui ne serait pas largement reçu s'il n'était pas payable en monnaie à bureau ouvert, mais qui ne servirait presque à rien si tous ceux qui le reçoivent venaient à la Banque se faire payer en numéraire. Mais il est nécessaire qu'on puisse se faire payer en monnaie, pour que l'on consente à ne pas demander ce paiement.

856. Ce fonctionnement des chèques est complété par l'institution du *clearing house* ou *chambre de compensation*. Une trentaine (1) de banquiers centralisent entre leurs mains tous les chèques, et les compensent journellement entre eux, en réglant seulement chaque soir les différences qu'ils peuvent se devoir une fois les compensations faites. — Voici sommairement le fonctionnement de la chambre de compensation : C'est une vaste salle, où chaque banquier a un bureau tenu par un commis ; plusieurs fois par jour les maisons de banque envoient les chèques dont elles sont porteurs, et les déposent au bureau du banquier qui doit les payer ; le commis de celui-ci les crédite immédiatement du montant des chèques remis. Ce même commis envoie aussi immédiatement les chèques à sa maison pour que l'on vérifie s'ils sont dus ; la vérification se fait dans le jour, et ceux qui sont refusés sont repassés au débit des banquiers porteurs qui avaient été crédités à tort. A la fin de la journée chaque commis fait, sur une feuille de liquidation partielle, la balance du crédit et du débit de sa maison envers chacune des autres maisons ; il additionne l'ensemble des crédits et l'ensemble des débits, et la différence des deux sommes fait ressortir un solde créditeur ou débiteur pour sa maison vis-à-vis l'ensemble de toutes les autres. Ce solde est reporté sur une feuille de liquidation générale dressée par l'inspecteur du *clearing house*, où, toute compensation faite, chaque maison trouve en un seul chiffre ce qu'elle doit payer ou recevoir. Puis chaque banquier signe un mandat sur la Banque d'Angleterre pour faire débiter son compte de la somme qu'il doit au profit de ceux qui sont créditeurs ; le crédit et le débit qui en résultent sont donnés par la Banque d'Angleterre sur le visa de l'inspecteur du *clearing house*. De la sorte, sans aucun mouvement de fonds, se trouvent compensées chaque jour des sommes colossales. On a compensé ainsi, en 1874, 150 millions de liv. sterl. par semaine, c'est-à-dire plus de trois milliards 170 millions de francs ; ce qui fait pour l'année plus de 150 milliards (2). — Grâce à ce mécanisme ingénieux

(1) Vingt-six suivant M. Wolowski, trente-deux suivant M. Pouyer-Quertier. Discussion à l'Assemblée nationale du 13 février 1874, *Journal officiel* du 14.

(2) Discours de M. Wolowski à l'Assemblée nationale, le 13 février 1874, *Journal officiel* du 14.

Source BIU Cujas

et à l'emploi du chèque, l'Angleterre a su réduire considérablement la quantité de numéraire nécessaire aux échanges : toutes les transactions, qui sont bien plus étendues qu'en France, s'y font avec 1,500 millions de numéraire; tandis qu'en France, pour un commerce bien moins considérable, on calculait, avant la guerre de 1870, qu'on n'employait pas moins de 6 milliards (Discours de M. Soubeyran à l'Assemblée nationale, le 22 août 1871. *Journ. off.* du 23).

857. Si nous passons maintenant à la France, nous trouvons, même avant la loi de 1865, qui a réglementé la matière, quelque chose d'analogue au chèque anglais. — C'étaient : d'abord les *mandats* de la Banque de France, mandats que les déposants peuvent émettre pour disposer des fonds déposés : les *mandats rouges*, servant à faire opérer les virements entre deux comptes; les *mandats blancs*, servant à retirer les fonds; — ensuite les *bons de caisse* des banquiers, donnant au porteur le pouvoir de se faire payer une certaine somme en dépôt chez le banquier; — enfin les *récépissés*, employés spécialement à l'imitation du chèque anglais, et appelés très souvent *chèques-reçus* avant la loi de 1865 et dans la discussion de cette loi (2).

Le *récépissé* est un reçu d'une certaine somme, délivré par le déposant sur son banquier : contre la remise de ce reçu, le banquier paiera au porteur la somme indiquée. On arrivait ainsi à peu près au même résultat qu'avec le chèque anglais, qui est un *ordre de payer* donné au banquier. On avait pris cette forme pour éviter le timbre sur les effets de commerce, établi par la loi du 5 juin 1850, art. 1; sans doute, la loi du 13 brumaire an VII, art. 12 et 16, imposait aux reçus un timbre de 25 c. o/o; mais ce texte n'était pas appliqué entre particuliers; on ne payait donc aucun timbre pour les récépissés. Mais le récépissé avait, par rapport au chèque anglais, plusieurs inconvénients : — il est nécessairement au porteur; de sorte que s'il est perdu ou volé, il peut être touché par le voleur, sans que celui-ci ait à commettre un faux; — on ne peut pas exiger, lors du paiement, la preuve de l'identité ou la signature du porteur, ce qui complète l'inconvénient précédent, et, de plus, ne permet pas à celui qui a émis le récépissé de trouver chez son banquier la preuve du paiement fait pour lui; — enfin, il est moins facilement accepté dans la circulation, parce que celui à qui on le remet n'a pas la garantie de son cédant immédiat, dont il peut apprécier la solvabilité, tandis qu'il ne connait pas le souscripteur.

En 1864, le gouvernement voulut, dans la loi du budget de 1865, art. 6, 7 et 8, frapper d'un timbre de 10 c. le *chèque-reçu*. On réclama contre cette mesure, qui pouvait tuer à sa naissance une institution fort utile, et on demanda au contraire, que l'on favorisât le développement du *chèque mandat* (le chèque anglais), en l'exemptant du timbre des effets de commerce. La question fut renvoyée à une loi spéciale. De là est née la L. 15 juin 1865 sur les chèques, qui est fondamentale en cette matière.

Récemment, en 1874, une nouvelle tentative du gouvernement, pressé par les nécessités budgétaires, n'aboutit, dans la *L. du 19 février* 1874, qu'à une taxation modérée du chèque tiré de place en place, et à quelques précautions destinées à mieux assurer la séparation du chèque et des autres effets de com-

(1) V. le rapport de M. Darimon, *Mon.* du 27 avril 1865.

Source BIU Cujas

merce. Ces dispositions seront expliquées à propos des dispositions de la L. de 1865, qu'elles ont modifiées ou complétées (1).

Loi du 14 juin 1865 sur les chèques.

858. Le législateur a eu deux préoccupations : — 1° favoriser le chèque-mandat; — 2° ne pas nuire aux intérêts du Trésor, en permettant au chèque de se substituer aux autres effets de commerce; cette dernière préoccupation a fait introduire bien des complications regrettables dans notre législation.

La loi de 1865 ne parle pas des anciens chèques-récépissés; les rédacteurs de la loi ont supposé qu'ils allaient disparaître. Mais, outre la force de l'habitude, ils ont encore une grande raison d'être : ils sont nécessaires pour retirer les fonds qui ne sont pas disponibles à vue, mais seulement après un certain délai de vue; car le chèque-mandat doit être nécessairement à vue. — Nous parlerons du chèque-récépissé, qu'il faut maintenant appeler, conformément, du reste, à la pratique, le *récépissé*, puisque le législateur par une définition formelle, réserve exclusivement le nom de *chèque* au chèque-mandat.

§ 1er

Du chèque proprement dit.

Nous étudierons : — 1° La définition du chèque; — 2° Ses formes; — 3° Ses effets; — 4° Les conditions fiscales auxquelles il est soumis.

I. — Définition du chèque.

L. 1865, art. 1er, 1er al. Le chèque est l'écrit qui, sous forme de mandat de paiement sert au tireur à effectuer le retrait à son profit ou au profit d'un tiers de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles.

859. Cette définition exclut le chèque sous forme de récépissé. Cela ne veut pas dire que le législateur ait voulu le proscrire (2). Tout ce qu'il faut conclure de notre article, c'est que la loi de 1865 ne s'applique pas aux récépissés, et que ceux-ci ne doivent plus légalement porter le nom de chèques.

La définition du chèque a beaucoup embarrassé nos législateurs ; il était très important, au point de vue fiscal, de le distinguer de la lettre de change, qui est aussi un ordre de paiement délivré sur un tiers. Un moyen très simple aurait été de prendre la définition anglaise, et de dire que « le chèque est un ordre de paiement donné à un banquier par un de ses clients ou par un autre banquier (3) ». Cette définition, qui fait du chèque un instrument spécial aux ban-

(1) Notre législation est reproduite à peu près complètement par la L. belge du 30 juin 1873 (V. Bull. soc. législ. comp., 1874, p. 367), et le C. com. ital., a. 339-344.

(2) Sans doute un passage du rapport de la commission semble indiquer cette pensée restrictive dans l'art. 1er; mais le contraire aussi a été dit par M. Pouyer-Quertier (séance du 23 mai 1865, *Mon.* du 24). Et en tout cas il faudrait un texte formel pour enlever une faculté qui est de droit commun. *Sic :* Noug., *Chèques*, n. 28. Al. n. 1567, 1568. — Le C. com. ital., a. 340, admet le chèque payable à un délai de vue n'excédant pas dix jours.

(3) Le C. com. ital., a. 339, n'admet le chèque *(assegno bancario)* que sur un banquier ou sur un commerçant.

Source BIU Cujas

quiers et à leur clientèle, avait été proposée en 1865; elle a été proposée de nouveau, en 1874, par MM. Ach. Adam et Soubeyran (séance du 11 février 1874, *Journ. off.* du 12, p. 1189). Mais elle a toujours été rejetée en vertu du sentiment d'égalité qui fait le fond du caractère français et qui n'est peut-être pas autre chose que l'envie; on n'a pas voulu créer un monopole pour les banquiers. On a fait observer que chez nous les banques ne sont pas très nombreuses, que beaucoup de particuliers ont leurs fonds en dépôt chez des notaires, des avoués, etc., et qu'il ne faut pas empêcher ces déposants de se servir de chèques pour les retirer. Mais on peut se demander si ces déposants se serviront beaucoup des chèques, si un simple récépissé ne ferait pas aussi bien leur affaire, et s'il est bien utile de développer le chèque dans des conditions où il ne peut que très rarement donner lieu à des virements ou à des compensations. — Et puis, comme nous croyons tout faire mieux que les autres, au lieu d'accepter simplement la pratique anglaise, qui a produit de si magnifiques résultats, on a voulu laisser la porte ouverte aux innovations, aux extensions dont le chèque pouvait être susceptible; on ne les prévoyait pas, on n'en avait aucune idée, mais, néanmoins, on les défendait comme un palladium sacré. Et pour les sauvegarder, on s'est vu obligé d'introduire dans l'usage du chèque des complications qui ne peuvent que nuire à son développement normal. Bien heureux sommes-nous que toutes les mesures bizarres proposées dans cet ordre d'idées n'aient pas été adoptées!

Il résulte un premier point de ces observations et de déclarations maintes fois répétées dans les discussions de 1865 et de 1874, c'est qu'on peut très bien tirer un chèque sur une personne dont on est créancier sans avoir aucun compte avec elle, sans avoir reçu d'elle un dépôt de fonds; que votre marchand de vin, votre bottier peut se faire payer sa facture en tirant un chèque sur vous. C'est une idée qu'on n'aurait jamais eue en Angleterre; cela va supprimer beaucoup de lettres de change à vue, mais on a mieux aimé se résigner à cet inconvénient que d'accepter simplement l'expérience et la pratique anglaises.

860. Quel sera donc le trait caractéristique du chèque par opposition aux autres *mandats de paiement* soumis au timbre proportionnel (L. 19 février 1874, art. 4; v. *suprà*, n. 744)? C'est que **la provision doit nécessairement exister au moment de son émission**. C'est ce qu'indique la définition de la loi, en disant que c'est un moyen d'effectuer le « *retrait* » des fonds « *portés au crédit de son compte et disponibles* »; c'est ce qu'exprime aussi formellement l'art. 2 :

L. 1865, art. 2. Le chèque ne peut être tiré que sur un tiers ayant provision préalable; il est payable à présentation.

Enfin la sanction est dans l'art. 6, modifié par la L. 19 février 1874, 3e al. :

Celui qui émet un chèque sans provision préalable et disponible est passible de la même amende (6 % avec minimum de 100 fr.), sans préjudice des peines correctionnelles s'il y a lieu.

Il suit de là qu'il faut qu'il y ait provision préalable, et, comme garantie de

Source BIU Cujas

l'exécution de cette première condition, que le chèque soit payable à vue (1). Examinons ces deux conditions :

861. 1° *Il faut qu'il y ait* **provision préalable**. Il résulte évidemment du texte de l'art. 2, qu'il faut que la provision soit *préalable* à l'*émission* du chèque et non pas à son échéance (2). — De plus, pour que la loi soit satisfaite sur ce point, il ne suffit pas que l'on soit créancier du tiré au moment de l'émission du chèque, il faut que la créance soit parfaitement liquide et exigible, que les fonds soient *disponibles*, dit la loi. Ainsi, dans le cas où la créance résulte d'une vente de marchandises expédiées au tiré, il ne suffit pas que celui-ci les ait reçues si le prix n'est pas encore exigible (3) ; ni même qu'il n'ait pas de terme pour le paiement (4) ; il faut encore qu'il ait pu les vérifier, les accepter (5), qu'il n'ait pas compté sur un certain délai pour payer, et qu'il ait avisé le vendeur qu'il tenait les fonds à sa disposition (6). Si les deux parties sont en compte courant, il faut, non seulement que le tireur soit créditeur en vertu du compte, mais que le solde soit, d'après les conventions des parties ou d'après les usages, actuellement exigible. Il suffirait, d'autre part, que le tireur fût crédité d'une somme exigible, lors même que cette créance ne résulterait pas d'un dépôt par lui fait, mais d'un crédit à lui ouvert par le tiré ; le texte de la loi est satisfait, et d'ailleurs ce cas a été expressément cité dans les travaux préparatoires (7). — Le plus souvent il y aura, entre le banquier tiré et le tireur son client, un *compte de chèques* ou *compte de dépôt* dans lequel le solde, qui doit toujours être créditeur pour le client, est continuellement exigible ; ces comptes sont quelquefois appelés improprement des comptes courants, mais les banques les en distinguent avec soin, notamment dans leurs bilans

Il faut attacher encore un autre sens au mot *disponibles* de l'art. 1er. C'est qu'on ne peut tirer un chèque que si l'on a été autorisé à disposer *de cette façon* de la somme due. Tout créancier ne peut pas, en cette seule qualité, tirer un chèque sur son débiteur, surtout s'il n'est pas commerçant, même en le prévenant ; l'obliger par là à veiller sans cesse chez lui, pour éviter un protêt ; cela a été dit dans les travaux préparatoires, mais trop tard pour qu'on pût l'indiquer expressément dans l'art. 1er. D'ailleurs l'autorisation peut être expresse ou tacite (8).

De ce que la provision doit être préalable et disponible, il s'ensuit qu'on devra admettre beaucoup plus facilement ici qu'en matière de lettre de change la translation de *la propriété de la provision* au bénéficiaire et aux porteurs

(1) Paris, 11 avril 1870, D. P. 70. 2. 141 ; Trib. Boulogne, 11 juin 1874, D. P. 76. 5. 436.

(2) Al. n. 1581.

(3) Paris, 23 févr. 1874, D. P. 76. 5. 89.

(4) Trib. com. Seine, 10 janv. 1873, Journ. financier *le Globe* du 9 février 1873.

(5) Trib. Mâcon, 19 avril 1876, D. P. 76. 5. 436.

(6) Solut. de l'Enregistrement, 20 nov. 1874, D. P. 76. 5. 437.

(7) On ne peut pas objecter que dans ce cas le chèque serait un instrument de crédit. Non ; le crédit ici résulte de la convention d'*ouverture de crédit* faite entre les parties (v. *infrà*, n. 888) ; le chèque n'est qu'un moyen d'exécuter la convention qui a mis les fonds à la disposition du tireur.

(8) Noug., *Chèques*, n. 39. Al. n. 1588.

Source BIU Cujas

successifs du chèque. Le contraire a été dit dans un discours bien singulier prononcé à l'Assemblée nationale à propos de la loi du 10 février 1874, où l'orateur parait s'être attaché à prendre le contre-pied de toutes les vérités les plus élémentaires. Il soutient que l'émission d'un chèque ne donne au preneur qu'une procuration à l'effet d'en toucher le montant, et il invoque dans ce sens les termes de l'art. 1er de la L. de 1865 : « Le chèque est l'écrit qui, sous forme de *mandat de paiement* .. » Il y a là une double confusion, vraiment étonnante, dans un député qui a commencé son discours en annonçant qu'il allait faire une petite leçon à ses collègues. D'abord, si le mot *mandat* devait être pris à la lettre, il y aurait, d'après cet article, mandat entre le tireur et le tiré, et non pas entre le tireur et le preneur; car l'article parle d'un mandat de payer et non pas d'un mandat de toucher l'argent. Il n'a donc aucunement trait à la question qui nous occupe. Mais, de plus, le mot *mandat* n'est pas pris ici dans son sens juridique; il est emprunté à la langue commerciale, qui l'emploie journellement pour désigner la lettre de change, surtout lorsqu'elle ne doit pas être présentée à l'acceptation. Il est donc bien impossible d'invoquer ce mot pour établir une différence entre le chèque et la lettre de change. — D'autre part, les deux titres portent exactement la même formule : *Payez à M...* ou *à l'ordre de M...*; le chèque ne peut donc pas, à cet égard, produire moins d'effets que la lettre de change. — S'il y avait une simple procuration, soit entre le tireur et le tiré, soit entre le tireur et le preneur, la mort de l'une des parties ferait tomber le titre, car elle révoque le mandat; dans ces conditions, quelle sécurité la possession d'un chèque donnerait-elle au porteur? Ce n'est pas du tout là l'intention des parties, et cette réponse a été faite péremptoirement dans la suite de la discussion (1). — Nous dirons donc que le chèque, par sa formule même, est un *ordre* de paiement donné sur un tiers, et qu'il transfère au preneur un droit définitif et exclusif de se faire payer par le tiré (2).

862. 2° *Le chèque doit être* **payable à vue** (v. art. 1er, 3e al., et art. 2). Cette condition est le complément de la première, c'est surtout elle qui garantit pour le législateur l'existence de la première condition. Car on ne se hasardera pas à tirer un chèque à vue sans provision préalable; on serait trop exposé à le voir protesté et à se faire condamner à l'amende de l'article 6.

Le législateur de 1874 s'est préoccupé des fraudes nombreuses au moyen desquelles on parvenait à déguiser l'absence de cette condition; et, en prenant les précautions que nous verrons bientôt pour assurer la sincérité de la date et faire connaître l'époque exacte où le paiement aura eu lieu, il a ajouté, dans un dernier paragraphe additionnel à l'art. 1er de la loi de 1865:

(1) Nous avons montré (*suprà*, n. 773) que le *preneur* ayant fourni la valeur est constitué au moins *procurator in rem suam*, ce qui revient à être cessionnaire de la créance.

(2) En se référant au n. 773, *suprà*, on pourra constater que les arguments donnés à l'égard de la lettre de change s'appliquent très bien au chèque. *Sic* : Trib. comm. Nantes, 6 juill. 1867, D. P. 68. 3. 46. Noug., n. 78. — *Contrà* : Aln. 1686, parce qu'il fonde sa théorie de la propriété de la provision sur l'obligation de procurer l'acceptation, obligation qui n'existe pas ici.

Source BIU Cujas

Toutes stipulations entre le tireur, le bénéficiaire ou le tiré ayant pour objet de rendre le chèque payable autrement qu'à vue et à première réquisition sont nulles de plein droit.

Il a voulu proscrire l'usage des fiches que l'on joignait à un chèque sans date ou imparfaitement daté, pour indiquer qu'il ne serait payable qu'à telle époque. Il les frappe de nullité; de sorte que tout porteur pourrait, en méconnaissant ces stipulations, demander un paiement immédiat. La même nullité frapperait toutes autres combinaisons du même genre qui pourraient être imaginées plus tard.

863. Nous devons maintenant nous demander en quoi précisément le chèque diffère d'une lettre de change à vue. — La différence essentielle légalement, c'est que le chèque exige une provision préalable (1), tandis que la lettre de change à vue ne l'exige pas. Mais en fait, cette différence existera bien rarement, car on ne tire pas souvent des lettres de change à vue sans provision préalable; ou au moins sans que le tiré se soit positivement engagé à y faire honneur, ce qui suffit même pour le chèque. — Une autre différence est possible, et se présentera même plus souvent : c'est que la lettre de change à vue doit être nécessairement tirée d'un lieu sur un autre; tandis que le chèque peut très bien ne pas contenir remise de place en place :

L. 1865, art. 3. Le chèque peut être tiré d'un lieu sur un autre ou sur la même place.

Mais lorsqu'il s'agira de recouvrer de l'argent à distance, cette différence s'effacera complètement, et, pourvu que la somme soit disponible, on pourra toujours tirer un chèque là où autrefois on tirait une lettre de change (2). Aussi, le gouvernement avait-il proposé, en 1874, d'imposer au moins les chèques tirés de place en place à l'égal de la lettre de change. Ce moyen dépassait le but, car il grevait même le chèque sincère, servant à faire faire à distance, au moyen de fonds déposés, des paiements, des virements, des compensations. Aussi l'on se contenta d'augmenter légèrement les droits de timbre pour les chèques de place en place. On voit maintenant plus clairement combien il eût été plus simple et plus rationnel de définir le chèque comme un ordre de paiement donné à un banquier.

Nous verrons plus loin d'autres différences dans les formes et dans les effets du chèque et de la lettre de change à vue; mais elles ne peuvent servir à établir une distinction, qu'elles présupposent au contraire.

863 *bis*. Quelle sera la **sanction** de la loi dans sa définition du chèque? C'est que le chèque tiré sans provision préalable ou autrement qu'à vue, sera *nul* comme tel; il ne jouira d'aucun des avantages faits au chèque par notre législation, surtout en matière fiscale : le timbre proportionnel sera dû; la L. 10 févr. 1874. a. 9, est formelle; et, par suite, l'amende si l'on n'a pas payé ce timbre (même loi) (3).

Mais il ne faudrait pas en conclure qu'aucun des effets du chèque ne se

(1) Paris, 23 févr. 1874, D. P. 76. 5. 89.
(2) Décis. du ministre des finances, 25 nov. 1880, D. P. 81. 5. 362.
(3) Trib. Boulogne, 11 juin 1874, D. P. 76. 5. 436. — Al. n. 1617, 1619, 1620.

Source BIU Cujas

produira : — d'abord il y aura souvent une lettre de change (1) produisant des effets très analogues (2); — ensuite, lors même qu'il n'y aurait pas remise de place en place, il y aura un titre non défini, qu'on peut appeler un mandat (cf. L. 19 fév. 1874, a. 4) (3), qui produira les effets voulus par les parties et compatibles avec la loi : les conventions sont libres chez nous (C. civ., a. 1134) ; la clause à ordre peut être insérée dans toute espèce de titre (v. *suprà*, n. 730, 746), et elle produira toutes ses conséquences, notamment la garantie due par le tireur et les endosseurs, et l'obligation pour le porteur de faire protêt dans les délais légaux (4) ; c'est ce que nous avons admis pour les lettres de change nulles pour cause de supposition ou d'omission (v. n. 730); la L. 19 fév. 1874, a. 4, reconnaît la force obligatoire d'une foule de titres, non définis par nos lois, et qui se rapprochent, soit de la lettre de change, soit du chèque (v. n. 744); enfin le rapport de M. Darimon en 1865 a indiqué formellement que le chèque émis sans provision donnait lieu à un recours contre le tireur (5).

II. — **Formes du chèque.**

864. Le chèque est, par sa définition même, *un écrit*; il ne peut donc exister autrement que par écrit. — Lorsqu'il est tiré sur un banquier, il est rédigé ordinairement au moyen d'une formule imprimée, détachée d'un petit registre à souche appelé *carnet de chèques* ou *chéquier*, et que le banquier remet à son client au moment où celui-ci lui dépose ses fonds. Celui qui veut émettre un chèque n'a qu'à inscrire la date, la somme à payer, et à signer.

Voici un exemple de la formule d'un chèque :

SOCIÉTÉ DES DÉPOTS ET COMPTES COURANTS.

Paris, le *vingt-cinq avril* 1877.

Payez à *Paul* ou à son ordre [ou au porteur] la somme de *douze cent cinquante francs*.

Fr. 1250.

PIERRE.

Le chèque porte en outre habituellement deux numéros d'ordre : l'un indiquant le numéro du compte du déposant et servant au banquier à contrôler la sincérité de la signature, l'autre le numéro du chèque lui-même dans la série de ceux émis par le même déposant, afin qu'il puisse être facilement désigné dans les rapports et les comptes entre le déposant et le banquier.

865. Voyons maintenant le détail de ces différentes mentions :

L. 1865, art. 1er, al. 3, 4 et 5. Il est signé par le tireur et porte la date du jour où il est tiré. — Il ne peut être tiré qu'à vue. — Il peut être souscrit au porteur ou au

(1) Paris, 23 févr. 1874, D. P. 76. 5. 89.

(2) Pourtant, s'il est à vue, la déchéance pour défaut de présentation, ne sera pas encourue au bout de huit jours (v. n. 865), mais seulement au bout de trois mois (C. com., a. 160) : Paris, 23 févr. 1874, D. P. 76. 5. 89. — De même, l'acceptation qui en serait faite pourrait être nulle comme excédant les pouvoirs d'un commis, chargé uniquement de payer les chèques : Paris, 11 avril 1870, D. P. 70. 2. 141.

(3) Paris, 11 avril 1870, D. P. 70. 2. 141.

(4) Cass. 19 déc. 1877, D. P. 79. 1. 257.

(5) Même arrêt, et Al. n. 1601.

Source BIU Cujas

profit d'une personne dénommée. Il peut être souscrit à ordre et transmis même par voie d'endossement en blanc.

L. 1874, art. 5, 1er et 2e al. Les dispositions suivantes sont ajoutées à l'art. 1er de la L. 14 juin 1865 : — Le chèque indique le lieu d'où il est émis. La date du jour où il est tiré est inscrite en toutes lettres et de la main de celui qui a écrit le chèque.

Il résulte de ces dispositions que le chèque exige cinq mentions : — 1° nom du tireur; — 2° nom du tiré; — 3° nom du preneur; — 4° somme à payer; — 5° date. — Il n'est pas nécessaire d'y indiquer *la valeur fournie* à la différence de la lettre de change : l'utilité pratique de cette indication est contestée même pour ce dernier titre, mais ici elle eût été encore moins utile, puisque le chèque n'est pas un instrument de crédit (comp. n. 726). — L'échéance n'a pas besoin d'être indiquée et ne l'est pas habituellement, puisque le chèque est nécessairement à vue (v. *suprà*) (1).

1° *Le nom du tireur* doit être indiqué par sa signature; celle-ci est évidemment essentielle pour donner une valeur au titre. Souvent ce nom est aussi imprimé d'avance sur les formules de chèques; mais il est préférable de ne pas l'imprimer ainsi, parce que, si la formule est perdue, celui qui l'aura trouvée ne pourra même pas essayer de faire un faux, ne sachant quel nom il faudrait signer (2).

2° *Le nom du tiré* est imprimé en tête des formules délivrées par un banquier à ses clients. Si le chèque n'est pas tiré sur un banquier, on écrira le nom du tiré comme dans la lettre de change.

3° *Le nom du preneur* ne doit pas nécessairement, comme dans la lettre de change, être accompagné de la clause à ordre. — Il peut être mis seul; alors le chèque est à personne dénommée et ne peut pas se transmettre par les modes commerciaux. — Il peut être accompagné de la clause à ordre; et alors il est transmissible par endossement; par ce moyen, on évite les risques de perte des effets au porteur. La loi admet ici formellement que l'endossement en blanc transférera la propriété (3). C'est un progrès sur les règles du Code en matière d'endossement (art. 138); et une satisfaction donnée à une pratique universelle. — Enfin, il peut être accompagné des mots *ou au porteur*; il peut même être souscrit au porteur sans aucune désignation du bénéficiaire. Le chèque au porteur n'est pas une atteinte au monopole de la Banque de France, qui a seule le droit d'émettre des billets au porteur; il diffère du billet de banque au porteur en ce qu'il doit être touché dans un délai très court, et qu'on ne peut pas le garder indéfiniment (cf. *suprà*, n. 853).

4° *La somme à payer*. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit accompagnée du *bon* ou *approuvé* quand le chèque n'est pas signé par celui qui l'a écrit (C. civ., art. 1326), et lors même que celui-ci n'est pas commerçant : — cela n'est pas exigé en général pour les effets de commerce; — la loi de 1865 se suffit à elle-même, le législateur a voulu la faire complète.

5° *La date* a ici une importance toute spéciale; c'est pour garantir que le

(1) On peut aussi insérer dans le chèque les clauses accessoires, comme dans la lettre de change, p. ex. celle de *retour sans frais*, des *besoins*, etc.

(2) Consult. sur la responsabilité : Trib. Seine, 11 janv. 1870, D. P. 70. 3. 54; Paris, 1er juill. 1870, D. P. 71. 2. 42.

(3) Paris, 26 nov. 1880, D. P. 82. 1. 147.

Source BIU Cujas

chèque sera bien payable à vue, et que par conséquent il y aura provison dès son émission. Pour compléter cette garantie, la loi de 1865 exige que le chèque soit présenté au paiement dans les cinq jours de sa date s'il est tiré sur la même place, et dans les huit jours s'il est tiré sur une autre place, sous peine de la perte de tous recours contre les garants.

866. C'est, en effet, en altérant la date qu'on avait trouvé le moyen d'éluder la loi : — soit en mettant dès l'abord une fausse date, et par suite de cette fraude, il est arrivé que des chèques ont été payés ou protestés avant la date apparente de leur émission ; — soit en laissant la date en blanc et en joignant au chèque une fiche pour indiquer quel jour il devrait être présenté ; — soit enfin en inscrivant un quantième facilement transformable en un autre, par exemple un 2 auquel on pouvait ajouter un 9 pour faire 29.

Le législateur de 1874 s'est préoccupé d'empêcher ces fraudes. C'est pour cela qu'il exige, dans le 1er paragraphe additionnel à l'art. 1er de la L. de 1865, que la *date* soit écrite *en toutes lettres* et *de la main de celui qui a écrit le chèque*. On s'assure par là qu'elle ne pourra pas être altérée après coup, ni être laissée en blanc. D'ailleurs il a été expliqué, dans les travaux préparatoires, que c'est seulement le quantième du mois qui doit être écrit en toutes lettres, mais que le millésime de l'année peut être écrit en chiffres. — Il ne faut pas exagérer l'exigence de la loi ; elle demande que la date soit écrite de la main de celui qui a écrit le chèque, mais non de la main de celui qui l'a signé (1). Ceci a de l'importance, parce que, dans les grandes maisons de banque, les chèques très nombreux émis chaque jour sont préparés par les employés, et signés seulement par le banquier ou le directeur de la société ; on a fait remarquer, dans la discussion, que cela prendrait beaucoup trop de temps si ces messieurs devaient écrire eux-mêmes la date ; et le but de la loi est atteint sans cela. Dans ces conditions, la nouvelle exigence de la loi est une gêne sans doute, mais une gêne tolérable.

La loi de 1874 exige, en outre (dans le même paragraphe), que le chèque indique *le lieu* d'où il est émis. Cela n'était pas nécessaire d'après la loi de 1865, parce que le chèque n'exige pas, comme la lettre de change, une remise d'argent de place en place. Mais la loi de 1874 a dû l'exiger, puisqu'elle soumet à un timbre plus élevé les chèques de place en place ; il fallait que l'on pût constater la remise de place.

La sanction de ces dispositions est dans l'art. 6 de la L. 19 fév. 1874, ainsi conçu :

Art. 6. L'article 6 de la loi du 14 juin 1865 est abrogé et remplacé par les dispositions suivantes : — Le tireur qui émet un chèque sans date ou non daté en toutes lettres, s'il s'agit d'un chèque de place en place ; celui qui revêt un chèque d'une fausse date ou d'une fausse énonciation du lieu où il est tiré, est passible d'une amende de 6 % de la somme pour laquelle le chèque est tiré sans que cette amende puisse être inférieure à cent francs (100 fr.). — La même amende est due personnellement et sans recours par le premier endosseur ou le porteur d'un chèque sans date ou non daté en tou-

(1) Un passage du discours de M. Mathieu Bodet, rapporteur, est un peu amphibologique sur ce point. V. *Journal officiel* du 14 février 1874, p. 1259, 2e colonne, en haut. Mais l'article paraît avoir été généralement entendu au Corps législatif dans le sens que nous indiquons ; en tout cas son texte ne dit que cela, et il doit être entendu restrictivement.

Source BIU Cujas

tes lettres, s'il est tiré de place à place ; ou portant une date postérieure à l'époque à laquelle il est endossé ou présenté. Cette amende est due, en outre, par celui qui paie ou reçoit en compensation un chèque sans date ou irrégulièrement daté, ou présenté au paiement avant la date d'émission. (Le dernier alinéa, reproduisant l'ancien art. 6 de la loi de 1865, a été cité plus haut, n. 860.)

Il faut remarquer que la loi punit toujours la fausseté de la date, mais qu'elle ne punit l'absence de date ou la date mise en chiffres que s'il s'agit d'un chèque de place à place. S'il s'agit d'un chèque sur la même place, la disposition additionnelle à l'art. 1er n'aura pas de sanction (1). — La loi de 1865 ne punissait que le tireur ; la loi de 1874 punit le tireur, le premier endosseur, le porteur et le tiré, ce dernier seulement lorsqu'il a payé le chèque dans ces conditions. Les autres endosseurs ne sont pas tenus.—Pour celui qui, n'étant pas le preneur, se trouve porteur lors de la présentation du chèque, un doute sérieux est possible en présence du texte de la loi; car elle dit : « le premier endosseur ou le porteur » ; elle ne dit pas : *et* le porteur. Il est assez naturel d'admettre qu'elle a voulu, par ces mots, désigner uniquement le bénéficiaire, qui peut, ou devenir le premier endosseur, ou rester porteur jusqu'à la présentation du chèque ; et l'on dirait, à l'appui de cette solution, qu'on ne voit pas en quoi le dernier porteur est plus coupable que les endosseurs. On peut répondre que M. Fourcand, parlant au nom de la commission (2) et prétendant résumer notre article, a énuméré « *le porteur* », d'une manière générale, parmi ceux qui seront passibles de l'amende. J'admettrai néanmoins la première solution : parce que M. Fourcand, n'ayant pas insisté expressément sur ce point, a pu prendre ce mot dans le même sens restreint que l'article même ; et parce qu'en matière pénale il faut un texte bien formel, tandis que le nôtre laisse du doute.

III. — Effets du chèque.

867. L. 1865, art. 4, 1er al. L'émission d'un chèque, même lorsqu'il est tiré d'un lieu sur un autre, ne constitue pas, par sa nature, un acte de commerce.

C'est une grande différence avec la lettre de change ; il faudra donc rechercher quelle est la *cause* de l'émission du chèque en appliquant la présomption de commercialité édictée par l'art. 638, 2e al., C. comm., pour les billets souscrits par un commerçant (3). — Nous n'appliquerons pas aux chèques la règle exceptionnelle de l'art. 636, qui n'est édictée que pour la lettre de change réputée simple promesse et pour le billet à ordre. S'il a une cause purement civile, le tribunal devra se dessaisir même sans en avoir été requis par les parties. Quant à l'article 637, nous ne l'appliquerons qu'au chèque à ordre, parce que c'est encore une règle exceptionnelle ; mais nous l'appliquerons au chèque à ordre, parce que cette disposition nous paraît se rattacher dans la pensée du législateur à la clause à ordre, et qu'elle tranche une difficulté qu'on ne réglerait pas aisément sans elle (4).

868. L. 1865, art. 4, 2e al. Toutefois les dispositions du code de commerce relatives à

(1) Solut. de l'enregistrement, 9 sept. 1876, 8 août 1877, D. P. 77. 5. 429.
(2) Au commencement de la séance du 14 février 1874, *Journal officiel* du 15.
(3) Cr. rej. 24 juill. 1873, D. P. 76. 1. 96.
(4) Cf. Al. n. 1592.

Source BIU Cujas

la garantie solidaire du tireur et des endosseurs, au protêt et à l'exercice de l'action en garantie, en matière de lettres de change, sont applicables aux chèques.

Nous n'avons qu'à renvoyer à nos explications sur les matières correspondantes dans la lettre de change.

Mais le délai de présentation est bien abrégé ici; au lieu de trois mois accordés pour la lettre de change à vue (art. 160, C. comm.), on n'a ici que cinq ou huit jours, suivant qu'il y a ou non remise de place :

L. 1865, art. 5. Le porteur d'un chèque doit en réclamer le paiement dans le délai de cinq jours, y compris le jour de la date, si le chèque est tiré de la place sur laquelle il est payable, et dans le délai de huit jours, y compris le jour de la date, s'il est tiré d'un autre lieu. — Le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le paiement dans les délais indiqués ci-dessus perd son recours contre les endosseurs : il perd aussi son recours contre le tireur, si la provision a péri par le fait du tiré, après lesdits délais.

Il faut remarquer que le jour de la date est compris dans le délai de cinq ou huit jours, contrairement à la règle habituelle; cela ne fait donc que quatre ou sept jours francs (1). — Le motif de cette brièveté du délai, c'est que le chèque doit n'être qu'un mode de paiement, et que personne n'a un intérêt légitime à retarder sa présentation ; on n'a pas voulu qu'il pût remplacer même la lettre de change à vue ; cette disposition est, en outre, dans l'intérêt des banques, qui pourront toujours, si elles prévoient une crise, arrêter les émissions des chèques sur elles, à cinq ou huit jours près (2).

La sanction est la même que dans l'art. 160, C. comm., avec cette seule modification, quant au recours contre le tireur, que la loi ne devait pas supposer qu'il n'y avait pas eu provision. Aussi la déchéance n'est prononcée que pour le cas où la provision a péri par le fait du tiré après les délais ; alors c'est par sa propre faute que le porteur n'est pas payé ; il ne peut faire retomber la perte sur le tireur. La même règle devrait s'appliquer si cette perte de la provision avait été produite par un cas fortuit ; car c'est toujours par sa faute que le porteur n'a pas été payé (3). — Mais, si l'on ne peut pas, pour un chèque véritable, supposer l'absence de provision au moment de l'émission, on peut supposer que celle-ci a été reprise ensuite par le tireur avant la présentation du chèque, ou absorbée par d'autres chèques présentés plus tôt, ou enfin frappée d'opposition par les créanciers du tireur. Dans tous ces cas, le porteur ne sera pas déchu, c'est évidemment l'esprit du législateur (4). D'ailleurs le chèque aura été fourni au preneur pour acquitter une dette du tireur

(1) Cf. Noug., n. 122. Al. n. 1602. — Il n'y a pas de prolongation lorsque le chèque est payable à l'étranger. On a dit dans la discussion que cela n'était pas possible; mais rien ne l'empêche légalement, sauf la difficulté résultant de la brièveté du délai de notre article ; la L. de 1874, a. 9, prévoit les chèques tirés de l'étranger sur la France; il est bien évident que la réciproque est possible.

(2) Sauf à s'arranger autrement avec les déposants pour le retrait des fonds : M. Pouyer-Quertier, séance du 23 mai 1865.

(3) Noug., n. 125. Al. n. 1603. — Le dernier porteur, p. ex. un banquier, pourrait recourir contre le porteur précédent, s'il a reçu le chèque trop tard pour pouvoir le présenter en temps utile; mais il faudrait pour cela qu'il y ait eu impossibilité absolue; en cas de faute des deux, la perte pourrait être partagée entre eux : Douai, 22 août 1873, D. P. 77. 5. 74.

(4) Al. n. 1605.

Source BIU Cujas

vis-à-vis de lui ; et il faut poser en règle qu'il n'opère pas novation ; si donc il n'est pas payé, le porteur conserve son ancienne action de créancier contre le tireur, sauf les cas indiqués tout à l'heure où c'est par sa faute qu'il n'a pas été payé (trav. prép.) (1).

869. La loi de 1874 a ajouté une nouvelle exigence :

Art. 5, 3e al. (2e paragraphe additionnel à l'art. 6 de la L. 1865.) Le chèque, même au porteur, est acquitté par celui qui le touche ; l'acquit est daté.

Art. 7. Celui qui paie un chèque sans exiger qu'il soit acquitté est passible personnellement et sans recours d'une amende de cinquante francs.

Ces dispositions sont la consécration d'un usage antérieur, conforme à la pratique anglaise ; ils offrent au tireur l'avantage que le chèque acquitté peut lui servir de reçu vis-à-vis de celui à qui il l'a remis. Mais elles ont eu surtout pour but de faire connaître l'époque précise du paiement du chèque, et de faire apparaître les fraudes qui auraient été commises dans la date de l'émission, ou les retards apportés à la présentation. — Celui qui paierait le chèque sans le faire acquitter, et sans s'assurer au moins sommairement de l'identité du porteur, serait responsable du défaut de propriété chez celui-ci (2).

Le tiré ne doit pas payer à découvert un chèque, sans avis préalable, au moins si les usages exigent cet avis (3).

IV. — Conditions fiscales.

870. La loi de 1865 avait dit :

Art. 7. Les chèques sont exempts de tout droit de timbre pendant dix ans à dater de la promulgation de la présente loi.

On avait voulu, par cette faveur, faciliter leur acclimatation en France.

La loi du 23 août 1871, art. 18, 2°, a néanmoins imposé aux chèques un droit fixe de timbre de 10 c., quelle que soit la somme y énoncée : on a eu la prétention de ne pas manquer par là à la promesse faite par le législateur de 1865, parce que, a-t-on dit, on n'imposait pas le chèque en tant que chèque, mais seulement comme quittance ; car il sert de quittance à la banque vis-à-vis du client tireur. Il faut cependant faire remarquer que cette loi a fait aux chèques une condition plus rigoureuse qu'aux autres quittances pour lesquelles elle créait le même timbre de 10 c. : d'abord le chèque doit être timbré même s'il est au-dessous de 10 fr. (à la différence de l'a. 20, 2° de la loi) ; ensuite la loi ne permet pas (art. 18, 4e al.) de se servir de timbres mobiles) pour acquitter le droit de timbre ; il faut donc faire timbrer d'avance tout un carnet de chèques, même ceux dont on peut ne pas avoir besoin. — La loi se justifie plutôt par la nécessité de trouver des ressources pour le budget ; on a cru que ce timbre modéré n'arrêterait pas le développement du chèque, et l'événement paraît avoir donné raison au législateur.

La loi du 19 février 1874 a doublé ce droit de timbre pour les chèques de place à place. Le gouvernement voulait les imposer à l'égal des effets de commerce (v. n. 857) ; mais de nombreuses réclamations l'ont amené à modérer beaucoup ses prétentions, car on aurait risqué de tuer le chèque.

(1) Noug., n. 127. Al. n. 1602.
(2) Trib. Seine, 10 juill. 1868, D. P. 68. 3. 88.
(3) Lyon, 8 déc. 1871, D. P. 74. 5. 82.

Source BIU Cujas

L. 1874, art. 8. Les chèques de place à place sont assujettis à un droit de timbre fixe de vingt centimes. — Les chèques sur place continueront à être timbrés à dix centimes. — Sont applicables aux chèques de place à place, non timbrés conformément au présent article, les dispositions pénales des articles 4, 5, 6, 7 et 8 de la loi du 5 juin 1850. — Le droit de timbre additionnel peut être acquitté au moyen d'un timbre mobile de dix centimes.

Ce droit est toujours un *droit fixe*, à la grande différence des lettres de change ou billets à ordre, pour lesquels il est proportionnel au montant de l'effet. — Le nouveau droit additionnel peut être acquitté par un timbre mobile; ce qui permettra d'avoir des carnets de chèques uniformément timbrés à 10 c., et de s'en servir même pour tirer d'une autre place, en ajoutant seulement un nouveau timbre mobile de 10 c.

La même loi ajoute, dans son art. 9 :

Art. 9. Toutes les dispositions législatives relatives aux chèques tirés de France sont applicables aux chèques tirés hors de France et payables en France. — Les chèques pourront, avant tout endossement en France, être timbrés avec des timbres mobiles. — Si le chèque tiré hors de France n'a pas été timbré conformément aux dispositions ci-dessus, le bénéficiaire, le premier endosseur, le porteur ou le tiré, sont tenus, sous peine de l'amende de 6 %, de le faire timbrer aux droits fixés par l'article précédent, avant tout usage en France. — Si le chèque tiré hors de France n'est pas souscrit conformément aux prescriptions de l'article 1er de la loi du 14 juin 1865 et de l'article 5 ci-dessus, il est assujetti aux droits de timbre des effets de commerce. Dans ce cas, le bénéficaire, le premier endosseur, le porteur ou le tiré sont tenus de le faire timbrer, avant tout usage en France, sous peine d'une amende de 6 %. — Toutes les parties sont solidaires pour le recouvrement des droits et amendes.

871. Pour l'*enregistrement*, il n'y a aucune disposition spéciale au chèque; mais il rentre dans les termes généraux de la L. 22 frim. an VII, art. 69, § 2, 6°, qui vise en même temps que le billet à ordre les *autres effets négociables*; il doit donc payer 50 c. % pour l'enregistrement; mais avec l'avantage de pouvoir n'être présenté à l'enregistrement qu'avec le protêt (même art.).

872. **La pratique des chèques** tend à se développer en France. — Le chèque a naturellement eu beaucoup de succès pour remplacer la lettre de change à vue, puisqu'il paie un timbre beaucoup plus faible. Mais ce n'est pas là un progrès économique. — Dans son principal rôle économique, comme favorisant les dépôts dans les banques et comme épargnant la monnaie par suite des virements et compensations auxquels il donne lieu, il fait des progrès qui pourraient être plus rapides; mais il en fait. Chacun doit chercher autant que possible à en répandre l'usage.

Un grand pas fait dans cette voie a été la création d'une *chambre de compensation* à Paris. Elle est née du syndicat formé lors de la crise monétaire pour émettre des bons de monnaie, et qui, après avoir terminé cette opération, n'a pas voulu se séparer sans laisser une trace durable et féconde. Elle se compose de dix-neuf maisons. Elle fonctionne depuis le 11 mars 1872; dans sa première année, elle a compensé des chèques pour 1,629 millions; en janvier 1877, pour 203 millions 882,000 fr. 80 c. Il y a encore bien loin de ces chiffres à ceux du *clearing house* de Londres; mais il y a déjà là un résultat important qui s'accroît rapidement.

Source BIU Cujas

§ 2

Des récépissés sur les banques.

873. Il n'y a pas de législation spéciale pour ces sortes de titres, il faut leur appliquer le droit commun et les usages. V. ce que nous en avons déjà dit à propos de l'historique des chèques (n. 857).

Le récépissé peut être payable *à vue* ou *à une autre échéance*. C'est là le grand avantage qu'il a sur le chèque dans certaines combinaisons de banque, surtout pour retirer les *dépôts à un certain nombre de jours de vue*, comme on dit, c'est-à-dire les dépôts dont on ne peut exiger le remboursement qu'un certain nombre de jours après avoir averti le banquier de l'intention de retirer telle ou telle somme. Ces dépôts sont très habituellement à sept jours de vue, et figurent dans les bilans des banques sous la rubrique : *Récépissés à sept jours de vue*. Naturellement, les banques donnent pour ces dépôts un intérêt plus fort que pour les dépôts à vue, puisqu'elles peuvent engager ces capitaux dans des placements à plus long terme, plus faciles à trouver et plus fructueux.

Les récépissés doivent être visés par la banque pour faire courir le délai de vue. — On s'est demandé si ce visa équivalait à une acceptation, et obligeait la Banque à payer, même sans provision. La négative nous paraît certaine, en supposant, d'abord, que la signature du banquier soit accompagnée du mot *vu*, ou de tout autre mot équivalent : — en matière de lettre de change, nous avons admis que la signature du tiré, accompagnée du mot *vu*, n'emportait pas acceptation ; — *à fortiori* doit-il en être de même ici ; puisque le récépissé, dans l'usage, ne doit être émis qu'avec provision préalable, on ne peut pas supposer facilement que le banquier s'engage à payer à découvert (1). — Nous pensons même que la seule signature du banquier, accompagnée de la date, mais sans aucun terme restrictif, ne vaudrait que comme visa et non comme acceptation pour payer à découvert : — en effet, le récépissé, par sa nature et par la convention originaire faite lors du dépôt avec le déposant, n'est pas destiné à être jamais payé à découvert ; — et, de plus, sa formule ne le rend pas susceptible d'acceptation ; on comprend qu'on accepte un ordre de payer, comme celui qui est donné dans la lettre de change ou dans le chèque proprement dit, mais on ne comprend pas aussi bien qu'on accepte un reçu, de façon à s'obliger à le payer en toute occurrence (2).

874. Le récépissé peut être touché par le souscripteur même ou par ses commis. Il est très souvent remis par le souscripteur à un tiers, comme moyen de paiement. Et il a toujours été considéré comme transmissible de la main à la main, par tradition, à l'égal d'un titre au porteur.

Q. *Mais quel sera l'effet de ces transmissions manuelles du récépissé, soit au bénéficiaire primitif, soit aux autres porteurs successifs ?* — 1er S. *Elles constituent un simple mandat de toucher ;* peut-être pourra-t-on considérer le porteur comme *procurator in rem suam*, s'il a fourni la valeur du récépissé, ou s'il était antérieurement créancier du souscripteur, et alors ne pas permettre à celui-ci de révoquer ou de modifier ce mandat par sa seule volonté ; mais le mandat sera

(1) Trib. comm. Seine, 22 oct. 1864, D. P. 64. 3. 102.
(2) Al. n. 1570.

Source BIU Cujas

toujours révoqué par la mort ou la faillite du souscripteur, et les exceptions que celui-ci pourrait opposer au preneur seront opposables aux porteurs successifs. Voici maintenant les arguments : — le récépissé n'est qu'un simple bon de caisse, une simple quittance signée par le souscripteur pour le cas espéré où le débiteur en paierait le montant au porteur ; lorsque le récépissé aura été payé, ce sera le souscripteur qui sera réputé avoir reçu le paiement par un intermédiaire ; le preneur ou ses ayants cause ne peuvent donc être considérés que comme des mandataires ; — la loi de 1865 a reconnu un autre effet à la transmission du chèque dont elle s'occupe, mais elle ne parle que du chèque-mandat ; son art. 1er est formel ; par conséquent, l'ancien chèque-récépissé ne peut bénéficier de cette innovation ; donc, *à contrario*, il ne vaut pas cession, mais simple mandat (1). — 2e S. *Elles constituent de véritables cessions commerciales* (!) ; d'où les conséquences suivantes : — le preneur et les porteurs successifs ont un droit incommutable, indépendant de la mort ou de la faillite du souscripteur ; dans le cas de faillite de celui-ci, ils peuvent se prétendre propriétaires de la provision ; — le souscripteur est garant du paiement, et, en cas de refus de paiement, serait exposé, non seulement à un recours du porteur pour le capital, mais encore à une demande en dommages-intérêts (les porteurs intermédiaires ne peuvent être recherchés, puisqu'il ne reste aucune trace du passage du chèque entre leurs mains) ; — les exceptions opposables par le tireur au preneur ne seront pas opposables aux autres porteurs. — Arguments : la question revient essentiellement à une question d'intention et d'usage, car il n'y a là aucun intérêt d'ordre public engagé ; or, l'introduction en France des récépissés a eu pour but l'imitation du chèque anglais ; les parties ont eu toujours l'intention d'en faire un titre au porteur, dont la transmission opérerait la cession complète ; — le récépissé a toujours été distingué d'un simple bon de caisse ; — la loi de 1865 ne s'est pas occupée du récépissé, mais elle ne l'a pas proscrit ; elle l'a seulement laissé sous l'empire des usages antérieurs (2). — Rem. Si l'on admet ce système, la propriété de la provision pour le porteur devra s'admettre encore plus facilement que pour la lettre de change ; car le porteur du récépissé a, dès sa remise, un droit de disposition absolu sur la somme qui y est mentionnée ; il peut la toucher dès qu'il le voudra après l'expiration du délai de vue ; s'il l'a fait viser, et s'il se présente le jour même de l'expiration du délai, il est sûr qu'aucun autre récépissé, visé postérieurement au sien, n'aura pu venir épuiser la provision (3).

Seulement, les tribunaux auront souvent à rechercher si le titre litigieux est un véritable récépissé, ou un simple reçu, ou un bon de caisse. Pour le décider, ils devront interroger à la fois la convention intervenue entre le souscripteur et le preneur, et celle intervenue, lors du dépôt des fonds, entre le souscripteur déposant et le dépositaire.

Il ne faut pas appliquer au récépissé les règles sur le protêt des effets de commerce, les déchéances, la prescription ; car ces règles sont exceptionnelles, il faudrait un texte pour les établir (4).

(1) Trib. comm. Nantes, 6 juill. 1867, D. P. 68. 3. 46. — Al. n. 1570 et suiv.

(2) Paris, 3 mars 1864, D. P. 64. 2. 161 ; 3 déc. 1867, D. P. 68. 5. 161. — Noug., n. 59. Michaux-Bellaire, *Rev. de dr. comm.*, 1864, p. 4. Labbé dans S. 1864, p. 1864. — Consulter aussi dans la *Revue critique*, t. XXIV, p. 202, une note de M. Rataud.

(3) *Contrà :* Trib. comm. Nantes, 6 juill. 1868, D. P. 68. 3. 46. Al. n. 1570.

(4) Labbé, *l. c.* Al. n. 1573 et suiv.

Source BIU Cujas

TROISIÈME APPENDICE AU TITRE VIII.

DU COMPTE COURANT.

875. Le compte courant, au point de vue matériel, est une espèce de comptabilité qui permet de suivre facilement les fluctuations incessantes d'un compte, en y faisant entrer les intérêts et les autres éléments accessoires, tels que droits de change, de commissions, et d'en avoir à tout moment le relevé exact. — L'avantage capital qu'on peut s'assurer par ce moyen, c'est que chacun des deux correspondants peut disposer librement des fonds qu'il doit à l'autre, au lieu de les garder improductifs, à la seule condition d'avoir en caisse de quoi payer le solde au moment où il sera exigible (1).

Comme **mode de comptabilité**, le compte courant présente les traits généraux suivants. — Il faudra sur chaque feuillet trois colonnes de plus que dans la comptabilité ordinaire, pour le calcul des intérêts. Pour leur faire place sur la droite de la page, on transporte à la gauche la colonne des sommes engagées dans chaque opération, et on la place immédiatement avant l'énoncé des opérations, après la date (v. le modèle, p. 609).

Puis, à droite, on a trois nouvelles colonnes qui sont de droite à gauche : celle des *dates*, celle des *jours* et celle des *nombres* (v. le même modèle). — 1° dans celle des *dates*, on énonce les dates où les intérêts ont commencé à courir, et qui sont assez souvent différentes de celles où les opérations ont été faites ; — 2° dans celle des *jours*, on fait ressortir le nombre de jours pendant lesquels l'article doit porter intérêt ; — 3° dans la troisième, on inscrit les *nombres*.

Le *nombre*, dans un article du compte courant, c'est la somme multipliée par le nombre de jours ; ce sont les deux éléments du calcul des intérêts qui sont variables d'un article à un autre, et qui doivent, par conséquent, être calculés séparément pour chaque article. Habituellement, on fait aussi en même temps la division par 100, qui est un élément commun à tous les articles, mais qui est très simple à faire et simplifie les *nombres* en y supprimant deux chiffres. Il ne reste plus, pour avoir l'intérêt de chaque somme, qu'à diviser les *nombres* par le dénominateur, qui, suivant le taux, indique l'intérêt de 100 fr. pour un jour (v. *suprà*, à la matière de l'escompte, n. 699 en note), c'est-à-dire par 60 pour le 6 %, par 72 pour le 5 %, par 90 pour le 4 %, par 120 pour le 3 %. Cet élément étant commun à tous les articles, il suffira de faire la divi-

(1) Comp. Feitu, *Compte courant*, n. 8.

Source BIU Cujas

sion une seule fois sur la balance du compte; c'est pour cela que cet élément ne figure pas dans le calcul des nombres afférents à chaque somme.

En dehors de ces traits communs, il y a diverses méthodes plus ou moins perfectionnées pour tenir la comptabilité en compte courant :

876. 1re *Méthode*, dite *des soldes successifs* ou *par échelette*. Elle consiste à balancer le compte chaque fois qu'un élément nouveau vient s'y ajouter, et à faire produire intérêt au solde qui ressort de cette balance. Soit, un compte commençant par un crédit de 1,000 fr. Vingt jours après ce commencement, il y a 500 fr. à porteur au débit. On constate alors que les 1,000 fr. ont dû porter intérêt pendant 20 jours; on écrit donc 20 dans la colonne des jours et 200 $\left(\frac{1000 \times 20}{100}\right)$ dans la colonne des nombres. Dorénavant, ce seront seulement 500 fr. (1,000—500) qui porteront intérêt. Supposons que 14 jours après il y ait un nouvel article à porter; les 500 fr. auront porté intérêt pendant 14 jours; on écrira 14 dans la colonne des jours et 70 $\left(\frac{500 \times 14}{100}\right)$ dans la colonne des nombres. Le nouvel article étant, supposons-le, de 2,000 fr. au crédit, le solde nouveau sera de 2,500 fr. qui produiront intérêt jusqu'à une nouvelle fluctuation. Et ainsi de suite.

Cette méthode, plus ancienne et plus longue que les autres, est encore employée dans le cas où les intérêts ne courent pas au même taux pour les deux parties; où, par exemple, ils courent à 6 % quand le solde est en faveur du banquier, et à 5 % quand il est en faveur du client. Elle a alors l'avantage de faire ressortir à tout moment en faveur de qui est le solde (1).

877. 2e *Méthode*, dite *Méthode directe*. On fait produire intérêt à chaque somme portée au compte (soit au crédit, soit au débit) depuis le jour où elle est encaissée jusqu'à la clôture du compte, sans se préoccuper de rechercher le solde à chaque fluctuation du compte. Cela évite bien des calculs, et revient au même résultat que la méthode précédente. En effet si les intérêts sont comptés au même taux pour les deux parties, lorsque après un premier crédit de 1,000 fr. il y a 500 fr. à porter au débit, il est tout à fait indifférent de faire produire dorénavant intérêt à 500 fr. au crédit seulement, comme dans la première méthode, ou de faire produire intérêt à 1,000 fr. au crédit, en en faisant produire aussi à 500 fr. au débit; car, dans ce dernier cas, les intérêts courus en trop d'un côté seront, dans la balance finale, annulés par des intérêts égaux portés de l'autre côté.

Cette méthode a encore deux inconvénients : — 1° comme on ne sait pas à coup sûr à quel moment le compte devra être arrêté, on ne peut pas d'avance indiquer le nombre de jours et calculer les *nombres;* ce calcul devra être fait pour tous les articles du compte à un même moment, celui de l'arrêté; et comme habituellement tous les comptes courants d'une même maison sont arrêtés à certaines époques de l'année, cela fera un surcroît considérable de travail pour les employés à ces époques; — 2° lorsqu'un effet de commerce est remis à l'encaissement par une des parties à l'autre, celle qui le remet est immédiatement créditée, mais les intérêts ne commencent à courir qu'au jour de l'encaissement. Pas de difficulté si l'échéance arrive avant la clôture du

(1) Son emploi est nécessaire dans ce cas : Bordeaux, 8 avril 1880, D. P. 81. 2. 109 (motifs).

Source BIU Cujas

Modèle de compte courant (3e Méthode).

DOIT : M. N..., NÉGOCIANT, SON COMPTE COURANT ET D'INTÉRÊTS. AVOIR :

CAPITAUX		DÉTAIL DES OPÉRATIONS	INTÉRÊTS			CAPITAUX		DÉTAIL DES OPÉRATIONS	INTÉRÊTS		
Dates	Sommes		Dates	Jours	Nombres	Dates	Sommes		Dates	Jours	Nombres
								Solde du semestre			
Janv.20	500	Payé son billet n° 4..	Janv.20	20	100	Janv. 1	1000	précédent.....	Janv. 1	Epoque	
.....	.....	.....	.....	.....	.....	Fév. 3	2000	Son versement.....	Fév. 3	34	680
.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....
.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....
.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....	.....
		2500 fr. Balance des						Balance des nombres			3920
		capitaux.....	Juin 30	180	4500			Intérêts à 6 % sur ba-			
	2565 33	Solde à nouveau....					65 33	lance des nombres.			
	3065 33				4600		3065 33				4600
								Solde du semestre			
						Juillet 1	2565 33	précédent.....	Juillet 1	Epoque	

Source BIU Cujas

compte. Mais si elle ne doit arriver qu'un certain nombre de jours après cette clôture, il faudra, comme dans toute opération d'escompte, déduire les intérêts à courir dans cet intervalle, au lieu de les ajouter; cela fera une complication, puisque tous les nombres portés à la colonne des nombres ne pourront pas s'additionner (1), et que quelques-uns devront être retranchés. On remédie en partie à cet inconvénient en écrivant ces nombres en rouge, et l'on sait alors que les *nombres rouges* doivent être déduits au lieu d'être additionnés, ou, ce qui revient au même, transportés du débit dans les additions du crédit, ou réciproquement. Mais il y a toujours là un embarras.

878. 3e *Méthode*, dite *Méthode rétrograde*. Cette méthode part d'un raisonnement plus compliqué pour arriver à une pratique plus simple : on peut sans inconvénient supposer que toutes les sommes portées au compte ont porté intérêt pendant toute la durée du compte, pourvu que l'on déduise ensuite les intérêts qui n'ont pas dû courir depuis l'ouverture du compte jusqu'au moment de l'entrée véritable de chaque somme dans le compte. Ainsi, dans un compte ouvert le 1er janvier et clos le 30 juin, je puis supposer que toutes les sommes ont produit intérêt du 1er janvier au 30 juin; mais, si une somme n'est entrée qu'au 20 janvier, je déduirai les intérêts de 20 jours; si une autre est entrée au 3 février, je déduirai les intérêts de 34 jours, et ainsi de suite.

Pour se conformer à l'hypothèse que les sommes ont toutes produit un intérêt pendant toute la durée du compte, il suffira de calculer, à la clôture du compte, les intérêts sur le solde, appelé *balance des capitaux;* c'est une seule opération d'arithmétique très vite faite. — Grâce à cela, on pourra, dès qu'une somme entrera au compte, relever les intérêts qu'elle aurait pu produire depuis l'ouverture du compte, et qu'il faudra déduire lors de la clôture; et ce sont ces chiffres, *se référant au passé,* que l'on mettra dans la colonne des jours et dans celle des nombres. Ainsi, si 500 fr. sont entrés au 20 janvier (dans l'exemple ci-dessus), on mettra 20 dans la colonne des jours et 100 dans la colonne des nombres; si 2,000 fr. sont entrés au 3 février, on mettra 34 dans la colonne des jours et 680 dans la colonne des nombres (v. le modèle ci-contre). Si une somme est inscrite dès l'ouverture du compte, on écrit à côté le mot *époque,* et l'on n'inscrit aucun *nombre,* puisqu'il n'y a aucun intérêt à déduire pour cette somme (v. le modèle). Comme on sait très bien la date qui sert de point de départ au compte, on peut écrire ces chiffres au fur et à mesure des entrées ou des sorties, de manière à tenir le compte toujours au courant, toujours prêt à être soldé. Par ce moyen, on répartit le travail sur toute l'année, et l'on n'a qu'un travail très simple à faire lors de l'arrêté du compte. — Voici quel sera ce travail : On additionnera les sommes portées au débit et au crédit; on soustraira la plus forte de la plus faible, ce qui donnera la *balance des capitaux,* qu'on inscrira dans une colonne intérieure, du côté qui aura fourni le total le plus faible (au passif dans le modèle ci-joint); on mettra dans la colonne des jours le chiffre 180, exprimant la durée du compte (six mois, c'est le plus ordinaire), et dans la colonne des nombres, le *nombre* correspondant. Puis on fera la balance des nombres dans les deux côtés du compte; on l'inscrira au côté le plus faible (à l'actif dans le modèle ci-joint),

(1) V. *suprà,* n. 124.

Source BIU Cujas

et sur cette balance on calculera les intérêts, qu'on ajoutera au total des capitaux inscrits de ce côté. Enfin, par une dernière balance, on aura le solde définitif du compte sous le nom de *solde à nouveau.*

On évitera aussi par là les *nombres rouges* (1); car ici tous les nombres représentent des intérêts à déduire; et rien n'empêche, pour les effets arrivant à échéance après la clôture du compte, de marquer même les jours restant à courir après cette clôture. Ainsi soit un compte ayant duré 180 jours, et un effet échéant 15 jours après la clôture du compte, on mettra à la colonne des jours 195, et l'on calculera le *nombre* en conséquence.

879. Cette comptabilité est très fréquemment employée dans la pratique commerciale; et souvent les parties s'en servent, sans avoir la pensée de lui faire produire aucun effet juridique (2). C'est simplement une manière commode de tenir leurs comptes, en y faisant entrer les intérêts. Ainsi, un commerçant qui a emprunté de l'argent à intérêt adressera à son prêteur des comptes semestriels ou annuels, en forme de compte courant. Ainsi, les comptes individuels de chacun des associés dans une société avec l'indication de ce qui leur revient, de ce qu'ils prennent, pourront être tenus sous cette forme. Ainsi, les comptes de dépôts dans les banques, retirables au moyen de chèques ou de récépissés, sont toujours rédigés de la manière expliquée ci-dessus. — Nous supposerons dans la suite de notre étude que les juges ont reconnu en fait l'intention, chez les deux parties en compte, de réaliser les effets juridiques qui vont être décrits.

Théorie juridique du compte courant.

880. Cette matière n'a pas été traitée par le code de commerce, ni par des lois postérieures (3). A peine quelques articles de nos lois s'y réfèrent pour indiquer quelques effets de détail du compte courant (v. *infrà*) Il reste donc sous l'empire à peu près exclusif des usages; c'est d'après eux que nous allons l'étudier (4).

(1) Ces nombres seraient encore utiles, s'il y avait lieu de corriger une omission relative à une année précédente dont la balance a été faite. Les intérêts antérieurs à l'ouverture du compte actuel devraient être portés en nombres rouges. Mais on peut éviter cette pratique en additionnant au principal de l'opération les intérêts jusqu'à l'ouverture du compte actuel, et en portant la somme totale à ce compte. On n'a plus alors à s'occuper des intérêts antérieurs.

(2) Beaucoup d'auteurs et certains arrêts appellent *compte courant* tout compte existant entre deux commerçants : Paris, 25 mars 1862, D. P. 65. 1. 484. Merlin, *Rép.*, v° *Compte courant.* Dall., *eod. v°*, n. 135. Sebire et Carteret, *eod. v°*, n. 24. Alauzet, note dans *J. Pal.*, 1862, p. 785, et *Droit com.*, 1re édit., n. 630, 631. Dietz, *Des comptes courants*, p. 58 et suiv. D'autres ajoutent que ce compte doit contenir le calcul des intérêts : Frémery, p. 383 et suiv. — Mais il y a dans ces doctrines une confusion qui exclut toute possibilité d'une théorie juridique du compte courant. — V. en sens contraire : Feitu, n. 24 et suiv. Da, *Du contrat de compte courant* (thèse pour le doctorat), n. 3 et suiv.

(3) Le nouveau code de commerce italien lui consacre un titre assez bref, liv. 1er, tit. 11; a. 345-348.

(4) Sur les origines du compte courant, v. Frémery, p. 383 et suiv.

Source BIU Cujas

Notre étude sera divisée en cinq sections: — 1° définition et effets essentiels du compte courant; — 2° convention originaire; — 3° des remises et de leurs effets juridiques; — 4° fonctionnement du compte; — 5° clôture du compte.

SECTION PREMIÈRE.

DÉFINITION ET EFFETS ESSENTIELS DU COMPTE-COURANT.

880. A. Nous donnerons du compte courant la **définition** suivante: c'est *une convention par laquelle deux parties stipulent que les créances, qui pourraient naître de leurs relations d'affaires, quand elles entreront dans le compte, perdront leur individualité propre pour devenir de simples articles du crédit et du débit, de façon que le solde où elles se confondront sera seul exigible aux époques convenues* (à terme fixe ou à vue) (1).

L'avantage que se proposent les parties en travaillant en compte courant est de simplifier leurs relations juridiques et de donner plus de mobilité à leurs capitaux. Si Primus a fait à Secundus dix achats dans un mois, il aura dix dettes à surveiller, dix échéances à préparer, peut-être dix saisies-arrêts à subir si Secundus est peu solvable; peut-être sera-t-il menacé de dix poursuites, s'il a de l'embarras pour payer; enfin si Secundus peut tirer sur lui autant de lettres de change qu'il y a eu d'opérations (comme c'est l'usage), Primus pourra voir surgir de dix côtés différents des créanciers qu'il ne connaît pas et avec qui il peut avoir des difficultés. S'il a fait dix ventes de son côté au même correspondant, il aura également dix échéances actives à surveiller, peut-être dix protêts à faire s'il a été réglé par Secundus en effets de commerce, peut-être dix recours à craindre des porteurs de ces effets. Pas d'espoir de compensation, comme en droit civil, si les effets de commerce ont circulé (v. *suprà*, n. 754-755). Multipliez cela par le nombre de ses correspondants. Vous voyez pour le commerçant des soucis incessants, l'obligation d'avoir de grosses sommes continuellement disponibles pour faire face à toutes ses échéances, une masse considérable de capitaux à remuer.

Au contraire, par le compte courant, toutes ces échéances sont supprimées; il n'y a plus dix créances et dix dettes coexistant à la fois; il n'y a que des articles du débit et du crédit, qui ne peuvent faire l'objet de poursuites individuelles. Il y aura seulement un solde, résultant de la balance entre tous ces articles; ce solde sera seul exigible (2). Même s'il est à vue, ce n'est qu'une somme minime à tenir prête. Souvent il est à terme fixe, ce qui permet de garder jusqu'au terme, même la disposition de cette faible somme.

Toutes les conséquences juridiques de cette stipulation sont groupées sous un même mot; c'est ce qu'on appelle l'*indivisibilité* du compte courant. Il est utile cependant d'en détacher un effet spécial, très important; c'est la *novation* qui résulte de la transformation de chaque créance en crédit (3), de toutes les créances particulières en la créance unique du solde. Nous étudierons en détail ces deux effets à notre section 3e.

(1) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 329. Demang., t. II, p. 438. Feitu, *du Compte courant*, n. 57 et suiv. Massé, n. 2274; et Massé, *Rev. de législation*, t. XXVII, p. 101. Helbronner, *du Compte courant* (thèse), n. 10. Da, *id.* n. 12 et suiv.

(2) Cass. 6 mai 1868, D. P. 68. 1. 316. — C. com. ital., a. 345, 2°.

(3) Da, n. 14, 18.

Source BIU Cujas

Une condition importante de la convention principale, et qui y est toujours sous-entendue, c'est que toutes les sommes portées au compte courant, y produisent des *intérêts* du jour de leur entrée. Il est nécessaire pour le commerce que l'argent ne reste jamais improductif; celui qui consent à en attendre le remboursement ne le fait que moyennant la promesse, expresse ou implicite, qu'on lui comptera les intérêts jusqu'à l'exigibilité. Tous les articles du débit portent ainsi intérêt pendant toute la durée du compte, et ces intérêts se compensent jusqu'à due concurrence dans le solde. C'est pour tenir compte de ces intérêts avec la plus grande exactitude qu'a été imaginée la comptabilité spéciale que nous avons décrite plus haut.

880 B. La convention de compte courant suppose deux parties qui sont en relations d'affaires ensemble et auront l'occasion de s'adresser réciproquement des valeurs. Ces valeurs peuvent être des sommes d'argent, ou des effets de commerce à recevoir, ou des marchandises. Quelle que soit leur nature, il est nécessaire qu'elles soient toutes appréciées en argent et en une même monnaie; elles ne peuvent que sous cette forme entrer dans le compte et former des articles du débit et du crédit (v. n. 121) (1). Ces envois réciproques de valeurs sont appelés des *remises*, et pour chacune des remises on distingue les deux parties sous le nom de *remettant* et de *récepteur*.

Au point de vue juridique, ces remises, s'il n'y avait pas de compte courant, pourraient se présenter dans deux conditions opposées : si elles sont faites par une partie qui n'est pas déjà débitrice de l'autre, elles constitueraient une avance, un prêt; si elles émanent de celui qui est déjà d'ailleurs débiteur, elles seraient un paiement. Dans le compte courant ces remises perdent tout caractère propre; qu'elles soient au fond des avances ou des paiements, elles figurent au même titre dans le compte; elles commencent toutes à produire intérêt du jour de leur entrée.

Il peut être entendu entre les deux parties que chacune d'elles pourra alternativement être en avance à l'égard de l'autre; que par conséquent le solde créditeur pourra alternativement, suivant le mouvement des affaires, être au profit de l'un ou de l'autre. Ainsi, au 3 janvier, Primus envoie à Secundus pour 12,000 fr. de marchandises; le solde est créditeur de 12,000 fr. en faveur de Primus. Le 20 janvier, Secundus envoie à Primus pour 18,000 fr. de marchandises, le solde devient créditeur de 6,000 fr. en faveur de Secundus. Et ainsi de suite. On appelle *compte courant réciproque* celui où le solde peut être ainsi alternativement créditeur pour l'un ou pour l'autre des correspondants.

Il peut se faire au contraire que l'un d'entre eux ne promette aucune avance à l'autre. Primus est un banquier, qui consent à faire les rentrées pour Secundus, à tenir à sa disposition les fonds encaissés; mais ne lui promet pas de jamais payer à découvert pour lui. Dans ce cas, le solde sera toujours créditeur en faveur de Secundus, jamais en faveur de Primus. On dit alors que le compte courant est simple (2) ou *unilatéral*. Cette dernière dénomination ne dit pas et ne veut pas dire que le compte courant constitue pour cela un *contrat unilatéral*. C'est toujours un *contrat synallagmatique*, car

(1) Dietz, p. 65.
(2) Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 2. 172.

Source BIU Cujas

chaque partie est obligée vis-à-vis de l'autre à ne pas invoquer les droits que les remises feraient naître de droit commun, si elles étaient des prêts ou des paiements avec leur individualité propre ; chacun a restreint ses droits à ceux qui existeront sur le solde. C'est seulement dans le fonctionnement du compte qu'il y aura quelque chose d'unilatéral.

Il importe encore, pour l'intelligence claire de la matière, de distinguer soigneusement dès le début, la convention première et générale par laquelle on s'engage à *travailler en compte courant* et qui est le véritable *contrat de compte courant*; et les conventions de détail qui peuvent intervenir au moment de chaque remise pour la faire entrer dans le compte et qui restent dans une certaine mesure facultatives. Nous étudierons séparément ces deux objets dans la 2e et dans la 3e section.

SECTION II

CONVENTION ORIGINAIRE DU COMPTE COURANT.

Nous traiterons trois points : — 1° le compte courant est un contrat *sui generis* ; — 2° nature du contrat ; — 3° sa formation.

1 — Le compte courant est un contrat sui generis.

881. D'abord **Q.** *Cette convention est-elle un contrat?* On l'a nié et l'on a soutenu que c'était un simple compte, un tableau des dettes et des créances de deux commerçants, n'impliquant aucune convention spéciale (1). Cette doctrine peut être, croyons-nous, considérée comme abandonnée aujourd'hui ; c'est l'enfance de la science sur cette matière : — les auteurs mêmes qui la soutiennent reconnaissent que le compte courant produit des effets juridiques importants ; comment l'expliquer s'il n'y a qu'un simple tableau, un simple jeu d'écritures? — l'analyse que nous avons faite à la première section et tous les développements que nous allons donner sont une démonstration complète de l'existence d'une convention très importante (2).

Q. *Est-ce un contrat sui generis?* Des auteurs ont essayé de faire rentrer le compte courant dans d'autres contrats connus, ou dans une combinaison de contrats connus, comme on l'a fait autrefois pour le contrat de change (3). C'est là une seconde étape de la connaissance scientifique du compte courant. Nous pensons que l'ensemble de cette étude, et spécialement notre section 1re suffisent pour démontrer qu'il faut faire un pas de plus.

(1) Merlin, *Rép.*, v° *Compte courant*. Pard., n. 475. Dalloz, v° *Compte courant*. Noblet, *du Compte courant*, n° 60. Goujet et Merger, *Dict.*, v° *Compte courant*. Sebire et Carteret, *Encyclopédie*, *eod. v°*. Alauzet, dans *J. Pal.*, 1862, p. 788. Dietz, *du Compte courant*, p. 59. — Comp. la note 2 de la page 11.

(2) *Sic*, tous les auteurs qui seront cités aux notes suivantes.

(3) Pard. n. 475. Peigné, dans Monginot, *Tenue des livres*. Massé, n. 1300, 2274. Dalloz, *v° cit*, n. 6 et suiv. Noblet, *op. cit.* n. 60 et suiv. — Nous ne mentionnons que pour mémoire la théorie de M. Dufour qui fait du compte courant un *être de raison* (*Essai d'une théorie juridique des comptes courants*, *Recueil de l'Académie de législ. de Toulouse*, t. IX, p. 185 et s.) — V. dans Feitu, n. 24 et suiv., l'exposé et la discussion de six systèmes différents sur la nature du compte courant.

Source BIU Cujas

Q. *Cette convention mérite-t-elle le nom de contrat?* — Le contrat est une espèce du genre convention, et souvent ces deux termes sont pris comme synonymes. Mais, lorsqu'on veut s'exprimer avec une grande précision, on réserve le nom de *contrat* aux conventions créant de toutes pièces un ensemble de rapports juridiques, se suffisant à eux-mêmes, notamment créant des obligations ou transmettant la propriété. Les accords de volonté, qui modifient on éteignent des obligations existantes, gardent le nom de *convention* comme la novation, la remise de dette, la résolution volontaire d'un contrat. Il nous avait paru dans notre 2e édition (n. 880), que le compte courant devait être appelé seulement une convention parce qu'il modifie par avance certains effets des contrats que passeront plus tard les parties. Mais, après de nouvelles réflexions, nous pensons qu'on peut sans inexactitude se conformer au langage usité maintenant et appeler le compte courant *un contrat* (1) : — il crée de toutes pièces une situation définie aux parties, et des obligations précises, indiquées à la 1re section ; sans doute ces obligations se refèrent, pour les modifier aux contrats qui interviendront lors des remises, mais elles ont dans leur cause et dans leurs effets quelque chose de plus général ; elles règlent les rapports à venir des parties, elles font courir les intérêts d'une certaine façon ; elles donnent naissance à la créance du solde qui a des caractères et des effets tout spéciaux (v. sections 3 et 4) ; — le mandat et la commission modifient bien les conséquences des opérations futures que fera le mandataire ou le commissionnaire ; ils n'en sont pas moins qualifiés de contrats ;— si dans la pratique journalière on ne dit pas contracter *un* compte courant, mais traiter *en* compte courant, c'est qu'on s'occupe des conventions intervenant lors des remises, et non pas de la convention générale du compte courant.

Nous n'approuverions pas la dénomination de *contrat accessoire* que lui donne M. Da (n. 17), parce que d'après la nomenclature constamment usitée, un contrat accessoire se rattache à un contrat principal déterminé dont il suit le sort ; le compte courant au contraire embrasse tout un ensemble d'affaires entre les parties et est absolument indépendant du sort de telle ou telle opération particulière.

II. — **Nature du contrat.**

881 A. Nous avons montré plus haut que c'est un contrat synallagmatique, lors même qu'il donne lieu à ce qu'on appelle un compte courant unilatéral.

La seule question importante est celle-ci : **Q.** *Est-ce un contrat réel?* On l'a soutenu en faisant remarquer que le compte courant ne produira ses effets qu'à partir du moment où l'une des parties aura fait des remises à l'autre ; et que d'ailleurs la convention n'intervient d'ordinaire qu'au moment de la première remise qui est faite (2). Mais il faut répondre que la convention n'en existe pas moins dès l'accord de volontés et avant toute remise ; il y a dès lors une obligation très définie, quoique subordonnée à la condition des remises ultérieures. Cette convention n'est pas nulle, comme faite sous une con-

(1) Delam. et Lepoitv., t. III, p. 322. Feitu, n. 23 et suiv., 57 et suiv. Helbronner, p. 53 et suiv. Da, n. 12 et suiv.

(2) Delam. et Lepoitv., t. III, p. 322. Feitu, n. 67 et suiv. Helbronner, n. 15 et 18.

Source BIU Cujas

dition purement potestative pour celui qui s'oblige (C. civ., a. 1174) : car, les deux parties étant engagées, il dépend d'une seule d'entre elles de mettre en œuvre l'engagement de l'autre en lui faisant des remises; la condition n'est pas plus potestative ici que dans les promesses unilatérales de vente. En outre, la condition n'est pas *purement* potestative : il ne dépend pas absolument de la volonté de l'une des parties de faire des opérations avec l'autre; elle y sera souvent décidée par les nécessités de ses affaires. D'un autre côté, il n'est pas exact de considérer la première remise faite comme donnant naissance au contrat tout entier : cette remise fait bien produire un effet à ce contrat quant à la première opération; mais, à supposer, comme le veut l'opinion que nous combattons, que le contrat ne soit pas obligatoire en vertu de la convention originaire, il ne deviendra pas, en vertu de cette première opération réalisée, obligatoire pour les opérations ultérieures. Enfin cette condition n'est pas toujours la remise matérielle d'une valeur; le compte courant pourrait être mis en œuvre par un contrat à terme, p. ex. vente arrêtée pour la fin du mois : dès qu'il y a un engagement entre le vendeur et l'acheteur, celui-ci doit être débité du prix, sauf à suspendre le cours des intérêts; dès lors la créance du vendeur se transforme en un simple crédit, et il est acquis qu'il ne pourra plus jamais exercer les droits d'un créancier ordinaire. Il n'y a dans ce cas aucune ressemblance avec un contrat réel (1).

Nous n'approuvons donc pas l'énumération, faite par les mêmes auteurs, des éléments nécessaires pour la formation du compte courant, au nombre de cinq: — 1° remise d'une valeur; — 2° en toute propriété; — 3° à la charge de créditer le remettant; — 4° sauf règlement par compensation; — 5° volonté réciproque sur toutes ces choses (2). — Les deux premiers éléments supposent que le contrat est réel; nous montrerons de plus à la section 3e que le second n'est nullement nécessaire d'après les usages et l'intention des parties. Le troisième et le quatrième éléments se confondent à peu près ensemble puisque la substitution d'un crédit à la créance du remettant implique la compensation dans le solde de tous les crédits avec les débits. En réalité c'est là l'élément de fond du contrat. Il est dès lors bien exact que l'accord des volontés doit porter sur cet élément, mais il porte sur lui seul (3).

III. — **Formation du contrat.**

881 B. Le compte courant est un contrat purement consensuel; en effet, d'une part nous avons écarté l'opinion qui y voit un contrat réel; d'autre part, la loi n'en ayant pas parlé, il est bien évident qu'aucune solennité n'est exigée (C. civ. a. 1134).

Le consentement peut être exprès ou tacite. — S'il est exprès, il est soumis aux conditions ordinaires de tous les contrats (4), et il pourrait être annulé s'il était affecté d'un des vices ordinaires du consentement (5). Il sera tacite,

(1) Da, n. 59.

(2) Trib. de Lyon, 30 nov. 1871, D. P. 74. 2. 7. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 330 et suiv. Feitu, n. 58 et suiv. Helbronner, n. 14 et suiv.

(3) Dietz, p. 64. Da, n. 14 et suiv.

(4) Da, n. 60.

(5) Helbronner, n. 17.

Source BIU Cujas

lorsqu'il résultera des agissements des parties sans explication formelle : ainsi, l'un des correspondants aura proposé à l'autre de travailler en compte courant, et l'autre sans répondre directement à cette offre lui aura fait des remises (1); ou bien les parties, ayant travaillé autrefois en compte courant, auront, sans rien spécifier, repris le courant de leurs affaires dans des conditions absolument identiques. Les tribunaux rechercheront dans les faits la preuve de l'intention des parties (2). En tout cas, il serait inexact de dire, comme on l'a fait (3), que les parties peuvent être en compte courant sans consentement; il fallait dire sans consentement exprès (4).

La convention n'embrasse pas nécessairement toutes les dettes et créances qui pourront exister entre les parties. Bien au contraire. — Il faut d'abord poser comme règle, qu'elle ne se réfère qu'aux obligations qui prendront naissance dans leurs relations d'affaires : ainsi une dette que l'acceptation d'une succession mettrait à la charge de l'une des parties au profit de l'autre n'entrerait pas dans le compte (5). — Même dans leurs relations d'affaires, la convention peut établir certaines distinctions: ils peuvent entrer en compte courant pour certaine branche de leurs affaires, et pas pour une autre (6); pour leurs affaires commerciales en excluant les affaires civiles, ou réciproquement. Il suit de cette observation qu'il peut y avoir plusieurs comptes courants entre les mêmes parties ; et peut-être avec des conditions de détail différentes (7). — Enfin, lors même qu'une remise rentrerait dans l'ordre des affaires qu'embrasse leur convention originaire, on pourrait au moment de la remise l'en exclure par une clause formelle (8); nous reviendrons bientôt sur ce point.

881. C. *La convention de compte courant est-elle toujours un* **acte commercial?** — On l'a soutenu parce qu'elle a été inventée par les commerçants et à l'usage du commerce (9). — Mais ces raisons ne sont pas concluantes : — elle ne rentre pas dans l'énumération de l'a. 632 C. com. ; — et ne présente pas par elle-même les caractères rationnels de l'acte de commerce (v. n. 30); — elle ne pourrait être commerciale qu'en vertu de la théorie de l'accessoire, à raison du caractère des opérations auxquelles elle se rattache et dont elle modifie les effets juridiques.

Tout dépendra donc de la nature des relations d'affaires existant entre les deux parties qui entrent en compte courant. Si ces relations sont commerciales, le compte courant sera commercial ; ce sera le cas de beaucoup le plus fréquent. Mais il sera civil, si ces relations sont civiles (10) : p. ex. si j'ai au loin un mandataire (p. ex. un notaire ou un architecte) chargé de recevoir les loyers et fermages de mes immeubles, et de payer les réparations qui pourront être

(1) Da, n. 61 et suiv.
(2) Lyon, 20 mars 1874, S. 74. 2. 109.
(3) Alauzet, n. 631.
(4) Da, n. 61.
(5) Dietz, n. 77. Da, n. 85.
(6) Cass. 18 mars 1850, S. 50. 1. 381.
(7) Mêmes auteurs.
(8) Cass. 4 avril 1865, D. P. 65. 1. 233.
(9) Cass. 11 mars 1856, D. P. 56. 1. 407.
(10) Feitu, n. 82 et suiv. Dietz, p. 63. Helbrouner, n. 26,122. Da, n. 21. — C. com. ital., a. 6, 2e al.

Source BIU Cujas

nécessaires ; chargé de toucher mes revenus, de recouvrer mes créances, et de placer sur mes indications les fonds reçus, etc. — Entre commerçants, le compte courant sera, jusqu'à preuve contraire, présumé commercial (a. 631, 1°; 632, 7e al. ; 638, 3e al.) (1). — Le caractère du compte courant devra être tiré de l'ensemble des opérations qui y sont comprises; quelques opérations civiles venant se mêler à la généralité des opérations commerciales n'en changeraient pas le caractère; ni réciproquement (2). — Enfin le compte courant pourrait être commercial pour l'une des parties et civil pour l'autre : ainsi pour le particulier non commerçant qui serait en compte courant avec son banquier (3).

La question présentera de l'intérêt notamment : pour la compétence, soit *ratione materiæ*, soit *ratione personæ* (a. 420, C. pr. civ.) (v. n. 886, C., *infrà*); pour la fixation du taux des intérêts; pour les modes de preuve admissibles (v. n. 880, E). Il peut y avoir difficulté, pour l'application des règles relatives à ces divers objets, dans le cas où le compte n'a pas le même caractère pour les deux parties; nous reviendrons plus loin sur quelques-unes de ces difficultés. Disons seulement pour la compétence *ratione materiæ*, qu'il faut appliquer la solution que nous donnerons au n. 1467: celui qui n'a pas fait acte de commerce ne peut être poursuivi que devant les tribunaux civils, mais il peut à son choix poursuivre son adversaire devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce.

Le compte courant non commercial produirait néanmoins les effets que nous exposerons plus loin, lors même que ces effets auraient originairement leur raison d'être dans les habitudes commerciales (4) (v. *infrà*, not. n. 886, A).

881. D. Quelle est la **capacité** nécessaire pour faire une convention de compte courant? Nous pensons qu'il n'y a aucune règle spéciale à donner sur cette capacité; il suffit d'être capable de faire les opérations qui doivent être comprises dans le compte. On a dit (5) que, ces opérations se ramenant toutes à des prêts, il fallait avoir la capacité de s'obliger, soit comme prêteur, soit comme emprunteur. Cette règle ne nous paraît pas exacte : les opérations qui sont portées au compte ne sont pas toutes des prêts en elles-mêmes ; souvent, si elles étaient isolées, ce seraient des ventes ou des paiements ; sans doute, il est exact (et c'est probablement ce que l'on a voulu dire) que leur fusion dans le compte en fait nécessairement des opérations à crédit, ce qui les rapproche des emprunts; mais les opérations à crédit et à court terme ne sont pas des emprunts proprement dits, et ne nous semblent pas exiger toujours la capacité de prêter ou d'emprunter. Prenons pour exemple le mineur émancipé non commerçant : il ne peut pas emprunter sans une autorisation du conseil de famille, homologuée par le tribunal (C. civ. a. 483) ; mais, dans l'administration de ses biens, il peut, ce semble, accorder des termes à ses fermiers, à ceux qui lui doivent des arrérages. Si donc il est en compte courant avec un mandataire,

(1) Feitu, n. 83. Da, n. 21.
(2) Rej. 8 mars 1853, D. P. 54. 1. 336. — Feitu, n. 85.
(3) Req. 7 févr. 1881, D. P. 81. 1. 425.
(4) Req. 7 févr. 1881, D. P. 81. 1. 425.
(5) Dietz, p. 65-67.

Source BIU Cujas

chargé de toucher ses revenus et de les employer, il peut valablement s'engager à laisser un certain intervalle entre les rentrées et les règlements; ce n'est pas un prêt. De même, si les avances de son mandataire dépassaient quelque peu les revenus actuellement touchés par lui, il n'y aurait pas emprunt. Il nous semble donc qu'il suffit toujours d'avoir la capacité nécessaire pour faire les opérations qui devront entrer dans le compte. — Dans tous les cas, il est certain que la faillite de l'un des correspondants arrêterait le compte. Il en serait de même du mariage de la femme, qui était en compte (1), sauf, dans notre opinion, le cas où le compte n'embrasserait que des actes d'administration et où la femme serait séparée de biens, et sauf aussi le cas où la femme commerçante continuerait le commerce avec le consentement de son mari.

880. E. Enfin, quant à la **preuve** du contrat, elle se fera suivant les modes ordinaires : par les modes civils, si le compte courant est civil; par les modes commerciaux, si le compte courant est commercial; et, s'il n'est commercial que d'un seul côté, les modes de preuve commerciaux pourront être employés si le défendeur a fait acte de commerce; sinon non; suivant la doctrine que nous avons déjà admise d'une manière générale au n° 437 (2).

SECTION III.

DES REMISES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

Trois paragraphes : — 1° entrée des remises dans le compte; — 2° crédit donné en échange; — 3° effets des remises.

§ 1

Entrée des remises dans le compte.

882. Nous avons vu que les remises résultent des opérations que font entre eux les deux correspondants. Elles portent le nom de *remises*, non seulement lorsqu'il y a un objet matériel transmis de l'un à l'autre, comme de l'argent, des marchandises, des effets à encaisser, mais alors même qu'il n'y en a pas, p. ex. si l'un touche pour l'autre, en vertu d'un mandat, des créances, des loyers, des revenus, ou lorsqu'il paie une traite de son correspondant. On peut présenter la même idée en disant que la remise peut être, non seulement *directe* ou *immédiate*, mais encore *indirecte* ou *médiate* (3) : celui qui recouvre pour moi une créance, reçoit de moi par les mains de mon débiteur; celui qui paie une traite émise par moi, me verse les fonds entre les mains du porteur.

Deux questions principales sont à examiner.

882 A. 1° *Les remises sont-elles purement volontaires entre les parties?* Il faut d'abord faire une distinction. Il est certain que les opérations en elles-mêmes

(1) Cass. 19 août 1857, D. P. 57. 1. 339. — Da, n. 80, 81.

(2) Cass. 19 nov. 1862, S. 63. 1. 29. Da, n. 67. — *Contrà :* Massé, n. 2543.— Helbronner, n. 32 et suiv., semble admettre que les modes commerciaux pourront toujours être employés.

(3) Helbronner, n. 30.

Source BIU Cujas

sont purement volontaires : je suis toujours maître de ne pas acheter de Paul ou de ne pas lui vendre, de ne pas envoyer à Pierre des effets à l'encaissement. Il peut se faire que je me sois engagé d'ailleurs à m'adresser à lui, à recourir à son entremise; mais, à supposer que cet engagement ne soit pas un mandat révocable (ce qui se présentera assez souvent), en tout cas il y a là une convention à part, absolument distincte du contrat de compte courant. Et lors même que les deux conventions auraient eu lieu dans le même acte, l'une est judiriquement distincte de l'autre. Nous concluons donc qu'en présence de la convention de compte courant, chaque partie reste absolument libre de faire ou de ne pas faire des remises à l'autre, sauf à cette dernière à arrêter le crédit qu'elle lui a accordé antérieurement.

Mais il reste encore une autre question : **Q.** *l'une des parties est-elle libre, en faisant une remise à l'autre, de l'exclure du compte courant?* Peut-elle l'affecter à une destination spéciale, à certains paiements, à l'acquittement d'une lettre de change? — D'après une opinion, chaque remise nouvelle n'entrerait au compte qu'en vertu d'une nouvelle convention distincte de la convention originaire; on reconnaît que la convention nouvelle pourra être tacite et sera le plus souvent présumée; mais on maintient que chaque partie est toujours libre de souscrire ou non à cette nouvelle convention, et par conséquent d'exclure par un avis formel telle remise du compte courant (1). — Il nous paraît plus exact, plus conforme à l'intention des parties et à la bonne foi, de décider qu'une nouvelle convention n'est pas nécessaire, que la convention originaire suffit pour obliger les deux parties, du moment qu'elles se font des remises, à les comprendre dans le compte courant (2); autrement la convention primitive ne créerait aucun lien, aucune obligation (3). — Si donc on veut exclure certaines remises du compte courant, on ne pourra le faire qu'en obtenant le consentement de son correspondant. Il faudra une convention formelle (4), et non pas un avis unilatéral pour exclure ces remises. C'est ce que décide très exactement, et en termes formels, un arrêt de cassation, cité mal à propos en faveur de l'opinion contraire : une fois le consentement donné à cette exclusion, on ne pourra revenir sur cette concession, même en supposant une convention originaire qui avait autorisé expressément le récepteur à affecter toutes les remises à la couverture d'avances antérieures (5).

Mais il faut combiner cette solution avec la décision que nous avons donnée à l'alinéa précédent. Chaque partie est en général maîtresse de ne pas faire de

(1) Dietz, p. 65 et suiv. Helbronner, n. 31, qui citent à tort pour leur opinion : Cass. 4 avril 1865, D. P. 65. 1. 233. Un arrêt de Paris, 10 mars 1846, D. P. 46. 4. 94, décide en ce sens, mais pas un mot n'y révèle l'existence d'un compte courant entre les parties; il est donc étranger à la question que nous agitons.

(2) En ce sens, Req. 12 août 1873, D. P. 75. 1. 262, d'après lequel les remises ne peuvent pas être par la volonté d'un seul imputées spécialement sur une créance restée en dehors du compte, encore que le remettant eût plus d'intérêt à acquitter cette créance qu'à éteindre son débit (C. civ., a. 1253). — Da, n. 85.

(3) Ceux qui dénient au compte courant le caractère de contrat (v. not. Dietz n. 59), sont logiques en admettant la première doctrine, mais nous avons montré qu'alors les effets que nous allons développer sont sans cause.

(4) Cass. 4 avril 1865, D. P. 65. 1. 233. — Da, n. 85, Feitu, n. 243.

(5) Cass. 4 avril 1865, D. P. 65. 1. 233; souvent inexactement résumé par les arrêtistes eux-mêmes.

Source BIU Cujas

remises à l'autre; elle peut donc lui offrir une remise sous condition, sous la condition qu'elle n'entrera pas en compte; si l'autre partie refuse cette condition, on ne lui adressera pas la remise (1). La différence avec la doctrine que nous venons de combattre est peut-être un peu délicate à saisir; mais elle se manifestera nettement, si le remettant est obligé par une convention antérieure à faire la remise, ou si les nécessités de ses affaires la lui imposent; alors il ne pourra pas poser de conditions, la remise sera nécessairement comprise dans le compte.

Enfin, pour ne pas exagérer les conséquences de cette doctrine, il faut se rappeler ce que nous avons dit : la convention de compte courant n'embrasse pas nécessairement toutes les relations existant entre les parties ; elle est ordinairement limitée à un certain ordre d'affaires déterminé. C'est ainsi qu'une créance née d'une succession n'y serait pas comprise. C'est ainsi qu'un notaire en compte avec un de ses clients pour de nombreuses opérations qu'il a dirigées comme mandataire, ne pourrait comprendre dans son compte ses honoraires et les frais d'enregistrement d'actes dressés par lui comme officier public (2). C'est ainsi qu'un banquier ne devrait pas faire figurer dans son compte une créance, résultant d'un délit commis par un employé de son correspondant (C. civ. a. 1384), à moins que ce délit ne se rattachât intimement aux opérations comprises dans le compte (3). »

882. B. 2° *Y a-t-il nécessairement* **translation de la propriété** *des remises?* Tous les auteurs répondent par l'affirmative sans hésitation (4). La plupart font de la translation de propriété une condition de la formation du contrat, ce qui se rattache pour beaucoup d'entre eux à l'opinion, que le compte courant est un contrat réel (5) ou spécialement un prêt (6). M. Da décide que la translation de propriété n'est pas un effet du contrat, mais que le compte courant la présuppose; cet auteur est d'ailleurs encore plus catégorique que les autres dans l'affirmation du principe : « partout où il y a compte courant, il y a transmission de la propriété, et partout où il n'y a pas transmission de la propriété, il n'y a pas compte courant (7). »

Nous avons vainement cherché dans la plupart des auteurs l'ombre d'un argument en faveur de cette affirmation : on se borne à alléguer vaguement les usages du commerce, sans paraître se douter qu'il est nécessaire d'appuyer de preuves précises un principe aussi considérable. — Or sur cet usage prétendu, on ne cite aucune décision judiciaire. On ne pourrait invoquer qu'un jugement du tribunal *civil* de Lyon, 30 nov. 1871 (D. P. 74. 2. 7); mais ce jugement, qui n'émane même pas d'un tribunal de commerce, donne à côté de cette décision une définition tout à fait incomplète et inexacte du compte

(1) Da, n. 85.

(2) Da, n. 85. — Cf. Cass, 18 mars 1850, D. P. 50. 1. 101; mais rien dans l'arrêt ne montre qu'il y eût un véritable compte courant.

(3) Dietz, p. 72, 73. V. Cass. 18 févr. 1861, D. P. 61. 1. 245.

(4) Pard., n. 475. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 329 et suiv. Massé, n. 2274. Noblet, n. 63. Feitu, n. 101 et suiv. Dietz, p. 132. Helbronner, n. 38 et suiv. Da, n. 14 et suiv., 70 et suiv. Comp. Demang., t. II, p. 437. — C. com. ital., a. 345, 10.

(5) Notamment Delam. et Lepoitv., Feitu, Helbronner.

(6) Noblet, n. 63.

(7) Da, n. 17.

Source BIU Cujas

courant, qui suivant lui consisterait dans l'engagement de faire des versements réciproques et encaissements, sauf à régler à des époques déterminées. On peut dire sans lui faire injure, que le tribunal a pris quelque part une doctrine toute faite; il n'en a pas cherché la base dans des usages qu'il n'allègue même pas. — Il est d'ailleurs facile sur le terrain pratique de démontrer l'inexactitude du prétendu principe. Un commissionnaire et son commettant peuvent-ils travailler en compte courant? Personne ne songe à le nier, et c'est d'une pratique journalière (1). Or il est bien évident que les marchandises envoyées au commissionnaire pour être vendues ne deviennent pas sa propriété; le compte courant modifie bien certaines conséquences des contrats intervenus entre les parties, mais il ne peut changer l'essence de ces contrats, il ne peut pas faire un acheteur d'un mandataire ou d'un commissionnaire.

Au fond, voici la raison qui a pu amener à poser ce principe (2). Toutes les valeurs doivent être appréciées en argent pour être portées au compte (v. *suprà* n. 880 B); c'est d'une somme d'argent que le remettant est crédité; et le récepteur conserve pendant toute la durée du compte la libre disposition de cette somme, puisqu'elle cesse de faire l'objet d'une créance individuelle et exigible; c'est l'un des principaux avantages du compte courant. Or, dira-t-on, puisque toutes les valeurs, marchandises, effets à l'encaissement, ne figurent au compte que par leur prix, c'est donc qu'il y a vente; puisque le récepteur se débite du prix, c'est qu'il est devenu propriétaire; puisqu'il garde la libre disposition de ce prix, c'est qu'il n'en est pas simplement dépositaire. — La conclusion ne nous semble nullement rigoureuse : celui qui a reçu les effets se débite de leur montant, cela prouve qu'il le doit, aucun doute sur ce point. Mais le doit-il à titre de prix d'achat des effets, ou le doit-il comme comptable du prix qu'il a reçu ou recevra en vertu du mandat à lui donné de les vendre? C'est ce qui n'est nullement déterminé. Le consignataire qui reçoit des marchandises à vendre se débitera de leur prix après la vente, aussi bien que celui qui aura reçu ces marchandises à titre d'acheteur. — Mais, dit-on, il a la libre disposition des fonds; donc, les effets de commerce lui ont appartenu lors de leur remise! Nullement : on peut très bien en lui donnant un simple mandat de les toucher, et, en le constituant comptable du prix, lui laisser néanmoins la libre disposition de ce prix. — Nous disons donc : un banquier ou un autre correspondant, qui reçoit d'un négociant des effets de commerce en compte courant, *peut* en acquérir la propriété immédiatement, mais il *peut* aussi n'avoir qu'une procuration à l'effet de les encaisser; la question reste ouverte et se résoudra uniquement par la recherche de la volonté des parties (3), de la nature de l'endossement, etc. (v. *suprà*, n. 752, 764 et suiv.). Il deviendra dès lors superflu d'examiner, si l'existence du compte courant donnera à l'endossement irrégulier la vertu de transférer la propriété (4). La portée de cet endosse-

(1) M. Da, n. 80, admet formellement qu'un prêt, un dépôt, une commission, un louage peuvent donner lieu à un compte courant.

(2) Elle est indiquée en passant par M. Da, n. 17.

(3) V. Delam. et Lepoitv, t. III, n. 331. Helbronner, n. 44. Da, n. 27.

(4) Nous pensons avec M. Demangeat (t. II, n. 437) qu'il faut citer comme consacrant cette doctrine : Rej. 26 juill. 1865, D. P. 65. 1. 484 et suiv (3 arrêts, aff. Mirès); motifs :

Source BIU Cujas

ment sera uniquement déterminée par les règles ordinaires posées aux n°s 764 et suiv.

Une conséquence de notre doctrine, c'est qu'un compte courant peut être quelquefois formé par une personne qui n'aurait pas la capacité nécessaire pour aliéner les valeurs qui doivent y entrer (cf. *suprà*, n. 881 D.) (1).

Lorsque la propriété aura été transférée (ce qui arrivera souvent, nous le reconnaissons, en vertu de l'intention des parties), il est intéressant de signaler avec les auteurs les conséquences suivantes : — 1° la revendication des marchandises ou des effets ne sera plus possible, notamment en cas de faillite du récepteur (C. com. a. 574) (2); — 2° les risques de perte seront pour celui-ci (3); — 3° l'aliénation qu'en ferait le même récepteur ne pourrait être punie comme abus de confiance (4).

§ 2^e

Crédit donné en échange des remises.

883. Les remises sont, nous l'avons vu, toutes les opérations qui, de droit commun, rendraient le remettant créancier. En entrant en compte courant, il a consenti à voir chacune de ses créances futures remplacées par un crédit d'égale somme ; dorénavant la *cause* juridique de tous ses actes, ventes, consignations, endossements, etc., ne sera pas l'acquisition corrélative d'une créance actuelle, ce sera seulement l'obtention d'un crédit correspondant.

Le remettant devra être crédité au moment où, d'après les règles ordinaires de chaque contrat, il deviendrait créancier : en cas de dépôt d'argent, au moment du dépôt; en cas de paiement fait par lui pour son correspondant, au moment du paiennent; en cas de vente, au moment de la vente (5); en cas d'endossement translatif de propriété, au moment de l'endossement. Si l'aliénation est faite à crédit ou à terme, le crédit sera donné immédiatement, car l'acquéreur est immédiatement débiteur, quoique le paiement soit retardé. Mais, à moins de stipulation contraire, les intérêts ne devront commencer à courir qu'au jour du terme; il y aura lieu, dans la comptabilité que nous avons décrite, de prendre soin de ne faire courir les intérêts qu'à partir de ce moment : si, p. ex., des marchandises vendues le 1er mars ne sont payables qu'à deux mois, on les portera au compte le 1er mars, mais dans les colonnes consacrées aux intérêts, on portera à la colonne des dates, *valeur* 1er *mai*, et l'on calculera le *nombre* en conséquence. — Si les re-

« Il n'est pas *de l'essence* de ce contrat que le déposant se dépouille de la propriété des valeurs par lui fournies en garantie des avances. Il appartient aux juges du fait d'apprécier à cet égard les *conventions* des parties, et d'interpréter leurs intentions... » Un jugement, aux termes duquel la translation de propriété peut être conditionnelle, nous semble également reconnaître implicitement qu'elle n'est pas essentielle au compte courant : trib. com. Seine, 11 oct. 1854, Journ. de Teulet et Camberlin, t. II, p. 36 et 37.

(1) Dietz, p. 133. Helbronner, n. 81. Da, n. 76.

(2) Req. 14 mai 1862, D. P. 63, 1. 173. — *Contrà* : Helbronner, n. 15, 27. Da, n. 74.

(3) Da, n. 78.

(4) Douai, 21 avril 1862 (aff. Mirès), D. P. 62 1. 307. — Dietz, p. 131. Da, n. 77.

(5) Da, n. 90.

Source BIU Cujas

mises ne sont faites qu'avec mandat (ou commission) de vendre, ou de toucher des valeurs, régulièrement le crédit ne sera donné qu'au moment où l'opération sera réalisée, vente, encaissement, etc., d'autant que la plupart du temps on n'en connaît qu'alors le montant. Pourtant lorsqu'il s'agit d'effets de commerce remis à l'encaissement, on peut sans inconvénient, pour simplifier, passer les écritures dès la remise, *valeur* à l'échéance de l'effet; car d'une part on connaît déjà le montant à toucher, et d'autre part, la condition tacite qu'on appelle la clause *sauf encaissement*, et dont nous allons parler, empêche que les droits du récepteur ne soient compromis dans le cas où l'effet resterait impayé.

La quotité du crédit à donner est déterminée par la convention qui accompagne la remise, s'il s'agit d'une opération entre les deux correspondants; elle est de toute la somme dont le récepteur serait devenue créancier, s'il n'y avait pas de compte courant. Pour sa détermination nous n'avons qu'à renvoyer aux règles de chacun des contrats spéciaux qui peuvent intervenir (1). S'il s'agit de valeurs en consignation, le prix n'en sera déterminé qu'au moment de la négociation; c'est cette somme dont crédit sera donné au remettant.

Q. *L'écriture sur les livres est-elle nécessaire pour que les remises soient définitives?* — 1er S. *Oui*, il faut que l'article (crédit ou débit) soit porté au moins sur les livres de l'une des deux parties : — les remises n'ont pour cause que le crédit donné; elles sont donc nulles faute de cause, si ce crédit n'est pas réellement fourni; et il ne l'est que par l'écriture (2). — 2e S. *Non* (!) : — le crédit peut très bien être donné sans que l'écriture soit portée sur les livres, du moment qu'elle doit y être portée; les conventions sont obligatoires par le seul consentement (C. civ. a. 1134); par conséquent, une fois la remise faite, à quelque époque que le compte soit dressé le remettant a le droit d'y faire porter le crédit qui lui a été promis (3); il n'y a plus chez nous de contrat *litteris :* de même qu'on devient créancier, on peut devenir crédité, *solo consensu* (4).

883 A. Le crédit donné est-il absolument irrévocable? Il faut répondre négativement. — D'abord il peut se faire qu'il soit nul *ab initio*, comme n'ayant pas eu de cause : si la créance qui a été portée au compte était entachée de nullité, p. ex. pour cause de jeu (5), ou si le créancier n'avait pas le droit d'en disposer (6). — Supposons encore que des marchandises envoyées en compte courant soient ensuite refusées; le prix, dont le vendeur avait été crédité, devra être effacé de son crédit, car il n'a plus de cause. Cette annulation de crédit se fera au moyen de ce qu'on appelle une *contre-passation d'écritures*, c'est-à-dire en portant au débit du vendeur une somme égale à celle qui avait été indûment portée à son crédit; les règles élémentaires de la compta-

(1) Comp. Da, n. 90. 93.

(2) Delam. et Lepoitv., t. III. n. 488. Dietz, p. 91.

(3) M. Dietz le concède; cette concession détruit son principe.

(4) Caen, 8 juill. 1850, D. P. 55. 2. 19; Rouen, 28 janv. 1858, D. P. 58. 2. 104 (en cas d'inscription par un seul des correspondants). — Feitu, n. 162, 163. Da, n. 87.

(5) Troplong, *Contrats aléatoires*, n. 61, 196. Aub. et Rau, § 386, note 9. Feitu, n. 203. Da, n. 25. — Comp. Rouen, 15 juill. 1854, S. 55. 2. 169.

(6) V. un exemple : Cass. 25. juill. 1853, D. P. 53. 1. 341. Da. n. 26.

Source BIU Cujas

bilité montrent qu'on obtiendra ainsi le même résultat final qu'en effaçant le crédit, et nous avons dit qu'on ne doit jamais faire de ratures sur les livres. — Une objection pourrait être faite contre cette annulation de crédit; on dirait que la créance du prix, une fois fondue dans le compte, a perdu toute individualité, ce n'est plus une créance de vendeur, ce n'est qu'un élément du solde (v. *suprà* n. 880 A, et *infrà*, n. 884). Il faut répondre que cette confusion des dettes et des créances en un seul tout qui sera le solde exigible, ne se produit que pour l'avenir, et non pour le passé (v. *infrà hoc n°*;) plus précisément les créances se transforment bien en crédit par une espèce de novation; mais cette transformation, cette novation n'est possible que s'il existe une créance. Sans cela le crédit n'a pas de cause, et c'est par conséquent l'entrée même de la valeur dans le compte qui se trouve affectée d'un vice originaire. C'est d'ailleurs une règle élémentaire que, là où il n'y a pas de créance préexistante, il ne saurait y avoir novation.

La même solution s'appliquerait, si l'acheteur, qui a crédité le vendeur, se trouvait évincé des objets achetés; car le crédit aurait été donné sans cause au vendeur. Il n'est pas inutile de noter que cette annulation de crédit, comme l'annulation de la créance du vendeur ou la restitution du prix dans la vente ordinaire, sont trois formes de la même opération, et représentent le premier chef de l'obligation de garantie incombant au vendeur (C. civ, a. 1630, 1°, et 1631).

Ce sont les mêmes principes que nous allons voir appliqués par la condition tacite « *sauf encaissement* » qui est toujours sous-entendue dans le crédit donné lors d'une remise en effets de commerce.

De la condition sauf encaissement.

Dans le cas où une remise en compte courant est faite en effets de commerce la pratique commerciale, souveraine en notre matière, sous-entend toujours la clause **sauf encaissement**, c'est-à-dire que le crédit n'est, sauf convention formelle contraire (1), donné par celui qui reçoit l'effet que sous condition résolutoire pour le cas où l'effet ne serait pas encaissé à l'échéance. Les tribunaux de commerce le décidaient constamment ainsi; les cours d'appel ont hésité; enfin cette solution a depuis longtemps triomphé définitivement devant la cour de cassation (2). C'est l'application au contrat de compte courant de la condition résolutoire (3) sous-entendue dans tout contrat synallagmatique, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses engagements (C. civ., art. 1184); le crédit donné a été donné sans cause, puisque la valeur, en échange de laquelle il avait été donné, se trouve avoir été nulle et que le récepteur ne saurait en devoir compte au remettant. C'est comme si l'on

(1) Feitu, n. 131 et suiv. Helbronner, n. 54. Da, n. 118.

(2) Req. 10 janv. 1872, D. P. 72. 1. 102, etc. — Demang., t. II, p. 439. Delam. e Lepoitv., t. III, n. 336. Massé, n. 2307 et suiv. Feitu, n. 134 et suiv. Noblet, n. 93 et suiv. Dietz, p. 146 et suiv. Helbronner, n. 50 et suiv. Da, n. 93 et suiv. C. com. ital., a. 345, 1°, 1.

(3) La clause *sauf encaissement* est bien dans l'usage une condition résolutoire et non une condition suspensive : Req. 14 mai 1862, D. P. 63. 1. 173. Helbronner, n. 62. — *Contrà* : Paris, 21 avril 1849, D. P. 49. 2. 251.

Source BIU Cujas

avait crédité le remettant en recevant de lui un billet de banque faux (1). — Cette clause autorise celui qui a reçu l'effet et qui n'a pas été payé à l'échéance à annuler, par une contre-passation d'écritures, le crédit donné en trop au remettant, c'est-à-dire à porter la même somme à son débit. Elle est le correctif de l'anticipation du crédit accordé avant qu'on n'eût touché l'effet.

Nous reproduisons ici l'observation, faite plus haut, que la contre-passation d'écritures n'est qu'une conséquence du recours en garantie appartenant au récepteur contre le remettant, endosseur de l'effet; car la rédhibition du prix est le premier chef de l'obligation de garantie et c'est parce qu'il ne doit pas garder le prix que l'endosseur ne peut pas conserver le crédit qui lui a été donné indûment. Nous avons vu ailleurs (n. 753) que la garantie porte ici non seulement sur l'existence de l'effet, mais sur son paiement intégral à l'échéance. — Nous insistons sur cette observation, parce qu'elle nous donnera la clef de plusieurs difficultés; c'est pour n'avoir pas su rattacher aux principes généraux la clause *sauf encaissement*, que les auteurs ont été fort embarrassés quand il s'est agi d'en régler les effets en détail (2).

On a fait, à l'application de la clause sauf encaissement, une objection tirée de l'a. 136 C. com., aux termes duquel l'endossement transfère la propriété de l'effet; on en a conclu que cette translation de propriété ne peut pas être révoquée, résolue par un fait postérieur, le non paiement. — Sans nous arrêter aux raisons qui ont été données par les auteurs (3), nous répondons simplement qu'il ne s'agit pas de résoudre la vente, mais de résoudre, *in parte quâ*, le contrat de compte courant, en annulant le crédit donné sans cause. Et le crédit est sans cause parce que le prix ne doit pas être gardé par l'endosseur (C. com. a. 140); il ne s'agit nullement ici de décider si la vente subsiste on non.

La portée de cette clause, *sauf encaissement*, va jusqu'à permettre de passer l'article au débit du remettant même *après la faillite* de celui-ci, quoique à ce moment aucune créance nouvelle ne puisse plus naître contre la masse de ce dernier, ni éteindre par compensation ses créances antérieures (C. com. a. 443): — en effet la créance née du non paiement de l'effet n'est pas une créance nouvelle née depuis la faillite; c'était, avant cette faillite, une créance conditionnelle; la condition seulement s'est réalisée postérieurement à la faillite; or, il est de principe qu'une créance conditionnelle antérieure à la faillite, mais confirmée postérieurement par l'arrivée de la condition, doit figurer au passif avec effet rétroactif (v. n. 911); (4) — plus exactement, en allant au fond des choses, la dation de crédit a été nulle *ab initio*; la constatation de cette nullité rétroagit au jour de la remise; et cette solution est vraie, même dans

(1) Dietz, p. 150.

(2) Dès le début, ils cherchent à expliquer pourquoi cette clause est sous-entendue, et ils disent qu'on ne l'exprime pas, parce que les bons rapports entre commerçants ne permettent pas de prévoir qu'un effet remis par l'une des parties ne sera pas payé: Dietz, p. 151. Helbronner, n. 59. Da, n. 96. Pourtant on n'a pas à rougir d'être exposé à recevoir et à transmettre un effet de commerce d'une valeur douteuse.

(3) Helbronner, n. 53 et suiv. Da, n. 94 et suiv.

(4) Rej. 10 janv. 1872, D. P. 72. 1. 102. — Massé, n. 2308 et suiv. Feitu, n. 148 et suiv. Helbronner, n. 68. Da, n. 99 et suiv. — *Contrà :* Paris, 22 janv. 1851, *J. Pal.* 51. 1. 646.

Source BIU Cujas

notre doctrine qui rattache la contre-passation à l'obligation de garantie, car cette obligation prend naissance au moment de l'aliénation, et non pas au moment de l'éviction ; celle-ci ne fait que réaliser une condition de l'obligation initiale de garantie.

Le récepteur, dont le compte est débiteur, a intérêt à exiger cette contre-passation d'écritures qui annulera l'article indûment porté au débit de son compte ; car, de cette façon, il recouvrera cette somme intégralement, en la déduisant tout entière du solde qu'il doit à la faillite ; tandis qu'autrement il devrait payer ce solde en entier, et pourrait seulement obtenir un dividende en se portant créancier du montant de l'effet impayé. — On a combattu cette doctrine, en alléguant qu'on arrivait ainsi à constituer un privilège à son profit, sans texte de loi. Il faut répondre que ce n'est pas un privilège, mais la résolution d'un droit constitué sans cause. — On a dit aussi que c'était un moyen d'établir une compensation volontaire à une époque où elle est interdite par la loi (C. com. a. 443 ; 446, 3e al.). Nous répondons que ce n'est pas une compensation, ainsi que nous le démontrerons en étudiant l'indivisibilité du compte courant (n. 844).

Q. *Le récepteur peut-il passer aussi au débit de l'endosseur failli les frais de protêts, intérêts, et autres dommages résultant du non paiement ?* Il en est créancier, cela ne fait aucun doute (a. 181) ; il en est créancier comme conséquence des opérations du compte courant ; il pourrait donc certainement, si l'endosseur était *in bonis*, l'en débiter (1). Mais, après la faillite de celui-ci, on ne peut acquérir aucune créance nouvelle contre le failli. Cette objection a paru péremptoire à la plupart des auteurs ; car suivant eux, la créance de ces frais et dommages-intérêts est née d'un fait postérieur à la faillite, le non paiement (2). Pour nous, cette créance naît de l'obligation de garantie ; l'art. 164, qui est développé par l'a. 181, est formel en ce sens ; or l'obligation de garantie est née au moment même de l'endossement, par conséquent avant la faillite de l'endosseur ; donc elle peut produire son effet complet, lorsque la condition du non paiement s'est réalisée, même après cette faillite ; — l'a. 552 vient à l'appui de cette démonstration, car il donne au porteur recours contre les faillites de tous ses coobligés, recours pour toute sa créance, sans distinguer entre le capital et les frais, sans distinguer, si le non paiement a eu lieu avant ou après la faillite des garants (3).

Les auteurs qui regardent tous (sans discussion) le droit de contre-passation, comme distinct de l'action en garantie, sont obligés de se demander si ces deux droits peuvent exister concurremment, et de discuter, pour répondre, des hypothèses nombreuses (4). De plus, comme ils ont laissé entendre pour la plupart que la contre-passation est une *résolution de l'endossement*, ils rencontrent une grave objection à ce que le récepteur puisse contre-passer, c'est-à-dire résoudre la cession, lorsqu'il a exercé ses droits de porteur fondés sur

(1) Spécialement les intérêts de l'effet contre-passé peuvent être comptés du jour du non paiement et non pas seulement du jour du protêt : Rej. 8 mars 1853, D. P. 54. 1. 386.

(2) Dietz, p. 158, 159. Helbronner, n. 73, 74. Da, n. 103.

(3) *Sic* pour d'autres motifs : Feitu, n. 152.

(4) Dietz, p. 150, 157, 172, 183. Feitu, n. 152 et suiv. Helbronner, n. 65 et suiv. Da, n. 105, 106.

Source BIU Cujas

cette même cession (1). — Pour nous, qui voyons dans la contre-passation l'exercice même de l'action en garantie et des droits du porteur, toutes ces difficultés disparaissent; et nous pouvons donner cette formule simple : le récepteur peut faire la contre-passation toutes les fois qu'il peut exercer le recours de l'a. 164 contre le remettant, et dans la mesure où il le peut, à la seule condition de ne pas l'exercer deux fois contre lui.

Voici les principales hypothèses, où malgré les discussions soulevées nous admettons la contre-passation : — le récepteur, resté porteur à l'échéance a fait protêt et se retourne immédiatement contre le remettant; ce cas ne peut faire difficulté, c'est l'application la plus simple de la clause sauf encaissement; — le récepteur a négocié l'effet, il en a donc touché la valeur en l'endossant, mais après le protêt et sur le recours du porteur, il l'a remboursé en tout ou en partie; il a recours contre le remettant, il pourra donc contre-passer pour toute la somme qu'il aura remboursée; il a donné en trop le crédit de toute cette valeur (2);—après avoir remboursé l'effet, il a recouru d'abord contre un endosseur antérieur au remettant ou contre le tireur; mais il n'a pas été remboursé intégralement; il peut contre-passer pour tout ce qui lui manque, puisqu'il a toujours recours contre le remettant en vertu de la solidarité (a. 140) (3); — il en est de même si le tiers porteur s'était lui-même adressé de prime abord à un endosseur antérieur au remettant, et que cet endosseur ait recouru contre le récepteur (4). — Les auteurs examinent en outre le cas, où il aurait déjà recouru contre le remettant et demandent s'il pourra contre-passer pour tout ce qu'il n'aura pas obtenu de lui (5). La question nous semble mal posée; car, en fait, il ne s'avisera pas de poursuivre le remettant si la contre-passation est possible utilement; il commencera par contre-passer, et il agira ensuite directement pour le surplus, s'il n'est pas couvert par la contre-passation, c'est-à-dire si le solde qu'il doit n'est pas égal au remboursement auquel il a droit. — Enfin on peut supposer que le tiers porteur a poursuivi le remettant, puis s'est retourné contre le récepteur, et enfin que celui-ci veut faire la contre-passation pour se rembourser de ce qu'il a payé au porteur. Le peut-il? Pour résoudre la question, il faut remarquer que le remettant est nécessairement en faillite, sans cela le porteur aurait été payé intégralement par lui; dès lors s'applique la règle qu'une même créance ne peut figurer deux fois au passif du même failli (a. 543); le récepteur ne pourrait pas poursuivre le failli en garantie; puisque suivant nous la contre-passation n'est

(1) Feitu, n. 143-146, 153. Dietz, p. 156 et suiv. Helbronner, n. 73-76. Da, n. 102, 113, etc. — Ils décident que le récepteur ne peut faire la contre-passation qu'en rendant l'effet, et en justifiant qu'il a fait toutes les diligences pour en conserver la valeur. V. pourtant, Da, n. 115. *Contrà* : Req. 12 avril 1876, D. P. 78. 1. 86 (cet arrêt est rendu dans une hypothèse où l'effet avait reçu une affectation spéciale, mais ces faits ne nous semblent pas de nature à influer sur la décision).

(2) Req. 25 juin 1862, D. P. 62. 1. 479. Feitu, n. 145, 161. Massé, *Dr. commer.*, n. 2316. Dietz, p. 159, 160. Helbronner, n. 66, 74. Da, n. 104. — *Contrà :* Massé, *Rev. de législation*, 1846. Devilleneuve, sous Req. 15 mars 1848 S. 48. 1. 257.

(3) Feitu, n. 154. Da, n. 112, 113, 115. — *Contrà :* Dietz, p. 183, et suiv.

(4) Feitu, n. 144, 146. Da, *loc cit.* — *Contrà :* Dietz, *loc. cit.*

(5) Feitu, n. 146. Da, *loc cit.* — *Contrà :* Dietz, *loc. cit.*

Source BIU Cujas

que l'exercice de l'action en garantie, il ne pourra pas contre passer (1).

Ces principes, et notamment l'application pure et simple, de l'a. 543, permettront de résoudre les difficultés qui se présentent, si l'on complique la situation en supposant la faillite du récepteur, et même celle des autres signataires de l'effet de commerce. Nous ne pouvons examiner complètement toutes ces questions (2). La contre-passation est possible lors même que l'effet aurait été transmis au récepteur en vertu d'une opération d'escompte proprement dite (v. n. 694 et suiv.). On a soutenu le contraire en prétendant que l'escompte est une acquisition à forfait, qui ne peut être résolue à défaut de paiement (3). Mais nous avons dit que la contre-passation n'est pas une résolution de la cession ; l'escompte donne parfaitement lieu à garantie; cela nous suffit (4). — S'il y avait exceptionnellement, et en vertu d'une clause formelle *escompte à forfait* (v. n. 758), alors cette clause serait une exculsion formelle de la condition sauf encaissement; elle devrait être respectée.

Nous avons supposé jusqu'ici que c'était le récepteur qui invoquait la clause sauf encaissement. **Q.** *Le remettant le pourrait-il réciproquement?* Il y aurait intérêt, si le solde était à son profit et que le récepteur fût en faillite ; car il serait dispensé de reverser à la faillite le montant de l'effet non payé, et il diminuerait par la contre-passation le montant du solde sur lequel il subit, comme tous les créanciers, la réduction imposée par la faillite. — Mais il ne saurait être admis à la contre-passation : — il est en faute d'avoir négocié de mauvaises valeurs; sa faute ne peut lui donner des droits; — la condition résolutoire de l'a. 1184. C. civ., ne peut jamais être invoquée par celui qui n'a pas rempli ses engagements; il ne peut donc faire résoudre le crédit qui lui a été donné; — au point de vue de la garantie, il la doit, mais on ne la lui doit pas pour ces faits (5).

Seulement, si le récepteur avait fait la contre-passation et qu'elle eût été acceptée par le remettant, on ne pourrait plus revenir sur un accord librement formé.

§ 3

Effets des remises.

884. Nous trouvons ici l'application des effets essentiels du compte courant, l'*indivisibilité*, et la *novation* qui s'y rattache. Nous n'avons qu'à développer ces deux principes.

(1) Même solution, mais pour d'autres motifs : Dietz, p. 170, 172, 183. Da. n. 105, 106. — *Contrà :* Rej. 10 août 1852, D. P. 52. 1. 214, etc. Helbronner, n. 75, 77. Feitu, n. 162 et suiv., 181.

(2) V. les mêmes auteurs.

(3) Req. 16 mars 1858, D. P. 58. 1. 199. Da, n. 118.

(4) Dietz, p. 153.

(5) Req. 12 mars 1862, D. P. 63. 1. 173; Grenoble, 8 mars 1872, S. 72. 2. 142, etc. Feitu, n. 184 et suiv. Dietz, p. 189 et suiv. Helbronner, n. 82. Da, n. 100. — *Contrà :* Paris, 23 février 1850, D. P. 54. 5. 174.

Source BIU Cujas

I. — Indivisibilité du compte courant.

Elle consiste, ainsi que nous l'avons dit plus haut, en ce que toutes les créances portées à ce compte perdent par là même leur individualité propre, n'ont plus une existence distincte, mais font partie d'un tout indivisible, le compte courant, dans lequel elles constituent seulement des articles du crédit et du débit, les éléments du solde final, qui deviendra seul une créance véritable et exigible (1).

Les créances perdent leur individualité propre, de sorte qu'on ne peut plus appliquer divisément à chacune d'elles les règles données, notamment par le code civil, pour les créances.

Ainsi elles ne peuvent plus faire séparément l'objet de *poursuites en justice* (2), ni par conséquent servir de cause à une *saisie* ou à toute autre voie d'exécution (3).

Elles ne peuvent non plus être frappées de *saisies-arrêts;* la L. 24 germinal an X, art. 33, dit qu'aucune opposition n'est admise sur les sommes déposées en compte courant dans les banques autorisées, mais cette disposition ne fait qu'appliquer le droit commun en matière de compte courant, et il faut la généraliser (4).

Elles ne peuvent pas faire l'objet d'un *paiement* proprement dit : si celui dont le compte est débiteur remet une somme à l'autre partie, la somme sera simplement portée à son crédit, et diminuera d'autant son débit, mais sans être affectée spécialement à l'extinction de telle créance déterminée (5). Par suite, on n'appliquera pas les règles de l'imputation des paiements (C. civ., art. 1256) (6). Les remises ne tomberont pas sous le coup de l'art. 446, C. com. (7); nous étudierons sous cet article (n. 907) les difficultés qu'il peut faire naître. — Les remises en marchandises ne sont pas non plus des dations en paiement, ce qui présentera aussi de l'intérêt au point de vue de l'application de l'a. 446.

Il n'y a pas lieu de leur appliquer les règles de la *compensation* dans les termes de l'art. 1287, C. civ.: sans doute toutes les sommes portées au compte sont destinées à se compenser et à se fondre dans le solde ; mais une somme

(1) Cass. 6 mai 1868, D. P. 68. 1. 316.

(2) Poitiers, 10 fév. 1857, D. P. 57. 2. 162. — Feitu, n. 244. Da, n. 39.

(3) Poitiers, 10 févr. 1857, D. P. 57. 2. 162.

(4) Paris, 27 janv. 1855, D. P. 55. 2. 241. — Demang., t. II, p. 443. Feitu, n. 245. Helbronner, n. 112 et suiv. Da, n. 42.

(5) M. Da, n. 40, pour montrer que les remises ne sont pas des paiements, fait remarquer qu'elles *commencent* à produire des intérêts. Comme cette production d'intérêts a pour effet le plus souvent d'annuler simplement les intérêts d'une pareille somme au crédit, la raison n'est pas bien péremptoire. — M. Dietz, p. 109, dit que ce sont des *avances;* mais c'est forcer le sens des mots que de parler d'avances de la part de celui qui est débiteur en compte: Da, n. 16. Les remises sont, comme nous l'avons dit, la *cause* juridique du crédit donné.

(6) Req. 18 déc. 1871, D. P. 72. 1. 100. — Demang., *ibid.* Massé, n. 2178. Feitu, n. 234. Noblet, n. 75. Dietz, p. 88 et suiv., 118. Helbronner, n. 102. Da, n. 42.

(7) Req. 15 févr. 1875, D. P. 76. 1. 318. Rapport de M. Tripier à la chambre des pairs, en 1838, dans Demang., t. V. p. 230, note 1. Béd., *Faillites*, n. 117. Demang., t. V, p. 230. Dietz, p. 110 et suiv. Feitu, n. 247 *bis*. Da, n. 31. — *Contrà :* Al. n. 2512, 2513.

Source BIU Cujas

du crédit ne se compense pas spécialement avec une autre somme du débit (1); deux créances égales, liquides et exigibles, ne s'éteindraient pas réciproquement et immédiatement; elles continueront à produire intérêt jusqu'à la clôture du compte ; et peut-être à des taux différents, ce qui est caractéristique (2). La compensation individuelle des créances détruirait l'essence du compte courant ; le compte ne courrait plus: un compte arrêté, c'est-à-dire soidé par la compensation du crédit et du débit est l'opposé d'un compte qui court (3). D'autre part, une somme, même non exigible, pourra entrer dans le compte et contribuer à la compensation *sui generis* qui s'y opère; par exemple celui qui aura accepté une traite tirée par l'autre se créditera dès le jour de l'acceptation, et non pas seulement du jour où il l'aura payée, sauf à ne compter les intérêts que du jour du paiement (4).

Enfin un prix de vente qui pouvait être *revendiqué* dans la faillite du commissionnaire, tant qu'il n'était pas payé, cessera de pouvoir l'être s'il a été passé en compte courant entre le commissionnaire et l'acheteur, du moins dans certaines conditions qui résultent de l'a. 575 (v. n. 1003).

Tous les effets, qui sont ainsi enlevés aux créances diverses qui entrent dans le compte, seront transportés sur le solde, comme nous le verrons à la section 5e.

884 A. Mais il est très important de noter que le contrat de compte courant, comme toutes les conventions, ne produit d'effets qu'entre les parties contractantes (C. civ. a. 1165). Il s'ensuit nécessairement que l'indivisibilité ne peut pas être opposée **aux tiers** (5).

Les tiers, qui peuvent méconnaître les effets du compte courant, sont ceux-là seulement qui ont acquis des droits sur une créance avant l'entrée de cette créance dans le compte; p. ex. celui à qui la créance aurait été cédée et qui aurait signifié la cession ou l'aurait saisie-arrêtée avant cette époque.

C'est par cette observation qu'il faut résoudre la question suivante : **Q.** *une créance portée au compte peut-elle servir de provision à une lettre de change?* question résolue trop absolument par les auteurs (6). Si la lettre de change a été émise avant l'entrée au compte courant, le porteur qui est censé cessionnaire de la créance du tireur contre le tiré, pourra méconnaître l'indivisibilité du compte courant; il sera propriétaire exclusif de cette créance (v. *suprà*, n. 772 et suiv.). Mais si la lettre est tirée après le commencement du compte, il ne suffit pas que le solde soit créditeur en faveur du tireur au mo-

(1) Dietz, p. 123. Helbronner, n. 104 et suiv. On peut objecter que l'art. 575, C. com. parle de prix « compensé en compte courant » (V. Béd., *Faillites*, n. 1133); mais il ne vise que la compensation *sui generis* dont nous parlons nous-même : Demang., t. III, p. 443. Da, n. 44.

(2) Demang., t. II, p. 443. Cf. Massé, n. 2275.

(3) Helbronner, n. 101, et Dietz, p. 124, qui définit le compte courant « une prorogation conventionnelle de la compensation. »

(4) Colmar, 7 mai 1850, D. P. 55. 2. 229.

(5) Dietz, p. 78. Da, n. 47.

(6) V. Dietz, p. 78 et suiv. Da, n. 47 et suiv. — Il est bien entendu que nous écartons l'hypothèse où une remise aurait été faite avec affectation spéciale à la provision de cette lettre de change; dans ce cas, elle serait restée en dehors du compte courant (v. *suprà* n. 881,B, *in fine*): Rouen, 24 avril 1845, D. P 47. 2.201.

Source BIU Cujas

ment de l'échéance, pour qu'on puisse dire qu'il y a provision. Car le porteur n'a pas pu acquérir plus de droits que n'en avait le tireur au moment de l'émission de la traite, et alors il n'avait pas de droit à exiger le solde avant la clôture du compte et indépendamment des compensations résultant des remises ultérieures ; le porteur ne pourra donc pas l'exiger (1).

Telle est du moins la solution théorique ; mais il faut encore tenir compte, soit de la teneur de la convention de compte courant, soit des événements qui font naître la question. — D'abord d'après la convention de compte courant, si le paiement des traites émises par le tireur est compris dans les opérations en vue desquelles cette convention est faite ; il est évident que le tiré est obligé envers le tireur à les payer jusqu'à concurrence au moins du solde disponible ; il y a provision dans cette mesure (2). La solution donnée plus haut s'appliquerait au contraire, si p. ex., le compte n'est ouvert qu'en vue seulement de remises réciproques en marchandises, ou si les remises ont reçu une affectation spéciale (3). — D'un autre côté, l'un des principaux intérêts de la question de savoir s'il y a provision, est la propriété que le porteur peut réclamer sur elle : or cet intérêt ne se présente qu'au cas de faillite du tireur. Mais dans ce cas le compte est arrêté par cette faillite ; aucune remise ne peut plus être faite ; le solde est devenu exigible (4), il peut dès lors servir de provision.

Parmi les tiers auxquels on ne pourra opposer l'indivisibilité, on a encore signalé très justement le fisc, spécialement au point de vue des droits d'enregistrement : sur chacun des articles du compte on doit payer le droit d'obligation de 1 %, aux termes de la L. 22 frim. an VII, a. 69, § 3, 3° ; (5) il y a là en effet « *acte ou écrit contenant obligation de somme,* » et la convention de compte courant qui en modifie l'exigibilité *inter partes*, n'empêche pas qu'il n'y ait au moment de chaque remise une véritable transmission de valeur, qui tombe certainement sous le coup de la loi fiscale (6). C'est ce qui est nécessairement impliqué par l'a. 5. de la L. 23 août 1871 (v. n. 888).

Mais on a souvent exagéré la portée de cette règle que l'indivisibilité n'est pas opposable aux tiers, et l'on y a rattaché des solutions qui découlent d'autres principes. — Ainsi, c'est par interprétation de la convention, même *inter partes*, que l'action paulienne ou révocatoire de l'a. 1167 C. civ., peut être intentée par l'un des correspondants contre les actes que ferait l'autre en fraude de ses créanciers (7). La question est de savoir s'il était créancier au moment où l'acte a été fait ; or d'après la convention même, il est créancier conditionnel : cela suffit. — C'est en vertu du texte et de l'esprit de l'a. 1084 C. civ., que l'individu qui fait une donation de biens présents et à venir,

(1) M. Da arrive à peu près à la même solution par les distinctions qu'il fait : Da, n. 48. — *Contrà :* Dietz, p. 80. — Comp. Lyon, 9 août 1848, D. P. 49. 2. 167.

(2) C'est ce que n'observent pas les auteurs.

(3) C'est le cas qui s'est présenté le plus fréquemment en jurisprudence : v. Req 24 mars 1869, D. P. 75. 5. 103, et les renvois.

(4) Encore une observation qui a échappé aux auteurs.

(5) Avec la modification introduite par la L. 23 août 1871, a. 5. V. *infra*. n. 888

(6) Cass.. ch. réun., 16 janv. 1872, D. P. 72. 1. 103, etc.

(7) Req. 12 nov. 1872, D. P. 74. 1. 78. — Da, n. 51.

Source BIU Cujas

doit comprendre dans l'état de ses dettes présentes le solde d'un compte courant qui le constituerait débiteur à ce moment (1). Il doit en effet présenter un tableau exact de sa situation passive, et ce solde en fait partie. — Enfin, c'est par l'interprétation du contrat spécial de cautionnement, qu'il faut fixer les obligations du tiers qui a cautionné l'un des correspondants (2); c'est par interprétation de la convention d'hypothèque, intervenue entre les correspondants qu'il faut en fixer la portée (3). Il faudra examiner pour les deux conventions, si elles garantissent une créance déterminée, avant ou après son entrée dans le compte, ou bien le solde à un terme fixé d'avance, ou enfin le solde à quelque époque que le compte soit clos. Nous retrouverons plus loin ces différentes hypothèses.

II. — **Novation.**

885 La novation résulte de l'indivisibilité : les créances perdent leur existence propre dès leur entrée en compte courant; elles sont remplacées pour le créancier par des articles de crédit qui se condenseront dans la créance du solde (4). Et cette créance aura souvent des caractères très différents de ceux des créances qui la composent, et qui peuvent d'ailleurs présenter déjà entre elles des différences considérables.

Ainsi une créance née d'une lettre de change ou d'un billet à ordre commercial, une fois portée au compte, cessera d'être prescriptible par cinq ans; le solde où elle sera fondue ne sera soumis qu'à la prescription de trente ans (5). — Il en sera de même d'une créance d'intérêts portée dans le compte. (Cf. C. civ. a. 2277).—Et les intérêts d'une dette propre à l'un des époux, si elle est portée à son compte courant, cesseront de pouvoir être poursuivis contre la communauté (malgré l'a. 1409, 3°) (6), sauf la récompense due à l'époux par son conjoint. — La même solution devrait être donnée pour une dette grevant un usufruit à titre universel.

Ainsi encore une créance civile, inscrite dans un compte courant commercial, perdra son caractère civil, et le solde qu'elle aura contribué à former sera une créance purement commerciale, produira des intérêts au taux du commerce et réciproquement (7).

Comme conséquences du même principe : — le vendeur dont la créance est portée en compte, perd le droit de résolution pour non paiement du prix, puisque sa créance est acquittée par le crédit donné (8); — un mandataire, débité de ce qu'il doit, cesse d'être obligé comme mandataire et exposé à la poursuite correctionnelle pour abus de confiance (C. P. a. 408) (9); — si un

(1) Req. 13 nov. 1861, D. P. 62. 1. 26. — Dietz, p. 80. Helbronner, n. 115. Da, n. 50.
(2) V. Dietz, p. 84. Da, n. 58.
(3) V. Feitu, n. 251. Dietz, p. 81. Helbronner, n. 114. Da, n. 55 et suiv.
(4) Pard., t. I, p. 89 *in fine*. Delam. et Lepoitv., t. V, p. 255. Demang., t. II, p. 440, 441. Dietz, p. 90 et suiv. Helbronner, n. 86. Da, n. 24 et suiv. — C. com. ital., a. 345, 1°.
(5) Rej. 10 janv. 1872, D. P. 72. 1. 102. — Feitu, n. 231. Dietz, p. 107, 285. Helbronner, n. 98.
(6) Besançon, 22 juin 1864, D. P. 64. 2. 119. — Dietz, p. 105.
(7) Rej. 8 mars 1853, D. P. 54. 1. 336. — Feitu, n. 232. Dietz, p. 63.
(8) Dietz, p. 101. Sauf possibilité de réserves qui devraient être très formelles.
(9) Dietz, p. 96.

Source BIU Cujas

commettant a passé au compte de son commissionnaire le prix d'une vente faite par celui-ci, il cesse de pouvoir poursuivre directement le tiers acheteur; car en débitant le commissionnaire, il est censé avoir reçu de lui le prix; c'est donc dès lors le commissionnaire qui est chargé de le recouvrer contre le tiers (1).

La prescription d'une créance sera aussi interrompue par son entrée dans le compte (2).

Un autre effet important résultant de la novation produite par l'entrée d'une créance dans le compte courant, c'est l'extinction des accessoires de cette créance : du cautionnement, des hypothèques (C. civ. a. 1278; 1281, 2e al.) (3). Mais il faut, bien entendu, pour que cet effet s'opère, que la créance soit née avant l'entrée en compte; car si la caution ou l'hypothèque garantissait directement un article du compte considéré comme tel, la garantie, qui commence à exister au moment de l'entrée en compte, ne peut pas disparaître à ce moment; nous verrons plus tard l'effet qu'elle produirait. Il faut supposer aussi que ces garanties n'ont pas été expressément réservées lors de l'entrée au compte et transportées sur le solde; comme le prévoient les art. 1278 et 1281 C. civ. (4). Il pourra se faire aussi que la créance soit, par une convention formelle, exclue du compte, ainsi que nous l'avons dit aux nos 881 B, et 881, C; et cette convention se présumera facilement, à raison de l'intérêt qu'a le créancier d'empêcher l'extinction des accessoires (5). — Par application de ces principes, l'entrée en compte d'une créance née d'une lettre de change exigible, libérera tous les garants qu'un paiement intervenu entre les parties aurait libérés (6). Si la créance d'un prix de vente est portée en compte, le privilège du vendeur sera éteint.

Pour que ces effets si graves se produisent, il est nécessaire que la créance soit bien certainement entrée dans le compte, et par l'accord des deux parties. Comment prouvera-t-on ce fait? Il est possible d'abord que la convention originaire de compte courant ait nettement précisé les opérations pour lesquelles les parties entraient en compte; si la créance est comprise dans ces opérations, elle y sera certainement entrée et un seul des correspondants n'aurait pas pu faire obstacle à cette entrée (v. *suprà* n. 882, A). En dehors de ce cas, qui est le plus simple, il pourra y avoir eu une convention spéciale, le plus habituellement un échange de lettres. Enfin, à défaut de ces faits, l'entrée en compte sera certaine quand un des arrêtés de compte périodiques (annuels, semestriels ou trimestriels), comprenant cette créance, aura été envoyé par l'une des parties, et accepté par l'autre, expressément ou tacitement (v. *infrà* n. 886 C).

(1) Dietz, p. 95.

(2) Dietz, p. 285.

(3) Rouen, 18 déc. 1856, D. P. 57. 2. 257; Besançon, 22 juin 1864, D. P. 64. 2. 119. - Dietz, p. 101 et suiv. Helbronner, n. 90. Da, n. 34, 54.

(4) Mêmes auteurs.

(5) Dietz, p. 97 et suiv. Helbronner, n. 86.

(6) Da, n. 34.

Source BIU Cujas

SECTION IV.

FONCTIONNEMENT DU COMPTE.

886. Pour que le compte fonctionne il doit y entrer, outre les remises qui en sont l'aliment principal, d'autres éléments secondaires qui ont aussi leur importance en droit. Ce sont : — *les intérêts*, condition du crédit que se font les parties; — les droits accessoires, perçus par les banquiers, *escomptes, changes* et *commissions*; — et les *arrêtés de compte* périodiques, qui modifient en l'éclaircissant la situation des deux correspondants.

§ 1er

Des intérêts.

886 A. C'est une règle fondamentale du compte courant que les intérêts courent de plein droit, sans stipulation générale ou spéciale, pour toutes les sommes, dès leur entrée dans le compte. Il y a là une certaine dérogation à l'a. 1153 C. civ., puisque la convention qui fait courir les intérêts est souvent tacite, et résulte du seul fait de travailler en compte courant. Cette dérogation est fondée sur usage constant, dont nous avons établi l'autorité prépondérante en droit commercial, surtout pour ce qui concerne l'interprétation de la volonté des parties (1). Elle est imposée d'ailleurs par les nécessités de la vie commerciale : l'argent ne doit jamais rester improductif; et les intérêts sont le prix légitimement payé par celui à qui l'on assure la libre disposition des sommes dont il est débité. C'est surtout pour tenir compte de ces intérêts qu'on emploie la comptabilité spéciale qui a été décrite plus haut (2).

Cette règle s'applique sans difficulté lorsque le compte courant est commercial, c'est-à-dire consacré en majeure partie à des opérations commerciales; peu importe que l'un des correspondants ou tous les deux, ne soient pas commerçants de profession. — Nous pensons qu'il faut l'appliquer même au compte courant civil : — la règle est fondée sur l'intention des parties; or il est à croire jusqu'à preuve contraire qu'en empruntant au commerce ce contrat, les parties ont voulu le prendre tout entier avec ses éléments ; — ce qui frappe le plus ceux qui travaillent en compte courant, c'est la comptabilité spéciale à laquelle il donne lieu (nous avons dit que des auteurs n'y voient pas autre chose); or cette comptabilité est essentiellement caractérisée par le calcul des intérêts (v. *suprà*, n. 875 et suiv.); les contractants y ont donc pensé principalement (3).

(1) Req. 12 juin 1876, D. P. 78. 1. 151, etc., etc. — Delam. et Lepoitv., t. III, n. 337. Dufour, *op. cit.*, p. 25. Demang., t. II, p. 447. Massé, n. 2274. Feitu, n. 258 et suiv. Dietz, p. 198 et suiv. Helbronner, n. 118 et suiv. Da, n. 119 et suiv. — C. com. ital., a. 345, 3°.

(2) Pourtant il pourrait y avoir compte courant lors même que les écritures des parties ne contiendraient pas le calcul des intérêts : Montpellier, 15 mai 1872, D. P. 74. 2. 165.

(3) Feitu, n. 263. Da, n. 120. — *Contrà* : Dietz, p. 205. Helbronner, n. 122.

Source BIU Cujas

Le taux peut être déterminé par la convention des parties dans la limite du maximum fixé par la loi de 1807. — Si l'on n'a rien dit, à quel taux seront calculés les intérêts? Si le compte courant est commercial, il faudra les calculer à 6 %; s'il est civil, à 5 %. — Mais Q. *quid si le compte n'a pas le même caractère pour les deux parties*? Par exemple, entre un banquier et un individu qui ne fait pas d'actes de commerce. — Nous avons admis (au n° 695), que le banquier prêtant à un non commerçant, a droit aux intérêts à 6 %; il les comptera donc légitimement à ce taux; et lui-même les doit sans difficulté au même taux (1). Cette solution doit être admise, même s'il s'agissait d'un compte courant unilatéral (2).

On peut d'ailleurs convenir expressément que le taux sera différent pour les deux parties : puisqu'on se tient nécessairement dans les limites du taux légal, rien ne défend à l'une des parties de descendre au-dessous (3). Très souvent les banquiers stipulent un taux plus fort en leur faveur qu'en faveur de leurs clients. On peut même convenir qu'une des parties ne touchera pas d'intérêts.

Les banquiers stipulent aussi souvent que les intérêts ne commenceront à courir pour leur client que quelques jours après les encaissements faits, et qu'ils cesseront de courir quelques jours avant les décaissements; en alléguant qu'ils ne peuvent pas trouver un placement immédiat des fonds reçus, et sont obligés de tenir disponibles et improductifs quelque temps d'avance ceux qu'ils doivent fournir. Cette stipulation est légale, car on peut toujours stipuler que des intérêts ne seront pas dus. Mais il faut qu'elle soit bien formelle (4). — Au contraire on ne pourrait pas stipuler que les avances faites à découvert par le banquier produiront intérêt pour lui au maximum légal quelques jours avant leur réalisation; cette convention serait évidemment usuraire (5). Il en serait de même de la convention que les traites fournies sur le banquier porteront intérêt du jour de leur acceptation (6).

Les intérêts portés au compte, et compris dans le solde, ne se prescriront plus que par trente ans, contrairement à l'art. 2277, C. civ. : c'est une conséquence déjà signalée de l'effet novatoire du compte courant (7). — Par la même raison, si une hypothèque garantit le paiement du solde, les intérêts portés au compte seront couverts par cette hypothèque sans inscription spéciale, lors même qu'ils seraient dus pour beaucoup plus de deux années; on n'appliquera pas l'art. 2151, C. civ. (8).

(1) Rej. 10 janv. 1870, D. P. 70. 1. 60. Dietz, p. 203. Da, n. 122. — *Contrà* : Helbronner, n. 129 et suiv.

(2) Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 1. 172.

(3) Caen, 21 mars 1849, D. P. 50. 2. 56. Dietz, p. 212, 213. Helbronner, n. 132. Da, n. 123. — *Contrà* : Feitu, n. 270.

(4) Angers, 5 fév. 1874, D. P. 76. 2. 212; Rej. 15 nov. 1875, D. P. 76. 1. 171. Dietz, p. 211 et suiv. Noblet, n. 144. Helbronner, n. 124. Da, n. 128. — *Contrà* : Feitu, n. 270.

(5) Caen, 5 juill. 1872, D. P. 74. 2. 140. Feitu, n. 271, 272. Dietz, p. 218. Da, n. 129. — *Contrà* : Colmar, 11 mai 1842, *J. Pal.* 43. 1. 10.

(6) Dietz, p. 217.

(7) Req. 5 juin 1872, D. P. 73. 1. 77 (implicit.). Troplong, *Prescription*, n. 2029. Helbronner, n. 171. Feitu, n. 330. Da, n. 135.

(8) Dietz, p. 227. Da, n. 135.

Source BIU Cujas

§ 2e

886 B. **Droits accessoires** *perçus par les banquiers*: *escomptes*, *changes*, *commissions*.

Escomptes. Lorsqu'on reçoit en compte courant un effet de commerce avant son échéance, on conçoit deux manières de procéder : 1° on peut le porter immédiatement au compte, et malgré cela ne faire courir les intérêts qu'à partir de l'échéance (v. *suprà*, n. 877, 878), c'est le seul mode exact de procéder ; 2° on pourra aussi le porter au crédit du remettant dès le jour de la remise, en déduisant de son montant nominal les intérêts jusqu'à l'échéance; puis, une fois porté ainsi avec cette réduction, lui faire produire immédiatement intérêt au taux convenu : il y a alors une opération d'escompte à faire comme nous l'avons indiqué plus haut n. 698; mais ce dernier mode serait injuste, car, une fois la somme encaissée, elle doit tout entière produire intérêts; or, d'après ce second mode elle ne figurerait toujours, après comme avant l'échéance que déduction faite de l'escompte; le crédité perdrait donc sur les intérêts (1).

Changes. Ce sont les frais de recouvrement perçus par les banquiers pour les effets payables sur une autre place. Ces frais sont déterminés par le cours des changes à l'étranger; pour la France, ils sont fixés par les tarifs des banques (v. n. 711). Ces droits entrent aussi en déduction du montant de l'effet, ou sont passés au débit du remettant. Il est admis qu'ils peuvent être perçus en plus de l'intérêt légal, parce qu'ils représentent un service spécial qui doit être rémunéré (2).

Commissions perçues par les banquiers. Nous les avons indiquées en parlant des banques (v. n. 696). Elles sont portées au compte au moment où elles sont gagnées par les banquiers. — Nous avons vu aussi qu'elles peuvent, sans qu'il y ait usure, être perçues en sus de l'intérêt légal, parce qu'elles représentent un service rendu au client et compensent certains frais du banquier.

§ 3e

Arrêtés de compte.

886 C. Comme nous l'avons dit à propos de la comptabilité générale (n. 137), on ne peut laiser courir indéfiniment un compte sans en établir de temps en temps la *balance* : sans cela des totaux énormes s'accumuleraient sur les livres, et l'on ne pourrait plus apprécier facilement la situation respective des deux correspondants. Il faut qu'au moins à certaines périodes fixées d'a-

(1) Cass. 4 janv. 1876, D. P. 76. 1. 337. Dietz, p. 209. Da, n. 230. — On ne pourrait évidemment, après avoir ainsi déduit l'escompte, débiter en outre le client de ces intérêts jusqu'à l'échéance; ce serait compter deux fois ces intérêts : Angers, 5 fév. 1874, D. P. 76. 2. 212; Rej. 15 nov. 1875, D. P. 76. 1. 171. — Pour les autres règles relatives à l'escompte, v. *suprà*, n. 685, 695 et suiv.

(2) Caen, 5 juill. 1873, D. P. 73. 2. 140.

Source BIU Cujas

vance, on fasse par une balance ressortir cette situation en un seul chiffre porté au crédit de l'un et au débit de l'autre.

La *balance* peut être faite dans trois circonstances qu'il importe de distinguer. — 1° Elle peut d'abord avoir lieu à toute époque, lorsqu'une personne quelconque a intérêt à connaître la situation (1); ce peut être l'un des correspondants; ce peut être un tiers, p. ex. une caution ayant garanti le solde du compte jusqu'à une époque déterminée. C'est ce qu'on pourrait appeler une *balance accidentelle*; c'est une simple opération de comptabilité, sans effet juridique; nous n'aurons pas à y insister. — 2° Elle *doit* être faite à certaines époques régulières, convenues expressément ou, tacitement entre les parties, pour éclaircir leur situation, quoique le compte continue à courir après comme avant (2). Ce sont les *balances périodiques* qui ont lieu habituellement tous les ans, ou tous les six mois, ou tous les trois mois; on les appelle aussi *arrêtés de compte périodiques*; elles font apparaître un solde, qu'il importe de bien distinguer et que nous nommerons avec la pratique le *solde à nouveau*, parce qu'il est reporté en tête du nouveau compte, rouvert au moment même de l'arrêté du compte précédent (comp. n. 137). — 3° Enfin il y aura en dernier lieu la *balance finale* ou *arrêté de compte définitif*, faisant apparaître le véritable solde, seul exigible, comme nous l'avons déjà dit, le *solde définitif*.

Nous étudions dans ce paragraphe les **arrêtés de compte périodiques** (3).

Ces arrêtés, outre les exigences de la clarté dans la comptabilité et dans la situation pécuniaire des parties, sont encore très utiles pour fixer leur situation juridique. S'il arrive fréquemment qu'une remise soit portée au compte après une convention précise qui en fixe les conditions, comme après une vente dont le prix a été arrêté par un échange de correspondances, il arrive aussi très souvent qu'une des parties crédite ou débite l'autre sans accord préalable; c'est, p. ex. un commissionnaire qui vend à divers acheteurs à des conditions variables (dans les limites de sa commission) le lot de marchandises que lui a envoyées son commettant, et qui paie les frais divers afférents à cet envoi; c'est un banquier recouvrant des chèques, des effets de commerce, d'autres créances pour son client. Dans tous ces cas, les arrêtés de compte, envoyés par l'un des correspondants à l'autre, servent à vérifier s'ils sont d'accord sur les divers articles du crédit et du débit (4). L'envoi de ces arrêtés implique une invitation pour le correspondant d'en vérifier l'exactitude; elle peut être accompagnée d'une lettre demandant formellement qu'il les accepte ou qu'il adresse ses observations. En dehors de cette hypothèse, il ne semble pas que les usages du commerce imposent de répondre immédiatement dans un sens ou dans l'autre. En tout cas il faut ad-

(1) Da, n. 153, 155, 156.

(2) Dietz, p. 248 et suiv. Da, n. 153.

(3) V. C. com. ital., a. 347, dont les termes ne distinguent pas suffisamment ces arrêtés périodiques de la clôture finale.

(4) Ils peuvent être envoyés indifféremment par l'un ou par l'autre des correspondants. Dans tous les cas où l'un d'eux est chargé d'opérations complexes telles que celles indiquées au texte, c'est lui qui doit prendre l'initiative, car généralement l'autre n'a pas tous les éléments pour le dressement du compte.

Source BIU Cujas

mettre que le fait d'avoir reçu les arrêtés sans protestation et même d'en avoir accusé réception, n'implique pas nécessairement leur acceptation, et ne met pas obstacle à ce qu'ils puissent être ultérieurement critiqués (1). L'expiration du délai d'une année n'implique non plus aucune acceptation (2).

S'il y a en fait une acceptation certaine, les arrêtés de compte lient les parties, et produisent des effets juridiques très importants (3).

D'abord quant aux éléments mêmes du compte, quant aux opérations qui y sont mentionnées, l'acceptation de l'arrêté implique à la fois l'approbation de l'opération en elle-même, avec toutes les conditions de prix, de temps, etc., et l'approbation de son entrée dans le compte. Jusqu'à ce moment, nous l'avons vu, on peut, à moins d'une convention formelle antérieure, contester qu'une créance donnée ait dû entrer dans le compte; l'acceptation opère ou rend définitive la novation décrite plus haut qui résulte de l'entrée dans le compte. Elle implique aussi approbation des intérêts, changes, droits de commission qu'une des parties s'est attribués. —La convention étant la loi des parties (C. civ. a. 1134) une fois l'acceptation donnée, il n'y a plus lieu de revenir sur les éléments du compte, sauf pour les causes prévues par l'a. 541, C. pr. civ., à l'égard des comptes rendus en justice, c'est-à-dire pour « erreur, omission, faux ou doubles emplois » (4). Pourtant cette règle ne doit pas être entendue trop absolument : d'abord toute convention peut être faite sous condition; or la condition *sauf encaissement*, sous-entendue lors du crédit donné pour un effet de commerce, est évidemment aussi sous-entendue dans l'approbation de l'arrêté de compte, si elle a lieu avant l'échéance de l'effet; cette approbation ne ferait donc pas obstacle à la contre-passation d'écritures ultérieure (5). Ensuite les conventions ne peuvent déroger à l'ordre public (C. civ , a. 6) : l'acceptation du compte ne saurait donc empêcher de faire annuler un article, comme entaché d'usure (6), ou comme sanctionnant une dette de jeu (C. civ., a. 1965). Enfin l'accord des volontés ne peut produire d'effet absolu, s'il est entaché d'un vice du consentement persistant encore au moment de l'acceptation de l'arrêté (7).

Quant à l'ensemble des créances comprises dans le compte, l'acceptation de l'arrêté a un effet commun qui est d'interrompre la prescription (8), puisqu'elle constitue une reconnaissance de dette. Par conséquent la prescription du solde ne pourra jamais remonter plus haut que le dernier arrêté de compte. — En outre l'arrêté accepté produit encore sur les éléments du solde

(1) Rennes, 24 févr. 1879, D. P. 79. 2. 93, etc. *Contrà* : Aix, 29 mai 1866, D. P. 66. 2. 236. — La cour de cassation reconnaît la souveraineté des juges du fait sur cette question : Rej. 9 juill. 1872, D. P. 74. 2. 393.

(2) Trib. comm. du Mans, 29 juill. 1873, D. P. 76. 2. 212.

(3) Dietz, p. 249 et suiv.

(4) Dietz, p. 256. — L'erreur permettrait notamment de demander qu'une créance fût supprimée du compte, si l'on n'a découvert la nullité de cette créance qu'après l'acceptation de l'arrêté (cf. n. 881. B).

(5) Dietz, p. 260.

(6) Rej. 28 juin 1876, D. P. 76. 1. 385; Rennes, 24 févr. 1879, D. P. 79. 2. 93; Trib. civ. de Tours, 1er juin 1880, D. P. 82. 2. 172, etc. etc. — Dietz, p. 258.

(7) Hellbronner, n. 602. Da, n. 169.

(8) Dietz, p. 286.

Source BIU Cujas

à nouveau une novation analogue à celle que produit l'entrée en compte des différents éléments. Nous en verrons bientôt une application importante.

S'il y a contestation sur l'arrêté adressé par l'une des parties à l'autre, la question de compétence sera dominée par le principe de l'indivisibilité du compte courant. — La compétence *ratione materiæ* appartiendra au tribunal de commerce, si le compte courant est commercial pour les deux parties; elle appartiendra au tribunal civil, si le compte courant est civil; enfin si le compte est commercial pour l'un et civil pour l'autre, celui qui y a fait acte civil ne pourra être poursuivi que devant le tribunal civil, celui qui y a fait acte de commerce pourra être poursuivi au choix de son adversaire devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce (v. n. 1467) (1). Il importera peu que quelque créance civile soit comprise dans un compte commercial, ou réciproquement. — Quant à la compétence *ratione personæ*, ce sera toujours celle du tribunal du défendeur (2); il n'y aura pas lieu de tenir compte des règles spéciales de compétence édictées par l'a. 420 C. pr. civ. (v. n. 1470), lors même que ces règles auraient dû être applicables à certaines des opérations spéciales comprises dans le compte (3).

Mais ces règles, étant uniquement fondées sur la novation qui résulte du compte courant, cesseraient de s'appliquer si le fait même de la novation était contesté, si l'on déniait, soit que la créance dût entrer en compte, soit qu'elle ait existé ou soit valable (comp. *suprà*, n. 881 B). Dès lors, si la créance, est civile, les tribunaux civils seraient seuls compétents; si elle est commerciale, la contestation serait jugée par les tribunaux de commerce, et il pourrait y avoir lieu à appliquer les règles de l'a. 420, C. pr. civ. (4). — Si la *quotité* seulement d'une créance était contestée, il y aurait lieu de revenir à la règle générale de compétence; car le fait de la novation est acquis au procès; dès lors, ce qui est directement contesté, c'est le crédit donné à la place de la créance, la discussion sur celle-ci a pour objet de fixer la quotité de ce crédit; or ce crédit est fondu dans l'ensemble; c'est donc bien une contestation sur le compte même qui est soulevée (5).

886 D. Une fois fixé par la balance et l'arrêté de compte, le **solde à nouveau** forme le premier article du nouveau compte. Comme tel, il commence immédiatement à produire des intérêts, de même que les remises : — il représente surtout dans le nouveau compte la balance des remises de la période précédente; — c'est toujours une somme que laisse un des correspondants à l'autre; elle doit produire intérêt suivant la règle générale du commerce, règle acceptée même par ceux qui emploient le compte courant pour des opérations civiles; — il y a donc convention tacite, fondée sur des usages absolument constants (6).

(1) Helbronner, n, 157. Da, n. 164.

(2) Noblet, n. 228. Helbronner, n. 168. Da, n. 165.

(3) Bordeaux, 18 avril 1832, *J. Pal.*, à sa date. Pard., t. IV, p. 33. Orillard, n. 613. Feitu, n. 327. Dietz, p. 92, 254. Da, n. 166.

(4) Dietz, p. 94.

(5) Dietz, p. 254. — *Contrà* : Noblet, n. 224 et suiv.

(6) Rej. 8 mars 1852, D. P. 54. 1. 336. — Dietz, p. 261. — C. com. ital., a. 347, 2e al.

Source BIU Cujas

Le taux de cet intérêt est le même que celui des remises auxquelles le solde à nouveau est assimilé. Si le taux est inégal entre les parties, on appliquera celui qui est stipulé pour les remises faites par le correspondant créditeur du solde; c'est ce qu'impose l'analogie signalée entre le solde et les remises (1).

Ces règles soulèvent deux questions importantes.

1° Dans le solde reporté à nouveau se trouvent compris, non seulement les remises, les changes, les commissions, mais encore les intérêts dus sur ces diverses sommes pour la période précédente. Ces intérêts, compris dans le solde vont donc commencer eux-mêmes à produire des intérêts; il y aura dès lors *anatocisme*. ❶. *L'art.* 1154 *C. civ. qui restreint les conditions où l'anatocisme est permis ne va-t-il pas mettre obstacle à cet effet du report à nouveau?* — Il faut d'abord distinguer. — Supposons que les arrêtés de compte n'aient lieu que tous les ans, alors la condition la plus importante de l'a. 1154 est remplie : il s'agit « d'intérêts dus au moins pour une année entière ». On pourrait seulement objecter qu'il n'y a pas de convention expresse de leur faire produire des intérêts. Mais il faudrait répondre que, d'après l'a. 1154, il faut seulement « *une convention spéciale* »; la loi n'exige pas une convention expresse, pourvu que le doute sur l'accord des volontés ne soit pas possible; or nous avons montré, en nous fondant sur les usages constants, que l'intention des parties est certaine. On pourrait objecter encore que, dans une opinion très répandue, le Code civil exigerait une convention *postérieure à l'échéance* des intérêts, il prohiberait ce qu'on appelle l'*anatocisme in futurum*; or la convention par laquelle on est entré en compte courant, en en adoptant toutes les règles, est antérieure à l'arrêté de compte et au report du solde à nouveau; donc elle serait nulle. Mais, la question étant controversée en droit civil, on peut admettre que les usages commerciaux peuvent en fixer l'interprétation dans le sens libéral pour ce qui concerne le compte courant; et d'ailleurs les raisons que nous donnerons ci-après doivent *à fortiori* faire admettre la pratique sur ce point. En tout cas, l'objection disparaît complètement, lorsque l'arrêté de compte qui comprend ces intérêts a été envoyé et accepté; car alors il n'y a plus de doute qu'il ne soit intervenu sur ce point un accord entre les parties, et postérieurement à l'échéance : en acceptant l'arrêté de compte, on consent à ce que le solde soit reporté à nouveau et par là même à ce qu'il produise intérêt. Aussi l'immense majorité des auteurs et de la jurisprudence admettent cette capitalisation annuelle, lors même qu'ils refusent de pousser plus loin la concession (2).

La question est beaucoup plus délicate lorsque les arrêtés de compte ont lieu, comme cela arrive souvent, tous les six mois ou tous les trois mois. Nous pensons néanmoins que la capitalisation doit encore être admise dans ce cas : — c'est une conséquence de l'effet novatoire du compte courant : dans le solde reporté à nouveau, les intérêts n'ont plus d'existence distincte; ils ne tombent pas sous le coup de l'a. 1154, pas plus qu'ils ne tombent sous le coup de l'a. 2257 pour la prescription (v. *suprà*, n. 885); — sans doute l'a. 1154 a pour objet d'empêcher une certaine forme de l'usure, et l'on peut dire que l'usure doit être recherchée et arrêtée sous quelque

(1) Dietz, p. 262.

(2) Req. 7 février 1881, D. P. 81. 1. 425; Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 2. 172. — Demang., t. II, p. 448. Helbronner, n. 136 et suiv.

Source BIU Cujas

convention qu'on la déguise; nous sommes d'accord sur le principe; mais, nous l'avons déjà dit (not. n. 698, 699), pour qu'une convention soit ainsi entravée, il faut qu'elle ait *pour but* d'éluder les défenses légales; or le report à nouveau n'a nullement pour but, dans la pratique générale, de faire produire des intérêts aux intérêts; l'anatocisme est ici un effet indirect, non voulu expressément par les parties; l'objet de cette opération est de permettre aux parties de fixer leur situation et de voir clair dans leurs affaires; c'est là un intérêt majeur, et très respectable, une nécessité absolue; le législateur n'a pas eu la pensée de mettre obstacle à des opérations aussi parfaitement honnêtes. Nous dirons donc que si la capitalisation a été faite sincèrement et conformément aux usages du commerce, elle sera respectée. — La jurisprudence, qui n'avait d'abord admis cette solution que sous des conditions rigoureuses (1), l'admet maintenant très largement pourvu qu'il y ait eu consentement au moins tacite des parties et que cette capitalisation reste conforme aux usages (2).

Mais il faut pour que cette solution soit appliquée, que l'opération se présente avec des caractères de sincérité complète : les tribunaux, gardiens de l'ordre public, ont toujours le droit de rechercher, si une convention, honnête et légale en elle-même, n'est pas détournée de son but et ne sert pas à éluder la loi. On devrait donc annuler la capitalisation, s'il apparaissait qu'on n'a adopté la forme du compte courant que pour échapper à l'art. 1152, sans raisons pratiques sérieuses; ou si la capitalisation était faite en dehors de tous les usages reçus, p. ex. tous les mois (3). Et cela surtout dans un compte courant unilatéral, de sorte qu'une seule des parties profite toujours des avantages de la capitalisation. Si au contraire, il s'agissait d'un compte courant réciproque, le solde pouvant être alternativement au profit de l'une ou de l'autre des parties, le soupçon de fraude à la loi serait bien plus difficilement admissible (4). — L'acceptation des arrêtés de compte ne pourrait sans doute pas couvrir l'usure; mais, si l'opération est sincère, elle enlève à celui qui les a acceptés le droit de réclamer contre la capitalisation (5). Enfin ces règles devraient être appliquées aussi bien à l'égard d'un non commerçant que d'un commerçant (6).

2° Q. *Les banquiers ont-ils le droit de prendre un droit de commission pour le report à nouveau?* (v. pour les principes du droit de commission n. 696, 886 B.)

1er S. *Oui* : — le banquier ne réalise de bénéfices que par le nombre des opérations qu'il fait; en laissant au client son argent pendant une nouvelle période, il se prive des profits qu'il aurait pu trouver dans de nouvelles affaires; — il rend un nouveau service à son client; c'est un nouveau crédit qu'il lui fait; — si l'on admet la capitalisation des intérêts parce qu'il y a

(1) V. Dalloz. *Table de 22 années*, v° *compte courant*, nos 29, 37.

(2) Req. 8 août 1871, D. P. 71. 1. 214; Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 2. 172 (motifs), etc. etc. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 404, note 17. Delzons. *Rev. prat.*, 1864, p. 289 et suiv. Dufour, *op. cit.* Da, n. 133 et suiv. — *Contrà* : Trib. Tours, 1er juin 1880, D. P. 82. 2. 172. Demang., t. II, p. 448. Delam. et Lepoitv., t. III, n. 338. Feitu, n. 281. Dietz, p. 219 et suiv. Helbronner, n. 137.

(3) Rennes, 13 mars 1876, D. P. 79. 2. 94.

(4) Bourges, 14 févr. 1854, D. P. 55. 2. 271.

(5) Orléans, 17 févr. 1881, D. 82. 2. 172 (motifs).

(6) Req. 7 févr. 1881, D. P. 81. 1. 425. — *Contrà* : Cass. 18 mars 1850, D. P. 50. 1. 101.

Source BIU Cujas

novation, c'est qu'il y a une nouvelle créance, donc la perception d'une commission est légitime (1). — 2e S. *Non* (!) : — le banquier ne fait aucun encaissement ou décaissement réel; il ne fait aucuns nouveaux frais qui justifient une rémunération; il n'a pas à chercher l'argent, à s'enquérir de la solvabilité de l'emprunteur, comme lorsqu'il fait une nouvelle avance; — son argent continue à lui rapporter des intérêts; et la continuation des intérêts est la rémunération exacte de la continuation du crédit; — il est tout à fait inexact en général qu'il fasse un avantage nouveau à son client; pour cela il faudrait que le solde fût exigible; dans ce cas le banquier, pouvant refuser de le prêter de nouveau, pourrait se faire payer son consentement; mais les arrêtés périodiques du compte ne sont nullement la fin du contrat de compte courant; c'est seulement un règlement d'ordre; le banquier ne serait pas maître d'arrêter les opérations en ce moment plutôt qu'en un autre moment quelconque (v. *infrà*, n. 887) (2); il ne fait donc aucune concession en les continuant; la rémunération n'a donc pas de cause sérieuse; — quant à la raison tirée de la novation qui justifie la capitalisation des intérêts, il faut répondre que cette novation est une opération purement abstraite qui n'exige aucuns soins nouveaux du banquier, un simple effet juridique du compte; et même, en serrant de plus près l'argument, il faut faire remarquer que la novation, celle relative aux intérêts comme les autres, se produit, non pas au moment de l'arrêté de compte, mais au moment où ces intérêts et les autres créances sont entrées en compte (v. *suprà*); l'arrêté n'opère rien de nouveau sur ce point (3).

Il suit de notre doctrine que la réclamation du client doit être admise, lors même qu'il aurait reçu et accepté les arrêtés de compte comprenant ces commissions. Car on peut toujours invoquer la nullité d'un consentement donné sans cause ; à plus forte raison, si l'acte annulé est contraire à l'ordre public, comme entaché d'usure (v. *suprà* n. 886 C) (4) ; ce qui arrivera, si le banquier qui perçoit ces commissions, compte d'ailleurs les intérêts au maximum légal (cf. n. 696) (5).

(1) La jurisprudence est actuellement en majorité dans ce sens : Req. 11 févr. 1878, D. P. 78. 1. 119 ; Orléans, 17 févr. 1881, D. P. 82. 2. 172. — Courcelle-Seneuil, *des Opérations de banque*, p. 447. Da, n. 146.

(2) Nous verrons que, souvent l'une des parties peut, quand elle le veut, faire cesser le compte courant; donc, pourrait-on dire, le banquier pourrait le faire au moment de chaque arrêté de compte; donc sa commission est légitime. Mais il pourrait aussi bien l'arrêter à un autre moment, au milieu de chaque période; s'il se fait payer la continuation du compte, pourquoi ne prendrait-il pas une commission tous les mois? Pourquoi pas toutes les semaines? Pourquoi pas tous les jours ?— Il faut admettre que si le banquier avait réellement droit actuel au remboursement du solde, s'il n'a consenti à continuer le crédit que par une convention nouvelle et à la condition de prendre une commission, celle-ci est légitime. C'est le cas de Cass. 4 janv. 1876, D. P. 76. 1. 337.

(3) Angers, 5 fév. 1874, D. P. 76. 2. 212 ; sur pourvoi, la cour de cassation a admis la souveraineté des juges du fait relativement à cette question : Rej. 15 nov. 1875, D. P. 76. 1. 171 ; et c'est peut-être aussi le vrai sens des autres arrêts de la Cour de cassation qui semblent consacrer le 1er système. — Feitu, p. 290-291. Dietz, p. 257 et suiv. Helbronner, n. 149.

(4) Cass. 28 juin 1876, D. P. 76. 1. 385.

(5) Rennes, 24 févr. 1879, D. P. 79, 2. 93.

Source BIU Cujas

SECTION V.

CLOTURE DU COMPTE.

Trois divisions: — 1° Causes et effets immédiats de la clôture; — 2° Règlement du compte; — 3° Créance du solde définitif.

I. — Causes et effets immédiats de la cloture.

887. — 1° **Causes**. La clôture du compte peut être volontaire ou forcée.

La clôture volontaire peut résulter d'abord du terme fixé dès le début par la convention des parties; le terme peut être une époque déterminée, ou la fin de telle ou telle opération ; on ne peut douter en tout cas que le compte courant ne cesse alors de plein droit, à moins de convention nouvelle (1). — Il en sera de même sans difficulté, si les deux parties se mettent d'accord pour cesser leurs relations, ou pour cesser de les faire en compte courant. — Tous les auteurs admettent en outre que la volonté d'un seul des correspondants suffit pour mettre fin au compte, si aucun délai n'a été fixé : — ces relations exigent une confiance réciproque, comme la société, le mandat; il faut donc appliquer ici par analogie des articles 1865, 5° et 2003 c. civ; — on est toujours maître de ne pas faire d'affaires avec une personne, on peut donc cesser toute nouvelle opération, et par suite le compte cessera faute d'aliment (cf. *suprà*, n. 882 A) (2). — Enfin la retraite de l'un des commerçants mettrait fin au compte pour la même raison (3).

La clôture forcée résultera des événements qui mettront obstacle à la continuation des opérations entre les deux correspondants : — la mort de l'un d'eux, car le compte courant, consistant dans une série de crédits, est évidemment contracté *intuitu personæ*, encore comme le mandat et la société (C. civ. a. 1965, 2003) (4); — la dissolution de la société, qui était en compte courant, pour la même raison (5) ; — la faillite de l'une des parties, rendant impossible toute nouvelle opération, à partir du jugement déclaratif (a. 443)(6); — l'interdiction et le placement dans une maison d'aliénés (7). — Il faudrait ranger dans la même catégorie la survenance d'une incapacité partielle, si les relations pour lesquelles existe le compte courant dépassent la capacité actuelle de celui qui y était engagé (v. *suprà*, n. 881 D). Spécialement une femme venant à se marier, son compte ne serait pas clos s'il ne comprenait que des actes d'administration et si elle était séparée de biens; ou si elle était commerçante et continuait son commerce du consentement de son

(1) C. com. ital. a. 348, 1°.

(2) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 338. Helbronner, n. 153. Feitu, n. 300. Da, n. 154. C. com. ital., a. 348, 2°.

(3) Da, n. 154.

(4) Cass. 20 juill. 1846, D. P. 46. 1. 335. — Feitu, n. 300. — C. com. ital., a. 348, 5e al.; elle doit être demandée.

(5) Rej. 25 août 1879, D. P. 79. 1. 465, etc.

(6) Cass, 20 juill. 1846, D. P. 46. 1. 335. — Feitu, n. 302. Helbronner, n. 154. Dietz, p. 250. Da, n. 156. — C. com. ital., a. 348, 3°; de plein droit.

(7) C. com. ital., a. 348, 5e al.; elle doit être demandée.

Source BIU Cujas

mari. Il serait clos au contraire dans les autres cas (1); et encore, dans ces cas, si le mari ratifiait les opérations ultérieures qu'elle aurait faites, celles-ci auraient été valablement comprises dans le compte, car la ratification ne peut diviser les conventions qu'elle valide (2).

2° **Effets de la cloture.** Elle arrête complètement le fonctionnement du compte : aucun élément nouveau ne peut y être porté, et s'il en avait été porté quelqu'un, il devrait être extrait du compte. Spécialement en cas de faillite, les remises faites après le jugement déclaratif pourraient être revendiquées. — Pourtant la clôture n'empêcherait pas la contrepassation d'écritures faite en vertu de la clause *sauf encaissement*; car nous l'avons dit (n. 883 B, et 886 C), il n'y a alors que la réalisation d'une condition résolutoire qui rétroagit au jour de l'entrée en compte (3).

II. **Règlement du compte.**

887 A. Le règlement de compte a pour but d'arrêter la *balance finale* du compte, et de faire ressortir le *solde final* qui est seul exigible (4).

Il faut appliquer à ce règlement ce que nous avons dit des arrêtés de compte périodiques; cette observation nous permettra d'être bref sur ce sujet. — Le règlement peut être *volontaire* ou *judiciaire*.

Le **règlement volontaire** se fera très habituellement par un relevé du compte adressé par un des correspondants à l'autre et accepté par celui-ci. Le relevé de compte sera envoyé par celui des deux qui voudra en prendre l'initiative, fréquemment par celui en faveur de qui le solde se présente et qui est intéressé à régler, souvent par celui qui connait mieux que l'autre le détail des opérations faites en compte courant, p. ex. le banquier, le commissionnaire ayant fait des opérations complexes pour leur commettant (v. n. 886 C). — L'acceptation sera constatée, ordinairement, soit par une simple signature apposée au bas de l'arrêté qui est retourné à l'envoyeur, soit par une lettre. Si l'accepteur n'est pas commerçant, il faudra que sa signature soit accompagnée du *bon* ou *approuvé* exigé par l'a. 1326 c. civ. avec le montant du solde en toutes lettres (5). L'acceptation peut être tacite (6); les tribunaux apprécieront la valeur des faits allégués pour l'établir; entre commerçants, elle peut résulter du silence gardé pendant un certain temps d'après les usages.

Si les parties ne se mettent pas d'accord, le règlement sera poursuivi en justice par celui qui se prétend créditeur. Quant aux règles de compétence pour cette action, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit au n. 886 C.

L'action en règlement se prescrit par trente ans suivant le droit commun (c. civ. a. 2262) (7).

(1) Cass. 19 août 1857, D. P. 57. 1. 339. — Da, n. 80. 81.
(2) Da, n. 81.
(3) Cass. 6 mai 1868, D. P. 68. 1. 316.
(4) Da, n. 157.
(5) Feitu, n. 309. Da, n. 162.
(6) Req. 5 juin 1872, S. 72. 1. 260; Caen, 5 juill. 1872, D. P. 74. 2. 140. — Da, n. 162.
(7) Da, n. 167, 172, 175.

Source BIU Cujas

Quant aux effets du règlement intervenu, au lien qu'il forme entre les parties, nous n'avons encore qu'à renvoyer au n. 886, C.

III. — Créance du solde définitif.

887 B. A partir de la clôture du compte et **avant le règlement**, la créance du solde devient une créance certaine, ayant son existence propre. Elle reprend tous les caractères que la règle de l'indivisibilité avait fait perdre aux diverses créances entrées dans le compte (v. n. 884) : elle peut faire l'objet d'un paiement ou d'une dation en paiement avec application possible de l'a. 446, c. com.; il y a lieu à l'application des règles sur l'imputation des paiements (1); il peut y avoir une saisie-arrêt, une poursuite en justice; cette créance peut en principe servir de cause à une saisie. Mais il y a encore certaines restrictions à l'application de ces règles; ces restrictions, qui sont dorénavant fondées sur le droit commun, résultent de ce que, jusqu'au règlement, la créance n'est pas liquide : — par conséquent d'abord elle ne peut pas faire l'objet d'une compensation légale; — ensuite le paiement ne peut pas être complet et définitif, puisque le montant de la créance n'est pas fixé; en fait il n'y aura que des paiements partiels; — la poursuite en justice ne peut avoir lieu qu'à la condition de conclure en même temps au règlement (2); — enfin généralement les saisies ne pourront en fait avoir lieu qu'après la poursuite en justice qui seule donnera un titre exécutoire; pourtant si la convention de compte courant avait été faite par acte notarié, la saisie pourrait être pratiquée à raison du solde, pour une somme indéterminée (3). — Une autre conséquence de l'indétermination de la créance, jusqu'au règlement, est d'une part que les intérêts continueront à courir comme avant la clôture, car la raison qui les fait courir n'a pas disparu (4); d'autre part que ces intérêts n'auront pas d'existence propre et continueront à se confondre avec la créance du solde; d'où il suit qu'ils ne se prescriront pas encore par cinq ans : c'est la solution très généralement admise toutes les fois qu'une créance résultant d'un simple compte, d'un mandat, d'une communauté, n'est pas encore liquidée (5); il y a lieu d'appliquer ici cette solution, car les motifs sont identiques (6). — Il faut ajouter aussi que l'a. 2151. C. civ. ne s'appliquera pas non plus : si une hypothèque garantit le paiement du solde, les intérêts seront garantis par cette hypothèque sans une inscription spéciale, lors même qu'ils auraient couru pendant plus de deux années depuis la clôture du compte (7).

(1) Caen, 19 janv. 1849, D. P. 51. 2. 128.

(2) L'hypothèque judiciaire ne peut pas résulter d'un jugement qui avant règlement renverrait les parties devant les experts chargés de l'apurement, sans préjuger l'admissibilité des prétentions du demandeur : Cass. 6 mai 1868, D. P. 68. 1. 316.

(3) Comp. Poitiers, 10 févr. 1857, D. P. 57. 2. 162.

(4) Da. n. 158.

(5) V. Aub. et Rau, § 774, notes 27 et suiv. avec les autorités citées. Req. 9 janv. 1867, D. P. 67. 1. 101; 19 déc. 1871, D. P. 71. 1. 300, etc.

(6) Req. 5 juin 1872, D. P. 73. 1. 77, etc. — Troplong, *Prescription*, t. II, n. 1032. Aub. et Rau, § 774, note 31. D. 159, 162. — *Contra* : Ballot, *Rev. prat.*, t. I, p. 112 et suiv. Dietz, p. 291.

(7) Da, n. 160.

Source BIU Cujas

Après le règlement, la créance du solde devient liquide, et les effets de son indétermination disparaissent : la compensation en est possible (1); — les paiements, les dations en paiement, les poursuites en justice, les saisies ne sont plus soumis à aucune gène ou restriction; — les intérêts, qui courront dorénavant, seront traités suivant leur nature propre : ils se prescriront par cinq ans (2), et ne seront garantis que pour deux ans par l'inscription hypothécaire prise pour le capital (C. civ. a. 2151) (3). — Mais nous admettrons encore que les *intérêts* continueront à courir de plein droit, au même taux qu'auparavant : — d'après les usages, la convention, au moins tacite, qui fait courir les intérêts dans le compte courant, embrasse même la créance du solde; il est entendu ici, comme généralement en matière commerciale, que les capitaux ne resteront jamais improductifs jusqu'à parfait paiement (4). Seulement la capitalisation trimestrielle ne se continuerait pas après la clôture (5)

La créance du solde, qui est devenue liquide par le règlement, peut encore être à terme (6) ou même conditionnelle (7), si ces modalités résultent des conventions des parties (8).

S'il y a contestation le tribunal compétent sera le tribunal civil ou le tribunal de commerce, suivant la nature commerciale ou civile du compte et la qualité du défendeur (v. *suprà* n. 885 C). Ce sera toujours le tribunal du domicile du défendeur ; il n'y aura jamais lieu à appliquer l'a. 420 C. Pr. civ. (v. eod. n°) (9).

La créance du solde ne se prescrira que par trente ans, puisqu'aucun délai plus court n'a été fixé par la loi (C. civ. a. 2262) (10). — Aucune prescription n'aura pu courir pendant la durée du compte, puisque le solde n'était pas exigible (C. civ. a. 2257) (11). — Le délai de la prescription courra seulement du jour où le solde était exigible d'après la convention des parties (12); si aucun délai n'a été fixé, du jour du règlement amiable ou judiciaire; enfin, s'il n'y a pas eu d'acte formel de règlement, du jour où le dernier arrêté

(1) Dietz, p. 267.

(2) Req. 5 juin 1872, D. P. 73. 1. 77, etc. — Helbronner, n. 171. Dietz, p. 291. Da, n. 179.

(3) Da, n. 179.

(4) Rej. 8 mars 1853, D. P. 54. 1. 336. — Casareg., *disc.* 41, n. 26 et suiv. Massé, n. 1698. Feitu, n. 339. Helbronner, n. 165. Da, n. 178. — *Contrà* : Rej. 26 juill. 1865, D. P. 65. 1. 484.

(5) Cass. 28 juin 1876, D. P. 76. 1. 385.

(6) Dietz, p. 263. Helbronner, n. 164. Da, n. 176.

(7) Helbronner, n. 166. Da, n. 176.

(8) On a soutenu qu'aucun terme de grâce ne devait être accordé par les tribunaux pour le paiement du reliquat du compte courant, parce que l'art. 1244, C. civ., serait inapplicable en matière commerciale : Toullier, t. VI, p. 661; Dietz, p. 264 et suiv. — Mais il n'y a dérogation à l'a. 1244 qu'en ce qui concerne les lettres de change : C. com. a. 135, 157 (v. *suprà*, n. 814). Req. 20 déc. 1842, S. 43. 1. 223. Massé, n. 2144. Feitu, n. 348. Helbronner, n. 168. Da, n. 182.

(9) Helbronner, n. 167. Da, n. 181.

(10) Rej. 10 janv. 1872. D. P. 72. 1. 102. Dietz, p. 287. — Da, n. 184.

(11) Helbronner, n. 170.

(12) Da, n. 184.

Source BIU Cujas

de compte, adressé par l'une des parties à l'autre, aura été reçu par celle-ci (1).

Le paiement du solde peut être garanti par une hypothèque ou par une caution. Cela se présentera le plus souvent lorsque le compte courant se sera établi en exécution d'une ouverture de crédit (v. *infra*, n. 888). Dans ce cas, en vertu du principe de l'indivisibilité du compte courant, l'hypothèque qui serait intervenue au cours des opérations garantirait tout le solde, lors même que celui-ci se composerait pour partie d'avances antérieures à la constitution de l'hypothèque (2). — Il pourrait arriver aussi qu'une hypothèque garantissant une créance déterminée ait été transportée sur le solde par une convention formelle entre les parties (C civ. a. 1278), au moment de l'entrée de la créance dans le compte ; ou que l'obligation d'une caution ait été transportée de même avec l'assentiment de celle ci (C.civ., a. 1281, 3e al.). Dans ces derniers cas, le solde ne sera garanti que jusqu'à concurrence du montant de la créance primitive, à moins d'une convention formelle étendant la garantie à la totalité du solde. Cette dernière convention, en cas de caution, n'aurait d'effet que moyennant l'assentiment de celle-ci ; en cas d'hypothèque, elle ne donnerait rang, pour tout ce qui excède la créance primitive, qu'à dater d'une nouvelle inscription qui aura dû être prise après la nouvelle convention.

Une difficulté se présentera lorsque l'époque de l'exigibilité du solde aura été fixée, soit dans l'inscription hypothécaire, soit dans l'acte de cautionnement, et que les parties auront continué leurs opérations après le terme fixé. Q. *L'hypothèque ou le cautionnement garantiront-ils le solde final?* — Pour le cas de cautionnement, il y aurait lieu de se demander d'abord si la caution n'a pas entendu limiter, non seulement la quotité de son engagement, mais encore sa durée. En cas de réponse affirmative sur ce dernier point il faudrait la déclarer libérée à l'échéance du terme (3). — Hors ce cas, la question est la même pour le cautionnement et pour l'hypothèque. Quatre systèmes : — 1er S. *La garantie porte sur tout le solde final* :— c'est, dit-on, une conséquence de l'indivisibilité du compte courant (4). Mais il faut répondre que cette indivisibilité n'est pas opposable aux tiers (v. *suprà*, n. 884) ; or, si le solde final est plus fort qu'il ne l'aurait été à l'époque indiquée, la caution, dans un cas, les autres créanciers du débiteur dans l'autre, souffriraient de l'indivisibilité, et de la nouvelle convention des parties, contrairement à l'a. 1165 c. civ.—2e S. *La garantie ne couvre plus aucune partie du solde final* : — la créance du solde à l'échéance primitivement fixée a été novée en restant dans le compte, et en se trouvant comprise dans les arrêtés de compte périodiques ; les accessoires ont donc péri (5). Mais cette opinion exagère la portée des arrêtés de compte périodiques en y voyant une novation : la novation ne se présume pas (C. civ. a. 1273) ; et il n'y a, ni dans l'intention des parties, ni dans les usages, aucune trace de l'*animus novandi ;* les arrêtés de compte n'ont pour but, nous l'avons dit (n. 886 C) que d'éclaircir et de préciser la situation des

(1) Helbronner, n. 171.
(2) Rej. 29 déc. 1880, D. P. 81. 1. 54.
(3) Da, n. 58.
(4) Rouen, 29 janv. 1849, D. P. 52. 1. 87.
(5) Dietz, p. 81, 251.

Source BIU Cujas

parties (1). — 3e S. *La garantie aura pu disparaître totalement par l'effet des remises faites ultérieurement par le correspondant débiteur* :— le compte courant doit être considéré comme ayant pris fin, à l'égard des tiers, au terme primitivement fixé; dès lors les remises ultérieures n'ont pas été, à leur égard, des remises, mais de simples paiements; elles ont donc éteint le solde au fur et à mesure. Ce système exagère les conséquences de l'a. 1165 C. civ. : les correspondants n'ont pas pu *aggraver* la position des tiers; cela est certain contre le 1er syst.; mais les tiers dans la troisième opinion ne se bornent pas à rester en dehors des opérations intervenues entre les correspondants; ils *invoquent* ces opérations mêmes puisqu'ils prétendent que les versements ultérieurs ont éteint le solde; or s'ils invoquent ces opérations des parties, ils doivent les prendre avec le caractère qu'elles ont eu entre les correspondants, avec le caractère de remises faisant partie d'un compte indivisible, et non avec celui de paiements éteignant telle ou telle créance déterminée. — 4e S. *La garantie couvre le solde final, jusqu'à concurrence du montant du solde qui existait à l'expiration du terme convenu* : — ainsi les tiers ne souffrent pas de la prorogation ; l'indivisibilité ne leur nuit point, puisqu'ils peuvent faire procéder à un règlement spécial, en ce qui les concerne, pour établir le montant du solde au terme convenu primitivement; — ils n'altèrent pas la convention légitimement intervenue entre les parties puisque ce règlement spécial, établi uniquement pour leur usage personnel, n'altère en rien le règlement final conforme à la convention primitive ; ils ne changent pas le caractère des remises qu'ils invoquent; — enfin ils pourraient les invoquer avec le sens qu'elles ont eu entre les parties, si le solde final était plus faible que le solde au terme convenu, car ils peuvent de droit commun invoquer très justement une réduction de la garantie donnée (2).

(1) Si, dans la question de l'anatocisme (n. 886), nous avons admis que les intérêts sont novés, cet effet est produit, nous l'avons expliqué, non par l'arrêté de compte et le report à nouveau, mais par l'entrée même des intérêts dans le compte, avant cet arrêté.

(2) Cass. 22 mars 1852. D. P. 52. 1. 87; Paris, 21 déc. 1852. D. P. 53. 2. 81. — Feitu, n. 251. Da, n. 56.

Source BIU Cujas

APPENDICE IV AU TITRE VIII.

DE L'OUVERTURE DE CRÉDIT.

888. Souvent les parties entrent en compte courant à l'occasion d'une ouverture de crédit faite par un banquier à son client; nous devons donc en dire quelques mots. Cette étude est aussi le complément nécessaire de celle que nous avons faite sur les opérations de banque.

La convention d'ouverture de crédit est une convention par laquelle une personne, ordinairement un banquier, s'engage à fournir à une autre de l'argent à sa demande jusqu'à concurrence d'une certaine somme. — Le client usera de ce crédit suivant ses besoins en se conformant aux conditions stipulées, soit en touchant lui-même, soit en tirant sur son banquier, soit en domiciliant chez lui ses paiements, soit en lui faisant escompter les effets qu'il aura souscrits, ou qui lui auront été remis.

Par cette convention, le banquier est lié; puisqu'il ne pourra pas refuser l'argent qui lui sera demandé jusqu'à concurrence de la somme fixée. Le client n'est pas lié, il est maître d'user on non du crédit, de prendre la somme qu'il veut ou de ne rien prendre du tout. Il y a condition potestative de sa part; mais comme ce n'est pas lui qui s'est obligé, l'art. 1174 C. civ. n'est pas violé. C'est une situation analogue à une promesse de vente (C. civ., art. 1589, 1590) (1). Le client sera seulement obligé quand il aura pris de l'argent; il sera alors comme un emprunteur.

Dans ce cas, la jurisprudence permet au banquier des commissions plus fortes, à raison de ses risques plus grands, et de la nécessité de tenir les fonds toujours disponibles (2).

Souvent le banquier, qui ouvre un crédit, se fait constituer une hypothèque comme sûreté de sa créance éventuelle, et prend inscription immédiatement. Q. *Cette hypothèque aura-t-elle rang dès le jour de cette inscription?* — 1er S. *Non* : — il n'y a pas alors de créance même conditionnelle pour le banquier; il n'y a qu'une éventualité; or, une hypothèque ne peut exister que comme accessoire d'une créance réellement existante; l'hypothèque n'aura donc rang que du jour où le crédit sera réalisé, au moins par une première avance faite au client (3).— 2e S. *Oui* (!) : — il y a une créance sous

(1) Duranton, t. XIX, n. 244. Troplong, *Hyp.*, n. 480. Pont, *Priv. et hyp.*, n. 711. Dietz, *Compte courant*, p. 269 et suiv. — *Contrà :* Delvincourt, t. III, p. 278.

(2) Req. 17 mars 1862, D. P. 62. 1. 236.

(3) Merlin, *Quest.*, v° *Hyp.*, § 3, n. 2. Toullier, t. VI, n. 546. Troplong, *Hyp.*, n. 478 et suiv.; cf. n. 656, 1 is. Dietz, *Compte courant*, p. 273 et suiv.

Source BIU Cujas

condition potestative pour le créancier, mais une créance valable (C. civ., art. 1174); — d'ailleurs, n'y eût-il qu'une créance éventuelle, cela suffit pour supporter une hypothèque; ce qui le prouve, c'est que l'hypothèque légale du mineur existe dès le jour de l'ouverture de la tutelle, quoique le mineur puisse ne devenir créancier que beaucoup plus tard; — il y a intérêt général à permettre une convention éminemment utile, qui ne fait pas tort aux autres créanciers, prévenus par l'inscription de l'hypothèque; dans le 1er S., le banquier serait à la merci de son client, car si une autre hypothèque était inscrite avant la réalisation du crédit, le banquier, qui n'a plus les sûretés promises, ne pourrait néanmoins refuser les fonds puisqu'il est engagé par la convention à les fournir; — cette doctrine avait été consacrée formellement au profit de la société du Crédit foncier par la L. 10 juin 1853, a. 4; depuis la L. 23 août 1871, a. 5, il semble difficile d'en contester l'application générale, puisque cet article fait payer dans ce cas le droit d'hypothèque au moment même de l'inscription; et l'on en a donné pour raison dans les travaux préparatoires que cette inscription assurait un rang immédiat (1).

La convention constitutive de l'hypothèque doit sans aucun doute être constatée par acte authentique. Mais cette forme n'est pas nécessaire pour les versements qui ne sont que la réalisation d'une condition (2).

Dans ce cas, si le créditeur a réalisé le crédit en escomptant des effets à lui endossés par son client, il aura son hypothèque pour garantir son recours contre celui-ci. Mais s'il endosse lui-même les effets, transmettra-t-il aussi son hypothèque? Il faut admettre que l'endossement qui transfère le principal a bien aussi la force de transmettre l'accessoire (3). Mais il y a avant tout une question d'intention des parties. On peut reconnaître en fait, que lors de la constitution d'hypothèque, on a entendu attacher l'hypothèque à l'ouverture du crédit seule, à la créance personnelle du banquier, au solde du compte courant pris indivisiblement, et non pas aux diverses créances qui peuvent y passer transitoirement (4). On peut, au contraire, reconnaître que l'hypothèque, dans l'intention des parties, devait suivre les créances qu'elle aurait une fois garanties (5). Alors, si les effets escomptés par le banquier ont été endossés par lui à diverses personnes, les tiers porteurs seront au même rang, car l'antériorité des endossements ne peut conférer un droit de préférence (6). Mais tous ensemble seraient préférés au banquier endosseur qui aurait gardé certains effets entre ses mains, car celui-ci leur doit garantie, et ne peut, par conséquent, en cas d'insuffisance, concourir avec eux; d'ailleurs, il ne pourrait invoquer la règle *Nemo contra se subrogasse censetur*, car il a fait, non pas une subrogation, mais une véritable cession de créance (7).

La L. 23 août 1871, a. 5, a réglementé le droit d'enregistrement des ouver-

(1) Rouen, 3 août 1864, S. 66. 2. 127. — Pard., t. IV, n. 1137. Devilleneuve, dans S. 1850. 1. 91. Grenier, *Hyp.*, n. 296. Pont, *Hyp.*, n. 719. Demol, t. XXV, n. 392-394. Aub. et Rau, 4e éd., § 266, note 71.

(2) Douai, 17 déc. 1833, *J. Pal.* à sa date. Dietz, *Op. cit.*, p. 270 et suiv.

(3) L. belge de 1872, a. 26.

(4) Req. 26. déc. 1871, D. P. 72. 1. 319.

(5) Colmar, 29 mars 1852, D. P. 54. 2. 190.

(6) Même arrêt.

(7) Rej. 20 juin 1854, D. P. 54. 1. 305.

Source BIU Cujas

tures de crédit. Jusqu'à cette loi, cette convention n'étant qu'une promesse conditionnelle, la jurisprudence ne la soumettait au droit proportionnel que lors des réalisations du crédit. Mais en fait ces réalisations échappaient aux investigations du fisc, et le droit proportionnel n'était presque jamais payé. Le législateur de 1871, considérant que les ouvertures de crédit sont presque toujours suivies de réalisation, les soumet à un demi-droit proportionnel (50 cent. par 100 fr.) ; les actes de réalisation sont soumis au droit ordinaire (1 o/o), mais on fait entrer en déduction le droit primitivement payé, de sorte qu'il n'y a lieu à aucune perception tant que la réalisation ne dépasse pas la moitié du crédit promis (1).

(1) V. Gab. Demante, *Principes de l'enregistrement*, 3e éd., t. I, n. 398.

Source BIU Cujas

LIVRE III.

DES FAILLITES ET BANQUEROUTES.

889. Ce livre a été entièrement refondu par la **Loi du 28 mai 1838**, qui a substitué entièrement les articles nouveaux à ceux du code de commerce de 1807. Outre un certain nombre de modifications de détail, portant sur des règles sans sanction, des longueurs, des frais excessifs, cette refonte a eu surtout pour but d'adoucir la législation antérieure, qui était jugée trop sévère : le législateur de 1807, sous l'influence de scandales récents, avait été trop rigoureux.

La *faillite* est l'état du commerçant qui a cessé ses paiements (art. 437). Quoique concernant dans une certaine mesure l'intérêt public, elle donne lieu à une procédure d'ordre purement privé pour règler les droits pécuniaires des créanciers.

La *banqueroute* est la faillite compliquée de faits répréhensibles. Elle donne lieu à une procédure de l'ordre criminel ; elle fait l'objet du titre 2 de notre livre. La banqueroute peut être simple ou frauduleuse. Il y a *banqueroute simple*, quand les faits reprochables sont des fautes graves, des imprudences, mais sans que l'on prouve la fraude proprement dite ; c'est un *délit* de la compétence des tribunaux correctionnels, et instruit comme les affaires jugées par ces tribunaux (titre 2, ch. 1er). Il y a *banqueroute frauduleuse*, quand on reproche au failli une vraie fraude, la soutraction de ses livres, l'exagération du passif ou la dissimulation de l'actif ; c'est un *crime* de la compétence de la Cour d'assises, instruit suivant la procédure criminelle (titre 2, ch. 2).

En principe, les deux procédures, commerciale et pénale, sont indépendantes. La faillite suit dans tous les cas la même marche, sauf un ou deux points de détail.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

TITRE PREMIER

DE LA FAILLITE.

890. Il y a trois situations voisines l'une de l'autre qu'il importe de distinguer : l'insolvabilité, la déconfiture et la faillite.

L'**insolvabilité** est l'état d'une personne dont le passif dépasse l'actif; c'est un fait purement immatériel qui ne se manifeste pas nécessairement à l'extérieur, et qui peut rester longtemps inconnu. — Elle a un effet juridique important, c'est de donner ouverture à l'action Paulienne ou révocatoire (C. civ., art. 1167), au droit pour les créanciers de faire tomber les actes de leur débiteur comme faits en fraude de leur créance. Il est évident que, tant qu'elle n'est pas connue, elle ne peut donner lieu à l'action des créanciers; mais quand elle sera manifestée au dehors, alors elle produira rétroactivement son effet à partir du jour où le passif aura commencé à dépasser l'actif; les créanciers pourront remonter jusqu'à ce jour pour rechercher les actes qui auraient pu être faits en fraude de leurs droits. — De plus (autre effet important), l'insolvabilité de la caution permet au créancier d'en exiger une autre (C. civ., art. 2020).

La déconfiture et la faillite ont, au contraire, ce trait commun qu'elles supposent un désastre, une manifestation extérieure de l'état fâcheux du patrimoine, une impossibilité dans la marche ultérieure des affaires du débiteur (1).

La **déconfiture** est spéciale au débiteur qui n'a que des dettes civiles, ou du moins ne laisse en souffrance que des dettes civiles. Elle ne fait pas l'objet d'une constatation officielle et générale; elle résulte seulement des voies d'exécution partielles exercées par les divers créanciers, des saisies opérées par ceux-ci. Encore ne suffirait-il pas de quelques saisies isolées, il faut qu'elles soient assez multipliées pour caractériser un embarras général dans le patrimoine du débiteur, l'impossibilité pour celui-ci de soutenir sa situation. Il n'y a pas là un fait aussi précis que celui qui caractérise la faillite; c'est une appréciation d'ensemble que devront faire les tribunaux civils. — La déconfiture n'a pas non plus, dans le droit civil, d'organisation générale; la loi ne prend pas de précautions d'ensemble pour assurer l'égalité proportionnelle entre tous les créanciers. Le code civil se contente d'en poser le principe dans l'art. 2093, mais il laisse à chacun d'eux le soin d'en assurer l'ap-

(1) Brav., t. V, p. 28, et Demang., t. V, p. 30, note 1, ne distinguent pas la déconfiture de l'insolvabilité.

Source BIU Cujas

plication en faisant des diligences à cet effet. Le débiteur peut les payer à mesure qu'ils se présentent (C. civ., art. 808, 2e al.) ; les premiers peuvent être payés intégralement, et les derniers ne rien toucher; c'est seulement entre ceux qui ont fait opposition dans les mains du débiteur, que la répartition au marc le franc est assurée (C. civ., art. 808, 1er al.). — Certains effets seulement, isolés les uns des autres, sont attachés à la déconfiture; v. C. civ., art. 1188; 1276; 1446; 1613, 4°; 1913; 2003; 2032, 2°.

La **faillite**, au contraire, est propre au commerçant qui ne paie pas ses dettes commerciales (1). Elle est caractérisée par un fait précis, la cessation des paiements, et déclarée par un jugement qui a une autorité générale *erga omnes*, et établit un régime complet et tout spécial. — Elle est organisée d'ensemble par la loi, qui prend elle-même l'initiative des mesures destinées à assurer l'égalité proportionnelle la plus rigoureuse entre les créanciers. Le motif de cette sollicitude toute particulière de la loi commerciale, c'est que les créanciers d'un commerçant sont, en général, bien plus nombreux que ceux d'un non commerçant; qu'ils ne peuvent pas la plupart du temps stipuler des sûretés spéciales ; qu'il y en a de très éloignés qui seraient difficilement et très tardivement mis au courant de la situation du débiteur, et seraient nécessairement primés par ceux qui sont plus proches et mieux informés ; c'est enfin que le non paiement des créanciers commerciaux peut avoir les conséquences les plus funestes, parce qu'il peut amener la faillite de ceux qui comptaient sur une rentrée à jour fixe pour payer leurs créanciers, parce que ces nouvelles faillites peuvent en entraîner d'autres et porter ainsi une grave atteinte au crédit général de la nation. — La faillite suppose, en général, l'insolvabilité ; elle la fait même présumer ; nous verrons pourtant qu'elle peut quelquefois exister sans elle.

891. **Historique** (2). — En droit romain aucune précaution spéciale n'était organisée à l'égard des débiteurs commerçants. Mais, à partir du moment où l'exécution sur les biens du débiteur fut permise aux créanciers, les règles applicables à tout débiteur établissaient des mesures d'ensemble garantissant l'égalité entre tous les créanciers : la *missio in possessionem* et la *venditio bonorum* étaient des mesures prises et suivies dans l'intérêt commun, par un *magister* (syndic) choisi par les créanciers, et l'*emptor bonorum* s'engageait directement envers tous les créanciers à leur payer un dividende déterminé (3).

Cette procédure protectrice ne fut pas suivie en général dans notre ancien droit, et les saisies y prirent le caractère purement individuel qu'elles ont encore dans notre droit civil (v. cout. de Paris, art. 178 et suiv. ; Ord. 1629, art. 65). D'ailleurs, il n'y eut jusqu'au code de commerce aucune législation spéciale aux commerçants insolvables, sauf les édits et ordonnances qui

(1) Cette spécialité n'existait pas d'après l'ordonnance de 1673 (v. tit. XI, art. 1 et 2); elle n'existe pas en Angleterre ni en Allemagne. V. Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 1. Renouard, *Faillites*, t. I, p. 208 et suiv. Colfavru, *Dr. commercial comparé de la France et de l'Angleterre*, p. 494. Demang., t. VI, p. 14 et 15. Fœlix, *Dr. international privé*, 3e édit., t. II, n. 538.

(2) V. sur toute cette matière : Renouard, *Faillites*, 1re partie. — Cf. Al. n. 2384, 2399.

(3) V. Tambour, *Voies d'exécution*, t. I, notamment p. 37, 116, 160.

Source BIU Cujas

prononcèrent des peines contre les banqueroutiers (1) ; les règles sur la cession de biens (2), les lettres de répit (3) étaient communes aux débiteurs civils et commerçants.

C'est en Italie qu'il faut chercher l'origine de la plupart des mesures consacrées par l'ordonnance de 1673 et ensuite par le Code en matière de faillite ; spécialement le statut de la ville de Gênes, rédigé en 1498 et réformé en 1588, nous présente les traits principaux de notre législation sur ce sujet (4). Ces règles s'introduisirent en France, surtout par l'effet des grandes foires autorisées à Lyon, des privilèges accordés à ces foires (à l'instar des foires de Champagne et de Brie), et de la juridiction fort étendue conférée aux prévôt des marchands, échevins, juges, gardiens et conservateurs des privilèges des foires de Lyon, soit en temps de foire, soit hors foire (5).

L'ordonnance de 1673 ne contient que treize articles dans son titre XI, *Des faillites et banqueroutes*, mais elle consacrait deux autres titres aux *défenses et lettres de répit* (tit. IX) et aux *cessions de biens* (tit. X). On y trouve en germe l'organisation adoptée par le Code et par la loi de 1838 ; notamment la défense, à ceux qui ont obtenu des lettres de répit, de payer certains créanciers par préférence aux autres (tit. IX, art. 4). Elle fut complétée par un grand nombre d'édits et d'ordonnances qui introduisirent peu à peu beaucoup des règles actuellement en vigueur (6).

892. **Marche générale de la faillite.** — Les diverses mesures édictées par le Code ont pour objet de protéger à la fois l'intérêt des créanciers, celui du failli, et celui de l'ordre public. — Dès le jugement déclaratif de faillite, les biens du débiteur sont placés sous la main de la justice dans l'intérêt commun de ses créanciers ; on lui en enlève le maniement, afin qu'il ne puisse pas les détourner, ni en avantager quelques créanciers au détriment des autres. L'administration en est confiée à un *syndic*, sous la surveillance du *juge commissaire*. Le syndic est chargé, en outre, de faire ou de provoquer tous les actes nécessaires pour arriver à la solution de la faillite. — Dans une période préparatoire, on établit la *liste des créanciers* ; on met ceux-ci en demeure de produire leurs titres de créances ; on les *vérifie* contradictoirement en assemblée générale, et ils sont obligés d'en *affirmer* la sincérité. — Puis on vote, dans une autre assemblée, sur l'admission d'un *concordat* ou arrangement proposé par le failli, qui s'engage, moyennant certaines concessions que lui font les créanciers, à les payer en totalité ou pour une fraction déterminée de leurs dettes. Si le concordat est admis, le failli est remis à la tête de ses affaires, à la condition seulement d'accomplir ses obligations sous la forme

(1) Ord. 10 oct. 1536, 1560, 1579, 25 juin 1582, mai 1629, art. 153. — V. Renouard, *l. cit.*

(2) Ord. 28 déc. 1490, art. 34 ; juin 1510, art. 70 ; 1629, art. 143, 144.

(3) Ord. 1560 ; ord. 1669, tit. 6.

(4) Renouard, *op. cit.*, t. I, p. 24 et suiv. Vincens, Préf., p. XVI ; t. I, p. 386.

(5) V. Renouard, t. I, p. 61.

(6) Décl. 23 déc. 1699 sur les lettres de répit ; — Décl. 18 nov. 1702 : nullité des actes faits dans les dix jours qui précèdent la faillite ; — Décl. 11 janv. 1716, affirmation des créances ; — Décl. 13 sept. 1739, vérification des créances ; — sans parler de beaucoup de mesures tendant à réprimer les fraudes commises par les faillis, et de nombreuses dispositions sur la compétence en matière de faillite.

Source BIU Cujas

et dans la mesure nouvelle que leur a données le concordat. — Si le concordat n'est pas admis, les créanciers sont de plein droit en état d'*union*, c'est-à-dire qu'ils s'unissent en vertu de leur communauté d'intérêts pour réaliser, par l'intermédiaire du syndic, le patrimoine du failli, et pour obtenir, toujours par la même entremise, la répartition de cet actif proportionnellement à leurs créances. — La faillite, même lorsqu'elle se termine par un concordat, frappe le débiteur de *déchéances* considérables. Il ne peut en être relevé que par la *réhabilitation*, qui ne peut être prononcée que lorsqu'il a payé toutes ses dettes en capital et intérêts.

Division du titre en trois chapitres (1) : — 1° Déclaration de la faillite et ses effets; — 2° Procédure préparatoire; — 3° Solution de la faillite.

CHAPITRE PREMIER.

DÉCLARATION DE LA FAILLITE ET SES EFFETS.

Deux sections : — 1° Déclaration de la faillite; — 2° Effets de la déclaration.

SECTION PREMIÈRE.

DÉCLARATION DE LA FAILLITE.

Deux paragraphes : — 1° Conditions nécessaires pour qu'il y ait faillite; — 2° Jugement déclaratif.

§ 1er

Conditions nécessaires pour qu'il y ait faillite.

Art. 437, 1er al. Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite.

Il faut deux conditions : — 1° la qualité de commerçant; — 2° la cessation des paiements.

I. — **Qualité de commerçant.**

893. Pour les questions générales que peut soulever l'existence de cette qualité, nous n'avons qu'à nous référer à nos explications sur l'art. 1er (2). —

(1) Nous ne suivons pas la division du Code, qui est fort peu méthodique. Par la division que nous adoptons, nous faciliterons et nous abrègerons beaucoup les explications, en rapprochant les matières qui se tiennent naturellement.

(2) C'est par application de ces règles qu'il faut décider qu'on ne pourrait pas mettre en faillite celui qui ne fait qu'exploiter ses immeubles (Paris, 25 juill. 1874, D. P. 76. 5. 243), ni celui qui n'aurait fait que quelques actes isolés de commerce (Al. n. 2402, 2403); ni le mineur ou la femme mariée non autorisés (Brav., t. V, p. 7 et suiv.

Source BIU Cujas

Nous avons seulement à examiner ici quelques questions spéciales à notre matière.

Faut-il qu'on soit encore commerçant pour pouvoir être mis en faillite? La réponse, en principe, est qu'il faut que les deux conditions aient coexisté : la qualité de commerçant et la cessation des paiements; et que cela suffit.

La question pouvait se poser *en cas de décès du failli.* Elle était discutée avant 1838; on admettait généralement que la faillite, dont les causes existaient auparavant, pouvait être déclarée après le décès, parce que c'est une mesure relative aux biens, pour laquelle la disparition de la personne importe peu. Mais il fallait alors décider que cette déclaration était possible pendant trente ans. Le législateur de 1838 a admis cette déclaration, en restreignant le délai à un an :

Art. 437: 2e et 3e al. La faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès, lorsqu'il est mort en état de cessation de paiements. — La déclaration de la faillite ne pourra être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers, que dans l'année qui suivra le décès.

Au lieu des trois manières dont la déclaration de faillite peut être provoquée, l'article n'en indique que deux; il n'admet pas qu'elle soit demandée par les héritiers du failli; ceux-ci n'y ont pas intérêt, puisque en acceptant sous bénéfice d'inventaire ils évitent toutes les conséquences de l'insolvabilité du failli (1). — Quant aux créanciers du défunt, la demande en séparation des patrimoines n'équivaudrait pas pour eux à la déclaration de faillite, car elle ne garantit pas le partage égal de l'actif. D'autre part la demande en déclaration de faillite ne les dispense pas de la demande en séparation des patrimoines (2).

La loi n'accorde qu'une année : lorsque la déclaration est provoquée par les créanciers, il suffit que la *demande* se soit produite dans ce délai; au contraire, si elle est prononcée d'office, il faut que le *jugement* soit rendu dans le même délai; le texte est formel sur ce point (3). — Ce délai d'un an est un délai préfix qui n'est pas allongé par les causes ordinaires d'interruption ou de suspension de la prescription (4).

Dans le système de la jurisprudence d'après lequel la faillite peut être constatée par un tribunal civil, la limite d'un an après le décès s'applique même à cette hypothèse (5).

Si le commerçant est mort à la veille de cesser ses paiements, il ne peut pas

Al. n. 2403). Mais qu'on pourrait la prononcer contre ceux qui auraient fait le commerce, quoique la loi le leur interdît (Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 17. Béd., n. 30. Brav., t. V, p. 11 et suiv. Al. n. 2403).

(1) Demang., t. V, p. 34. Al. n. 2422. — *Contrà* : Béd., n. 25.

(2) Demol., *C. civil.*, t. XVII, n. 198. Aub. et Rau, 4e éd., § 619, note 44.— *Contrà* : Douai, 24 déc. 1877, D. P. 78. 2. 149. — Mais l'acceptation bénéficaire n'enlèverait pas aux *créanciers* le droit de provoquer la faillite : Pard., n. 1108. Al. n. 2420.

(3) Renouard, t. I, p. 250. Brav., t. V, p. 34. Al. n. 2421.

(4) Brav., t. V, p. 34.

(5) Cass. 4 déc. 1854, D. P. 55. 1. 20.

Source BIU Cujas

être mis en faillite; car la seconde condition, la cessation des paiements, n'a jamais coïncidé avec la première (1).

Q. Quid *après la retraite du commerçant?* — Il peut être mis en faillite, s'il s'est retiré *pour* se soustraire à la faillite, et s'il était, avant sa retraite, en état de cessation de paiements, car alors les deux conditions ont coïncidé (2). — Mais il ne pourrait pas l'être, si son insolvabilité n'est survenue qu'après (3), lors même qu'il y aurait alors des dettes commerciales impayées.

894. **Une société peut-elle être mise en faillite?** Certainement, en principe : art. 438, 2e al.

Q. *La faillite d'une société en nom collectif entraîne-t-elle celle de tous les associés?* — 1er S. *Non* : — un seul des codébiteurs solidaires peut très bien être en faillite sans que les autres y soient (art. 544); or les associés sont tout au plus des codébiteurs solidaires de la société (4). — 2e S. *Oui* (!) : — l'argument du premier système se comprendrait si la solidarité n'existait que pour une ou quelques dettes; mais ici elle existe pour *toutes* les dettes de la société; par suite, tant qu'un associé pourra payer, les dettes sociales ne resteront pas en souffrance; si donc la société est mise en faillite, c'est qu'aucun associé ne peut plus payer; — la loi exige, dans la déclaration de la faillite de la société, l'indication du nom et du domicile de tous les associés solidaires (art. 438, 2e al.); elle exige que les scellés soient apposés à leurs domiciles respectifs (art. 458, 2e al.); cela montre bien qu'elle les soumet aussi au régime de la faillite (5).

Dans la société en commandite, la même solution devrait être admise pour les commandités (6). — Mais la faillite de la société n'entraînerait pas nécessairement celle des commanditaires, puisqu'ils ne sont pas solidaires. Aussi les créanciers conservent leurs actions individuelles contre eux. S'ils se sont immiscés, ils peuvent, depuis la L. 6 mai 1863, ne pas être déclarés solidaires (art. 28 nouveau, C. comm.); mais s'ils sont déclarés solidaires, leur faillite sera entraînée par celle de la société (v. *suprà*, n. 215).

Q. La *société anonyme peut-elle être mise en faillite?* — 1er S. *Non* : — il n'y aurait pas de failli, puisqu'il n'y a pas d'associé personnellement obligé; or, nos lois édictent toute une série de dispositions, soit sur les incapacités qui frappent le failli, soit sur les mesures à prendre relativement à sa personne, soit sur son intervention dans les diverses opérations de la faillite; ces disposi-

(1) Duvergier, t. XXXVIII, p. 265. Renouard, t. I, p. 246 et suiv. Saint-Nexent, t. II, p. 199. Esnault, *Faillites*, t. I, n. 87. Béd., n. 22. Al. n. 2420. — *Contrà* : Dall., n. 59. Lainné, *Faillites*, p. 17.

(2) Lyon, 2 mars 1878, D. P. 78. 2. 70, etc.

(3) Req. 18 juin 1872, D. P. 73. 1. 108; Req. 3 mai 1880, D. P. 81. 1. 72, après des divergences. Demang., t. V, p. 35. — V. Al. n. 2402.

(4) Devillen. et Massé, v° *Société*, n. 18. Malep. et Jourd., n. 29. — Comp. Pard., n. 1111,

(5) Jur. const. : Paris, 9 août 1869, D. P. 70. 2. 10; Req. 13 mai 1879, D. P. 80. 1. 29. — Renouard, t. II, p. 133. Lainné, p. 23. Esnault, t. II, n. 485. Béd., n. 33 bis, 35 bis, 194. — Troplong, *Soc.*, n. 68 et suiv. Demang., t. V, p. 677 et suiv. Al. n. 2728. Massé, n. 1170. — V. au surplus *suprà*, n. 190.

(6) La réciproque n'est pas vraie : la faillite d'un commandité n'entraînerait pas celle de la société : Cass. 5 mars 1879, D. P. 79. 1. 251.

Source BIU Cujas

tions supposent nécessairement qu'il y a un failli ; donc, pour la société anonyme, il n'y a lieu qu'à la liquidation forcée (1). — 2e S. *Oui!* : — il y a toujours un failli; c'est l'être moral que constitue la société ; — sans doute, on ne pourra pas appliquer les règles qui supposent une personne physique; mais ces règles n'ont rien d'essentiel; ce qui le prouve, c'est qu'un négociant décédé peut être mis en faillite (art. 437, 2e al.); — quant au rôle du failli dans les opérations de la faillite, il sera rempli par les liquidateurs de la société; — la liquidation forcée ne présenterait pas pour les créanciers les mêmes garanties que la faillite, notamment les obligations précises des syndics, la surveillance du juge commissaire, la nécessité de son autorisation pour les actes importants (2).

La faillite d'une société anonyme était rare autrefois, parce qu'une clause des statuts imposée par le gouvernement exigeait la liquidation en cas de perte d'une certaine portion considérable du capital social. — Toutefois, une société en liquidation peut être mise en faillite, car la personne morale subsiste dans l'intérêt de la liquidation (v. *suprà*, n. 379); nous venons d'indiquer l'utilité que cela peut présenter. Alors la réalisation et la répartition de l'actif passent entre les mains des syndics, et les liquidateurs jouent seulement le rôle que le failli peut encore jouer pendant la faillite (3).

La faillite de la société anonyme n'entraîne celle d'aucun associé, puisqu'aucun n'est tenu indéfiniment. Il est arrivé cependant qu'on déclarât la faillite du directeur de la société, comme n'ayant adopté l'anonymat que pour se soustraire à la responsabilité personnelle et ayant détourné l'argent des actionnaires (4).

La société en participation ne formant pas une personne morale ne peut pas être mise en faillite; mais seulement les coparticipants individuellement (5).

Une société nulle, par exemple pour défaut de publicité, et ne valant que comme société de fait, peut être mise en faillite sur la demande de ses créanciers sociaux (6), parce que cette nullité est facultative pour eux et ne peut leur être opposée par les associés. Mais, dans le système de la jurisprudence, admis par nous (v. n. 360), où les créanciers des associés peuvent invoquer cette nullité, ceux-ci pourront exiger que la faillite de la société ne soit pas prononcée, et faire fixer des dates différentes et individuelles pour la faillite de chaque associé (7).

II. — **Cessation des paiements.**

895. L'impossibilité de continuer plus longtemps les affaires, fait fonda-

(1) Renouard, t. I, p. 260. Massé, n. 1169.

(2) Paris, 12 juill. 1869, D. P. 70. 2. 7. Demang., t. V, p. 673-676. Al. n. 2434. Pont, *Soc.*, n. 1909. — *Adde infrà*, n. 1040.

(3) Req. 21 janv. 1874, D. P. 74. 1. 312. — Le liquidateur ne peut être mis en faillite comme tel, car il n'est pas commerçant : Caen, 2 juill. 1879, D. P. 81. 1. 72.

(4) Trib. comm. Seine, 24 mars 1873, journal *le Globe* du 13 avril, p. 25.

(5) Al. n. 2435.

(6) Paris, 5 fév. 1872, D. P. 74. 2. 235.

(7) Lyon, 8 janv. 1873, D. P. 73. 2. 38. — Al. n. 2428.

Source BIU Cujas

mental et essentiel de la faillite (1) comme de la déconfiture, se manifeste pour un commerçant d'une manière beaucoup plus simple et plus nette que pour un non commerçant. Car le commerçant a continuellement des paiements plus ou moins nombreux à faire pour régler les achats qui font la vie de son commerce; ces paiements sont habituellement exigibles à un terme rigoureusement exact; dès qu'il y aura un embarras irrémédiable dans ses affaires, ces paiements s'arrêteront nécessairement. C'est à ce fait matériel et facile à constater que la loi s'attache pour caractériser la faillite.

Mais ce fait lui-même, par cela seul que le mot *paiements* est employé au pluriel, ne se présente pas comme un fait simple, pouvant se produire *uno momento;* c'est un fait complexe (2); il faut la réunion d'un certain nombre de refus de paiements. Quand cette réunion sera-t-elle suffisante? Dans la grande majorité des cas, cette question ne présentera aucune difficulté; il apparaîtra dès l'abord que tous les paiements ont cessé. Dans quelques cas exceptionnels seulement le doute sera possible, ce doute laissera un certain vague dans la règle. — Les anciens auteurs avaient essayé vainement une définition plus précise (3); l'ordonnance de 1673 mettait à la place de notre règle une présomption légale, résultant de certains faits comme la retraite du débiteur, l'apposition des scellés sur ses biens (4), mais ces faits n'embrassaient pas tous les cas. Le code de 1807, en posant notre règle, l'avait *complétée* par des présomptions du même genre, mais qui n'arrivaient pas à plus de précision (5). Aussi le législateur de 1838 s'est borné à parler de la cessation des paiements, en remettant au juge le soin d'apprécier ce fait (6).

Donc tout ce qu'on peut dire de plus précis, c'est qu'il faut qu'il y ait cessation de la *généralité des paiements* (7). Ce qui reste de vague dans cette règle doit s'interpréter à la lumière du principe plus abstrait que nous avons posé au début de ce numéro; il faut que la cessation de paiements manifeste l'impossibilité de continuer les affaires; ces deux faits, l'un abstrait, l'autre matériel, se complètent et s'éclairent mutuellement.— Ainsi il ne suffirait pas d'un seul refus de paiement non motivé (8); ni même de quelques protêts (9); ou de la réclamation de quelques créanciers (10); si ces faits révèlent seulement un embarras tout à fait momentané du commerçant (11), surtout s'ils sont dus à une simple maladresse de l'agent d'une société commerçante (12). — Mais, d'autre part, il n'est pas nécessaire que *tous* les paiements sans exception soient refusés; le législateur a intentionnellement évité

(1) Colmar, 19 avril 1860, S. 61. 2. 25. — Brav., t. V, p. 16.
(2) Lyon, 16 juin 1874, D. P. 76, 2. 171.
(3) V. Casaregis, *disc.* 179, n. 88.
(4) V. tit. XI, art. 1.
(5) V. anciens art. 437, 441.
(6) Les juges du fait sont donc souverains pour apprécier s'il y a cessation des paiements: Req. 12 juin 1881, D. P. 82. 1. 264, etc.
(7) Renouard, t. I, p. 234, critiqué par Demang., t. V, p. 18.
(8) Paris, 11 janvier 1853, D. P. 54. 2. 6.
(9) Req. 26 juin 1876, D. P. 78. 5. 271; 15 mars 1881, D. P. 82. 1. 15.
(10) Cr. cass. 23 avril 1880, D. P. 80. 1. 399.
(11) Béd., n. 63. Al. n. 2406.
(12) Req. 25 nov. 1868, D. P. 69. 1. 151.

Source BIU Cujas

d'employer le mot *tous* ; en effet si, malgré la cessation générale des paiements, on paie quelques créanciers, c'est un danger de plus, puisqu'on avantage ceux-ci au détriment des autres (v. art. 446) (1) ; le paiement des menues dépenses journalières n'empêcherait pas non plus la déclaration de faillite (2). — Il est bien évident qu'on ne devrait pas tenir compte des refus fondés sur une contestation sérieuse de la dette ; car ceux-ci n'impliquent nullement un embarras financier (3).

Lorsque l'ensemble des refus de paiement paraît suffisant pour constituer la cessation des paiements ; on doit faire remonter celle-ci au jour du premier refus de paiement, car celui-ci a été la première manifestation d'une situation déjà très réelle, quoiqu'elle n'ait pu être pleinement constatée que plus tard (4). — D'ailleurs il n'est pas nécessaire que la cessation de paiements soit notoire ; on a rejeté cette exigence après une longue discussion à la chambre des députés (5).

La simple *suspension* des paiements, même avec l'espoir de les reprendre plus tard, équivaudrait à la cessation de paiements, si elle devait avoir quelque durée et portait sur la généralité des paiements ; car il y a dès lors un arrêt complet, quoique temporaire, de la vie commerciale (6) : — sans doute, le projet de l'art. 437 parlait du commerçant qui *suspend* ses paiements, et ce mot a été remplacé par le mot *cesse* ; mais cette substitution n'a pas eu du tout pour but d'exclure la suspension des paiements ; on a seulement choisi le mot *cesse* parce qu'il est plus compréhensif (7). — Il s'ensuit qu'il peut y avoir faillite sans insolvabilité, par cela seul que le commerçant a mal combiné ses rentrées avec ses échéances, qu'il a consenti à ses débiteurs des termes trop longs, ou que ses débiteurs le font attendre, ou qu'il a dans son actif des valeurs dont la réalisation demande du temps (8). C'est ainsi que certains fournisseurs du quartier le plus aristocratique de Londres, le West-End, sont obligés de se mettre en faillite tous les deux ou trois ans : les grands seigneurs qu'ils fournissent sont très solvables, mais négligent de régler leurs comptes malgré les réclamations ; s'ils reçoivent l'invitation de payer ce qu'ils doivent à la faillite de M. un tel, ils s'exécutent immédiatement ; et le négociant peut reprendre ses paiements et son commerce. Il est clair qu'une faillite dans ces conditions n'a rien de déshonorant.

Il résulte des principes que nous avons posés (n. 890, 895) que la simple insolvabilité ne suffit pas s'il n'y a pas encore eu refus de paiement ; on ne pourrait pas ordonner la communication des livres du commerçant à un

(1) Paris, 4 fév. 1875, D. P. 76. 2. 185. Brav., t. V, p. 17. Al. n. 2406.

(2) Req. 12 juill. 1881, D. P. 82. 1. 264.

(3) Brav., t. V, p. 16. Al. n. 2408. — Mais l'inexécution du jugement pourrait motiver la déclaration de la faillite, car alors la contestation de la dette n'est plus possible : Req. 30 avril 1877, D. P. 78. 1. 83.

(4) Brav., t. V, p. 192, 193.

(5) Brav., t. V, p. 210, 211, et Demang., t. V. p, 190.

(6) Colmar, 19 janv. 1864, D. P. 64. 2. 205.

(7) Al. n. 2405, 2412.

(8) Aix, 15 janv. 1867, D. P. 67. 5. 207. Delam. et Lepoitv., t. VI, p. 8. Renouard, t. I, p. 230 et suiv. Béd., n. 27. Brav., t. V, p. 29-30. Al. n. 2405. Massé, n. 1146-1148. — *Contrà* : Locré, *Esp. du C. com.*, t. V, p. 21 et suiv.

Source BIU Cujas

créancier pour qu'il puisse y trouver la preuve de l'insolvabilité (1), et l'on ne pourrait pas faire remonter rétroactivement la faillite à l'époque où le passif était supérieur à l'actif s'il n'y a pas eu dès lors cessation de paiements (2). — Souvent il arrive que le commerçant prolonge assez longtemps sa vie commerciale par des arrangement avec ses créanciers, des contrats d'atermoiement individuels ou communs à tous les créanciers, des renouvellements de billets. En principe, tant qu'il peut continuer à marcher ainsi, tant qu'il n'y a pas de refus de paiement, il n'y a pas faillite (3). Mais il faut que les moyens employés empêchent la cessation des paiements ; s'il y a des protêts malgré cela, si le contrat d'atermoiement n'est pas exécuté, si les billets renouvelés ne sont pas payés, la faillite devra être déclarée; et l'on pourra la faire remonter rétroactivement à l'époque où ces termes ont été obtenus par le débiteur. Sans doute, le retard du paiement consenti par le créancier n'est pas proprement et à lui seul une suspension de paiements; mais lorsqu'il aboutit à une impossibilité absolue de payer, il se trouve caractérisé après coup par ce fait et montre que la vie commerciale était déjà arrêtée définitivement à l'époque où le terme a été obtenu (4). — D'autre part, il ne faut pas que les moyens employés soient purement factices, comme ceux fondés sur une circulation d'effets de commerce sans cause réelle, car ils compromettent de plus en plus le gage des créanciers; il ne faut pas non plus que ces moyens favorisent certains créanciers au détriment des autres (5). Il suffirait alors d'une seule dette impayée pour faire prononcer la faillite.

896. *Quelle sera l'influence des dettes civiles sur la déclaration de faillite?* — Leur non paiement ne peut être à lui seul la cause de la faillite, si le commercant n'a pas de dettes commerçiales, ou si toutes les dettes commerciales sont régulièrement payées : — en effet, le système de la faillite a été établi pour protéger le crédit commercial; l'ancien art. 441 ne parlait que des dettes commerciales et certainement en changeant son texte pour d'autres motifs, on n'a pas eu la pensée d'innover sur ce point; — il n'y a pas proprement *cessation* de paiement pour les dettes civiles qui n'ont pas des échéances aussi impérieuses que les dettes commerciales (6). — Mais s'il y a quelques dettes commerciales impayées, le tribunal pourra tenir compte des dettes civiles pour apprécier la généralité de la cessation des paiements (7); et il pourra même faire remonter la cessation des paiements au non paiement des dettes civiles, comme étant la première manifestation d'un fait, confirmée peu après par le non paiement des dettes commerciales (8).

(1) Orléans, 28 fév. 1855, D. P. 55. 2. 155.

(2) Montpellier, 14, 19 janv. 1859, D. P. 60. 2. 76. Al. n. 2405. Brav., t. V, p. 28-29.

(3) Paris, 13 fév. 1877, D. P. 78. 5. 272; Rouen, 1er déc. 1879, D. P. 80. 2. 93. Al. n. 2407. — *Contra :* Brav., t. V, p. 21 et suiv.

(4) Req. 14 déc. 1875, D. P. 78. 1. 195; Req. 12 juill. 1881, D. P. 82. 1. 264. — Al. n. 2407.

(5) Nancy, 18 déc. 1869, D. P. 70. 2. 55.

(6) Paris, 30 août 1871, D. P. 72. 5. 241, etc., etc. Comp. Req. 3 mai 1880, D. P. 81. 1. 72. — Delam et Lepoitv., t. VI, p. 50 et suiv. Béd., n. 19. Brav., t. V, p. 18 et suiv. Al. n. 2404. Massé, n. 1151. — V. Pard., n. 1099, 1101.

(7) Rouen, 14 mai 1853, D. P. 54. 5. 561. — Al. n. 2404.

(8) Req. 17 fév. 1852, D. P. 52. 1. 234. — Brav., t. V, p. 20-21.

Source BIU Cujas

Une fois prononcée, la faillite englobera certainement les dettes civiles comme les dettes commerciales. Aussi l'on reconnaît aux créanciers civils le droit de provoquer la déclaration de la faillite, quand les causes en existent (1).

§ 2

Jugement déclaratif.

Caractère général.

897. Le jugement déclaratif de faillite présente ce caractère, tout à fait exceptionnel dans notre droit, qu'il produit ses effets *erga omnes*, à l'égard de toute personne même de ceux qui n'ont été nullement liés ou représentés au procès; il édicte une vérité absolue; ses effets pourront être poursuivis contre toutre personne; l'organisation que le tribunal donnera à la faillite, toute la procédure qui en sera la suite seront valables contre tous, et personne ne pourra en méconnaître les conséquences. — C'est là un principe universellement admis (du moins pour le cas où la déclaration émane du tribunal de commerce compétent, v. *infrà*, n. 898); et consacré implicitement par le législateur dans une foule d'articles de notre titre, notamment dans l'art. 442 qui organise la publicité pour prévenir tout le monde, et dans l'art. 580 qui admet l'opposition à ce jugement de la part de *toute partie intéressée*, en faisant courir le délai de cette opposition du jour seulement où la publicité a été donnée.

Compétence.

898. La faillite est déclarée par un jugement du tribunal de commerce du domicile du failli (art. 438, 1er al., et 440) ; ce qui détermine à la fois la compétence *ratione personæ* et la compétence *ratione materiæ*.

La **compétence ratione personæ** est celle du tribunal du domicile du failli, qui est aussi compétent pour toutes les actions nées de la faillite, (art. 635 ; C. pr. civ. art. 58, 7e al.) (v. *infrà*, n. 959).

Quant à la question de savoir où est le domicile du failli, elle se résoudra par les principes du droit civil; ce sera au lieu où il aura son principal établissement (2). S'il a eu plusieurs domiciles successifs, il faudra tenir compte uniquement du domicile au jour de la cessation des paiements; car c'est à ce moment que le domicile est devenu le domicile d'un failli ; d'ailleurs, le contexte de l'art. 438, 1er al., ne peut pas laisser de doute sur cette solution (3).

Pour une société, la faillite doit aussi être déclarée au lieu de son principal établissement (art. 348, 2e al., *in fine*), lors même qu'elle aurait ailleurs

(1) Besançon, 6 fév. 1865, D. P. 65. 2. 52. — Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 21. Dall., n. 71. Béd., n. 49. Brav, t. V, p. 54. Al. n. 1153. — *Contrà* : Saint-Nexent, n. 5.

(2) Req. 28 avril 1880, D. P. 80. 1. 327.

(3) Req. 31 mai 1870, D. P. 72. 5. 241. — Ren., t. I, p. 255. Béd., n. 52. — *Contrà* : Al. n. 2429.

Source BIU Cujas

une succursale (1) ou son usine (2); lors même que les statuts auraient établi ailleurs le siège social, car la réalité doit l'emporter sur la volonté des associés (3).

La **compétence ratione materiæ** est celle du tribunal de commerce.

Art. 440, 1re disp. La faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce, rendu, soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office.

Cette compétence est-elle exclusive? — Tout le monde l'admet s'il s'agit d'une demande principale en déclaration de faillite. Mais la question est controversée si la demande est incidente : par exemple, dans un ordre ouvert, on conteste la validité d'une hypothèque en vertu des art. 446, ou 448 (v. n. 916 et suiv., 952 et suiv., 958 et suiv.), ou 563 (v. n. 1022-1024) ; — ou bien un tribunal correctionnel ou criminel est saisi d'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse. — Q. *Le tribunal civil ou criminel pourra-t-il constater incidemment l'état de faillite?* — 1er S. *Oui* : les art. 446 à 448 sont des conséquences de la cessation des paiements et non de la déclaration de faillite; on doit donc pouvoir les appliquer lors même qu'il n'y a pas eu déclaration générale de la faillite; — sans doute, d'après l'art. 440, le tribunal de commerce peut seul la déclarer d'une manière générale, *in rem*, avec effet à l'égard de tous; mais, le juge de l'action étant juge de l'exception, le tribunal civil ou criminel peut la constater pour les besoins de la cause, à l'égard des parties présentes; — dans le cas de poursuite criminelle ou correctionnelle, on ne peut pas admettre que l'action publique en répression soit subordonnée à l'intérêt privé (4). — 2e S. *Non* (!): le premier système a le grave inconvénient d'exposer la justice à des contrariétés de jugements; sans doute ce résultat peut se produire dans d'autres matières, et il est même très choquant dans les questions d'état; mais il est ici inadmissible, puisque le tribunal de commerce, à la différence du tribunal civil même dans les questions d'état, édicte une vérité générale, absolue, opposable à tous, en déclarant ou en refusant de déclarer la faillite; — les nullités des art. 446 et suiv., 549 et suiv., 557 et suiv. ne sont édictées qu'au profit de la masse, et elles ne peuvent être invoquées dans un intérêt particulier (v. *infrà*, n. 942, 1005, 1024); or tant qu'il n'y a pas de déclaration générale de faillite, il n'y a pas de masse; donc jamais un tribunal civil ne peut avoir occasion de constater cette faillite; — quant à l'intérêt de la répression, il est bien simple de répondre que, la faillite pouvant être prononcée d'office sur les indications du ministère

(1) Req. 26 déc. 1871, D. P. 72. 1. 200. — Al. n. 2430.
(2) Req. 9 août 1881, D. P. 82. 1. 408.
(3) Req. 13 mars 1865, D. P. 65. 1. 228. — Al. *ibid.*
(4) Cass. 24 juin 1864, D. P. 64. 1. 450; Metz, 20 déc. 1865, D. P. 66. 2. 10, etc. Al. n. 2424, 2425. — La C. de cass. décide même qu'un jugement préalable du tribunal de commerce est non avenu pour le tribunal de répression, car c'est un principe général que la chose jugée au civil n'a pas d'influence au criminel : Cr. rej. 13 mai 1882, D. P. 82. 1. 487. C'est un argument de plus contre ce système.

Source BIU Cujas

public (v. n. 900), jamais l'action publique n'est subordonnée à l'action privée des créanciers (1).

899. Q. *Peut-il y avoir plusieurs faillites simultanées pour un même commerçant?* — On est, en général, d'accord que cela n'est pas possible lorsque ce commerçant n'a fait qu'un seul et même commerce avec plusieurs établissements; et la cour de cassation admet qu'il y a lieu à règlement de juges, lorsque la faillite a été déclarée simultanément par deux tribunaux (2). — Mais la jurisprudence admet la possibilité de deux faillites simultanées et séparées, lorsqu'un même commerçant a fait deux commerces différents dans des localités différentes (3). Ce système ne nous paraît pas exact. Ces arrêts se bornent à dire, sans donner de motifs à l'appui, que « rien ne s'oppose à ce qu'un même commerçant devienne l'objet d'une double déclaration de faillite dans deux endroits différents et pour des opérations de commerce distinctes ». Au contraire, bien des raisons nous paraissent s'opposer à cette solution : — un principe fondamental de notre droit moderne est l'unité du patrimoine; l'ensemble de l'actif est affecté à l'ensemble du passif (C. civ., art. 2093); — c'est le failli qui est mis en faillite, c'est-à-dire sa personne et tout son patrimoine, et non pas un établissement déterminé; — l'art. 438 suppose bien évidemment qu'il n'y a qu'un seul tribunal compétent, un seul domicile, un seul principal établissement; — l'art. 440 prescrit la publication du jugement dans tous les lieux où le failli a des établissements; ce qui suppose bien que la faillite englobe tous ces établissements; — l'art. 443 comprend dans le dessaisissement, non seulement les biens présents, mais tous les biens à venir sans exception; il est donc impossible qu'un établissement nouveau, fondé dans un autre endroit, même longtemps après, échappe à la loi de la première faillite pour former le gage d'une nouvelle masse de créanciers (4). — Il en serait autrement si le failli avait été remis à la tête de ses affaires par un concordat, ou les avait reprises après la dissolution de l'union des créanciers; il pourrait retomber une seconde fois en faillite (art. 526, 3e al.); il n'y pas alors deux faillites simultanées. — Si pendant les opérations de sa faillite il a exercé une industrie nouvelle, nous verrons (n. 912) que ses nouveaux créanciers doivent être payés les premiers sur l'actif de ce nouveau commerce; on peut dire alors qu'il y aura double faillite (5).

899 *bis*. Quoique les dimensions de cet ouvrage ne nous permettent pas en général d'aborder les questions de droit international, l'effet absolu *erga omnes* du jugement déclaratif nous oblige à donner au moins la solution des principales difficultés qu'il fait naître en droit international. — Un tribunal

(1) Delam. et Lepoitv., 1re édit., t. V, n. 59 et suiv. ; 68 et suiv. Brav., t. VI, p. 3 et suiv., et Demang., t. V, p. 40, 198-200. Massé, n. 1167.

(2) Req. 8 mai 1878, D. P. 79. 1. 101; Req. 9 août 1881, D. P. 82. 1. 408.

(3) Req. 23 août 1853, D. P. 55. 1. 59; Paris, 30 août 1867, D. P. 68. 2. 113; Lyon, 12 juill. 1869, D. P. 70. 2. 10. La question s'est présentée le plus souvent après la clôture de la première faillite pour insuffisance d'actif; mais la possibilité d'une double faillite est formulée comme un principe général dans toutes ces décisions. — Al. n. 2430.

(4) V. une excellente dissertation de M. Beudant, en note sous l'arrêt de Paris, D. P. 68. 2. 113. Brav., t. V, p. 42 et suiv.

(5) Req. 8 mai 1878, D. P. 79. 1. 101.

Source BIU Cujas

français pourrait très bien prononcer la faillite d'un étranger qui aurait son principal établissement en France; car cette déclaration n'a pas trait à son statut personnel; elle se rattache à l'ordre public et aux effets des conventions, que les étrangers sont tenus de respecter en France. — Si l'étranger n'avait qu'une succursale en France, le tribunal du lieu de cette succursale pourrait très bien le déclarer en faillite pour sauvegarder les intérêts de ses créanciers français, sauf à arrêter la procédure faite en France et à la lier à la procédure faite à l'étranger, si le tribunal du principal établissement, situé à l'étranger, prononçait également la faillite. — Un tribunal étranger ayant déclaré à l'étranger la faillite d'un Français ou d'un étranger, qui a des biens ou des créanciers en France, nous pensons que ce jugement produit de plein droit en France tous ses effets juridiques, qui ne sont pas des actes d'exécution proprement dits, comme des poursuites contre la personne ou contre les biens; car l'art. 2121, C. civ., qui exige le contrôle du tribunal français ne l'exige que pour les actes d'exécution, spécialement pour l'inscription de l'hypothèque judiciaire qui tend à l'exécution. Il suit de cette doctrine, que le dessaisissement se produira en vertu du jugement étranger ainsi que tous les effets que nous énumérerons à notre deuxième section (1), que les syndics, nommés par lui, auront en France tous les pouvoirs qui s'attachent à cette qualité, etc., etc. (2).

Comment le tribunal est-il saisi?

900. Trois manières sont possibles (art. 440, 1re disp.; v. *suprà*, n. 898).

1° *Par le failli.* C'est le cas normal; la déclaration de son état est obligatoire pour lui :

Art. 438. 1er al. Tout failli sera tenu, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation de paiements sera compris dans les trois jours.

Il doit, en outre, déposer son **bilan** :

Art. 437. La déclaration du failli devra être accompagnée du dépôt du bilan, ou contenir l'indication des motifs qui empêcheraient le failli de le déposer. Le bilan contiendra l'énumération et l'évaluation de tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur, l'état des dettes actives et passives, le tableau des profits et pertes, le tableau des dépenses ; il devra être certifié véritable, daté et signé par le débiteur.

Aussi le dépôt du bilan est, dans la pratique, synonyme de la déclaration de la cessation des paiements.

Ce bilan contient d'abord le *bilan*, dans le sens ordinaire du mot, tel qu'il est rédigé au moins une fois l'an, lors de l'inventaire; c'est le tableau résumé de l'actif et du passif (v. *suprà*, n. 107, 139, 140). Mais il contient, de plus : —

(1) *Contrà* : Paris, 20 janv. 1877, D. P. 77. 2. 67. — Dans notre doctrine, il faudrait excepter les incapacités politiques, car l'art. 15, 17°, du décr. du 2 fév. 1852, n'exclut que « les faillis non réhabilités dont la faillite a été déclarée, soit par les tribunaux français, soit par jugements rendus à l'étranger, *mais exécutoires en France.* »

(2) Paris, 23 mars 1868, D. P. 74. 5. 264. Sur toutes ces questions, v. Al. n. 2426, 2427, 2431; et surtout la brochure de M. Carle, professeur à l'université de Naples, traduite par M. Dubois, le regretté professeur de la Faculté de droit de Nancy.

Source BIU Cujas

le *tableau des profits et pertes*, en détail; pour qu'on puisse suivre le résultat des opérations du failli et les causes de sa faillite (1); — et le *tableau des dépenses* personnelles au failli; car on aura à examiner si ces dépenses n'ont pas été exagérées (art. 585, 1°).

La seule formalité exigée par la loi pour le bilan est la signature du débiteur. Nous admettons qu'il pourra être signé par un mandataire (2), quoique cela ait été contesté.

S'il y a impossibilité de dresser le bilan dans les trois jours, par exemple en cas de malheur subit, la loi se contente de l'indication des motifs qui ont empêché de le dresser; le tribunal apprécie; et s'ils ne sont pas bons, le débiteur sera traité comme s'il n'avait pas déposé son bilan.

Art. 438, 2e al. En cas de faillite d'une société en nom collectif, la déclaration contiendra le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires. Elle sera faite au greffe du tribunal dans le ressort duquel se trouve le siège du principal établissement de la société.

Il faudra appliquer cet article aux autres espèces de sociétés (cf. *suprà*, n. 894, 898).

La sanction de l'obligation de déposer le bilan est : — 1° que le failli *pourra* être condamné pour banqueroute simple (art. 586, 4°); — 2° qu'il ne pourra pas être exempté de l'incarcération (art. 456); mesure qui peut encore être prise, même depuis l'abolition de la contrainte par corps (v. *infrà* sous l'art. 456).

Le débiteur pourrait rétracter sa déclaration tant que le jugement n'est pas rendu (3). — Ses créanciers pourraient aussi soutenir que la faillite ne peut pas être déclarée, quoique le débiteur le demande, p. ex. pour obtenir des délais que la majorité de ses créanciers consentirait à lui accorder, mais qu'une minorité lui refuse. Sans doute on conçoit difficilement que l'on conteste la cessation des paiements, car il dépend toujours du débiteur de ne pas payer; mais les créanciers pourraient contester les autres conditions de la faillite, p. ex. la qualité de commerçant chez le débiteur, la commercialité des dettes non payées, ou discuter l'époque de la cessation des paiements (4).

2° *A la requête des créanciers*; même d'un seul (art. 440); et lors même qu'on ne connaîtrait que ce créancier, pourvu qu'à raison de l'importance de sa créance le refus de payer constitue suffisamment la cessation de paiements : en effet, il peut y avoir des créanciers inconnus; les formalités de la faillite sont destinées à les faire apparaître; et d'ailleurs ce créancier unique peut avoir intérêt à dessaisir le failli de ses biens (art. 443) et à invoquer les nullités édictées par les art. 446 et suiv. (5).

(1) Ce tableau devra remonter le plus haut possible dans le passé, sans qu'on soit obligé de remonter au delà de dix ans, puisque le commerçant n'est pas tenu d'avoir conservé ses livres plus anciens (C. com., art. 11): Locré, *Esp. du C. com.*, t. VI, p. 25. Demang., t. V, p. 46. Al. n. 2440. — Mais, s'il avait ses livres antérieurs aux dix ans, il devrait remonter plus haut (v. *suprà*, n. 112). *Contrà* : Al. n. 2440.

(2) Pard., n. 1096. Ren., t. I, p. 269. Béd., n. 40. Demang., t. V, p. 48. Al. n. 2441.

(3) Pard., n. 1097. Béd., n. 57. Al. n. 2428.

(4) Béd., n. 34, 57. Brav., t. V, p. 49-52.

(5) Aix, 1er mars 1877, D. P. 78. 2. 38, etc. Delam. et Lepoitv., t. VI, p. 27 et suiv.

Source BIU Cujas

La faillite peut être provoquée par tous les créanciers; notamment : — par les créanciers *civils*; quoique le non paiement de leurs créances ne soit pas une cause suffisante de faillite; quand les causes en existent, ils seront compris dans les répartitions; ils ont donc intérêt à la faire prononcer (1); — même les créanciers *hypothécaires*, car leur hypothèque peut être insuffisante (2); — même les créanciers *à terme*, car la déclaration de faillite leur donnera le droit d'invoquer la déchéance du terme (art. 444) (3); — même les créanciers *conditionnels*, quoiqu'ils ne puissent pas actuellement agir, ni prendre part à aucune répartition ; car ils ont encore plus d'intérêt à protéger leur gage contre les dilapidations futures du débiteur (4). — Enfin les créanciers peuvent provoquer la faillite lors même qu'ils sont parents ou alliés du débiteur; car aucun texte ne le leur interdit (5).

Mais si la demande du créancier était injuste, le débiteur dont le crédit serait ébranlé et l'honneur menacé aurait droit à des dommages-intérêts (6).

Les créanciers peuvent saisir le tribunal, — soit *par voie d'ajournement*; c'est le mode ordinaire d'engager les procès; et alors le jugement sera contradictoire si le failli ne fait pas défaut; — soit *par simple requête* (art. 440) (7); on emploiera cette voie si l'on craint de provoquer la disparition du débiteur en lui signifiant l'ajournement, ou s'il est déjà disparu.

3° *D'office*. C'est une exception au droit commun, d'après lequel les juges ne peuvent statuer que sur les points qui leur sont déférés par les parties. — La déclaration d'office aura lieu surtout lorsque l'ordre public y paraîtra intéressé, et que les créanciers, peut-être par collusion avec le débiteur, négligeront de la poursuivre; par exemple, si le débiteur leur promettait de les désintéresser en se procurant des ressources par des manœuvres frauduleuses; — ou encore lorsqu'il s'agira de préparer les voies à une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse.

Mais, en dehors du cas où l'intérêt public serait engagé, la faillite ne pourrait pas être prononcée d'office contre l'intérêt général des créanciers, qui seraient, par exemple, en pourparlers sérieux avec le débiteur (8). — En sens inverse le tribunal ne pourrait pas, en constatant la cessation de paiements, refuser de déclarer la faillite, demandée par les créanciers, et nommer seulement un liquidateur judiciaire (9).

Béd., n. 58. Renouard, t. I, p. 276 et suiv. Demang., t. V, p. 26. Al. n. 2410. Massé, n. 1150.

(1) V. *suprà*, n. 897.

(2) Bordeaux, 8 mars 1876. D. P. 79. 5. 228.— Pard., n. 1099. Dall., n. 106. Ren., t. I, p. 278, 279. Al. n. 2442.

(3) Pard., n. 1099. Delam. et Lepoitv., t. VI, p. 21. Dall., n. 105. Boulay-Paty, n. 64. Renouard, t. I, p. 272. Béd., n. 50. Brav., t. V, p. 56. Al. n. 2442.

(4) Dall., n. 105. Brav., t. V, p. 57.

(5) Dall., n. 109. Esnault, n. 97. Brav., t. V, p. 57. Al. n. 2442. — *Contrà :* Pard., n. 1099. Renouard, t. I, p. 272-273. Boulay-Paty, n. 67.

(6) Brav., t. V, p. 58. Cf. Béd., n. 55.

(7) Renouard, t. I, p. 271. Lainné, p. 35. Béd., n. 53. Demang., t. V, p. 65. Al. n. 2443.

(8) Bourges, 7 mars, 27 avril 1864, D. P. 64. 2. 105. — Al. n. 2442.

(9) Lyon, 17 mars 1881, D. P. 81. 2. 247.

Source BIU Cujas

Autres mentions du jugement.

Art. 441. Par le jugement déclaratif de la faillite, ou par jugement ultérieur rendu sur le rapport du juge commissaire, le tribunal déterminera, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements. A défaut de détermination spéciale, la cessation de paiements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite.

901. L'époque de la cessation des paiements sera souvent reportée assez en arrière de l'époque du jugement déclaratif. Elle a une grande importance, parce qu'elle est le point de départ d'une période où la capacité du failli se trouve rétroactivement altérée (v. à la section 2e).

Elle est fixée, soit par le jugement déclaratif lui-même, soit par un jugement ultérieur, si l'on n'a pas au premier moment les éléments de cette détermination. Elle peut même être changée ultérieurement par un nouveau jugement, lorsque l'on rencontre de nouveaux éléments qui la font reculer dans le passé ; et cela peut arriver plusieurs fois dans la même faillite. Les jugements qui statuent sur ce point ne sont point considérés comme ayant acquis force de chose jugée tant que les délais pour la vérification et l'affirmation des créances ne sont pas expirés (art. 581) (1) ; et cela lors même que la faillite aurait été prononcée d'office ; le tribunal pourrait encore d'office changer la date de la cessation des paiements (2).

Si rien n'a été dit, c'est seulement au jour du jugement déclaratif que se place légalement la cessation de paiements. Pourtant il faudrait excepter le cas de faillite déclarée après décès, car elle ne peut pas être postérieure au décès (v. *suprà*, n. 893) ; un amendement proposé dans ce sens en 1838 a été jugé inutile (3).

Publicité du jugement.

Art. 442. Les jugements rendus en vertu des deux articles précédents seront affichés et insérés par extrait dans les journaux, tant du lieu où la faillite aura été déclarée que de tous les lieux où le failli aura des établissements commerciaux, suivant le mode établi par l'article 42 du présent Code.

902. Cette publicité a pour but de prévenir les tiers des incapacités qui frappent le failli, afin qu'ils ne contractent plus avec lui ; et aussi de provoquer les oppositions.

La sanction de l'article consiste en ce que l'accomplissement de ces formalités est le point de départ du délai pour former opposition au jugement (art. 580, v. au no suivant) ; et que, par conséquent, faute de les accomplir, toute partie intéressée pourra indéfiniment faire opposition, et éviter ainsi qu'on n'invoque contre elle les effets de ce jugement. — Cependant, cette ressource ne sera efficace que si le jugement est critiquable en lui-même ; mais, si des causes de faillite existaient bien réellement lorsqu'il a été rendu, le tiers

(1) Req. 1er avril 1879, D. P. 79. 1. 353. — Renouard., t. I, p. 285. Béd., n. 68, 69. Al. n. 2445.

(2) Pard., n. 1112, 2e. Béd., n. 68. V. Renouard., t. I, p. 285. — *Contrà :* Al. n. 2446.

(3) Renouard., t. I, p. 285. Brav., t. V, p. 195-196. Al. n. 2448.

Source BIU Cujas

qui aura contracté de bonne foi avec le failli, malgré le dessaisissement, ne pourra pas, par ce moyen, faire maintenir l'acte qu'il aurait fait. **Q.** *Faut-il l'admettre à soutenir que le jugement non publié est nul à son égard?* Nous ne le pensons pas ; car, d'une part, le Code ne prononce pas cette sanction ; l'art. 443 dit bien, au contraire, que le dessaisissement commence absolument du jour du jugement ; et, d'autre part, l'esprit de la loi est bien de donner un effet absolu au dessaisissement sans que personne puisse échapper à ses conséquences (1). — Nous pensons que les tiers, lésés par le défaut de publicité, n'auraient qu'une action en indemnité contre ceux qui devaient faire publier le jugement (2). — Qui sont ces derniers? La loi ne le dit pas, mais il nous parait incontestable que ce sont les syndics : c'est là un des actes conservatoires qu'ils doivent faire dès leur nomination (art. 468, 490) ; en effet, l'art. 461 l'énumère parmi ces actes urgents, comme l'apposition des scellés, dont les frais sont avancés par le Trésor (3).

Voies de recours contre le jugement.

903. Ces voies sont, comme en droit commun, l'opposition et l'appel (art. 580, 582).

1° **L'opposition.** Elle peut, d'après les principes généraux, émaner d'abord de toute personne qui, devant être partie au procès, n'y a pas été représentée, spécialement du failli ; mais en outre de toute personne intéressée qui n'a pas été mise en cause, spécialement des créanciers (4) ; cela résulte de ce que le jugement produit effet *ergà omnes*. Par conséquent, l'opposition ici comprend à la fois l'opposition ordinaire et la tierce opposition (5) ; celle-ci donc n'est pas recevable après les délais de l'art. 580. — Si l'opposition triomphe, le jugement sera aussi réformé *ergà omnes ;* il s'ensuit qu'elle est formée dans l'intérêt de tous, et que si le premier opposant se désiste, un autre peut se substituer à lui dans l'instance (6).

L'opposition doit avoir lieu dans un délai très court :

Art. 580. Le jugement déclaratif de la faillite, et celui qui fixera à une date antérieure l'époque de la cessation de paiements, seront susceptibles d'opposition, de la part du failli, dans la huitaine, et de la part de toute autre partie intéressée, pendant un mois. Ces délais courront à partir des jours où les formalités de l'affiche et de l'insertion énoncées dans l'article 442 auront été accomplies.

Pour le failli, c'est le délai de huitaine. Ce délai est celui qui est accordé en général en cas de jugement par défaut contre avoué. Mais il y a deux gran-

(1) Cass. 17 déc. 1856, D. P. 57. 1. 42.

(2) Brav., t. V, p. 61.

(3) Brav., *l. cit.*, fait tomber cette responsabilité sur le greffier ; mais celui-ci n'a pas mandat spécial pour faire publier ce jugement ; et cela ne rentre pas dans les actes ordinaires de sa charge.

(4) Les créanciers soutiendront p. ex. que le failli pouvait payer tout le monde : Paris, 10 juin 1874, D. P. 76. 5.246.

(5) Paris, 17 mars 1858, S. 58. 2. 567. Renouard, t. II, p. 384. Esnault, n. 138 et suiv. Dall., n. 1340. Béd., n. 1185. Devill. et Massé, v° *Faillite*, n. 31. Demang., t. V, p. 646-648. Al. n. 2851. — *Contrà :* Pard., n. 1113.

(6) Demang., t. V, p. 648.

Source BIU Cujas

des différences avec le droit commun : — 1° ce délai s'applique même lorsque le failli n'a pas comparu, même lorsqu'il n'a pas été assigné ; — 2° il court, non pas de la signification du jugement, mais de sa publication. — C'est ce délai qu'il faut appliquer à tous les *associés en nom* dans la société faillie, car ils s'identifient avec la société. Les *commanditaires* ou *actionnaires*, au contraire, rentreraient dans les *intéressés*, dont nous allons parler (1).

Pour les autres intéressés, notamment les créanciers, le délai est d'un mois. Mais ce délai ne doit être accordé au créancier que s'il agit en vertu d'un droit propre, d'un intérêt personnel lésé. Il ne lui appartiendrait pas, s'il ne faisait qu'exercer les droits de son débiteur (C. civ. art. 1166), en invoquant un moyen d'opposition que celui-ci aurait pu invoquer, par exemple l'incompétence (2). — Les créanciers ne pourraient agir s'ils avaient adhéré implicitement au jugement (3).

L'opposition doit être dirigée contre les syndics, qui seuls représentent tous les intérêts (4); mais le créancier qui a provoqué la faillite doit être mis en cause (5).

904. 2° **L'appel.** En principe, il peut être interjeté seulement par ceux qui ont été parties au procès, ce qui le sépare nettement de l'opposition. Par *parties* au procès, on entend ceux qui ont été mis en cause, quand même ils auraient fait défaut (6). Ceux qui ont été mis en cause en première instance peuvent appeler lors même qu'ils auraient négligé l'opposition : c'est le droit commun (7). Ceux qui n'ayant pas été parties au premier jugement auraient fait opposition peuvent toujours appeler du jugement rendu sur leur opposition ; mais s'ils n'ont pas fait opposition, ils ne peuvent pas appeler, puisqu'ils n'ont jamais été parties au procès (8). — Le délai est ici très court ; il est de quinzaine à partir de la signification, comme pour tous les jugements en matière de faillite (art. 582) (9). L'art. 582 ne distinguant pas, ce délai ne court contre le failli lui-même, à l'égard du jugement de déclaration ou de report rendu contre lui, qu'à partir du moment de cette signification (10).

Mais on se demande qui il faut considérer comme ayant été en cause dans le procès. — D'abord, *le failli lui-même* ? Il n'y a aucune difficulté s'il a été assigné, qu'il ait comparu ou non ; tout défendeur peut appeler d'un jugement rendu par défaut, même après avoir négligé la voie de l'opposition (C. pr. civ., art. 443, 2e al. et 455). Mais nous pensons que, par exception, le failli

(1) Renouard., t. II, p. 383. Al. n. 2850. — *Contrà :* Béd., n. 1178.
(2) Nancy, 18 déc. 1869, D. P. 70. 2. 55. — *Contrà :* Paris, 4 mars 1874, D. P. 77. 2. 232.
(3) Rennes, 19 févr. 1879, D. P. 79. 2. 65.
(4) Rennes, 2 juin 1879, D. P. 81. 2. 32.
(5) Chambéry, 29 déc. 1877, D. P. 79. 5. 228.
(6) Renouard, t. II, p. 377. Demang., t. V, p. 655, 666.
(7) Demang., t. V, p. 664-665.
(8) Al. n. 2847.
(9) Il s'applique même au cas où l'on a négligé la voie de l'opposition ; il part alors de la signification du jugement par défaut : Req. 2 janv. 1877, D. P. 77. 1. 64. Demang., t. V, p. 665.
(10) Orléans, 16 déc. 1868, D. P. 69. 2. 22. Renouard, t. II, p. 378. Al. n. 2862. — *Contrà :* Béd., n. 1187.

Source BIU Cujas

pourrait appeler, même lorsque le jugement déclaratif aurait été rendu sur requête ou d'office ; parce qu'il est toujours le principal intéressé, et que la loi, en permettant d'engager l'instance en dehors des conditions ordinaires, n'a pas voulu pour cela faire déchoir d'aucun droit le prétendu failli. (1).

Q. Quid *des créanciers qui n'ont pas figuré en première instance ?* — 1er S. *Ils peuvent appeler* : — ils ont été parties au procès, car ils ont été représentés, soit par les créanciers qui ont agi, soit par les syndics (2). — On se divise dans ce système, les uns disant qu'ils peuvent toujours appeler si on ne leur a pas signifié personnellement le jugement, les autres que le délai de quinzaine court contre eux de plein droit du jour de l'expiration du délai d'opposition (3) ou même du jour de la prononciation du jugement (4). — 2e S. *Ils ne peuvent pas appeler* (!) : — nulle part la loi ne dit qu'ils sont représentés personnellement par les autres créanciers ni par les syndics, car ceux-ci n'agissent que dans l'intérêt de la masse et continuent à la représenter exclusivement pour l'appel ; sans doute, le jugement peut nuire à des droits propres au créancier, mais de ce chef celui-ci n'a, de droit commun, que la tierce opposition ; il faut lui appliquer l'art. 580 ; — quant au délai d'appel, il est impossible d'accepter aucune des solutions qu'admettent les partisans du premier système : on ne peut obliger ceux qui ont obtenu le jugement à le signifier à tous les intéressés, connus et inconnus ; et on ne peut pas non plus faire courir le délai d'appel sans signification ; le texte de l'art. 582 est trop formel (5).

L'appel peut être introduit par simple requête, comme la première instance (6). — Il doit être dirigé contre les syndics (7).

Par une autre dérogation au droit commun, l'appel n'est jamais suspensif; le jugement déclaratif est toujours exécutoire par provision :

Art. 440, 2e disp. Ce jugement sera exécutoire provisoirement.

L'opposition ou l'appel devront triompher et le jugement devra être rapporté, si dans l'intervalle le failli a désintéressé tous ses créanciers, quoique le jugement ait été bien rendu au moment où il l'a été (8); de même si le failli s'est arrangé avec ses créanciers, p. ex. par un *contrat d'atermoiement* (9).

SECTION II.

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF.

Il produit deux grandes catégories d'effets : — 1° dans l'avenir; — 2° dans le passé. — Ces deux catégories feront l'objet de deux sous-sections (10).

(1) Orléans, 16 déc. 1868, D. P. 69. 2. 22, etc,
(2) Al. n. 2859. — V. Renouard, t. II, p. 376.
(3) Renouard., t. II, p. 379. Al. n. 2862.
(4) Poitiers, 1er juin 1879, D. P. 81. 2. 113.
(5) Rennes, 1er mai 1876, D. P. 78. 2. 207.
(6) Poitiers, 1er juin 1880, D. P. 81. 2. 113.
(7) Toulouse, 10 janv. 1880, D. P. 80. 2. 184.
(8) Cass. 23 nov. 1881, D. P. 82. 1. 265; Dijon, 11 mai 1882, D. P. 82. 2. 130, etc. — Béd., n. 1182. Dall., n. 1332. Al. n. 2849.
(9) Dufour, *Rev. de dr. commercial*, 1853, p. 191.
(10) Il semblerait plus rationnel de suivre l'ordre chronologique et de commencer par

Source BIU Cujas

SOUS-SECTION I.

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DANS L'AVENIR.

905. Ces effets se produisent immédiatement et de plein droit dès que le jugement est rendu, sans que le juge s'explique à leur égard et sans qu'il puisse les supprimer par le dispositif de son jugement (1). — Ils sont au nombre de sept : — 1° dessaisissement du failli; — 2° hypothèque au profit de la masse; — 3° interdiction de toute nouvelle inscription de privilège ou d'hypothèque; — 4° cessation des poursuites individuelles; — 5° déchéance du terme; — 6° cessation du cours des intérêts; — 7° incapacités qui frappent le failli.

§ 1er

Dessaisissement.

906. La première mesure que sollicite l'intérêt des créanciers et que la loi, vu son importance, rattache de plein droit au jugement déclaratif, c'est d'enlever au failli la disposition et l'administration de ses biens, afin qu'il ne puisse plus augmenter son passif ou diminuer son actif, ni avantager certains créanciers au détriment des autres.

Art. 443, 1er al. **Le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite.**

Idée générale du dessaisissement. — On n'enlève pas au failli la propriété de ses biens; ainsi les augmentations ou les diminutions qu'ils pourront subir lui profiteront ou lui nuiront, s'il reste quelque chose après tous les créanciers payés, ou lorsqu'il aura été remis à la tête de ses affaires par un concordat. Ainsi il n'est pas dû de droit de mutation, ni au moment où le dessaisissement se produit, ni au moment où il cesse par le concordat. Et il n'y a pas lieu à transcription si le failli possède des immeubles (2). Ces biens deviennent seulement *indisponibles* pour lui, comme par une saisie générale.

Cette *indisponibilité*, dont nous étudierons bientôt la portée, existe seulement dans l'intérêt de la masse de ses créanciers; elle ne peut pas être invoquée par le failli. Elle ne constitue pas pour celui-ci une *incapacité* (3); il reste pleinement capable de contracter; ses contrats l'obligent aussi complètement que s'il n'était pas dessaisi, et, plus tard, après la clôture des opérations de la faillite, s'il revenait à une meilleure fortune, ces contrats s'exécuteraient sur

les effets que le jugement produit rétroactivement dans le passé; mais ces effets ne sont qu'une application anticipée et restreinte du dessaisissement produit pour l'avenir, il vaut mieux les étudier après cette dernière institution.

(1) Pard., n. 1116. Brav., t. V, p. 69. Al. n. 2454. Massé, n. 1179, 1180.

(2) Brav. et Demang., t. V, p. 71. Al. n. 2452. — Comp. Dall., n. 182, Massé, n. 1182.

(3) Al. n. 2452.

Source BIU Cujas

ses nouveaux biens redevenus disponibles; ils s'exécuteraient même sur les biens qui avaient été frappés d'indisponibilité, s'il a pu, avant la vente de ces biens, payer ses créanciers avec d'autres valeurs, par exemple avec une succession qui lui serait échue (1). — A plus forte raison, le failli ne perd aucun des droits qui ne sont pas dans le patrimoine : à la différence de l'interdit, il conserve tous ses droits civils et de famille (2), ses pouvoirs sur la personne et sur les biens de sa femme et de ses enfants, du moins il ne les perd pas de plein droit. On pourrait seulement faire prononcer contre lui la séparation de biens, ou la destitution de la tutelle (3), etc. Quant aux avantages pécuniaires attachés légalement ou conventionnellement à sa qualité de mari ou de père, usufruit sur les biens de sa femme ou de ses enfants, il les garde, sauf que leur émolument est acquis aux créanciers après qu'on a satisfait aux charges dont peuvent être grevés ces usufruits (4).

907. **Biens frappés du dessaisissement.** — Le dessaisissement englobe *tous* les biens du failli sans exception (art. 443); non seulement les biens présents, mais encore les biens à venir; depuis 1838, l'art. 443 est formel sur ce point.

Les biens à venir seront frappés du dessaisissement à mesure qu'ils écherront au failli : par exemple par des donations, des successions, par son travail personnel. Mais ce qui sera ainsi attribué à la masse ne peut être en principe que l'actif net, déduction faite des charges (5). Nous reviendrons bientôt sur ce point.

Q. *Le dessaisissement frappe-t-il les biens insaisissables?* Il s'agit de biens que la loi, pour des raisons d'humanité déclare insaisissables (C. pr. civ., art. 592 et 593, 581 et 582). — 1er S. *Non* : — le dessaisissement est une espèce de saisie; il doit donc être défendu là où la saisie est défendue; — si le législateur de 1838 avait voulu les englober dans le dessaisissement, l'art. 443, qui vise les biens à venir, aurait aussi visé ces biens insaisissables pour lesquels la question était bien aussi douteuse; — l'art. 469 qu'invoque l'autre système ne fait que réglementer l'insaisissabilité (6). — 2e *Oui* (!) : — l'art. 443 est absolu, il dit *tous les biens;* — le dessaisissement produit certains effets des saisies, mais n'est pas une saisie proprement dite; — la loi des faillites forme un système complet qui se suffit à lui-même et n'a rien à emprunter aux règles des saisies; — l'intérêt d'humanité est ici sauvegardé par des mesures spéciales : ce sont les secours qu'on peut accorder au failli et à sa famille (art. 474, 530); — l'art. 469, 1°, indique formellement comme devant être placés sous les scellés, les vêtements, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille, qui font partie des biens insaisissables (C. pr. civ., art. 592, 2°); il faut une dispense du juge-commissaire pour les en exempter, et cette dispense est facultative pour ce magistrat; donc, en principe, ces biens sont

(1) Al. n. 2456.
(2) Al. n. 2467.
(3) Demol., *Minorité*, t. I, n. 492; *Adopt. et puiss. pat.*, n. 424 et suiv. Demang., t. V, p. 70.
(4) Pard., n. 1117. Renouard, t. I, p. 306. Al. n. 2462.
(5) Al. n. 2462.
(6) Béd., n. 82. Demang., t. V, p. 72. Al. n. 2460.

Source BIU Cujas

frappés du dessaisissement; — enfin ce système a été appuyé par une déclaration formelle lors de la discussion de la loi sur la contrainte par corps en 1867 (1).

La question est différente pour les rentes sur l'Etat déclarées insaisissables par les lois du 8 nivôse an VI et 22 floréal an VII. Cette insaisissabilité tient à des motifs d'ordre public, elle est destinée à favoriser le crédit de l'Etat; ces motifs subsistent même en cas de faillite. D'autre part, les textes cités défendent toute opposition sur ces rentes; or le dessaisissement ne pourrait devenir efficace que par une opposition au transfert et au paiement des arrérages, opposition faite par les syndics au nom de la masse; il ne paraît donc pas admissible (v. *suprà* n. 602) (2). Nous verrons plus tard (n. 1076) que les syndics pourraient néanmoins les vendre après l'union; ce n'est plus une question de saisie, c'est une question de pouvoirs.

Epoque où commence le dessaisissement.

908. D'après l'art. 443, il commence au jour du jugement. On a bien soutenu qu'il ne devait commencer qu'au jour où la publicité était donnée, conformément à l'art. 442 (3). Mais cette opinion est formellement condamnée par le texte de l'art. 443; si la loi, dans l'art. 442, désire que le jugement soit porté à la connaissance des tiers, elle n'a pas posé comme sanction l'inefficacité du jugement non publié (v. *suprà*, n. 902); on ne peut la suppléer (4).

Le dessaisissement se produit pour tout le jour où le jugement déclaratif a été rendu; c'est-à-dire dès le matin, avant l'heure où il a été prononcé : — en effet, l'art. 443 le fait courir *à partir de la date* du jugement; — et l'art. 448 permet d'inscrire les privilèges ou hypothèques « *jusqu'au jour du jugement déclaratif* », d'où il suit qu'on ne peut les inscrire le jour même; — cela est forcé d'ailleurs puisque les jugements n'indiquent pas l'heure à laquelle ils sont rendus (5).

Cet effet est produit dès cette date, quoique le jugement ait été réformé sur l'opposition, s'il est maintenu sur l'appel, car il est alors confirmé rétroactivement (6).

Administration des biens du failli.

909. On n'enlève au failli l'administration de ses biens qu'au profit de la masse de ses créanciers; il faut donc qu'ils soient gérés dans l'intérêt de cette masse. Ce sont les **syndics** qui en seront chargés comme mandataires des créanciers (art. 532, 1er al.). Le tribunal devra les nommer par le jugement même qui déclare la faillite, afin de ne pas laisser péricliter les biens (art. 462). En principe, tous les droits qui ont été enlevés au failli sont transmis à la masse et devront être exercés en son nom par les syndics. Mais l'usage à

(1) Dall., n. 185. Renouard, t. I, p. 298 et suiv. Massé, n. 1184 et suiv.

(2) Cass. 8 mai 1854, S. 54. 1. 309. — Renouard, t. I, p. 302. Demang., t. V, p. 72. Al. n. 2461. Massé, n. 1185.

(3) Brav., t. V, p. 76.

(4) Renouard, t. I, p. 293. Esnault, n. 150. Dall., n. 187. Demang., t. V, p. 76. Al. n. 2454. Massé, n. 1181.

(5) Req. 21 mai 1878, D. P. 78. 1. 313, etc. — Demang., t. V, p. 79. Al. n. 2454. Massé, n. 1181.

(6) Req. 13 mars 1872, D. P. 72. 1. 221.

Source BIU Cujas

faire de ces droits est limité par le but qu'il s'agit d'atteindre au profit de la masse.

Les **actes d'administration** proprement dite et les actes conservatoires sont librement faits par les syndics, mandataires généraux de la masse, sous la surveillance du juge-commissaire.

Le **droit de disposition** ou d'aliénation qui dépasse les pouvoirs d'un mandataire ordinaire (C. civ. a. 1988, 2e al.) ne peut être exercé tout à fait librement dès le jugement déclaratif : — jusqu'au vote sur le concordat, comme le failli peut être remis à la tête de ses affaires, on lui réserve autant que possible son patrimoine ; on ne fait que les aliénations nécessaires ; — après le rejet du concordat, il faut arriver à la liquidation, on use alors très largement du droit d'aliénation dans l'intérêt de cette liquidation (v. art. 534, 570).

Le pouvoir de contracter des **obligations** exécutoires sur les biens du failli passe aussi aux syndics dans la limite des nécessités de leur administration et de la liquidation. Si donc ils traitent avec des tiers dans l'intérêt de la masse, par exemple en continuant à exploiter le commerce du failli, ce qui est quelquefois nécessaire (art. 469, 470, 532, 533) (v. aussi n. 926); si, après avoir agi en justice dans cet intérêt (v. *infrà*), ils sont condamnés aux dépens ; ces obligations seront valables contre la masse de la faillite (cf. art. 433) (1). — Ce n'est pas assez de dire que ces obligations sont valables; les créanciers qui tiennent leurs droits des syndics ont une position supérieure à celle des créanciers du failli antérieurs au dessaisissement. Ayant traité avec les mandataires de la masse, ils sont créanciers *de* cette masse elle-même (cf. art. 533), celle-ci est obligée à les payer, et elle doit, comme tout débiteur, les payer intégralement (2). De la sorte, ces créanciers devront être payés avant les autres et en totalité, tandis que les créanciers du failli qui forment la masse ne seront payés qu'après eux, et ne recevront qu'un dividende. On résume cette doctrine en disant que les tiers qui ont traité avec le syndic sont créanciers **de** la masse (3), tandis que les créanciers du failli antérieurs au dessaisissement sont seulement créanciers **dans** la masse; c'est-à-dire que ceux-ci font seulement partie de la masse passive qui se distribuera l'actif du failli. Le résultat ressemblera quelque peu à un privilège établi au profit des créanciers de la masse, puisqu'ils seront payés avant tous les autres; et l'on pourrait être tenté de soutenir qu'un pareil privilège ne peut pas être constitué sans texte. Il faut répondre que ce n'est pas un véritable privilège, parce qu'un privilège est une cause de préférence entre créanciers d'un même débiteur, et qu'ici les deux classes de créanciers que l'on compare n'ont pas le même débiteur : les créanciers qui sont *dans* la masse ont pour débiteur le failli, tandis que les créanciers *de* la masse ont pour débiteurs, non le failli, mais les créanciers eux-mêmes avec qui ils ont traité par l'entremise des syndics.

Effets du dessaisissement quant aux actes du failli.

910. Le failli, quoique conservant sa pleine capacité civile personnelle, ne peut par ses actes porter aucune atteinte au gage de ses créanciers, devenu

(1) Rej. 20 avril 1869, D. P. 69. 1. 340.
(2) Cass. 18 août 1880, D. P. 80. 1. 444. — Al. n. 2466.
(3) Même arrêt.

Source BIU Cujas

indisponible à son égard, et la masse peut faire annuler *dans son intérêt* tous les actes qui pourraient lui nuire. Cette nullité est toute relative; elle ne peut être invoquée que pour la masse par les syndics (1); elle ne profiterait pas au failli revenu plus tard à une meilleure fortune.

Il ne peut pas *aliéner* ses biens, ni à titre gratuit, ni à titre onéreux. L'aliénation serait nulle à l'égard de la masse sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la bonne foi des tiers. Seulement, s'il y a aliénation à titre onéreux, la masse ne peut pas diviser l'opération, et, tout en gardant le bien pour se payer, forcer l'acquéreur à payer ce qu'il a promis en échange; les syndics auront à opter entre maintenir l'opération pour le tout ou l'annuler pour le tout (cf. art. 1613, C. civ).

Le failli ne peut, évidemment, non plus *hypothéquer* (C. civ. a. 2124); et comme les hypothèques sont toujours nuisibles aux créanciers, elles seront toujours nulles à l'égard de la masse. On pourrait hésiter pour les hypothèques légales en faisant observer qu'elles ne viennent pas de la volonté du débiteur, et qu'en enlevant à celui-ci l'administration de ses biens (art. 443), la loi ne s'est pas interdit de les grever elle-même. Mais le doute tombera devant cette observation que les créances qui servent de base à ces hypothèques, naissant d'un fait volontaire (mariage, acceptation de certaines fonctions, acceptation d'une succession grevée de legs), ne peuvent prendre naissance à l'encontre des créanciers pendant la faillite et servir de base à une hypothèque. Nous en dirons autant des privilèges, en réservant seulement le cas où le privilège résulterait d'un contrat synallagmatique, et où les syndics jugeraient opportun de maintenir ce contrat (v. *suprà* et *infrà*, *hoc n°*).

Le failli ne peut non plus disposer des *créances* qu'il aurait contre des tiers, ni les vendre, ni en faire remise, ni en recevoir le paiement (2), ni les éteindre, au moins par aucun acte volontaire, par exemple par novation. La *confusion*, produisant une impossibilité d'exécution, éteindra la créance, comme la *perte de la chose*. Quant à la *compensation*, pour cause postérieure au dessaisissement, on pourrait la comprendre si la créance du failli, exigible avant la faillite, devenait liquide depuis (3), ou si sa dette étant à terme, est devenue exigible par l'effet de la faillite (art. 444); mais elle ne peut avoir lieu, car on ne sait pas quel sera le dividende qui reviendra au créancier, sa créance a cessé d'être liquide et exigible; plus tard la compensation ne pourrait avoir lieu que dans la mesure du dividende afférent au créancier du failli, car à partir du dessaisissement, les créances n'ont plus d'effet pour leur totalité à l'encontre de la masse (4).

En effet, quant à ses *dettes*, le failli ne peut plus les éteindre au préjudice de la masse. C'est un des principaux buts du dessaisissement que de l'empêcher de payer certains créanciers intégralement, au détriment des autres. Aussi, non seulement il ne pourra les payer, ce qui supposerait le pouvoir d'aliéner, ni les nover, ce qui supposerait le pouvoir de s'obliger, mais il ne

(1) Brav., t. V, p. 69-70. Al. n. 2456.
(2) Al. n. 2455.
(3) Req. 13 mai 1879, D. P. 80. 1. 29.
(4) Même arrêt, etc. Renouard, t. I, p. 332. Béd.. n. 90. Dall., n. 251 et suiv. Brav. et Demang., t. V. p. 160 et suiv. Al. n. 2487, 2505. Massé, n. 2265.

Source BIU Cujas

pourrait, comme nous venons de l'indiquer, les éteindre par compensation.

911. Enfin, le failli ne peut *contracter aucune obligation* exécutoire sur ses biens devenus indisponibles. Il ne saurait y avoir de difficulté pour les obligations *contractées* à proprement parler, c'est-à-dire nées d'un contrat, s'il s'agit d'un contrat unilatéral. Ces obligations, qui seraient toujours nuisibles à la masse, seront toujours nulles à son égard (1). S'il s'agit d'un contrat synallagmatique, comme une vente, un contrat d'assurance, il faut appliquer ce que nous avons dit ci-dessus de l'aliénation à titre onéreux : le contrat sera annulable dans l'intérêt de la masse, mais celle-ci devra le faire annuler tout entier ou l'accepter en entier ; elle ne pourrait pas, en faisant tomber les obligations contractées par le failli, demander l'exécution de ce qui a été promis en échange (2). Si la masse trouve l'acte avantageux pour elle, et veut forcer la partie qui a contracté avec le failli à exécuter ses obligations, alors elle doit accomplir les obligations du failli ; et comme elle s'approprie le contrat en le faisant exécuter, elle est débitrice personnellement envers le tiers, et celui-ci, créancier *de* la masse et non *dans* la masse, devra être payé intégralement, ne sera pas réduit à un dividende (3). — Quant aux obligations nées depuis le dessaisissement, d'un *délit* ou d'un *quasi-délit*, il nous paraît certain qu'elles ne seront pas opposables à la masse, même pour un dividende. En vain dirait-on qu'elles ne naissent pas de la volonté seule du failli, puisqu'elles sont une peine prononcée contre lui ; que la privation de l'administration de ses biens n'entraîne pas l'impossibilité d'être engagé par ses délits, puisque la femme mariée et le mineur sont obligés de cette façon ; enfin que la faillite ne doit pas donner au failli carte blanche pour délinquer. Il faudrait répondre que la loi, en dessaisissant le failli, a voulu précisément prendre des précautions contre les actes malhonnêtes du failli dont les conséquences seraient préjudiciables à la masse, et que, s'il pouvait s'obliger par ses délits ou quasi-délits, il arriverait facilement à éluder les interdictions de la loi ; — on ne peut le comparer à la femme mariée ou au mineur, puisqu'il n'est pas frappé d'incapacité, mais seulement d'une indisponibilité ; — par là aussi, on répondra au dernier argument : en admettant la nullité de ses obligations à l'encontre de la masse, on ne l'en décharge pas absolument, et s'il revient à une meilleure fortune, on pourra toujours le poursuivre ; on peut, par conséquent, le faire condamner dès à présent, sauf à l'exécuter plus tard. — Enfin, les obligations nées d'un *quasi contrat* seront nulles, si elles émanent du failli ; par exemple, si celui-ci avait reçu un paiement indû Elles seront valables si elles se réfèrent à la masse, si les syndics ont reçu un paiement indû, ou si un tiers a géré les biens frappés du dessaisissement. Alors les tiers seront créanciers *de* la masse.

Les *obligations conditionnelles* contractées par le failli avant la faillite, pourront être confirmées après le dessaisissement par l'avénement de la condition, car la dette avait déjà son existence avant le dessaisissement. Aussi avons-

(1) Pard., n. 1117. Locré, *Esp. du C. com.*, t. V, p. 127. Renouard, t. I, p. 296 et suiv. Al. n. 2462. Massé, n. 1197.

(2) Renouard, t. I, p. 296. Béd., n. 84 bis. Al. n. 2462.

(3) Al. n. 2466.

Source BIU Cujas

nous admis que la contre-passation dans un compte courant d'un effet de commerce impayé pouvait avoir lieu après la faillite parce que l'effet n'a été porté au compte que sous la condition *sauf encaissement* (v. *suprà* n. 883 B.)

Que dirons-nous des dettes ou *charges* qui grèvent les donations ou successions dévolues au failli depuis la faillite? Il faudra répondre, comme dans les conventions synallagmatiques, que la masse est maitresse de repousser ces donations ou successions, si elle les trouve onéreuses. Mais que si elle les accepte en invoquant la règle que le dessaisissement embrasse les biens à venir, elle s'oblige alors personnellement à l'acquittement des charges (1). Seulement, il est évident que les syndics ne devront, sous leur responsabilité, accepter que sous bénéfice d'inventaire; et, dès lors, les biens donnés ou échus par succession ne seront acquis à la masse que déduction faite des dettes et charges. Comme exemple de ces charges, on pourra citer le prélèvement à opérer au profit d'un cohéritier du failli, lorsque celui-ci aura rapporté un bien en moins prenant (2).

912. Le failli, resté personnellement capable, peut faire les contrats qui n'engagent pas ses biens. Il peut très valablement louer ses services, en supposant qu'il ait été affranchi de l'incarcération; il peut travailler pour le compte d'autrui moyennant salaire. Il peut même travailler à son compte et se livrer à un commerce ou à une industrie, sans avoir besoin pour cela d'aucune autorisation (3), pourvu, d'une part, qu'il n'y engage que des valeurs étrangères à la faillite, par exemple des sommes prêtées par des parents ou des amis (4); et, d'autre part, que ce commerce ne soit pas le même dans lequel il a fait faillite; en effet, tout ce qui se réfère à son ancien commerce, ses marchandises, sa clientèle même, font partie du gage de ses créanciers; il n'est pas admissible qu'il leur fasse concurrence. — Mais comme le dessaisissement comprend les biens à venir, tout ce qu'il gagnera ainsi appartiendra en principe à ses créanciers (5); et les syndics ont le droit de faire reverser à la masse tout ce que le failli aura ainsi réalisé. Seulement, il est de leur intérêt de lui laisser une certaine liberté d'allures et la disposition des fonds acquis, si son commerce prospère, pour qu'il puisse le continuer. Ils ont le droit de surveiller, par l'intermédiaire des syndics, ses nouvelles opérations, pour s'assurer que les bénéfices qui en résultent ne sont pas détournés, que les valeurs produites ne sont pas compromises par des entreprises hasardeuses, et ils peuvent faire opposition aux actes que le failli voudrait faire. S'ils l'ont laissé opérer sans opposition, ils sont censés avoir ratifié ce qu'il a fait, et ils ne peuvent plus tard invoquer le dessaisissement pour faire annuler les engagements qu'il aurait pris (6). Ces engagements devront être acquittés sur le nouvel actif du failli, avant que cet actif ne soit versé dans la masse; car, du moins dans la mesure du nouvel actif, les nouveaux

(1) Al. n. 2462.
(2) Req. 28 juin 1869, D. P. 71. 1. 48.
(3) Req. 2 févr. 1876, D. P. 77. 1. 422.
(4) Cass. 12 janv. 1864. D. P. 64. 1. 130.
(5) Ce cas a été prévu expressément par M. Teste dans la discussion de la loi de 1838. Demang., t. V, p. 74. Al. n. 2462.
(6) Req. 2 févr. 1876, D. P. 77. 1. 422.

Source BIU Cujas

créanciers, et notamment ceux qui ont fourni les fonds pour les nouvelles opérations, sont créanciers *de* la masse et non créanciers *dans* la masse (v. n. 909) (1). — En prenant ainsi ce que le failli aura gagné, les créanciers lui laisseront souvent quelque chose à titre de secours; et ce sera pour eux de bonne politique, afin de l'encourager dans son travail (2). Les juges pourraient même lui en accorder une part en cas de contestation; mais il a été jugé que les tribunaux ne peuvent statuer que lorsque les résultats du travail sont connus, et ne pourraient pas régler par avance les conditions de ce travail (3).

Exercice des actions en justice.

Art. 443, 2e al. A partir de ce jugement, toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics.

913. Il s'agit ici des actions tendant à faire reconnaître un droit, et non des voies d'exécution sur la personne ou sur les biens, dont nous parlerons plus loin. L'exercice des actions actives et passives est un acte d'administration; aussi il appartient aux syndics; ce sont eux qui poursuivront la reconnaissance des droits du failli, ce sont eux qu'on poursuivra pour exercer des revendications ou des actions personnelles contre celui-ci (4). — La règle s'appliquera même aux actions commencées avant la faillite; pour elles, les syndics se substitueront immédiatement au failli; c'est ce qu'indique l'art. 443, en disant : « ne peuvent être intentées *ou suivies*... » (5). — Si les syndics perdent leur procès, le jugement sera opposable à la masse et les dépens seront à la charge de la masse (6).

Art. 443, 4e al. Le tribunal, lorsqu'il le jugera convenable, pourra recevoir le failli partie intervenante.

Le failli n'est pas incapable d'ester en justice; seulement il est, en général, pour ses intérêts pécuniaires, remplacé légalement par les syndics, agissant au nom des créanciers, qui sont substitués à ses droits (7); il est important qu'il n'agisse pas de son côté; il faut une direction unique (8). C'est pour cela qu'il ne peut être qu'intervenant, et que l'admission de son intervention est facultative pour les juges (9). — Réciproquement, toute partie intéressée pourra le mettre en cause, toutes les fois que l'on jugera sa présence nécessaire (10).

(1) V. sur tous ces points : Cass. 12 avril 1864, D. P. 64. 1. 130; Req. 5. nov. 1873, D. P. 74. 1. 60; Req. 8 mai 1878, D. P. 79. 1. 101. Ren., t. I, p. 294-298. Béd., n. 84 bis. Demang, t. V, p. 74, 75. Massé, n. 1197.

(2) Demang., t. V, p. 75.

(3) Trib. comm. Seine, 6 janv. 1869, D. P. 69. 3. 102.

(4) Al. n. 2463.

(5) Req. 23 janv. 1866, D. P. 66. 1. 163. — Al. *ibid.*

(6) Même arrêt. — Al. n. 2464.

(7) Renouard, t. I, p. 309 et suiv. Al. n. 2470. — *Contrà* : Béd., n. 84 bis.

(8) Casareg., *disc.* 209, n. 17. Roccus, *De decoctoribus*, note 97, n. 283. Straccha, *De decoct.*, § 3, n. 14. — Al. n. 2470. — En cas de négligence des syndics, le failli pourrait seulement se plaindre au juge commissaire.

(9) V. Req. 17 juin 1868, D. P. 71. 5. 187.

(10) Cons. d'Et., 28 juill. 1854, D. P. 55. 3. 37.

Source BIU Cujas

De ce que le failli n'est pas incapable, mais seulement dessaisi, il s'ensuit qu'il pourra ester en justice toutes les fois que ses biens indisponibles ne seront pas en jeu et qu'il s'agira de droits exclusivement attachés à la personne (cf. C. civ., a. 1166) (1). Ainsi, il pourra être poursuivi personnellement pour ses délits par l'action publique ou par l'action civile (2); nous avons vu que les condamnations civiles prononcées contre lui ne sont pas exécutoires contre la masse. Il peut agir et être poursuivi en révocation de donation pour cause d'ingratitude; ce qu'il obtiendra par son action profitera à la masse, mais s'il est condamné, la condamnation ne sera pas exécutoire contre la masse (3). Il peut aussi se porter partie poursuivante quand son honneur est en jeu (4), ou lorsqu'une action intéresse son habitation et que le syndic s'y refuse (5). Il pourrait agir et défendre à une action en séparation de corps (6). Enfin, s'il exerce une industrie personnelle, il peut agir pour ce qui concerne cette industrie; car il a provisoirement la disposition des valeurs qui y sont engagées (7). Le tout, il le fera toujours sous la surveillance des syndics, qui pourront intervenir pour défendre les droits de la masse et surveiller l'emploi des valeurs acquises au failli par suite des jugements qu'il aura obtenus (8).

Comme le dessaisissement n'a lieu qu'en faveur de la masse, il s'ensuit que le failli peut même faire, relativement à ses biens, des actes purement conservatoires, éminemment utiles à tous; car alors la masse ne se plaindra pas, et, si elle se tait, personne n'aura le droit de se plaindre (9). Ainsi, il pourrait interjeter appel d'une décision rendue, et les syndics pourraient ensuite profiter de l'appel interjeté (10). Mais bien évidemment il ne pourrait pas le faire contre la volonté formelle des syndics, lors même qu'il aurait été admis à

(1) Al. n. 2471.

(2) Cr. rej. 26 sept. 1867, D. P. 68. 1. 42. — Renouard, t. I, p. 311, 312. Demang., t. V, p. 71. Massé, n. 1199.

(3) Ren., t. I, p. 312. Dall., n. 205. Demang., t. V, p. 122, 126. Al. n. 2471.

(4) Rej. 17 juin 1865, D. P. 65. 1. 401. Ren., t. I, p. 312. Al. n. 2467. — Ainsi l'annulation de ses actes comme entachés de fraude devra être poursuivie contre lui par les syndics : Req. 16 mars 1879, D. P. 79. 1. 355.

(5) Cass. 10 août 1852, D. P. 52. 1. 295. Ren., t. I. p. 309. Demang., t. V, p. 127. — Mais une action en résiliation d'un bail devrait être dirigée contre les syndics : Nancy, 16 avril 1877, D. P. 79. 2. 205.

(6) Paris, 28 août 1871, D. P. 74. 5. 262. Ren., t. I, p. 311, 312. Brav., t. V, p. 125, et Demang., t. V, p. 71. Al. n. 2467. Massé, n. 1199. — Quant à la séparation de biens, si c'est une femme qui est faillie, elle peut certainement seule la demander (C. civ., art. 1446); quant à y défendre, si c'est le mari qui est en faillite, il n'y a aucune disposition pareille, et comme cette action est directement relative aux biens, les syndics devraient y figurer comme partie principale, sauf l'intervention possible du failli : Paris, 13 mars 1879, D. P. 79. 2. 264. Brav., t. V, p. 124, 126.

(7) Req. 2 févr. 1876, D. P. 77. 1. 422; 8 mai 1878, D. P. 79. 1. 101, etc. — Béd., n. 84 bis. Demang., t. V, p. 75. — *Contrà* : Ren., t. I, p. 294-298. Al. n. 2473. Massé, n. 1197.

(8) Al. n. 2467.

(9) Pard., n. 1176. Demang., t. V, p. 70, 128. Al. n. 2472. Massé, n. 1201. — P. ex. une saisie-arrêt avec la dénonciation et la demande en validité : Paris, 24 déc. 1880, D. P. 81. 2. 203.

(10) Bordeaux, 28 juin 1867, D. P. 67. 5. 210.

Source BIU Cujas

intervenir en première instance; car il ne peut agir que dans l'intérêt de la masse et il faut une direction unique (1).

§ 2

Hypothèque au profit de la masse.

914. Cette hypothèque, qui n'est pas constituée en termes exprès par le Code, résulte de l'art. 490, 3e al., qui ordonne aux syndics de l'inscrire :

Art. 490. 3e al. Ils seront tenus aussi de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel ils auront été nommés.

On a prétendu que cette formalité avait seulement pour but de prévenir les tiers de la faillite et de l'indisponibilité résultant du dessaisissement, et qu'elle ne conférait pas une véritable hypothèque à la masse (2). Mais le texte suppose bien qu'il s'agit d'une vraie hypothèque, car il parle d'un bordereau pour l'inscription; et l'art. 517 est encore plus formel en disant que « *le jugement d'homologation conservera l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'art.* 490 » (3).

Cette hypothèque peut être appelée *légale* ou *judiciaire* comme on voudra; nous ne voyons pas ici d'intérêt pratique à la distinction, et au point de vue théorique, il faut reconnaître que si elle est attachée à un jugement comme les hypothèques judiciaires, elle sort pourtant du droit commun de l'art. 2123, C. civ., en ce qu'elle est attachée à un jugement qui ne prononce pas de condamnation (4).

Comme l'hypothèque judiciaire et comme certaines hypothèques légales, elle est générale et grève même les biens à venir. Cela résulte des termes tout à fait généraux de l'art. 490, 3e al. — Il faut en conclure que l'inscription prise au bureau des hypothèques d'un arrondissement s'étendra de plein droit à tous les immeubles qui seront acquis dans le ressort de cet arrondissement (C. civ. a. 2148, 2e al.) (5). — Elle pourrait seulement être restreinte par la volonté des créanciers, autorisant les syndics à ne prendre qu'une inscription restreinte ou spéciale, ou bien accordant dans le concordat la restriction de cette hypothèque (cf., art. 517) (6).

915. Elle se rattache, dans la pensée du législateur, au dessaisissement, et

(1) Bordeaux, 22 août 1851, D. P. 53. 2. 165. — Béd., n. 416, 599-600. Brav., t. V, p. 447 (cf. *id.*, p. 309-310). — Cette opinion prévalait sous l'empire de l'art. 500 du code de 1807.

(2) Paris, 22 juin 1850, D. P. 52. 2. 213.

(3) Dijon, 5 août 1862, D. P. 62. 2. 149. — Pard., n. 1248. Renouard, t. I, p. 523. Esnault, n. 350 et suiv. Dall., n. 494. Demang., t. V, p. 447, 450. Al. n. 2603.

(4) Brav. et Demang., t. V, p. 309, la qualifient de *légale*.

(5) Demang., t. V, p. 449, note 1.

(6) Paris, 27 mai 1865, D. P. 65. 2. 174.

Source BIU Cujas

elle est destinée à en consacrer plus énergiquement les effets; mais, comme nous venons de le dire, elle ne se confond pas complètement avec lui. — Elle consacre les effets du dessaisissement, notamment l'impossibilité pour le failli d'hypothéquer ou d'aliéner ses immeubles au détriment de la masse. Car, s'il hypothéquait, la masse, en vertu de son hypothèque générale, passerait avant les nouveaux créanciers hypothécaires; s'il aliénait, elle poursuivrait, en vertu de son droit de suite, l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur. — Mais, dira-t-on, cette hypothèque est inutile, puisque la masse pourrait plus simplemennt arguer de nullité les aliénations et hypothèques consenties par le failli. — Sans doute, à cet égard, il y aurait double emploi. Mais l'hypothèque de la masse dépasse la portée du dessaisissement et lui survit; lorsque le dessaisissement cesse par l'effet du concordat, la loi, dans l'art. 517, donne une vie nouvelle à l'hypothèque des créanciers; alors elle aura une très grande utilité, car les aliénations ou hypothèques consenties dorénavant par le failli seront valables à l'égard de tout le monde; les créanciers auront donc un grand intérêt à invoquer leur rang hypothécaire, consacré par l'inscription de l'art. 490, 3e al., à exercer leur droit de suite contre un tiers acquéreur. Au surplus, ce droit de suite produira un effet moins complet que n'aurait produit le dessaisissement dans la période antérieure : quand les créanciers pouvaient arguer de la nullité de l'aliénation, ils pouvaient sans obstacle faire revenir le bien dans la masse pour se payer sur son prix; quand ils n'ont plus qu'un droit de suite, leur droit peut être tenu en échec par la purge opérée par l'acquéreur, et ils ne peuvent critiquer le prix qu'en s'exposant aux risques de la surenchère.

Même en dehors de l'hypothèse d'un concordat, il n'est pas impossible de trouver des cas où l'hypothèque de la masse aura de l'utilité, parce qu'il n'est pas impossible de trouver certains droits d'origine nouvelle qui seraient sans elle opposables à la masse (1). C'est ce que nous allons voir au paragraphe suivant (nº 916, 917).

§ 3

Interdiction de toute nouvelle inscription de privilège ou d'hypothèque.

Art. 448, 1er al. Les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite.

916. Il résulte de cet article qu'aucune inscription ne peut être prise après le jugement déclaratif. L'article va même un peu plus loin : une inscription ne peut même pas être valablement prise *le jour* du jugement déclaratif, avant l'heure où il est rendu; nous avons dit en effet (n. 908) en argumentant de cet article, que le dessaisissement frappait le failli dès le commencement du jour où le jugement déclaratif est rendu (2).

Cet article reproduit en la modifiant une règle contenue déjà dans l'art. 2146, C. civ. : l'art. 2146 arrêtait le cours des inscriptions dès le commencement

(1) Comp. Demang., t. V, p. 447-448.
(2) Amiens, 26 déc. 1855, D. P. 57. 2. 35. — Demang., t. V, p. 284.

Source BIU Cujas

du délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls, c'est-à-dire que l'interdiction remontait aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements. D'après notre article 448, cet effet ne se produira nécessairement qu'à partir du jugement déclaratif, parce qu'il est uniquement le corollaire et le complément du dessaisissement; pendant la période précédente, l'annulation est seulement *possible*, elle n'a pas lieu de plein droit; c'est ce que nous verrons plus tard (art. 448, 2e al., n. 958).

L'interdiction contenue dans notre article se rattache intimement au dessaisissement, mais elle lui donne une extension nouvelle. En vertu du dessaisissement, le failli ne peut plus constituer aucun droit opposable à la masse; ici il s'agit de droits déjà constitués (et, il faut le supposer, valablement constitués) avant le jugement déclaratif, mais qui n'avaient pas encore acquis leur plein effet *erga omnes* avant ce jugement. Ils ne dépendent plus de la volonté du failli, mais ils dépendent encore d'une formalité à remplir par l'acquéreur du droit, et cette formalité est précisément exigée dans l'intérêt des créanciers chirographaires; puisque, suivant l'opinion presque universellement admise, l'hypothèque non inscrite ne peut constituer aucun droit de préférence contre ceux-ci (C. civ., art. 2134). La loi a donc pu dire que les privilèges et hypothèques inscrits après le dessaisissement ne produiraient aucun effet contre la masse (1).

Il y a deux exceptions à la règle que nous étudions, ou plutôt deux cas qui ne sont pas compris dans la règle : — 1° le renouvellement d'inscriptions antérieures, pour empêcher leur péremption par le délai de dix ans (C. civ., art. 2154); ce n'est pas la consécration d'un droit nouveau, c'est seulement la conservation d'un droit depuis longtemps opposable aux tiers et qui n'a jamais cessé de l'être (2); — 2° l'inscription des hypothèques légales dispensées d'inscription, lors même que la dispense a cessé (L. 23 mars 1865, art. 8), si l'on est encore dans le délai d'un an pendant lequel ces inscriptions conservent le rang primitif de la créance; ce n'est encore là que que la conservation d'un droit préexistant *erga omnes* (3).

On a voulu excepter aussi l'inscription ayant pour but de donner hypothèque pour plus de deux années d'intérêts outre le capital (C. civ., art. 2151), en soutenant que c'est seulement une mesure conservatoire (4). Mais cette solution ne peut être admise, car il y a là une augmentation de l'hypothèque, un droit nouveau pour le créancier hypothécaire, une aggravation de la situation des créanciers chirographaires (5). — Si l'on admettait la validité de cette inscription, comme elle ne prend rang qu'à sa date, elle serait primée par l'hypothèque prise par les syndics au nom de la masse (art. 490; v. paragraphe précédent), et on trouverait là un exemple de plus de l'utilité de cette hypothèque, même en l'absence du concordat.

(1) V. une application aux créanciers à hypothèque judiciaire : Rennes, 19 févr. 1879, D. P. 79. 2. 65.

(2) Demang., t. V, p. 288. Mourlon, *Transcription*, n. 658. Al. n. 2537. — Bien entendu il n'en serait plus de même une fois la péremption encourue.

(3) Demang., t. V, p. 288. Mourlon, *Transcription*, n. 873. — Mais une fois le délai expiré, elles sont soumises à la règle commune : Alger, 23 juin 1879, D. P. 80. 2. 33, etc.

(4) Req. 20 fév. 1850, D. P. 50. 1. 102. — Al. n. 2537.

(5) Demang., t. V, p. 292 et suiv.

Source BIU Cujas

917. La règle de l'art. 448 s'applique en principe aux privilèges comme aux hypothèques (art. 2146, C. civ.). Mais il y a pour les privilèges des difficultés spéciales. — D'abord si le privilège résulte d'une acquisition nouvelle faite depuis le jugement déclaratif, les créanciers, s'ils acceptent et invoquent ce titre d'acquisition, ne peuvent pas le diviser (v. n. 911); ils doivent exécuter toutes les obligations réciproques de cette acquisition, et ils en sont tenus non seulement comme d'une dette ordinaire, mais même avec les garanties établies par la loi. Si donc il y avait, après le jugement déclaratif, partage de biens, dont le failli était copropriétaire, le privilège des copartageants pourrait être valablement inscrit (C. civ., art. 2109); si une succession était, dans la même période, acceptée pour le failli, les créanciers de cette succession pourraient inscrire le privilège de la séparation des patrimoines (C. civ., art. 2111) (1). Si ces privilèges sont inscrits dans les délais voulus par le Code, soixante jours ou six mois, depuis le partage ou l'ouverture de la succession, ils produiront à l'encontre de la masse leur effet complet de privilèges; s'ils sont inscrits tardivement, ils vaudront toujours comme hypothèques (C. civ., art. 2113), mais alors ils seront primés par l'inscription prise par les syndics en vertu de l'art. 490 (2); c'est encore là une utilité (cette fois incontestable) de cette inscription, même dans le cas où la faillite aboutirait à l'union. — Si par hasard un achat d'immeuble, fait depuis le dessaisissement par le failli, était ratifié par les créanciers, le privilège du vendeur pourrait être valablement conservé par la transcription (C. civ., art. 2108). — Si des travaux étaient faits sur l'immeuble du failli, les architectes et les entrepreneurs pourraient conserver leur privilège en inscrivant leurs deux procès-verbaux (C. civ., art. 2110); il faudrait, suivant nous, pour qu'il y eût privilège, que le premier procès-verbal fût inscrit avant le commencement des travaux, et comme il est peu probable que les travaux soient commencés depuis la faillite, cette première inscription sera antérieure au jugement déclaratif (3); mais le second procès-verbal pourra utilement être inscrit après ce jugement.

918. Supposons maintenant que les privilèges aient une cause antérieure au jugement déclaratif, l'art. 448 s'applique en principe, et le jugement arrête immédiatement la possibilité de les conserver utilement par une inscription. L'application de cette règle sera très rigoureuse pour les créanciers privilégiés à qui le code civil accorde un certain délai pour s'inscrire, comme soixante jours pour les copartageants, six mois pour la séparation des patrimoines; mais l'art. 448 est formel et absolu, et il en est de même de l'art. 2146, C. civ., qui ne pouvait pas ne pas songer aux délais accordés par les art. 2109 et 2111 peu auparavant, et qui pourtant ne fait aucune réserve. Donc, ces privilégiés, quoique étant encore dans les délais ordinaires, perdront immédiatement le droit de s'inscrire, dès le jugement déclaratif; ceux qui traitent avec un commerçant ne doivent donc pas s'endormir en comptant sur les délais de ces articles (4).

(1) Req. 29 déc. 1858, D. P. 59. 1. 102. — Demang., t. V, p. 288, 289. Al. n. 2604.
(2) Req. 29 déc. 1858, D. P. 59. 1. 102. — Dall., n. 495. Demang., t. V, p. 448.
(3) Limoges, 1er mars 1847, D. P. 47. 2. 147.
(4) Comp. Dall., n. 495. Demang., t. V, p. 288, 289.

Source BIU Cujas

Pour la séparation des patrimoines, il y a une difficulté spéciale : ceux qui soutiennent qu'elle ne constitue pas un véritable privilège peuvent prétendre qu'elle ne tombe pas sous le coup de notre art. 448. Nous ne discutons pas cette question, qui est purement de droit civil.

A l'égard du privilège du vendeur, plusieurs doutes ont été soulevés. — Ceux qui soutiennent que la vente non transcrite ne le dépouille pas de la propriété à l'égard des ayants cause de l'acheteur, admettent nécessairement ici que le vendeur est toujours à temps pour transcrire, puisque la transcription, au moment même où elle transférera la propriété à l'égard de la masse, manifestera son privilège (1). Nous repoussons le principe de ce système, nous en repoussons donc les conséquences dans notre matière ; mais nous nous bornons à renvoyer, pour la discussion, aux commentaires du code civil.

Une autre raison de douter vient de ce que ce privilège se conserve, non par une inscription, mais par une transcription. Or, dit-on, l'art. 448, de même que l'art. 2146, C. civ., n'arrête que le cours des inscriptions, et non celui des transcriptions. L'argument ne nous paraît nullement péremptoire : — si, en effet, le code civil fait une faveur au vendeur en n'exigeant pas de lui une inscription de son privilège à côté de la transcription faite dans l'intérêt de l'acheteur, il ne faut pas exagérer cette faveur en soustrayant le vendeur à la loi générale qui arrête, dès le jugement déclaratif, la publication des privilèges ; — le texte même de l'art. 2108 caractérise la portée de l'article en disant que « *la transcription vaut inscription au profit du vendeur* » ; si elle vaut inscription, elle ne peut pas produire d'effet lorsque les inscriptions ne sont plus possibles (2).

Enfin, on s'est demandé si, dans ce cas, et en admettant notre solution sur la question précédente, il y aurait lieu à l'application de l'art. 7 de la L. du 23 mars 1855 ; Q. *le vendeur déchu de son privilège est-il aussi déchu de son droit de résolution?* Sans discuter à fond la question, nous pensons qu'il faut répondre négativement : — l'art. 7 de la L. 23 mars 1855 a une liaison intime avec l'art. 6, qui ne s'occupe que du droit de suite ; aussi nous pensons qu'il faut restreindre l'art. 7 au cas de perte du droit de suite du vendeur, et le lire ainsi : « Ceux qui peuvent invoquer contre le vendeur la déchéance de son droit de suite n'ont pas à craindre son droit de résolution (3) » ; — or il n'a jamais été question d'un droit de suite du vendeur contre la faillite de l'acheteur ; c'est un droit de préférence qu'il pouvait prétendre ; l'art. 7 est donc étranger à notre hypothèse ; — d'autre part, le vendeur de meubles qui perd immédiatement son privilège par le fait de la faillite de l'acheteur (art. 550), conserve néanmoins un droit de résolution, restreint sans doute, qu'il exerce sous forme de revendication (art. 576) ; il nous paraît difficile de traiter plus rigoureusement le vendeur d'immeuble, qui ne perd pas de plein droit son privilège ; — mais, dira-t-on, il va être mieux traité que le vendeur de meubles puisqu'il conservera toujours son droit de résolution ; oui, cela tient à ce que les raisons qui ont déterminé le législateur à restreindre le

(1) V. Bordeaux. 13 févr. 1875, D. P. 77. 2. 191.
(2) Demang., t. V, p. 289 et suiv. Mourlon, *Transcription*, n. 643 et suiv.
(3) *Sic* : Demang., t. V, p. 291-292.

Source BIU Cujas

droit de revendication du vendeur de meubles dans l'art. 576 (v. sous cet article) n'existent pas pour le vendeur d'immeubles (1).

919. Que dirons-nous des autres actes, qui, aussi bien que les privilèges et hypothèques, exigent certaines formalités pour être parfaits à l'égard des tiers? Dirons-nous, par analogie de notre article 448, 1er al., que les créanciers de la faillite sont de ces tiers qui pourront méconnaître ces actes si les formalités n'ont pas été remplies avant le jugement déclaratif de faillite? A la question ainsi posée d'une manière générale, nous répondrions sans hésiter par la négative. Non, il ne faut pas argumenter par analogie de l'article 448, 1er al., car il ne constitue pas un principe général, il pose une règle de détail tout à fait spéciale, et rien n'indique chez le législateur la pensée de la généraliser; — cette règle se rattache sans doute au principe du dessaisissement, mais elle n'en est pas l'application, elle en est l'*extension;* il n'y a donc pas lieu d'argumenter de la généralité du principe de l'article 443, d'où elle ne découle pas (2). — Seulement, en entrant dans le détail des divers actes dont nous parlons, il y aura peut-être des raisons spéciales d'appliquer à quelques-uns d'entre eux une règle analogue à celle de l'article 448.

Supposons d'abord une cession de créance ou une constitution de gage faite par le failli et non signifiée au débiteur cédé ni acceptée par lui avant le jugement déclaratif (C. civ., art. 1690 et 2075). Nous croyons indubitable que les créanciers de la faillite pourront arguer du défaut de signification ou d'acceptation : non pas en vertu de l'art. 448, mais parce que le jugement déclaratif équivaut bien, au moins, à une saisie-arrêt entre les mains du débiteur, puisqu'il enlève à celui-ci le droit de payer entre les mains du failli (art. 453). Or, une simple saisie-arrêt suffit pour permettre aux créanciers de méconnaître une cession non signifiée ou acceptée antérieurement; donc, il en sera de même dans notre hypothèse (3).

Plaçons-nous ensuite dans l'hypothèse d'une donation d'immeuble valable, antérieure à la période suspecte (art. 446), mais non transcrite lors du jugement déclaratif. Les créanciers de la faillite pourront-ils se prévaloir du défaut de transcription? Pour nous, toute la question revient à la question générale posée en droit civil, de savoir si les créanciers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription de la donation. Et comme l'affirmative nous semble préférable, nous résoudrons affirmativement notre question (4).

Enfin, nous arrivons à l'hypothèse d'une vente d'immeuble valablement faite par le failli avant le jugement déclaratif, mais que l'acheteur n'avait pas

(1) Cass. 1er mai 1860, S. 60. 1. 602 ; Grenoble, 24 mai 1860, S. 60. 2. 526. Demang., *l. c.* Mourlon, *Transcription*, n. 817. — Comp. Bordeaux, 13 févr. 1875, D. P. 77. 2. 191.

(2) Demang., t. V, p. 295. — *Contrà* : Brav., *ibid.*

(3) Rej. 26 janv. 1863, D. P. 63. 1. 47. — Brav. et Demang., t. V, p. 295. Aubry et Rau, t. IV, § 359 bis.

(4) Req. 24 mai 1848, D. P. 48. 1. 172; Req. 23 mars 1859, D. P. 59. 1. 481. Demang., t. V, p. 296. Mourlon, *Transcription*, n. 488 et suiv. — Il serait peut-être plus exact, en théorie de dire que notre question ne peut pas naître; car, même avant le jugement déclaratif, même avant la période suspecte, les créanciers pouvaient déjà invoquer le défaut de transcription de la donation.

Source BIU Cujas

encore transcrite avant ce jugement (1). Tout à l'heure, nous supposions un acheteur failli et nous parlions de la conservation du privilège du *vendeur*; maintenant, nous supposons un vendeur failli et nous nous demandons si la propriété acquise *à l'acheteur* devra être respectée par les créanciers de la faillite. En d'autres termes, **Q.** *les créanciers de la faillite peuvent-ils prétendre que la vente non transcrite est nulle à leur égard?* — 1er S. *Oui* : — ils sont des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble aux termes de l'art. 3 de la L. 23 mars 1855; car le dessaisissement met sous la main de la justice et dans leur intérêt tous les biens du débiteur; et l'art. 448, en leur permettant d'opposer le défaut d'inscription hypothécaire, leur reconnaît bien la qualité de tiers; — la pensée du législateur commercial a été de fixer les situations au moment du jugement déclaratif, d'arrêter toute modification ultérieure du patrimoine à l'encontre des créanciers (2). — Ce système se divise : suivant une opinion, cet effet ne sera produit qu'à partir de l'inscription prise par les syndics en vertu de l'art. 490, inscription qui serait nécessaire pour que le jugement déclaratif fût opposable aux tiers; car l'art. 3 de la L. 23 mars 1855 exige que les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble les aient conservés en se conformant aux lois (3); suivant une autre opinion, cet effet se produit dès le jour du jugement déclaratif, qui est par lui-même opposable aux tiers sans avoir besoin de la publicité, organisée dans un autre but par l'art. 490. S'il fallait choisir entre ces deux opinions, nous préférerions la seconde, comme cela résulte de ce que nous avons dit sous l'art. 490 (v. n. 914). — 2e S. *Non* (!) : — d'abord on ne peut pas dire d'une manière générale que le dessaisissement confère à la masse la qualité de tiers par rapport au failli; il n'enlève pas à celui-ci la jouissance de ses droits; il lui en enlève seulement l'exercice au profit de la masse; d'où il résulte que la masse, en principe, exerce seulement les droits de son débiteur (C. civ., art. 1166), et par conséquent n'est que son ayant cause, n'a pas plus de droits que lui; — la masse ne devient un tiers que là où la loi lui confère expressément un droit que n'avait pas le failli, par exemple dans l'art. 1167, C. civ., dans les art., 446, 447, 557 et suiv., C. de com.; or, nous n'avons pas de texte de ce genre pour la question qui nous occupe; — l'art. 448, 1er al., n'est nullement concluant, et nous avons déjà repoussé toute idée de le généraliser, parce que son texte et son esprit ont un caractère de spécialité bien tranché; particulièrement dans la question actuelle, il n'y a aucune analogie à en tirer : il s'occupe, en effet, d'un acte (la constitution d'hypothèque) spécialement dirigé contre les créanciers chirographaires, qui leur nuira certainement et contre lequel ils peuvent toujours de droit commun arguer du défaut de publicité (C. civ., art. 2134); ici, au contraire, il s'agit d'un acte (une vente) qui n'est pas toujours et par lui-même nuisible aux créanciers, puisqu'il peut être fait pour un prix très rémunérateur, et dont le défaut de transcription ne peut pas, de droit commun, être invoqué par les créanciers chirographaires; — en somme, l'art. 448 n'accorde à

(1) Il faudrait en dire autant des actes constitutifs d'usufruit, de servitude, d'antichrèse, d'un bail de plus de dix-huit ans, etc. V. L. 23 mars 1855, art. 1 et 2.

(2) Demang., t. V, p. 296.

(3) Aub. et Rau, t. II, § 209.

Source BIU Cujas

ceux-ci aucun droit nouveau; il fixe seulement les conditions d'exercice du droit qui résulte pour eux de l'art. 2134, C. civ.; tandis qu'il s'agirait ici de leur accorder un droit nouveau, celui d'opposer le défaut de transcription, que ne leur donne pas, en général, l'art. 3 de la L. 23 mars 1855; — d'autre part, la vente en question n'est pas toujours un acte nuisible aux créanciers; il faut même, en général, supposer qu'elle a été faite à un prix convenable; sans cela elle tomberait sans doute sous le coup de l'art. 1167, C. civ., ou de l'art. 447, C. comm.; l'usage du droit que l'on veut accorder aux créanciers aurait donc pour unique conséquence de leur permettre d'attendre toutes les bonnes chances en laissant à l'acheteur toutes les mauvaises; car ils n'invoqueraient la nullité de la vente que si l'immeuble a augmenté de valeur depuis le contrat; nous sommes bien loin des conditions en vue desquelles a parlé l'art. 448, 1er al.; — revenons au texte fondamental, à l'art. 3 de la L. 23 mars 1855 : il faut, pour l'invoquer, avoir acquis des droits *sur* l'immeuble, c'est-à-dire, suivant l'interprétation générale, des droits *réels* sur l'immeuble; or, le dessaisissement ne donne aux créanciers aucun droit de ce genre; nous l'avons dit sous l'art. 443 (n. 906), il n'opère aucune mutation de la propriété ou de ses démembrements; la preuve, c'est qu'il n'est dû aucun droit d'enregistrement; donc, il manque ici une des conditions essentielles pour arguer du défaut de transcription; — mais il y a encore quelque chose de plus : il s'agit ici d'arguer du défaut de transcription pour faire tomber la vente au profit de la masse; or, pour invoquer un pareil droit, il ne suffit plus d'avoir un droit réel sur l'immeuble; il faut, de plus, avoir un droit de même ordre que celui qui a été aliéné et dont l'aliénation n'a pas été transcrite : un acquéreur de la propriété pourra bien arguer de nullité à son égard la vente non transcrite de la propriété, mais un acquéreur de servitude ou d'hypothèque ne pourra jamais faire tomber la vente; il pourra seulement invoquer son droit contre l'acheteur. Donc, dans notre espèce, la masse des créanciers qui voudrait faire tomber la vente devrait établir que le dessaisissement lui a conféré la propriété des biens du failli : c'est ce qu'on n'oserait jamais prétendre. — Concluons donc que la vente non transcrite avant le jugement déclaratif restera inattaquable au regard des créanciers du failli (1).

Est-ce à dire que ces créanciers n'auront aucun droit sur cet immeuble et contre l'acheteur? Cette conclusion serait aussi erronée. Nous avons vu, au paragraphe précédent, que la loi leur concède une hypothèque, et nous avons dit que c'était bien une hypothèque véritable, avec toutes ses conséquences juridiques, qui résulte pour eux de l'art. 490. Si donc cette hypothèque a été inscrite par les syndics avant la transcription de la vente, ils auront, comme tout créancier hypothécaire, le droit d'invoquer leur hypothèque contre l'acheteur, en vertu du droit de suite. Les conséquences de ce droit ne seront pas les mêmes que s'ils avaient pu faire résoudre en leur faveur la vente non transcrite; notamment, l'acheteur pourra toujours conserver l'immeuble en remplissant les formalités de la purge, et les créanciers ne pourront en critiquer le prix qu'en s'exposant aux risques de la surenchère (2).

(1) Req. 5 août 1869, D. P. 70. 1. 161. — Mourlon, *Transcription*, n. 488 et suiv.
(2) Req. 5 août 1869, D. P. 70. 1. 161.

Source BIU Cujas

§ 4

Cessation des voies d'exécution individuelles.

920. A partir du jugement déclaratif, les créanciers cessent, en principe, de pouvoir exercer individuellement aucunes voies d'exécution sur les biens du failli; ils ne peuvent plus les saisir et les faire vendre (1). Avant l'abolition de la contrainte par corps, ils ne pouvaient plus le faire emprisonner pour dettes. — Le motif de cette interdiction est double : — 1° dorénavant, tous ces actes d'exécution sont centralisés entre les mains des syndics nommés pour cela; et ils se feront, par ce moyen, plus économiquement; — 2° celui qui réaliserait ainsi une certaine valeur ne pourrait pas la garder pour lui seul, puisque tous les biens du failli doivent être partagés au marc le franc.

Ce principe n'est pas écrit au Code dans une formule générale. Il est consacré spécialement pour les immeubles par l'art. 571 :

Art. 571. A partir du jugement qui déclarera la faillite, les créanciers ne pourront poursuivre l'expropriation des immeubles sur lesquels ils n'auront pas d'hypothèques.

Le même principe résulte d'une manière plus générale des art. 532 et 534, d'après lesquels les syndics représentent les créanciers pour la liquidation des biens du failli, et sont chargés de poursuivre la vente de tous ses biens. Quant aux poursuites sur la personne, il était formulé par l'art. 455, *in fine*. Enfin, il est encore consacré d'une manière générale, mais indirecte, par les art. 527, 2e al., et 539, qui font renaître ces droits de poursuite en cas de clôture pour insuffisance d'actif, et après l'union, si le failli n'est pas déclaré excusable. — On pourrait objecter l'art. 443, 3e al., d'après lequel les voies d'exécution ne peuvent être suivies ou intentées que contre les syndics; ce qui suppose, dirait-on, qu'elles sont possibles. Il est facile de répondre que cette règle se réfère aux cas exceptionnels où elles sont possibles, comme nous le verrons bientôt.

Q. Si les poursuites ne peuvent pas commencer après le jugement déclaratif, du moins *celles commencées antérieurement ne peuvent-elles pas être continuées?* — 1er S. *Oui :* — il ne faut pas rendre inutiles les frais déjà faits; il faut suivre les analogies des saisies où le premier saisissant continue les poursuites, malgré la présence d'autres saisissants ou d'opposants (C. pr. civ., art. 609 et suiv., 719 et suiv.); — l'art. 572 n'attribue exclusivement aux syndics que les poursuites non commencées lors de l'union (2). — 2e S. *Non* (!) : — ces poursuites individuelles ne pourraient pas plus aboutir au profit du poursuivant; la loi de l'égalité s'imposant toujours impérieusement; — les premiers frais ne seront pas inutiles, car les syndics seront subrogés aux

(1) Ils cessent aussi de pouvoir exercer individuellement les droits de leur débiteur en vertu de l'art. 1166, C. civ. : Ren., t. I, p. 314, 315. Demang., t. V, p. 129.

(2) Caen, 12 oct. 1861; Rouen, 10 oct. 1862, D. P. 62. 2. 24, etc. — Béd., n. 87.

Source BIU Cujas

droits du poursuivant et lui rembourseront les frais qu'il aura payés ; — on ne peut argumenter par analogie des saisies où il n'y a pas de raison de préférer un créancier à un autre, tandis qu'ici les syndics sont nommés pour représenter tout le monde; — l'art. 572 prouverait trop, car il conduirait à dire que l'on peut commencer des poursuites même jusqu'à l'union ; il nous paraît évident qu'il se réfère uniquement au cas exceptionnel où les poursuites sont admises en vertu de l'art. 571 précédent (1). — Ce dernier système a été appliqué par la jurisprudence à une saisie-arrêt, commencée avant le jugement déclaratif; il a été jugé qu'elle ne pouvait être menée à fin dans l'intérêt exclusif du saisissant (2).

Cet effet se produit du jour même du jugement, et non pas seulement du jour de sa publication (v. *suprà*, n. 908) (3).

Dès lors, le droit des créanciers de la faillite se réduit à produire leurs titres à la faillite, en les déposant au greffe ou entre les mains des syndics (art. 491, 492), pour les faire vérifier.

Il ne s'ensuit pas que la prescription ne courra plus contre eux : car s'ils ne peuvent plus user des voies d'exécution, ils peuvent toujours agir en justice pour faire reconnaître leur créance (v. n. 913): on peut donc leur imputer de laisser s'accomplir en silence le délai de la prescription. L'admission des créances après vérification (v. n. 985 et suiv.) interrompt certainement la prescription (4). Nous pensons même qu'il faut attacher cet effet aux premières convocations adressées par le juge commissaire ou par les syndics (v. n. 462, 2e al.), si les créanciers y répondent : elles constituent une reconnaissance de leur qualité de créanciers, au moins à titre provisoire et sauf vérification plus exacte.

Exceptions à la règle.

921. L'art. 443, 3e al., suppose que les voies d'exécution sont encore possibles dans certains cas :

Art. 443, 3e al. Il en sera de même de toute voie d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles.

« *Il en sera de même* » ; c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être suivies ou intentées que contre les syndics, sauf intervention du failli. Mais il peut du moins en être exercé.

Le Code indique, en effet, trois cas d'exception : — 1o pour les créanciers gagistes (art. 548) ; — 2o pour les créanciers privilégiés ou hypothécaires sur les immeubles (art. 571), du moins jusqu'au moment de l'union (art. 572) ; — 3o pour le propriétaire des lieux occupés par le commerce du failli, sur les objets qui les garnissent (art. 450); c'est, du reste, un créancier gagiste d'une espèce particulière.

Le motif de ces exceptions, c'est que, pour les objets spécialement affectés à leurs créances, ces créanciers ne sont pas compris dans la masse; ils ont

(1) Dijon, 18 janv. 1858, D. P. 60. 2. 78. — Pard., n. 1174 et suiv. Ren., t. I, p. 323. Esnault, t. I, n. 158. Dall., n. 224. Brav. et Demang., t. V, p. 130 et suiv. Al. 2483, 2813.

(2) Lyon, 30 nov. 1866, D. P. 67. 2. 89.

(3) Douai, 17 fév. 1859, D. P. 59. 2. 63.

(4) Consult. Cass. 5 janv. 1864, D. P. 64. 1. 41; Aix, 29 mai 1872, D. P. 74. 2. 121.

Source BIU Cujas

un droit exclusif sur ces biens, un droit de préférence, qui les fera payer intégralement, sans subir la loi de la contribution ; ils ont donc un intérêt légitime à agir sans attendre l'action des syndics, et ils peuvent le faire sans nuire directement aux droits de la masse; ils risquent seulement de gêner la liberté d'action des syndics; mais c'est la conséquence du droit spécial stipulé par eux.

Q. *Faut-il étendre cette exception à tous les autres privilégiés, notamment aux privilégiés généraux?* — 1er S. *Oui* : — c'est un avantage attaché à la qualité de privilégié; il faut donc généraliser les dispositions de la loi. — 2e S. *Non* (!) : — la loi n'a nulle part posé un principe général pour tous les privilégiés; elle a procédé par une énumération, ou plutôt par diverses dispositions isolées et spéciales; ces dispositions sont exceptionnelles; elles ne peuvent donc pas s'étendre par analogie; tous les cas qui n'y sont pas formellement compris doivent rentrer dans la règle générale; — d'autre part, il n'y a pas d'analogie ; car les privilégiés généraux pouvant exercer leur droit sur tout le patrimoine du failli, et non, comme les autres, sur un bien particulier, troubleraient gravement l'action des syndics (1); — d'ailleurs, l'art. 551 organise leur paiement de manière à leur donner pleine satisfaction, en déclarant qu'ils seront payés sur les premiers deniers réalisés.

922. Nous devons insister un moment sur le droit d'agir, reconnu au propriétaire-locateur des lieux occupés par le failli. Ce droit, admis en principe, est suspendu pendant un certain temps : qui était de trente jours sous l'empire du Code (art. 450), et qui a été fixé, par la L. 12 fév. 1872, à huit jours après l'expiration du délai accordé pour la vérification des créances par l'art. 492 :

Art. 450 (L. 12 fév. 1872), 3e et 4e al. Jusqu'à l'expiration de ces huit jours, toutes voies d'exécution sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce ou de l'industrie du failli, et toutes actions en résiliation du bail seront suspendues, sans préjudice de toutes mesures conservatoires et du droit qui serait acquis au propriétaire de reprendre possession des lieux loués. — Dans ce cas, la suspension des voies d'exécution établie au présent article cessera de plein droit.

Le motif de cette suspension est de permettre de continuer l'exploitation du commerce du failli, si cela est utile à la masse, jusqu'à ce qu'on ait loué un autre local ou trouvé le moyen de payer le bailleur; et même, depuis la loi de 1872, de permettre aux syndics de déclarer leur intention de continuer le bail.

Cette suspension du droit du bailleur est encore soumise à trois restrictions : — 1o elle ne s'applique qu'aux effets servant à l'exploitation du commerce; elle ne s'applique pas aux effets personnels du failli; — 2o le propriétaire peut toujours, même pendant cette période, faire les actes conservatoires, exercer son droit de rétention, la revendication de l'art. 2102, 1o, dern. al.; — 3o la suspension n'aura pas lieu, s'il a, d'après le bail même, le droit de rentrer en possession; par exemple si le bail est expiré, si l'on a stipulé

(1) **Trib. comm. Marseille, 25 avril 1865**; un jugement très énergiquement motivé.

Source BIU Cujas

qu'en cas de non paiement, il aurait le droit de reprendre immédiatement possession.

§ 5

Déchéance du terme.

Art. 444, 1er al. Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues.

923. Cette règle était contenue déjà dans l'art. 1188, C. civ. Son motif se trouve dans la fin de cet article : le débiteur est déchu du bénéfice du terme toutes les fois que, par son fait, il a diminué les sûretés de son créancier ; on n'accorde de terme que parce qu'on a confiance, et la faillite enlève cette confiance. Aussi la loi supprime tout crédit fait au failli, comme au déconfit en droit civil ; le code civil contient plusieurs applications formelles de cette règle : le vendeur qui avait accordé un terme au failli cesse d'être obligé à lui livrer les objets vendus, tant qu'on ne lui en paie pas le prix (C. civ., art. 1613) ; le capital de la rente perpétuelle due par le failli devient exigible (C. civ., art. 1913) ; la société est dissoute, le mandat est révoqué (C. civ., art. 1865, 4° ; 2003) ; la caution du failli peut recourir par anticipation contre lui sans avoir payé le créancier (C. civ., art. 2032, 2°) ; enfin cette perte de la confiance peut produire des effets même entre des tiers, p. ex. le créancier qui avait consenti à ce qu'on lui déléguât le débiteur tombé depuis en faillite, peut recourir contre son débiteur primitif (C. civ., art. 1276). — L'exigibilité immédiate était en outre nécessaire pour liquider la situation ; il ne faut pas que les créanciers qui n'ont pas de terme soient payés de préférence à ceux qui en ont un ; et si l'on met de côté le dividende qui leur revient, il n'y a aucune utilité à ne pas leur payer ce dividende immédiatement ; au contraire, le retard de ce paiement prolongerait indéfiniment les opérations de la faillite, le travail des syndics et augmenterait par conséquent les frais.

La loi ne dit pas qu'il faille déduire au créancier, payé par anticipation, les intérêts de sa créance jusqu'au terme. Cela serait juste cependant, et l'absence de cette retenue pourrait constituer un grand avantage pour ce créancier, qui profitera ainsi de la faillite. Mais cette décision a été écartée dans la discussion de la loi de 1838 ; la loi n'a pas voulu compliquer les comptes (1), et elle a considéré qu'habituellement la créance serait productive d'intérêts ; or, dans ce cas, en vertu de l'art. 445, les intérêts cessant de courir dès le jugement déclaratif, la déduction dont il s'agit s'opérera de plein droit, même avant que le créancier touche rien.

La loi n'efface que le terme ; elle n'efface pas la *condition*. En effet, dans ce cas, on ne sait pas s'il sera jamais dû quelque chose ; on ne peut donc pas transformer cette créance en une créance pure et simple. Lors des répartitions de deniers, on devra compter les créanciers conditionnels comme les autres, et leur faire leur part ; cette part pourra leur être remise moyennant caution de la restituer à la masse, si la condition vient à défaillir ; ou bien être déposée à la Caisse des dépôts et consignations, pour être touchée par eux si la

(1) Duvergier, t. XXXVIII, p. 372. Renouard, t. I, p. 341 et suiv. Demang., t. V, p. 164.

Source BIU Cujas

condition se réalise (1). On préférera l'un ou l'autre mode, suivant que l'on aura plus ou moins confiance en eux, ou que l'arrivée de la condition sera plus ou moins probable.

Pour les créanciers à terme, il ne faut pas exagérer la portée de cette exigibilité. Cela ne veut pas dire qu'ils puissent exercer des voies d'exécution sur les biens du failli pour se faire payer. Il faut combiner notre règle avec la règle que nous avons étudiée au paragraphe précédent (2). Ces créances ne pourraient pas non plus donner lieu à compensation (v. *suprà*, n. 910). Leurs créances sont exigibles uniquement à l'effet de produire à la faillite, et, après avoir été vérifiés et affirmés, de prendre part aux répartitions de deniers, s'il y a union.

924. ❑. *Les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent-ils invoquer cette exigibilité à l'effet d'exercer des poursuites individuelles sur leur gage spécial?* — 1er S. *Oui* : l'art. 444, 1er al., est absolu et ne distingue pas ; leur créance devient donc exigible ; — si leur créance devient exigible, ils peuvent, en vertu des art. 548, 571, exécuter l'objet grevé de leur privilège ou de leur hypothèque (3). — 2e S. *Non* (!) : Ils ne peuvent argumenter de la généralité du texte de l'art. 444, parce que l'exigibilité aurait pour eux un sens tout différent de celui qu'elle a pour les créanciers chirographaires, si elle leur permettait d'exercer des poursuites individuelles; — aucun des motifs de l'art. 444 n'existe non plus : en tant qu'hypothécaires ou privilégiées, ils ne peuvent pas dire que leurs sûretés sont diminuées (C. civ., a. 1188), et d'autre part cet exercice anticipé de leur droit ne facilitera pas la liquidation; au contraire, il aura le grave inconvénient de troubler l'action des syndics; ce serait retourner contre la masse une mesure prise dans son intérêt; — ils ne peuvent invoquer cette mesure, prise pour la masse, au moment même où ils prétendent rester en dehors de cette masse pour exercer leurs poursuites individuelles. — Cette doctrine nous paraît confirmée par la L. 12 février 1872, modifiant l'art. 550, C. comm. : — non seulement dans les travaux préparatoires, M. Delsol a très formellement admis ce système, ce qui serait déjà un argument d'un très grand poids; — mais encore, le texte de la loi le consacre implicitement, mais très sûrement : d'abord, l'art. 550 nouveau, 2e al., applique sans aucun doute possible ce système au bailleur d'immeubles, privilégié sur les objets qui garnissent les magasins du failli; mais, de plus, l'art. 2 de la loi donne un effet rétroactif à cette décision, quoique le législateur consacre, dans ce même article, le principe de la non rétroactivité des lois pour toutes les autres règles qu'il établit; cette différence est fondée d'après le rapporteur même sur le motif que la loi ne fait ici que consacrer, par une voie interprétative, un droit préexistant (v. n. 931); cette décision est donc bien la reconnaissance implicite que notre système était le seul vrai, avant même la loi nouvelle, et qu'il était vrai généralement pour tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés spéciaux (4).

(1) Demang., t. V. p. 156. — Béd., n. 93, et Al. n. 2486, n'indiquent que la première solution, admettant ainsi l'application de l'art. 444 aux créanciers conditionnels.

(2) Brav., t. V, p. 155.

(3) Lyon, 16 fév. 1881, D. P. 81. 2. 237, etc. — Ren., t. II, p. 332. Béd., n. 1083. Dall., n. 246. Brav. et Demang., t. V, p. 156 et suiv. Al. n. 2485, 2814.

(4) V. une note où nous traitons plus longuement cette question, sous un arrêt de la C. de Caen, 5 déc. 1872, D. P. 74. 2. 81.

Source BIU Cujas

Mais, bien entendu, si, à défaut de leur gage spécial, ces créanciers produisaient à la masse comme chirographaires (ils le sont toujours), ils invoqueraient l'art. 444, comme tout créancier chirographaire. — De plus, notre doctrine serait inapplicable aux créanciers *privilégiés généraux*, qui, suivant nous, n'ont pas le droit d'exercer des poursuites individuelles, en supposant, ce qui sera bien rare, qu'ils aient un terme. — Elle ne devrait pas non plus être appliquée aux créanciers nantis d'un gage mobilier, car leur droit de rétention, soustrayant déjà l'objet du gage à l'action des syndics (art. 547), il n'y a aucun intérêt à les empêcher de le réaliser immédiatement.

925. L'exigibilité anticipée ne s'applique qu'aux dettes passives du failli. Ceux dont le failli est créancier conservent leurs termes : sans doute, il aurait été plus commode de réaliser tout l'actif immédiatement ; mais on ne pouvait priver du bénéfice de son terme un débiteur qui n'a commis aucune faute. La loi a indiqué d'autres moyens pour faciliter la liquidation, tout en respectant ce terme (art. 538, 570).

Cette distinction s'appliquera sans difficulté, même aux contrats synallagmatiques passés par le failli avant sa faillite, si le terme n'affecte que l'une des obligations, par exemple, dans les ventes à crédit. Le vendeur à crédit pourra invoquer, contre la masse, la perte du terme qu'il avait consenti à l'acheteur failli, et l'acheteur à crédit continuera à jouir du sien vis-à-vis de la faillite du vendeur. — Mais cette distinction ne peut plus s'appliquer lorsque le contrat synallagmatique tout entier est affecté d'un terme, c'est-à-dire lorsque les deux obligations réciproques sont suspendues par le même terme (1), par exemple dans les ventes à livrer. Le vendeur à livrer ne pourrait pas dire à la masse : je me présente comme créancier et veux être payé immédiatement pour tout mon marché; mais je ne l'exécuterai, de mon côté, qu'aux termes convenus. On lui répondrait, en invoquant l'a. 1651, C. civ., qu'on ne doit payer qu'au moment de la délivrance, que les deux termes sont corrélatifs et inséparables comme les deux obligations, que l'acheteur ou ses ayants cause ne sont obligés à se dessaisir du prix qu'au moment où ils reçoivent la chose (cf. art. 1613), et que l'état de faillite ne peut modifier la convention sur ce point. D'ailleurs, en fait, la question se présentera bien rarement, car le vendeur conclura plutôt à la résiliation du contrat, en vertu de l'art. 1184; en effet, il ne pourrait, comme créancier, obtenir qu'un dividende souvent très faible; il n'a pas de privilège contre la faillite (art. 550), et, d'ailleurs, ce privilège ne lui servirait à rien, pas plus que le droit de rétention; il est donc de son intérêt de faire résoudre le contrat en argumentant de l'inexécution partielle dont il serait victime. La masse, si elle avait intérêt à l'exécution du marché, pourrait l'invoquer, à la charge de payer intégralement le prix convenu, car l'action résolutoire peut toujours être arrêtée par le débiteur, qui offre d'exécuter le contrat, et les créanciers peuvent exercer ce droit de leur débiteur (C. civ., art. 1166). — Cette doctrine va éclairer les questions délicates que soulève la position du propriétaire locateur des lieux occupés par le failli.

926. En effet, le **privilège du bailleur** a été très discuté sous l'empire du Code, et a été réglementé récemment par une loi de 1872.

Plaçons-nous d'abord *sous l'empire du code de commerce*. Nous avons vu que,

(1) Al. n. 2485.

Source BIU Cujas

pour tout ce qui est échu, le bailleur avait le droit d'exercer des poursuites individuelles sur les meubles garnissant les lieux, dans la limite du moins de ce qui est concédé par l'art. 2102, 1°, C. civ., suivant que son bail avait ou non date certaine, et après une suspension de trente jours. — Mais pour l'avenir, en supposant qu'il ne lui fût rien dû ou que le passé se liquidât facilement, *pouvait-il invoquer la déchéance du terme et se faire payer par privilège tous les termes à venir, à la seule condition que son bail eût date certaine* (C. civ., art. 2102, 1°)? — Il fallait distinguer deux hypothèses :

1° *Si on laissait les lieux garnis*, soit que les syndics continuassent l'exploitation du commerce du failli, soit qu'ils sous-louassent à un tiers. D'après la doctrine que nous avons admise plus haut, nous aurions dit que le bailleur ne pouvait se faire payer immédiatement les termes à venir par privilège, puisque ses sûretés ne sont pas diminuées, et que l'exigibilité de l'art. 444 n'est pas établie pour cette hypothèse (1).

2° *Si l'on dégarnissait les lieux*, en faisant vendre le mobilier, on pouvait encore soutenir qu'il n'avait pas le droit de se faire payer, parce que, d'une manière générale et d'après le droit civil, un bailleur n'est pas proprement créancier à terme. Sur ce point, trois systèmes étaient en présence :—1er S. *Il n'a qu'une créance éventuelle*, pas même une créance conditionnelle :—sa créance est corrélative de la jouissance des lieux loués par le locataire ; il n'aura de droit que s'il fait jouir, et autant qu'il fera jouir celui-ci : la cause de sa créance étant successive, celle-ci doit l'être aussi, et n'a aucune existence tant que sa cause, la jouissance, ne s'est pas produite (v. C. civ., art. 1722 ; 1724, 2e al. ; 1726 ; 1769 ; 1770) ; — l'a. 1760, C. civ., le montre bien, puisque, en cas de résiliation par la faute du locataire, il n'accorde au bailleur que le droit au prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation. — Ce système se réfute par un argument bien simple : c'est que l'art. 2102, 1°, C. civ., attache à cette créance un privilège, ce qui suppose bien qu'elle a une existence véritable avant le terme convenu ; — d'ailleurs, il n'est pas vrai de dire que, si pour une cause quelconque le preneur ne jouit pas, il ne devra rien ; l'art. 1725 dit qu'il n'a pas à réclamer, si sa jouissance est entravée par de simples voies de fait : — quant à l'art. 1760, il se réfère à l'art. 1741, qui n'est lui-même que la consécration du droit commun de l'art. 1184 : si le preneur manque à ses engagements, la résiliation est facultative pour le bailleur ; l'art. 1760 suppose que celui-ci opte pour la résiliation ; mais il ne s'ensuit pas qu'il ne puisse pas opter pour la continuation du bail et en demander l'exécution complète. — 2e S. *Il est créancier à terme*, avec une condition résolutoire : — sa créance est dès à présent certaine et constitue un droit acquis, sauf seulement l'éventualité d'une impossibilité de jouissance dont il serait responsable ; mais cette éventualité ne change pas la nature de la créance parce qu'elle n'est pas dans l'ordre naturel des choses ; ce n'est pas sur cette hypothèse que les parties ont raisonné en s'engageant ; chacune a eu l'intention d'exécuter le contrat et a compté sur l'exécution du contrat par l'autre et notamment le bailleur a dû compter sur ses loyers pour toute la durée du bail, par la raison simple qu'il ne dépendait que de lui de se les

(1) *Sic* : Paris, 12 déc. 1861, D. P. 62. 2. 49 ; 26 juin 1863, D. P. 63. 2. 247. — *Contrà* : Cass. 28 mars 1865, D. P. 65. 1. 201, cassant les deux arrêts ci-dessus.

Source BIU Cujas

assurer en exécutant ses engagements; — s'il est vrai que la bonne foi se présume toujours, on ne peut permettre à une partie (le preneur) de prétendre que ses engagements sont incertains, par cela seul que l'autre partie (le bailleur) peut éventuellement manquer à l'exécution des siens (1). Dans les travaux préparatoires de la loi de 1872, ce système a été très formellement adopté par le rapporteur, M. Delsol, au nom de la commission du Corps législatif, après un exposé des trois opinions que nous relatons. Et c'est parce qu'il avait conscience d'innover sur ce point, que le législateur de 1872 n'a pas donné d'effet rétroactif à la nouvelle règle qu'il consacrait (v. art. 2 de la loi). — 3e S. *Il est créancier conditionnel* (!) : le système précédent soutient qu'il est créancier à terme avec condition résolutoire; mais cette position ne diffère en rien, au point de vue qui nous occupe, de celle d'un créancier sous condition suspensive; — si la loi ne rend pas exigibles les créances conditionnelles, c'est parce qu'on n'est pas sûr qu'il sera dû quelque chose; or, ici aussi, on ne peut pas dire : *certum est debitum iri*; il est impossible d'obliger la masse à laisser payer un créancier qui peut éventuellement n'avoir droit à rien (2); — pour nous, ce système est confirmé par la théorie que nous avons développée plus haut relativement aux contrats synallagmatiques à terme réciproque, comme la vente à livrer : chacune des parties n'a entendu exécuter ses obligations que si l'autre exécutait les siennes et au même moment (v. anal. C. civ., art. 1612, 1651); le bailleur créancier à terme des loyers est aussi débiteur à terme de la jouissance des lieux loués; il ne peut pas devancer l'exigibilité de sa créance sans devancer aussi celle de sa dette; de même que le vendeur à livrer ne pourrait pas demander le paiement anticipé de son prix sans offrir immédiatement la marchandise; seulement ici, cette solution est impossible en fait, car on ne peut anticiper la jouissance ou la réaliser en un moment; — il reste donc ceci, que le bailleur ne peut pas exiger ses loyers à venir, parce qu'ils sont dus seulement au fur et à mesure de la jouissance, parce qu'il s'agit de deux obligations synallagmatiques affectées d'un terme réciproque, d'un *terme lié*, si nous osions ainsi parler. Comme résultat pratique, on devra mettre de côté tous les loyers, mais on ne les lui paiera qu'au fur et à mesure de l'échéance des termes.

Ces deux derniers systèmes avaient un grave inconvénient; c'était de grever énormément la faillite, de rendre les concordats impossibles; celui de la Cour de cassation faisait, de plus, gagner le bailleur sans cause et au milieu du malheur commun de tous les créanciers. Ainsi, dans la faillite du *Factage parisien*, si l'on avait eu de quoi payer le propriétaire, pour un loyer de 55,000 francs par an, ayant encore plus de vingt-sept ans à courir, il aurait touché 1,500,000 francs, et, en les plaçant à 5 p. %, il aurait obtenu un revenu annuel et perpétuel de 75,000 francs, tout en rentrant, à l'expiration du bail, dans la jouissance de son immeuble. — Cet état de choses avait soulevé des réclamations très vives. Un projet du gouvernement, déposé le 26 décembre 1868, n'aboutit pas; il fut repris par M. Courbet-Poulard le 7 avril 1871, et aboutit cette fois à la L. 12 février 1872, que nous avons à expliquer.

(1) Req. 15 juil. 1868. D. P. 72. 1. 95; Cass. 16 fév. 1870. D. P. 70 1. 261.
(2) Demang., t. V, p. 140, 141.

Source BIU Cujas

927. Cette **L. du 12 février 1872** a procédé en insérant de nouvelles dispositions dans les articles 450 et 550, C. comm. Elle a trait à deux objets : — 1° la résiliation possible du bail (art. 450); — 2° la mesure dans laquelle le privilège du bailleur sera opposable à la masse (art. 550).

I. **Résiliation du bail.** — Sous l'empire du code de commerce et de la jurisprudence qui l'interprétait, il ne pouvait être question de résiliation du bail pour cause de faillite, ni à la demande du bailleur, ni à la demande des créanciers : pas à la demande du bailleur, car, payé de ses loyers au moins pour quelques années, il ne pouvait se plaindre actuellement; pas à la demande des créanciers, car, une fois le propriétaire payé d'avance, ils n'avaient pas d'intérêt à résoudre le bail. — Mais, avec la loi nouvelle qui restreint considérablement le privilège du bailleur, il fallait régler les cas où la résiliation serait possible.

Art. 450 (modifié par la L. 12 fév. 1872), 1er, 2e, 5e et 6e al. Les syndics auront pour les baux des immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli, y compris les locaux dépendants de ces immeubles et servant à l'habitation du failli et de sa famille, huit jours à partir de l'expiration du délai accordé par l'art. 492, C. comm., aux créanciers domiciliés en France pour la vérification de leurs créances, pendant lesquels ils pourront notifier au propriétaire leur intention de continuer le bail, à la charge de satisfaire à toutes les obligations du locataire. — Cette notification ne pourra avoir lieu qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli entendu — ... — ... — Le bailleur devra, dans les quinze jours qui suivront la notification qui lui serait faite par les syndics, former sa demande en résiliation. — Faute par lui de l'avoir formée dans ledit délai, il sera réputé avoir renoncé à se prévaloir des causes de résiliation déjà existantes à son profit.

928. *La résiliation peut être demandée par le bailleur.* Le législateur de 1872 n'a pas admis que la faillite du preneur fût par elle-même une cause de résiliation du bail que pût invoquer le bailleur; le rapport de M. Delsol est formel sur ce point. En effet, il n'est pas sûr que les obligations du preneur soient inexécutées dans l'avenir; tout dépend du parti que les créanciers prendront. — Le bailleur n'a que le droit d'invoquer les causes de résiliation déjà nées à son profit, par exemple le non paiement des termes échus, et le rapporteur a reconnu que cette cause existera le plus souvent. La loi nouvelle lui donne même un délai très court pour cela, car il ne peut agir pendant tout le temps où son droit d'exécution est suspendu (v. au n. 922, art. 450, 2e al.); et, d'autre part, il est forclos, s'il n'a pas agi dans la quinzaine qui suivra la notification que lui feront les syndics dans le même délai (art. 550, 5e et 6e al.).

Pour ce qui concerne l'avenir du bail, le législateur a considéré que le cas habituel serait que les créanciers, voulant réaliser leur gage, vendraient les meubles et marchandises du failli, rendraient le commerce impossible pour lui, et le mettraient par là même dans l'impossibilité de payer ses loyers ultérieurs; d'où naîtra, si cela a lieu, le droit pour le bailleur de résilier le bail (C. civ., art. 1184). Sous l'empire du Code, cet effet pouvait souvent ne pas se produire, car le propriétaire, se payant par privilège de tous ses loyers, pouvait n'avoir aucun sujet de se plaindre de l'inexécution des obligations du

Source BIU Cujas

preneur. Mais du moment que la loi nouvelle limitait son droit aux loyers à une année au plus dans l'avenir (nouvel art. 550, al. 3), la liquidation du gage provoquait nécessairement la demande du bailleur en résolution. Aussi, le législateur a considéré que ce serait là l'hypothèse normale toutes les fois que la faillite se terminerait par l'union.

929. *Les créanciers peuvent empêcher la résiliation.* Mais le législateur a prévu la possibilité d'un concordat rendant possible l'exécution du bail, et donnant à tous les créanciers intérêt à ce que le failli continuât son commerce dans le même local. C'est pour cela qu'il a permis aux syndics, avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli entendu, de manifester l'intention de continuer le bail. — D'ailleurs, ce droit pour les syndics est absolu ; ils peuvent en user pour la masse, non seulement en vue d'un concordat, mais encore, dans l'hypothèse même de l'union, pour continuer le commerce du failli pendant quelque temps, pour profiter du droit de sous-location, qui peut appartenir au preneur et se trouver avantageux par suite du bas prix du bail principal :

Art. 550, nouveau, 4e al. Les syndics pourront continuer ou céder le bail pour tout le temps restant à courir, à la charge par eux ou leurs cessionnaires de maintenir dans l'immeuble gage suffisant, et d'exécuter, au fur et à mesure des échéances, toutes les obligations résultant du droit ou de la convention ; mais sans que la destination des lieux loués puisse être changée.

Il s'ensuit que la résiliation, motivée sur l'état de faillite, dépend des syndics qui sont maîtres d'exécuter le bail ou de renoncer à son exécution, usant alors d'un droit propre, d'un droit que n'avait pas le failli, et pour lequel ils doivent être considérés comme des tiers. — S'ils continuent le bail, le propriétaire devient créancier *de* la masse (a. 450, 1er al., *in fine* ; v. n. 909), et, indépendamment de son privilège, doit être payé avant tous les créanciers (1).

S'ils ne notifient rien, on reste dans le *statu quo*, sans perdre aucun droit de part ni d'autre (2) : le propriétaire peut indéfiniment faire valoir les causes de résiliation ; et les créanciers conservent la faculté de dégarnir les lieux ou de continuer le bail.

II. Limite au privilège du bailleur.

Art. 550 (additions de la L. 12 fév. 1872), 1er, 2e, 3e, 5e al. L'art. 2102, C. civ., est ainsi modifié à l'égard de la faillite : — Si le bail est résilié, le propriétaire d'immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli aura privilège pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif de faillite, pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux. — Au cas de non résiliation, le bailleur, une fois payé de tous les loyers échus, ne pourra exiger le paiement des loyers en cours ou à échoir, si les sûretés qui lui ont été données, lors du contrat, sont maintenues, ou si celles qui lui ont été fournies depuis la faillite sont jugées suffisantes. — Lorsqu'il y aura vente ou enlèvement des meubles garnissant les lieux loués,

(1) Req. 11 déc. 1877, D. P. 79. 5. 224.
(2) Aix, 30 déc. 1875, D. P. 78. 5. 269.

Source BIU Cujas

le bailleur pourra exercer son privilège comme au cas de résiliation ci-dessus, et, en outre, pour une année à échoir à partir de l'expiration de l'année courante, que le bail ait ou non date certaine — ... — Dans le cas où le bail contiendrait interdiction de céder le bail ou de sous-louer, les créanciers ne pourront faire leur profit de la location que pour le temps à raison duquel le bailleur aurait touché ses loyers par anticipation, et toujours sans que la destination des lieux puisse être changée.

930. 1° *Limite au privilège du bailleur.* — C'est à cette hypothèse que se réfère le 1er al. de l'article qu'il faut entendre comme visant le cas de la résiliation demandée par le bailleur, pour inexécution dans le passé. Le privilège est limité à deux années dans le passé, et le rapporteur explique ainsi cette limitation : « D'une part, le bailleur qui, par faiblesse ou par négligence, laisse s'accumuler indéfiniment les loyers impayés, rend un très mauvais service à son locataire, dont la faillite sera d'autant plus désastreuse qu'elle aura existé depuis plus longtemps à l'état latent. D'autre part, les créanciers du locataire doivent penser que leur débiteur paie régulièrement ses loyers, et il ne faut pas qu'ils soient victimes d'un privilège trop étendu s'appliquant à une créance qu'ils supposaient éteinte. » Il y a là une idée analogue à celle qui a inspiré l'art. 549, C. comm., restreignant à un mois le privilège des ouvriers en cas de faillite (cf. C. civ., art. 2101, 4°). — Les deux années doivent se compter depuis la date anniversaire du commencement du bail (rapport de M. Delsol). — Il y a en outre privilège pour tout ce qui peut être dû en exécution du bail, comme les réparations locatives, et pour les dommages-intérêts, auxquels le bailleur a droit comme compensation de l'embarras qu'il aura à trouver un nouveau locataire ainsi que de la perte qu'il pourra subir par le retard qu'il éprouvera à le trouver et peut-être par la diminution des loyers.

931. 2° *Limite au privilège dans l'avenir.* — Il faut ici distinguer, suivant que les créanciers entretiennent le bail (2e al. de l'art.) ou le laissent tomber en réalisant leur gage sur les meubles (3e al.).

Si le bail est entretenu, c'est-à-dire si les créanciers ou leur cessionnaire s'engagent à l'exécuter de tous points, et si les sûretés du bailleur ne sont pas diminuées; le bailleur ne peut réclamer ni indemnité, ni loyers à échoir, car il ne souffre nullement. C'est l'application de la doctrine que nous avons enseignée pour tous les créanciers gagistes ou hypothécaires qui conservent leur sûreté spéciale. Et il faut remarquer que la loi donne à cette règle un effet rétroactif, qu'elle refuse à toutes les autres dispositions :

L. 1872, art. 2. La présente loi ne s'appliquera pas aux baux qui, avant sa promulgation, auront acquis date certaine. — Toutefois le propriétaire qui, en vertu desdits baux, a privilège pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir, ne pourra exiger par anticipation les loyers à échoir, s'il lui est donné des sûretés suffisantes pour en garantir le paiement.

Le rapporteur a expliqué qu'en édictant cette dernière solution, la commission avait cru ne pas déroger aux principes admis en matière de rétroactivité, parce que « cette disposition ne fait au fond qu'interpréter l'art. 444, C. comm. » en donnant tort à la jurisprudence sur ce point. C'est pour cela

Source BIU Cujas

que nous avons cru pouvoir argumenter de cette solution dans la question que nous rappelions tout à l'heure (n. 924).

932. *Si le bail est rompu* par la volonté des créanciers qui dégarnissent les lieux loués et détruisent les sûretés du bailleur, la loi ne donne privilège à celui-ci que pour une année dans l'avenir à partir de l'expiration de l'année courante. Elle ne le traite donc pas comme un créancier à terme pour tous ses loyers, pas même comme un créancier conditionnel; mais seulement comme un créancier éventuel, vis-à-vis duquel on peut toujours se dégager sauf à l'indemniser des chances dont on le prive, par des dommages-intérêts que les tribunaux, d'après le rapport, pourront toujours lui accorder. Mais nous savons déjà que le législateur de 1872 n'a pas admis cette solution comme une conséquence des principes, puisque le rapporteur adopte expressément au nom de la commission le système qui fait du bailleur un créancier à terme; il ne présente la solution admise que comme une transaction suffisamment équitable entre les droits du bailleur et les intérêts de la masse.

Les loyers de l'année à échoir sont payés au bailleur non pas à titre d'indemnité et de forfait de résiliation pour lui permettre de retrouver plus tôt ou plus tard un autre locataire, mais à titre de *loyers*, c'est encore le rapport qui le dit. Et la conséquence en est tirée par le 5e alinéa de l'article nouveau, qui permet aux créanciers de sous-louer pendant cette année, lors même que le bail interdirait la sous-location. Mais les dommages-intérêts, pour lesquels les tribunaux ont toute latitude (a. 550, 1er al.), pourront comprendre les risque de non-location (1).

933. Le cas de **faillite d'une société** a soulevé sous notre art. 444 deux difficultés. D'abord on s'est demandé si les commanditaires dans une commandite par intérêts et les actionnaires dans une commandite par actions ou dans une société anonyme perdent le bénéfice des termes qui avaient été stipulés pour le versement de leurs mises, et s'ils doivent verser immédiatement tous leurs apports. Des auteurs les font déchoir des termes stipulés, par application de notre art. 544 (2). Nous ne saurions admettre cette solution; ils sont, nous l'avons admis (n. 210, 228), débiteurs de leurs mises à la fois envers la société et envers les créanciers sociaux. Comme débiteurs de la société faillie, ils ne sont pas déchus du terme, pas plus qu'aucun autre débiteur d'un failli (v. n. 925). Comme débiteurs directs des créanciers, ils ne sauraient non plus l'être; car eux personnellement ne sont pas faillis; et si les créanciers les poursuivent par une action directe, ils les reconnaissent comme tenus en leur nom personnel, et ne se confondant pas avec la société faillie.

934. L'autre difficulté est relative aux obligations émises par la société lorsque ces obligations, comme cela a lieu communément pour les compagnies de chemins de fer, ont été émises aux environs de 300 fr., produisant 15 fr. d'intérêt, et remboursables dans un long délai à 500 fr. Dira-t-on qu'elles devront être remboursées immédiatement et figureront au passif pour 500 fr.? Cela serait injuste pour la compagnie et ses autres créanciers, car, ainsi que nous l'avons vu, la prime de remboursement (différence entre 300 et 500 fr.)

(1) Colmet de Santerre, *Cours de C. civ.*, t. IX, n. 28 bis, XXVII.
(2) Al. n. 2489.

Source BIU Cujas

représente les intérêts économisés pendant tout le délai par la compagnie qui paie 5 °/₀ sur le capital versé, au lieu de 6 °/₀, et cette explication empêche seule cette stipulation d'être usuraire. Mais comment échapper à l'art 444? Par la raison qui nous a déjà guidés dans les questions précédentes : le terme ici n'est pas isolé, il est lié à une autre stipulation; il est proprement la *cause* de la promesse de la prime de remboursement; l'un ne peut pas disparaître sans l'autre : d'ailleurs, la prime représentant les intérêts à venir, l'a. 445 s'oppose à ce qu'elle soit payée. En conséquence, nous supprimerons sans doute le terme, mais nous supprimerons aussi la prime de remboursement, et les obligataires figureront à la faillite pour 300 fr. seulement en capital. Mais si nous nous en tenions là, notre solution présenterait une injustice en sens inverse : car les obligataires n'ont consenti à une réduction d'intérêt annuel (p. ex. 5 °/₀ au lieu de 6), qu'en vue de la prime. On pourrait donc dire que, supprimant celle-ci, il faudra rétablir les intérêts à 6 °/₀ et augmenter la créance d'autant de fois 1 °/₀ qu'il se sera écoulé d'années depuis le versement (1). Mais on ne peut pas toujours affirmer que l'organisation de l'amortissement remette à 6 °/₀ le taux auquel la société a emprunté; il peut être en réalité plus ou moins fort; il faudrait donc d'après le tableau de l'amortissement (imprimé en général sur les obligations) calculer (2) le taux auquel l'emprunt revient; ou mieux, comme l'indique la cour de Paris (3), chercher d'abord l'époque moyenne de l'amortissement pour les obligations, en comptant, d'après le tableau, à quelle époque la moitié d'entre elles seraient amorties; puis calculer la somme qu'il faudrait placer à intérêts composés pour reproduire à cette époque la prime de 200 fr.

935. La faillite d'un des **coobligés** (débiteurs solidaires, etc.) ne fait pas déchoir les autres du bénéfice du terme : — l'identification des deux dettes ne va pas jusque-là, et la garantie d'un second obligé a été stipulée précisément en vue de l'insolvabilité du premier; celle-ci ne donne donc aucun droit nouveau; — de plus, l'exigibilité établie pour faciliter la liquidation du failli, n'est nullement exigée par la situation de la caution (4).

En principe on ne peut même pas demander une nouvelle garantie aux coobligés solvables. — Il y a exception seulement si l'on a promis spécialement une sûreté au créancier; l'une faisant défaut, il faut la remplacer par une autre. Ainsi lorsqu'on devait une caution, et que la caution fournie est tombée en faillite, on en doit une autre (C. civ., art. 2020) (5). Ainsi encore dans le cas de lettre de change ou de billet à ordre :

Art. 444. 2e al. — En cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les

(1) Rej. 10 août 1863, D. P. 63. 1. 350. Al. n. 2486. — *It.* Paris, 15 mars 1878, D. P. 82. 1. 106, en ajoutant la plus value des titres, ce qui est très contestable.

(2) Le nombre des obligations à amortir, très faible les premières années, augmente à mesure qu'on approche du terme final.

(3) Paris, 28 janv. 1879, D. P. 80. 2. 25, et la note très approfondie de M. Levillain. — Comp. L. Belge sur les sociétés, du 18 mai 1873, a. 69.

(4) Bordeaux, 10 mars 1854, D. P. 55. 2. 246. — Pard., n. 1119. Brav., t. V, p. 166 et suiv. Al. n. 2487.

(5) Brav., t. V, p. 168, 169.

Source BIU Cujas

autres obligés seront tenus de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement.

La caution n'est due qu'en cas de faillite du principal obligé, celui dont le tireur avait spécialement promis l'engagement lors de l'émission de la lettre de change ou du billet, et que notre alinéa rappelle en distinguant les diverses hypothèses. Elle n'est pas due en cas de faillite d'un endosseur; car on ne s'était pas obligé, lors de l'émission, à fournir la garantie qu'a fait naître l'endossement. L'art. 163, 2e al., avait déjà posé cette règle pour le cas de faillite de l'accepteur en indiquant que le porteur constatera par un protêt l'impossibilité du paiement, pour pouvoir recourir, comme si l'acceptation n'avait pas eu lieu (v. n. 815). — La loi ne parle pas de la faillite du tiré non accepteur. Mais dans ce cas le porteur n'a qu'à demander l'acceptation, à faire protêt, et alors il aura droit à une caution en vertu de l'article 120.

Ceux qui doivent caution ont *la faculté* (mais c'est une simple faculté pour eux) de payer immédiatement; comme dans l'hypothèse de l'article 120. Conformément à ce que nous avons dit sous cet article (n. 791), ils ne pourraient pas retenir l'escompte jusqu'à l'échéance, puisque l'anticipation de paiement n'est pas demandée par le porteur.

§ 6

Cessation du cours des intérêts.

Art. 445, 1er al. — Le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque.

936. Le motif de cet article est que, si certains créanciers ont stipulé des intérêts et que d'autres n'en aient pas stipulé, il en résulterait une inégalité très grande entre eux; cette inégalité serait produite par les délais même nécessaires pour amener la faillite à une solution, et croîtrait indéfiniment avec ces délais. La loi ne pouvait admettre que certains créanciers profitassent ainsi du désastre commun par l'effet de l'imperfection inhérente aux institutions humaines. Dès lors elle pouvait ou faire courir les intérêts à 6 % pour tout le monde, ou les arrêter pour tout le monde. Comme résultat pratique, ces deux partis revenaient au même : puisque les créanciers n'ont qu'une somme de... à partager proportionnellement à l'importance de leurs créances, on ne changerait pas la part de chacun en augmentant simultanément toutes les créances dans une même proportion. Supposez un actif de 50 et un passif de 100, un créancier de 30 aura un dividende de moitié, soit 15; augmentez toutes les créances de moitié, par exemple, ce créancier figurera pour 45, mais comme l'ensemble du passif sera porté à 150 pour un actif limité toujours à 50, il ne touchera que 1/3 sur les 45, soit aussi 15. Dès lors, il était préférable d'arrêter les intérêts pour tous les créanciers dès le jour du jugement déclaratif; cela simplifie les comptes.

Mais c'est « *seulement à l'égard de la masse* » que les intérêts sont arrêtés : ils continuent à courir à l'encontre du failli, qui, s'il n'obtient pas un concordat, sera toujours obligé de les payer, et, s'il a obtenu un concordat, ne

Source BIU Cujas

pourra se faire réhabiliter qu'à la condition de les payer intégralement jusqu'au jour où il remboursera le capital intégral (art. 604).

La règle de la loi, telle qu'elle est formulée, peut amener un résultat inique : c'est dans l'hypothèse où les intérêts ont été payés d'avance. La loi ne donne pas à la masse le droit de faire reverser les intérêts par le créancier qui les a touchés ; on ne peut ajouter cette exigence à la loi. Il y a là un fait légitimement accompli sur lequel elle n'a pas voulu revenir ; le créancier a usé de son droit en se faisant payer d'avance, il profitera de sa vigilance. — Il en serait de même du banquier qui, la veille de la faillite, aurait escompté un billet en retenant les intérêts jusqu'à l'échéance ; du porteur d'un effet de commerce dans le chiffre duquel on a compris les intérêts jusqu'à l'échéance (1) ; d'un vendeur à terme qui aura calculé son prix en tenant compte des intérêts, et cela lors même qu'il aurait expressément promis l'escompte en cas d'anticipation de paiement, car la condition de sa promesse ne s'est pas réalisée (2).

Quant aux arrérages des rentes dues par le failli, il ne saurait y avoir difficulté pour les *rentes perpétuelles* : leur capital devenant exigible par l'effet de la faillite (C. civ., art. 1913), il n'y a plus aucune cause au paiement des arrérages ; l'art. 445 doit donc s'y appliquer sans difficulté. A l'égard des *rentes viagères*, la même exigibilité n'existe pas, mais il faut appliquer au cas de faillite ce que l'art. 1978 dit pour le défaut de paiement des arrérages, de même qu'en matière de rente perpétuelle l'art. 1913 applique formellement en cas de faillite ce que l'art. 1912, 1°, vient de décider pour le cas de non-paiement des arrérages pendant deux ans : — d'abord les arrérages ne peuvent pas cesser d'être dus, car ce serait annuler complètement le contrat et sans compensation pour le crédi-rentier (3) ;— alors, en appliquant l'art. 1978 de la manière dont on peut le faire en présence de la faillite, on déterminera la « somme suffisante pour le paiement des arrérages » ; sur cette somme le crédi-rentier subira la même réduction proportionnelle que les autres créanciers, en vertu de la loi du dividende ; ce qui lui sera attribué sera placé pour qu'il en touche les intérêts à partir de la distribution jusqu'à sa mort, et à sa mort cette somme fera retour à la faillite et sera l'objet d'une répartition entre ses créanciers (4).

937. La fin de l'alinéa fait exception pour les créances garanties par un privilège, un nantissement ou une hypothèque. En effet, le créancier muni d'une sûreté spéciale a droit à un paiement intégral, et non plus à un dividende ; le raisonnement que nous avons fait plus haut ne peut donc plus s'appliquer ; de plus, cette sûreté spéciale a été donnée lors du contrat originaire pour garantir, non seulement le capital, mais même tous les intérêts. — Le 2e al. ajoute :

Art. 445. 2e al. — Les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement.

(1) Dall., n. 263. Demang., t. V, p. 183. Al. n. 2494.
(2) Dall., n. 264. Demang., t. V, p. 182. Al. n. 2495.
(3) Dall., n. 262. Demang., t. V, p. 184. Al. n. 2493.
(4) Dall., n. 262. Al. n. 2492. — *Contrà :* Demang., t. V, p. 184.

Source BIU Cujas

C'est seulement sur ces sommes qu'ils peuvent exercer leur droit de préférence.

Q. *Le dernier créancier hypothécaire, qui ne peut être payé intégralement sur le bien hypothéqué, peut-il imputer ce qu'il reçoit comme tel, d'abord sur les intérêts de sa créance, de façon à venir dans la masse chirographaire pour une portion plus grande de capital?* Supposez qu'il lui soit dû 1,000 fr. d'intérêts ; s'il impute d'abord ce qu'il reçoit sur ces intérêts, il touchera 1,000 fr. de moins sur son capital, et par suite figurera pour 1,000 fr. de plus dans la masse chirographaire; si, au contraire, il ne pouvait faire cette imputation, le capital restant serait diminué de 1,000 fr., et il ne figurerait pas pour ses intérêts dans la masse chirographaire. — 1er S. *Non* : ce serait un moyen d'éluder l'art. 445, 2e al.; c'est indirectement faire payer ses intérêts sur la masse chirographaire; or, l'art. 445 est formel pour le proscrire; — il déroge donc à la règle d'imputation contenue dans l'art. 1254, C. civ. (1). — 2e S. *Oui* (!) : son droit à faire ainsi l'imputation est écrit dans l'art. 1254; — et la lettre de l'art. 445, 2e al., est respectée; car le créancier ne réclame ses intérêts que sur les valeurs hypothécaires; s'il vient ensuite dans la masse chirographaire pour un capital plus fort, celle-ci ne paie jamais que du capital; — l'art. 445, 2e al., ne s'oppose pas à ce qu'*indirectement* la masse souffre du paiement des intérêts aux créanciers hypothécaires, car (ceci est décisif) le même résultat se produit dans toutes les hypothèses : le premier créancier inscrit, par exemple, s'il se fait payer 1,000 fr. d'intérêts, diminue d'autant la somme qui restera libre après le paiement des créanciers hypothécaires et qui sera versée dans la masse chirographaire; ou si la valeur de l'immeuble est absorbée par les hypothèques, il augmente d'autant le capital non soldé pour lequel les derniers inscrits figureront dans la masse chirographaire ; il est donc impossible que le créancier hypothécaire, en se faisant payer des intérêts, ne nuise pas indirectement à la masse chirographaire; pourquoi se préoccuper de ce résultat à l'égard du dernier en rang, tandis qu'on ne s'en préoccupe pas pour les autres (2)?

938. Une question analogue d'imputation peut être posée dans le cas où un créancier, qui avait plusieurs coobligés, a reçu de l'un d'eux un paiement partiel. Pourra-t-il l'imputer d'abord sur les intérêts, de manière à conserver contre les autres une créance plus forte? L'affirmative nous paraît certaine dans le cas où le paiement partiel a été fait par un débiteur solvable, non failli : car aucun article n'a dérogé pour cette hypothèse à l'art. 1254, C. civ. ; l'article 544, qui prévoit ce genre de paiement ne restreint pas le droit du créancier. — La question est plus délicate dans le cas où le paiement partiel a été fait par la faillite de l'un des coobligés; car, d'après notre article 445, le créancier ne pouvant figurer dans cette faillite que pour son capital, doit, au moins dans ses rapports avec cette faillite, être censé n'avoir reçu que du capital; mais cette présomption existe-t-elle aussi à l'encontre de la faillite d'un autre codébiteur? Nous admettrions l'affirmative (3) : — tant qu'il était dans la première faillite, le créancier n'a pas

(1) Bordeaux, 10 déc. 1874, D. P. 76. 2. 235, etc. — Demang., t. V, p. 186. Al. n. 2492.
(2) Cass. 12 juill. 1876, D. P. 77. 1. 305 ; Poitiers, 30 janv. 1878, D. P. 78. 2. 70.
(3) Qu'on le remarque bien : il ne s'agit pas de savoir pour quelle somme il *se pré-*

Source BIU Cujas

pu argumenter de l'art. 1254, C. civ.; l'art. 445 s'y opposait; — il arrive dans une seconde faillite : là encore il n'a droit de toucher que son capital (art. 444); il ne nous paraît donc pas pouvoir, à l'encontre de cette seconde faillite, intervertir le titre auquel il a touché son paiement; — d'ailleurs, l'art. 542 lui fait déjà une grande faveur en lui permettant de figurer dans la seconde faillite pour le montant intégral de son titre jusqu'à parfait paiement; il ne faut pas exagérer encore cette faveur.

§ 2

Incapacités qui frappent le failli.

939. Ces incapacités sont de quatre espèces :

1° Privation de l'exercice des droits politiques : d'être électeur, éligible, juré, témoin dans les actes (v. Const. 12 frim. an VIII, art. 5; L. 8 fév. 1849, art. 3,8°; Décr. 2 fév. 1852, art. 15, 17°; L. 21 nov. 1872, a. 2, 8°); d'être membre des conseils des prud'hommes, ou électeur pour leur nomination (L. 1er juin 1853, art. 6) (1). — Et, comme suite de la privation des droits de citoyen, suspension de l'exercice des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, ou à la médaille militaire (Décr. 16 mars 1852, art. 39; 24 nov. 1852, art. 2 et 6);

2° Exclusion de la Bourse (art. 613, C. comm.);

3° Incapacité d'être agent de change ou courtier (art. 83). Mais cette règle ne s'applique plus au courtage de marchandises, devenu libre par la L. 18 juill. 1866; il reste seulement l'incapacité d'être courtier inscrit (art. 2 de cette loi).

4° Impossibilité d'être admis à l'escompte par la Banque de France (Décret 18 janvier 1808, art. 50, 51).

Ces incapacités frappent le failli, même parfaitement honnête, même déclaré excusable.

Elles ne cessent que par la réhabilitation (v. *infrà*, tit. 3, art. 604 et suivants).

SOUS-SECTION II.

EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DANS LE PASSÉ.

940. Le jugement déclaratif doit fixer l'époque de la cessation des paiements (art. 441), nécessairement antérieure de quelque temps à ce jugement.

sentera dans la seconde faillite pour le calcul de son dividende; l'art. 542 dit formellement qu'il se présentera pour la totalité de son capital, et il est certain, en vertu de l'art. 445, qu'il ne se présentera que pour ce capital. Mais il s'agit de savoir, une fois ce dividende ainsi calculé, s'il pourra *le prendre* en totalité, lors même qu'il obtiendrait ainsi plus que son capital (art. 543), tout ou une partie des intérêts échus depuis la seconde faillite.

(1) Mais le failli ne perd pas la capacité d'être tuteur, curateur, membre d'un conseil de famille; ni syndic, expert ou arbitre : aucun texte ne lui enlève cette capacité; et ces fonctions n'ont pas assez d'analogie avec les fonctions politiques, pour qu'on puisse étendre jusqu'à ell s les lois citées au texte. Demang., t. VI, p. 202 et suiv.

Source BIU Cujas

Si le tribunal n'a pas dès ce moment les éléments nécessaires pour fixer cette époque, il peut le faire par un jugement ultérieur (art. 580). — Ce jugement peut être modifié ultérieurement; il n'a pas immédiatement force de chose jugée, parce qu'on n'a pas entendu tous les intéressés, et que les opérations de la faillite peuvent révéler des faits nouveaux, manifestant une cessation de paiements plus ancienne, ou faire apparaître l'intérêt pour les créanciers à arriver à une détermination plus précise de cette époque. En effet les créanciers, comme masse, ont intérêt à faire remonter la cessation de paiements le plus loin possible en arrière pour frapper de nullité un plus grand nombre d'actes et diminuer le nombre des créanciers; au contraire, chaque créancier individuellement ou chaque acquéreur ayant traité avec le failli peut avoir intérêt à la retarder pour maintenir la validité du contrat qui a donné naissance à ses droits (1). Les modifications ne peuvent se produire que jusqu'à l'expiration des délais pour la vérification des créances :

Art. 581. Aucune demande des créanciers tendant à faire fixer la date de la cessation des paiements à une époque autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif de faillite, ou d'un jugement postérieur, ne sera recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. Ces délais expirés, l'époque de la cessation de paiements demeurera irrévocablement déterminée à l'égard des créanciers.

Q. *Cet article limite-t-il ou étend-il le délai accordé aux créanciers par l'art.* 580 (*un mois*) *pour faire opposition?* — 1er S. *Il est limitatif,* donc après le délai d'un mois aucune demande ne pourra se produire, et, si la vérification et l'affirmation sont terminées avant le mois, les demandes ne seront plus recevables : — l'art. 581 n'indique nullement la pensée de déroger à l'art. 580; il pose une nouvelle limite à la demande sans supprimer celle qui existait; — et cette demande est bien une opposition au jugement (2). — 2e S. *Il est extensif*; la demande en modification peut se produire après le mois si l'on est encore dans les délais de l'art. 581 : — l'article 581 entendu comme le fait le 1er S. n'aurait presque jamais aucune application, car il faut au moins vingt jours entre la convocation des créanciers et l'assemblée de vérification (art. 492), plus huit jours pour l'affirmation (art. 497), et il est impossible que la convocation soit lancée immédiatement après le jugement déclaratif, puisqu'il faut avant cela qu'une assemblée des créanciers ait donné son avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires (art. 492 et 462); — on ne concevrait pas pourquoi le législateur aurait ici diminué le délai pour faire réformer le jugement; on conçoit, au contraire, qu'il l'ait allongé, parce que la demande peut se fonder sur des faits nouveaux révélés au cours des opérations, ou être provoquée par un nouvel intérêt apparu; il faut que les créanciers aient pu se mettre au courant de l'ensemble des affaires du failli avant de connaître ces faits et de voir cet intérêt apparaître; aussi il est très probable que le législateur n'a pas considéré cette demande en modification comme une opposition proprement dite : une opposition attaque le jugement comme mal rendu eu égard à la situation des choses au moment où il

(1) Brav., t. V, p. 188.
(2) Ren., t. II, p. 393.

Source BIU Cujas

a été rendu, mais ici l'on se fonde sur des faits nouveaux ou nouvellement révélés pour demander la modification; l'art. 581 ne qualifie nullement cette demande d'opposition, et pourtant, venant à la suite de l'art. 580, il était naturel qu'il employât ce mot s'il voulait appliquer à cette demande les règles de l'art. 580 (1).

Cet article, ainsi entendu, établissant une faveur, ne doit pas être appliqué en dehors de ses termes. Il ne parle que d'une demande *des créanciers*; il vise ainsi les demandes faites, dans l'intérêt des créanciers comme masse, soit par un créancier, soit par plusieurs, soit par les syndics au nom de tous (2); il faut admettre que le tribunal pourrait aussi d'office prononcer la modification dans le même délai, car il agit dans l'intérêt de la masse (3). Mais une personne ayant des intérêts opposés à ceux de la masse, p. ex. un créancier hypothécaire (4), menacé par les nullités dont nous allons parler, un acquéreur dans les mêmes circonstances, un ancien créancier payé et menacé d'être obligé de rapporter ce qu'il a touché, ne pourraient pas invoquer l'art. 581; ils n'auraient que le délai de l'art. 580. Dès la publication du jugement, ils ont pu se mettre en mesure d'agir. Seulement, si un nouveau jugement est intervenu en faveur de la masse, ils pourront attaquer ce nouveau jugement dans le délai d'un mois (art 580) (5). — Il en serait de même suivant nous, d'un créancier chirographaire, agissant dans un intérêt contraire à celui de la masse, pour protéger l'acte qui l'a rendu créancier contre les nullités que nous venons de rappeler:—il est évidemment dans la même situation que les divers intéressés qui viennent d'être énumérés; — il a pu voir, dès la publication, que le jugement le menaçait; — sans doute le texte de l'art. 581 pourrait, à la rigueur, le comprendre; mais cependant cet article, parlant au pluriel, paraît viser seulement les créanciers comme masse, ou agissant individuellement dans l'intérêt de la masse, et non ceux qui agissent dans leur intérêt exclusif; dès que le doute est possible, les motifs rationnels indiqués d'abord doivent nous faire décider dans ce sens.

941. Cette fixation de l'époque de la cessation des paiements a une très grande importance, car il ne suffit pas de dessaisir le failli à partir du jugement déclaratif; dès le moment de la cessation de paiements, les causes du dessaisissement existent; il y a la crainte que le failli n'avantage certains créanciers au détriment des autres, qu'il ne compromette de plus en plus le gage commun de ses créanciers. Il peut donc y avoir lieu de revenir sur les actes qu'il a faits depuis ce moment. — En outre, dans les derniers jours qui précèdent la cessation de paiements, on fait souvent bien des actes irréguliers : soit pour retarder la catastrophe, par exemple en réalisant de l'argent par des ventes à vil prix; soit pour transférer à la femme, aux enfants, à des amis, certaines valeurs qu'on veut sauver; soit pour payer certains créanciers qu'on favorise ou qui sont plus pressants. Ces actes, réalisés en vue

(1) Bordeaux, 30 juin 1856, S. 57. 2. 17; Toulouse, 28 août 1858, S. 60. 2. 90. — Esnault, n. 679. Béd., n. 1188. Al. n. 2856.

(2) Demang., t. V, p. 658. Al. n. 2857.

(3) Demang., *ibid*, Al. n. 2854.

(4) Demang., t. V, p. 652 et suiv.

(5) Al. n. 2856.

Source BIU Cujas

du dessaisissement prochain et pour y faire échec, doivent pouvoir être révisés. On a fixé les limites de cette période aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements.

Nous trouvons donc trois périodes successives; une période douteuse entre deux autres pour lesquelles la situation est bien nette. La période douteuse commence dix jours avant la cessation des paiements, et va jusqu'au jugement déclaratif. — Pendant la période antérieure, tous les actes sont valables en principe; ils sont seulement soumis au droit commun de l'art. 1167, C. civ., s'ils ont été faits en fraude des droits des créanciers (1). — A partir du jugement déclaratif, s'applique sans difficulté le dessaisissement avec toutes les conséquences que nous avons étudiées ci-dessus. — Au contraire, la période douteuse est soumise à un régime mixte : il n'y a pas indisponibilité absolue comme après le jugement déclaratif, mais d'autre part il y a des nullités plus rigoureuses, c'est-à-dire plus faciles à obtenir qu'en droit commun en vertu de l'art. 1167, C. civ. Du reste, rien n'empêche d'exercer dans cette période l'action Paulienne dans les termes du droit commun (2). Plus généralement, tout ce qui est vrai, dans une des périodes est vrai à plus forte raison dans les périodes suivantes, puisque les rigueurs de la loi vont en augmentant. — Cette période douteuse est encore subdivisée elle-même en deux parties, car certaines nullités remontent aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements; d'autres, au contraire, ne remontent qu'à la cessation de paiements.

942. Une observation commune à toutes ces nullités, c'est qu'elles ne sont édictées qu'*en faveur de la masse*, l'art. 446 est formel pour le dire, et l'on est généralement d'accord pour sous-entendre la même restriction dans les articles 447 et 448; il y a, en effet, exactement les mêmes motifs dans les trois cas (3). — Il s'ensuivra que ces nullités ne pourront être invoquées par le failli, ni pendant la faillite, ni plus tard après l'union et la liquidation qui s'ensuivra : s'il arrive à meilleure fortune, on pourra réclamer contre lui l'exécution des contrats atteints par nos articles, comme du reste (nous l'avons vu) on pourrait le poursuivre en vertu des contrats, même passés depuis le dessaisissement (4). C'est une question controversée, que de savoir si le failli pourrait invoquer ces nullités après le concordat, parce qu'alors on pourrait dire qu'il les invoque dans l'intérêt de la masse, pour pouvoir exécuter plus complètement et plus sûrement les obligations qu'il a prises dans son concordat. Nous examinerons plus loin cette question (n. 1051, 1052).

Nos articles, en établissant la nullité *à l'égard de la masse* seulement, mènent à une conséquence encore plus remarquable : c'est qu'un créancier isolé ne pourrait invoquer cette nullité dans son intérêt exclusif, surtout si cet intérêt est en contradiction avec celui de la masse (5). Ainsi, un vendeur

(1) V. Rej. 31 juill. 1872, D. P. 72. 1. 300.

(2) Req. 13 nov. 1867, D. P. 68. 1. 212. — Ren., t. I, p. 364. Demang., t. V, p. 212. Al. n. 2533.

(3) Req. 18 févr. 1878, D. P. 78. 1. 291. — Dall., n. 325. Demang., t. V, p. 268 et suiv. Al. n. 2499, 2529.

(4) Brav., t. V, p. 213.

(5) Al. n. 2520.

Source BIU Cujas

non payé ne pourrait pas invoquer l'art. 446, 4e al., pour faire annuler la dation en gage de l'objet vendu et exercer la revendication du meuble engagé (1); ni un créancier hypothécaire pour écarter un créancier hypothécaire antérieur (2). En cela encore, nos articles diffèrent de l'art. 1167, C. civ., qui ouvre l'action Paulienne à tous et à chacun des créanciers. Comme cette action existe parallèlement à celle de nos articles, si l'on est dans les cas où elle est donnée par le code civil, un créancier isolé pourrait s'en servir, sauf à la masse à en réclamer le bénéfice s'il y a lieu (3).

Il y a trois catégories de nullités : — 1° nullités de droit, c'est-à-dire obligatoires pour le juge; — 2° nullités facultatives pour le juge; — 3° nullités des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques.

§ Ier

Nullités de droit.

943. Ces nullités frappent les actes les plus suspects, ceux qui sont, aux yeux de la loi, plus ou moins entachés de libéralité (4).

Si l'on avait appliqué le droit commun de l'art. 1167, C. civ., il aurait fallu d'abord prouver positivement qu'il y avait eu libéralité; la loi édicte ici une présomption absolue qui dispense de la preuve et n'admet pas la preuve contraire. — Il aurait fallu de plus prouver la fraude du débiteur. La loi pose ici encore une présomption absolue : elle n'admet pas qu'à la veille de faire faillite, il puisse de bonne foi faire ces actes qui sont de nature à nuire gravement à ses créanciers, ou à avantager quelques-uns d'entre eux. Pour cela, il n'est pas nécessaire qu'il ait cessé ses paiements, le danger existe même auparavant, aussi la nullité remonte aux dix jours qui ont précédé la cessation des paiements. — Quant aux tiers avec qui le failli a traité, il n'y aurait pas eu besoin, en droit commun, de prouver leur collusion, puisqu'il s'agit d'actes présumés à titre gratuit. Aussi on a pu ici, sans blesser leurs droits, faire remonter la nullité à une époque où ils pouvaient bien ignorer les embarras du débiteur, puisqu'il n'avait pas encore cessé ses paiements. Mais cette nullité atteindrait *à fortiori* les actes faits après la cessation de paiements (5).

Il résulte de ces observations que le juge n'aura ici que deux points à vérifier : — 1° l'acte rentre-t-il dans l'énumération limitative de l'art. 446? — 2° a-t-il été fait dans la période suspecte?

Art. 446. Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis l'époque déterminée par le tribunal

(1) Cass. 15 juill. 1857, D. P. 57. 1. 385. — V. sur ce point un article de M. Rataud : *Revue crit.*, t. XXXI, p. 1 et suiv. — La même question est soulevée par les restrictions de privilèges et d'hypothèques contenues dans les art. 549, 550, 563 et suiv.

(2) Demang., t. V, p. 198. — *Contra* : Brav., *ibid.*

(3) Req. 13 nov. 1867, D. P. 68. 1. 212; Douai, 7 août 1874, D. P. 77. 5. 232.

(4) Al. n. 2499.

(5) Ceux même faits après la cessation du commerce, et lors même que la faillite ne serait prononcée qu'après le décès du débiteur : Req. 26 déc. 1881, D. P. 82. 1. 51.

Source BIU Cujas

comme étant celle de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque : — Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit; — Tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et, pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce; — Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

Trois espèces d'actes sont condamnés séparément par les trois derniers alinéas de l'article : — 1° les actes à titre gratuit; — 2° certains paiements; — 3° certaines constitutions de privilèges ou d'hypothèques.

944. I. **Tout acte à titre gratuit** (art. 446, 2e al.). Ici la première présomption dont nous venons de parler n'a pas lieu de s'exercer; il s'agit d'actes qui sont manifestement à titre gratuit. La loi ne parle que des actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit, c'est-à-dire des *donations* proprement dites (1). Mais il faut évidemment appliquer la même règle à tous les autres actes gratuits : obligations à titre gratuit, remises de dettes, renonciations, constitutions ou extinctions de servitudes, d'usufruit (2) ou cessions de créances à titre gratuit (3). On est d'accord sur ce point, car il y a évidemment identité de raison; et l'art. 447, ne parlant dans la contre-partie de la règle que des actes *à titre onéreux*, corrige la formule trop étroite de l'art. 446. Il a même été jugé que la nullité frapperait une remise partielle d'une dette faite pour obtenir le paiement du surplus (4); en effet, ce paiement partiel, qui était déjà dû, ne peut servir de cause véritable à la remise de l'autre partie de la dette.

L'application de notre article, comme celle de l'art. 1167, soulève la question de savoir si la constitution de dot est à titre onéreux ou à titre gratuit. Nous renvoyons aux cours de code civil pour la discussion de cette question si connue. Nous dirons seulement que nous considérons la constitution de dot comme à titre onéreux pour l'époux doté et pour son conjoint; et par conséquent nous la ferions rentrer dans l'art. 447 et non dans l'art. 446 (5). Sans doute, c'est un des actes qu'on sera le plus tenté de faire au moment de faillir; mais il faut reconnaître que l'occasion de le faire se présentera rarement juste à point. Car, bien entendu, il ne s'agit que de la donation faite

(1) Les donations n'étant parfaites que par l'*acceptation* (art. 932), il faut, pour qu'elles échappent à l'art. 446, qu'elles aient été, non seulement offertes, mais *acceptées* avant les dix jours : Demang., t. V, p. 220; Al. n. 2501. — Mais il n'est pas nécessaire, suivant nous, que la notification soit avant cette époque parvenue au donateur (arg. art. 932). *Contrà :* Demang., *l. cit.*

(2) Al. n. 2500.

(3) P. ex. d'une assurance sur la vie : Grenoble, 2 févr. 1882, D. P. 82. 2. 242.

(4) Req. 6 août 1867, D. P. 68. 1. 86.

(5) Req. 25 fév. 1845, D. P. 45. 1. 174. Brav., t. V, p. 216-218. — *Contrà :* Caen, 7 mars 1870, D. P. 70. 2. 97. Pard., n. 1138. Béd., n. 107. Dall., n. 277. — Dans le sens de la distinction entre l'époux doté et son conjoint : Ren., t. I, p. 367 et suiv. Boulay-Paty, n. 94. Saint-Nexent, n. 76. Al. n. 2500. — Demang., t. V, p. 219, admet que c'est un acte à titre onéreux, au point de vue de l'art. 1167, et lui applique néanmoins l'art. 446.

Source BIU Cujas

dans le contrat de mariage, et non de celles qui pourraient être faites avant ou après; pour celles-ci on ne peut plus dire que l'époux doté n'a pris sur lui les charges du mariage qu'en vue de cette donation.

L'art. 446, 1er al., ne vise pas les legs et ne doit pas leur être appliqué; pour eux il était inutile : si le failli est mort, ses créanciers en demandant la séparation des patrimoines s'assureront leur paiement dans la mesure de l'actif avant tous les légataires (1).

945. II. **Certains paiements**. — Ce sont ceux qui sont faits en dehors des conditions où ils pouvaient être exigés. Si, au contraire, la dette est échue et si le paiement est fait en espèces, celui-ci n'est pas nul de droit, il *peut* seulement être annulé en vertu de l'art. 447 (2).

1° *Paiements de dettes non échues.* Ils constituent une renonciation au bénéfice du terme et par conséquent un avantage fait au créancier. De plus, cette anticipation fait supposer le désir d'assurer à ce créancier le bénéfice d'un paiement intégral, en le soustrayant à la loi commune qu'il subirait dans la faillite et qui le réduirait à un dividende.

La règle posée par le Code doit être prise au pied de la lettre : ainsi le paiement serait valable, si la dette était échue lors du paiement, quand même l'échéance ne serait survenue que depuis le commencement des dix jours (3); et d'autre part le paiement fait avant l'échéance serait nul, quand même l'échéance serait ensuite arrivée avant la déclaration de faillite (4); car, dans ce dernier cas, on a toujours eu l'intention d'avantager le créancier.

Tous les paiements sont nuls sans distinguer la manière dont ils sont faits; nous n'avons donc pas besoin de relever l'énumération de la loi, dont nous ferons au contraire usage pour expliquer la disposition suivante. — Ils sont nuls lors même qu'on voudrait les justifier par un but utile, comme pour profiter d'un escompte (5); car le texte est absolu.

L'interdiction que nous étudions n'a pas pour conséquence que le failli ne pourrait, pendant la période douteuse, faire valablement provision entre les mains d'un tiré pour une lettre de change non encore échue; c'est le paiement d'une dette échue : dette envers le tiré si celui-ci avait accepté, car il ne l'a fait qu'en vue de la provision qu'il devait recevoir; ou dette envers le preneur, s'il n'y a pas eu acceptation, car le tireur a promis au preneur de faire cette provision pour déterminer le tiré à accepter ou à payer (6). — Il n'en

(1) Dall., n. 280. Demang., t. V, p. 222. Al. n. 2501. — *Contrà :* Locré, t. V, p. 183. Boulay-Paty, n. 85.

(2) Bourges, 15 mai 1874, D. P. 76. 2. 204.

(3) Cass. 17 fév. 1845, D. P. 45. 1. 166. — Demang., t. V, p. 233. Al. n. 2514.

(4) Dijon, 19 fév. 1867, D. P. 68. 2. 139.

(5) Paris, 28 juin 1877, D. P. 79. 2. 200. — Pard., n. 1140. Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 146. Demang., t. V, p. 221. Al. n. 2502. — *Contrà :* Locré, t. V, p. 192. Lainné, p. 64. Massé, n. 1222.

(6) Béd., n. 113. Demang., t. V, p. 256. — *Contrà :* Req. 30 mai 1859, D. P. 59. 1. 462. Renouard, t. I, p. 372. Al. n. 2525. — La Cour de cassation admet que le tiré accepteur, quoique obligé de rapporter la provision à la faillite du tireur, ne pourrait faire annuler le paiement fait par lui au porteur, parce qu'il n'a fait qu'acquitter sa propre dette : Rej. 22 déc. 1869, D. P. 70. 1. 80. Cette décision, manifestement contraire à la bonne foi vis-à-vis du tiré, est une nouvelle raison pour écarter la doctrine de la Cour de cassation sur la question que nous discutons au texte.

Source BIU Cujas

serait pas de même, si le failli avait, dans la même période, remis d'avance des fonds à la caution d'une de ses dettes, pour qu'elle pût la payer à l'échéance, car il ne doit encore rien à la caution à ce moment (1).

Notre règle n'empêcherait pas que le futur failli, débiteur en compte courant, ne pût faire des remises d'effets de commerce à son correspondant, quoique le solde ne fût pas exigible. Car, tant que le compte est ouvert, les remises faites ne sont pas des paiements, mais de simples articles du compte où elles se fondent; — c'est seulement l'indivisibilité du compte qui empêche le solde d'être exigible; c'est cette même indivisibilité qui empêche les remises d'être des paiements : on ne peut diviser ces deux effets; — de plus c'est là un procédé habituel au commerce et qui n'a rien de suspect (2).

946. 2° *Paiement de dettes échues autrement qu'en espèces ou en effets de commerce* (art. 446, 3e al.). — Ce que la loi défend ici, c'est la *dation en paiement* sous toutes ses formes : — cette manière de payer fait soupçonner un avantage fait au créancier, soit dans la valeur des objets donnés en paiement qui peut excéder ce qui est dû; soit parce qu'on avait payé ainsi lorsqu'on ne pouvait plus payer en argent, afin d'affranchir le créancier de la réduction qu'il subirait en figurant dans la faillite.

Il s'ensuit qu'on peut, pourvu que la dette soit échue, payer la chose même qu'on doit. La loi suppose qu'on doit de l'argent, ce qui est le cas le plus commun, et elle autorise le paiement soit en argent, soit en effets de commerce (nous commenterons tout à l'heure ces mots). Mais si l'on doit autre chose que de l'argent, on pourra payer, acquitter cette dette en nature. Ainsi, on peut livrer des marchandises vendues, lors même que, n'étant pas déterminées *in specie*, la propriété n'en aurait pas été transférée par le contrat (3); et cela, soit que la vente soit antérieure, soit qu'elle soit postérieure au commencement de la période suspecte; car la vente, contrat à titre onéreux, n'est pas nulle de droit (4) (sauf application de l'art. 447). Ainsi encore le futur failli peut rendre à un client les matières premières qui lui avaient été remises pour les travailler (5). Les juges du fait sont souverains sur cette matière (6).

La dation en paiement, prohibée par la loi, peut prendre trois formes principales (7), auxquelles fait allusion le commencement du 2e al. de notre art. : — A. le paiement en marchandises; — B. le paiement par transport de créance; — C. la compensation volontaire.

947. A. — *Paiement en marchandises*, c'est ce que notre alinéa appelle paiement par vente.

Il n'est pas défendu de vendre des marchandises et de payer un créancier

(1) Metz, 26 mai 1868, D. P. 68. 2. 66. La Cour invoque seulement l'art. 447 : cela suffisait à raison des faits de la cause, mais nous pensons qu'il y avait lieu d'appliquer l'art. 446.

(2) Cass. 7 déc. 1868, D. P. 69. 1. 189.

(3) Req. 31 mars 1868, D. P. 69. 1. 292. — Al. n. 2513.

(4) Agen, 9 févr. 1881, D. P. 82. 2. 239.

(5) Lyon, 31 déc. 1847, D. P. 48. 2. 15. Al. n. 2513.

(6) Req. 20 mars 1878, D. P. 79. 1. 69.

(7) Orléans, 17 mai 1881, D. P. 82. 2. 55. — La femme commune acceptante qui pour l'exercice de ses reprises prélève des biens de communauté ne peut tomber sous le coup

Source BIU Cujas

avec le prix (1); — ce n'est pas la dation en paiement, opérée en un seul acte; les dangers ne sont plus les mêmes; d'ailleurs la vente pourra peut-être être critiquée en vertu de l'art. 447. Mais on ne pourrait pas remettre à un créancier des marchandises avec mandat de les vendre pour se payer; ni les lui vendre en compensant le prix (2); ce ne serait que déguiser une dation en paiement (3).

Si l'opération portait sur des immeubles, elle serait bien évidemment prohibée au même titre; tel serait le paiement opéré au moyen d'une vente d'immeuble à réméré (4).

La dation en paiement est nulle quel que soit le motif par lequel on prétende la justifier : lors même, par exemple, qu'elle aurait été faite pour payer un prix de vente, éviter la résolution du contrat et conserver à la masse le bien acheté (5) : — la règle de la loi est absolue; et d'ailleurs le futur failli devait laisser à la masse l'option entre l'exécution et la résolution du contrat suivant son intérêt. — Dans la même hypothèse d'un contrat de vente dont on ne peut pas payer le prix; le futur failli ne pourrait pas restituer de plein gré aux vendeurs les marchandises achetées, lorsque ceux-ci n'ont pas le droit de revendication (C. com., art. 576); car ce n'est pas cela qu'il doit, c'est son prix (6). A moins cependant qu'il ne les ait obtenues par des manœuvres frauduleuses, car alors il en doit la restitution en nature (7).

Mais il pourrait remettre à un correspondant des marchandises en compte courant, si cette manière de procéder était convenue entre eux, et cela lors même que le solde serait débiteur de son côté, et que par conséquent ces remises l'éteindraient jusqu'à due concurrence. Nous venons de rappeler, à propos du second alinéa de l'art. 446, qu'une remise en compte courant n'est pas un paiement, ni dans les habitudes du commerce, ni aux yeux de la loi; et d'ailleurs les marchandises sont bien ce qu'il devait, puisqu'il avait été convenu au début qu'il couvrirait son correspondant en marchandises (8). — Il n'en serait autrement que si ces remises de marchandises étaient affectées à un paiement déterminé (9).

de l'art 446 (ou de 447); car, s'il y a là une dation en paiement, celle-ci est organisée par la loi : la femme reçoit ce qui lui est légalement dû : Bordeaux, 4 avril 1876, D. P. 79. 2. 265. Il en serait autrement si elle recevait des propres de son mari : même arrêt.

(1) Cass. 6 juill. 1864, D. P. 64. 1. 281; 10 mai 1865, D. P. 65. 1. 230. Al. n. 2504. — Aussi le paiement obtenu en vertu d'une saisie-arrêt, validée avant le jugement déclaratif n'est pas nul de droit : Orléans, 24 juill. 1879, D. P. 82. 1. 198.

(2) Cass. 30 mai 1848, D. P. 48. 1. 190. Demang., t. V, p. 231. — Et l'acte serait nul lors même que le mandat aurait été donné avant les dix jours, s'il n'a été exécuté que pendant cette période : Renouard, t. I, p. 375. Al. n. 2504.

(3) Caen, 4 août 1874, D. P. 77. 5. 235.

(4) Req. 20 nov. 1871, D. P. 72. 1. 188.

(5) Rej. 29 juin 1870, D. P. 71. 1. 289.

(6) Paris, 18 août 1871, D. P. 72. 1. 80. — Al. n. 2504.

(7) Rej. 16 nov. 1864, D. P. 65. 1. 37. — Al. n. 2532.

(8) Req. 15 fév. 1875, D. P. 76. 1. 318; 12 avril 1875, D. P. 76. 1. 38. — Béd., n. 112. Dall., n. 292. Demang., t. V, p. 230 et suiv. Da, *Compte courant*, n. 41. — *Contrà* : Ren., t. I, p. 374 et suiv. Al. n. 2512. Dietz, *Compte courant*, p. 110.

(9) Req. 27 juin 1882, D. P. 82. 1. 358, etc.

Source BIU Cujas

La conséquence de la nullité sera que le créancier payé devra rapporter à la masse les marchandises reçues en paiement, ou, à défaut, leur valeur en argent. Mais il ne pourrait pas forcer la masse à recevoir d'autres marchandises, car ce n'est pas ce qu'il doit (1). — Le rapport peut avoir lieu en moins prenant dans la masse, si le créancier a d'autres créances à exercer (2). Mais c'est là une mesure d'administration, qui ne peut être ordonnée que par le juge commissaire; le tribunal qui prononce la nullité n'a pas le droit de régler le mode de rapport (3). Les intérêts des sommes rapportées sont dues depuis le jour de la réception (4).

948. B. — *Paiement par transport de créance.*

La loi suppose qu'ayant un créancier de 10,000 fr., par exemple, et n'ayant pas d'argent, mais ayant un débiteur de la même somme, le failli délègue son débiteur à son créancier, qui le libère; celui-ci s'assure par là l'avantage d'un paiement intégral au détriment des autres créanciers. Cette opération peut se présenter sous diverses formes, également condamnées par notre article : — ou ce sera une véritable délégation (5); — ou il y aura vente de la créance au créancier, avec compensation du prix de vente avec sa propre créance; — ou remise au créancier des reconnaissances qu'a données le débiteur (6); — ou le débiteur du failli paiera son créancier avec le consentement du failli, soit qu'il y ait eu cession préalable, soit que le débiteur ait cru qu'il y avait eu cession (7); soit que le créancier, ayant fait saisie-arrêt entre les mains du débiteur, le failli ait consenti, sans laisser mener à fin la procédure de saisie-arrêt, à ce que le dernier payât le premier (8); — enfin, l'opération pourra se présenter sous forme d'un virement par lequel le débiteur crédité par le failli se débitera envers le créancier (9).

Il faut remarquer que notre art. 446, 3e al., autorise le paiement en effets de commerce, et que ce paiement est en réalité un transport de créance (10). Il y a donc certains transports de créance qui sont permis; nous les indiquerons bientôt en expliquant le mot *effets de commerce.*

Il faut remarquer aussi que la loi, en prohibant la délégation que le failli voudrait faire de son débiteur à son créancier, ne prohibe pas toute espèce de novation (11), ni même toute espèce de délégation. Ainsi, rien ne s'opposerait à ce que le futur failli déléguât à son créancier un tiers à qui il ne doit rien, et qui deviendrait plus tard, après paiement, son créancier à la place du premier; — rien ne s'oppose à ce qu'il promette à Secundus ce qu'il devait à Primus, celui-ci le libérant; — rien ne s'oppose à ce qu'il change l'objet de sa dette, en remplaçant de l'argent par des marchandises ou réciproquement.

(1) Bordeaux, 13 mai 1868, D. P. 68. 2. 200.
(2) Rouen, 20 août 1874, D. P. 77. 5. 233.
(3) Orléans, 17 mai 1881, D. P. 82. 2. 55.
(4) Douai, 24 nov. 1877, D. P. 79. 2. 223. — *Contrà* : Demang. t. V, p. 265.
(5) Req. 13 févr. 1877, D. P. 78. 1. 208.
(6) Orléans, 1er fév. 1853, D. P. 54. 2. 222.
(7) Req. 29 juill. 1872, D. P. 72. 1. 222.
(8) Lyon, 30 nov. 1866, D. P. 67. 2. 89.
(9) Req. 19 mars 1867, D. P. 67. 1. 284. — Al. n. 2502.
(10) *Sic* : Demang., t. V, p. 228.
(11) Orléans, 16 juin 1852, D. P. 54. 2. 222. — Al. n. 2530.

Source BIU Cujas

Ces diverses opérations n'empirent pas nécessairement la situation de ses créanciers; sauf, bien entendu, l'application possible de l'article 1167, C. civ., et même de l'art. 447, C. comm.

949. C. — *Compensation volontaire.*

La loi ne prohibe pas la compensation légale; puisque celle-ci a lieu de plein droit et par la seule autorité de la loi, elle est exempte de fraude (1). Cela s'appliquerait, par exemple, si l'une des deux dettes, n'étant pas exigible ou liquide, l'est devenue sans fraude pendant la période suspecte (2).

Ce qui est prohibé, c'est la compensation conventionnelle entre deux dettes qui ne seraient pas toutes deux à la fois liquides et exigibles. Si elles ne sont pas liquides, il y a crainte de fraude dans l'équivalence qu'on établit entre elles (3); si celle du futur failli n'est pas exigible, il y a renonciation au bénéfice du terme; dans tous les cas, il y a une position privilégiée faite au créancier (4).

Rien ne s'oppose en principe à ce que la compensation légale se produise entre créances, dont l'une serait née pendant la période suspecte, pourvu que celle-ci ne puisse être annulée à aucun point de vue. Il n'y aurait d'exception que si cette créance provenait d'une vente faite par le futur failli à son créancier; car invoquer la compensation de ce chef, ce serait tout simplement déguiser une dation en paiement faite au créancier (5).

950. Revenons aux paiements permis pour dettes échues. On peut payer, avons-nous dit, ce qu'on doit, en nature. — De plus, la loi, pour une dette d'argent, autorise le paiement **en effets de commerce**. Ce sont ces mots que nous devons expliquer maintenant. L'idée générale de la loi est évidemment que les effets de commerce sont tout à fait équivalents à de l'argent, parce qu'on les reçoit communément comme tels dans les usages du commerce, et que le paiement ainsi fait est toujours considéré comme parfaitement normal. Il y a plus, l'assimilation des effets de commerce à la monnaie est telle que le créancier ne pourrait pas d'après les usages refuser en paiement un effet bien régulier et muni de bonnes signatures. Il n'y a donc pas là proprement une dation en paiement librement acceptée par les deux parties; il y a bien moins à craindre la fraude.

Les mots *effets de commerce* comprennent tout d'abord et bien évidemment les *lettres de change* et les *billets à ordre*, qui sont les effets de commerce par excellence, et auxquels, dans l'usage, s'applique complètement ce que nous venons de dire. — Le failli aura donc pu, sans difficulté, prendre dans son portefeuille des lettres de change ou des billets à ordre, émanés d'autres souscripteurs et reçus antérieurement par lui en paiement, et il pourra très valablement acquitter ses dettes avec ces effets, en les endossant. Sans doute, il y a là une cession de créance, cession de sa créance contre le tiré souscrip-

(1) Req. 26 juill. 1881, D. P. 82. 1. 296, etc. Demang., t. V, p. 161, 232. Al. n. 2510. Il faudrait excepter le cas où l'on aurait acheté une créance à vil prix, uniquement pour pouvoir invoquer la compensation : mêmes auteurs.

(2) Rouen, 14 juin 1870, D. P. 72. 2. 142. — Béd., n. 91. Ren., t. I, p. 375. Al. n. 2508.

(3) Req. 21 févr. 1870, D. P. 71. 1. 100.

(4) Béd., n. 90. Ren., t, I. p. 332. Al. n. 2505.

(5) Caen, 4 août 1874, D. P. 77. 5. 235.

Source BIU Cujas

teur de l'effet; et même, dans le système qui admet la propriété de la provision pour le porteur, il y a cession de la propriété de la provision. Mais la loi a autorisé spécialement ces paiements, parce qu'ils sont essentiellement conformes au rôle normal des effets de commerce (1).

On peut se demander si le commerçant, dans la période suspecte, pourrait créer lui-même des effets de ce genre pour payer avec. L'affirmative nous paraît devoir être admise sans hésitation : — car cette émission d'un effet de commerce ne rentre dans aucune des prohibitions de la loi; — l'émission d'une lettre de change ressemble à un paiement par transport, comme l'endossement d'un effet de commerce, mais elle n'y ressemble pas plus que cet endossement, et elle doit être permise au même titre, puisqu'elle rentre dans les usages du commerce; — la souscription du billet à ordre ressemble tout au plus à une novation, et nous avons vu qu'en principe général la novation ne tombe pas sous le coup de l'art. 446, le souscripteur ne doit pas autre chose que ce qu'il devait, il ne doit rien de plus, et le porteur du titre émis n'aura droit, avant comme après son émission, qu'à un dividende comme tous les autres créanciers; il n'y a donc dans ce fait rien de frauduleux *à priori* (2). — Si c'est un billet à ordre qui a été souscrit dans la période suspecte, il peut y avoir lieu à l'application de l'art. 449 : si le premier bénéficiaire connaissait la cessation des paiements lors de l'émission, et si le paiement a eu lieu effectivement avant la faillite, la somme payée pourra être répétée contre le bénéficiaire ; mais cela n'implique pas la nullité du billet lui-même (3).

951. Nous avons maintenant à voir si le paiement en effets de commerce ne comprend pas d'autres titres que la lettre de change et le billet à ordre. Il faudra, suivant nous, pour appliquer l'article par analogie, que cette analogie soit complète, c'est-à-dire non seulement que le titre soit habituellement reçu comme de la monnaie, mais encore que, d'après les usages, *on ne puisse pas le refuser*. Tel sera notre critérium.

Q. D'abord pourrait-on valablement payer avec un *chèque* L'affirmative nous paraît certaine : — sans doute l'émission ou l'endossement d'un chèque est en droit la transmission d'une créance contre le banquier et même, suivant nous, de la propriété de la provision; mais en cela le chèque ne diffère pas de la lettre de change et du billet à ordre; et d'autre part, comme ces titres, et plus qu'eux, il est essentiellement un instrument de circulation, un instrument de paiement; il est donc on ne peut plus normal de s'en servir pour faire un paiement; — le chèque, dans les usages du commerce, est tout à fait l'équivalent de l'argent; c'est de l'argent disponible, *ready money*, et on ne peut le refuser (4).

(1) Il ne suffit pas que l'effet soit endossé, il faut qu'il soit parvenu au créancier avant le jugement déclaratif, et qu'il ait été agréé par celui-ci : Req. 7 mars 1882, D. P. 82. 1. 147. — Même l'ayant agréé, il faut que le créancier se soit considéré comme payé définitivement et n'ait pas continué à poursuivre le débiteur comme s'il n'avait rien reçu : Paris, 10 juill. 1879, D. P. 81. 2. 225.

(2) Cass. 10 mai 1865, D. P. 65. 1. 230. Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 151 et suiv. Demang., t. V, p. 279. — *Contrà* : Béd., n. 113 bis. Al. n. 2514.

(3) Demang., t. V, p. 279.

(4) Paris, 26 nov. 1880, D. P. 82. 1. 147, pour le chèque de place en place; Req.

Source BIU Cujas

Q. Quid *des virements en banque?* Ayant des fonds disponibles chez son banquier, le futur failli donne ordre à celui-ci de les passer au compte d'un tiers; cet acte est-il valable? Nous le pensons : — sans doute en général le virement est un véritable transport de créance, et nous avons admis (n. 948) qu'il n'est pas permis, en général; mais il s'agit de savoir si le virement en banque ne rentre pas dans l'exception que nous étudions; — or il nous semble que le virement portant, non sur une créance plus ou moins facilement réalisable et soumise aux chances d'insolvabilité du débiteur, mais sur des fonds essentiellement et actuellement disponibles, équivaut complètement à un mouvement de numéraire; c'est une double tradition *brevi manu*, c'est un véritable paiement en argent à l'égal du chèque, et bien plus que la lettre de change ou le billet à ordre; il nous semble donc que le créancier ne pourrait légitimement refuser un règlement de ce genre; — si donc la lettre de la loi n'est pas exactement applicable à l'hypothèse, son esprit est tellement satisfait, et l'opération est tellement conforme à la pratique normale des commerçants, qu'il nous semble impossible de ne pas la permettre.

Des coupons d'actions ou d'obligations échus et au porteur sont souvent remis et acceptés en paiement comme de la monnaie courante. Mais nous ne pensons pas qu'ils doivent être assimilés aux effets de commerce et aux actes dont nous venons de parler; parce que, suivant nous, l'acceptation de coupons en paiement est absolument facultative pour le créancier qui pourrait les refuser sans manquer aux convenances et aux bons rapports entre commerçants; car il ne peut pas être forcé de se déranger pour aller faire queue au trésor ou aux guichets de la compagnie, ou bien de subir la perte légère, moyennant laquelle il pourrait les faire encaisser par un changeur ou un banquier (1). — Un *titre au porteur* pourrait encore moins rentrer dans les effets de commerce; car sa valeur est très variable avec les fluctuations de la bourse, et il n'est pas librement échangeable contre la monnaie : si le porteur ne connaît personnellement personne qui veuille le lui prendre, il ne pourra le négocier qu'à la bourse et par l'intermédiaire d'un agent de change (2).

Une facture acquittée permet au porteur quelconque d'aller toucher chez l'acheteur le prix de vente dont celui-ci est constitué débiteur par la facture. Mais ce titre n'est pas un instrument habituel de circulation, et un créancier est complètement maître de l'accepter en paiement ou de le refuser; il n'y a donc pas analogie complète avec les effets de commerce (3).

Enfin on a voulu assimiler à ceux-ci les *récépissés des magasins généraux*, parce qu'ils sont aussi à ordre, et se transmettent par endossement avec la garantie personnelle de tous les signataires (4). Mais le récépissé donnant droit à la livraison des marchandises, son endossement constituerait un paiement en marchandises; il est donc prohibé par la loi (5). — Quant aux *war-*

7 mai 1882, D. P. 82. 1. 145. — *Sic* Demang., t. V, p. 229, pour un *bon* sur un banquier qui équivaut au chèque.

(1) A plus forte raison en serait-il ainsi, lorsque la valeur de ces coupons n'est pas actuellement connue, mais dépend de la liquidation de la société : Rej. 29 juin 1870, D. P. 71. 1. 279.

(2) Paris, 14 janv. 1882. D. P. 82. 2. 132. — Al. n. 2514.

(3) Al. n. 2502.

(4) Al. n. 2514.

(5) Req. 27 juin 1882, D. P. 82. 1. 358, etc., après quelques divergences.

Source BIU Cujas

rants, il faut admettre la distinction que nous avons repoussée tout à l'heure à l'égard de la lettre de change ou du billet à ordre : s'il est endossé par quelqu'un qui l'a dans son portefeuille, il constitue une cession de la créance garantie par le gage, en même temps qu'une cession de ce gage, et cette cession est tout à fait analogue à celle qui résulte de l'endossement d'un effet de commerce proprement dit; la L. 28 mai 1858, art. 7, assimile pour ses conséquences l'endossement d'un warrant à celui d'un autre effet de commerce; nous disons donc que l'endossement du warrant est un paiement en effet de commerce au sens de l'art. 446, C. comm. (1). Au contraire, le premier endossement du warrant par le propriétaire des marchandises est la dation d'un gage à un créancier; il rentre dans le 3e al. de l'art. 446 que nous allons expliquer.

952. III. **Certaines constitutions d'hypothèques ou de droits réels accessoires** (art. 446, 4e al.).

La loi condamne les constitutions d'hypothèques ou de nantissement qui sont postérieures à la naissance de la créance. En effet, lorsqu'un créancier a fait crédit au débiteur, lui concéder après coup une sûreté qu'il n'a plus en aucune façon le droit d'exiger, c'est lui faire un avantage purement gratuit. Si, au contraire, la sûreté a été fournie au moment même de la naissance de la créance, elle a été une des conditions essentielles du contrat; le créancier n'a fait crédit au débiteur qu'en comptant sur cette sûreté, et il n'aurait pas contracté sans cela; ce serait donc violer la loi du contrat que d'annuler la convention de gage ou d'hypothèque; celle-ci n'est donc pas nulle de droit; elle suivra le sort du contrat dont elle n'est qu'une partie, et qui pourra peut-être tomber sous le coup de l'art. 447.

Le système du Code, avant 1838, qui annulait absolument les hypothèques était très nuisible au crédit commercial, car un créancier traitant avec un commerçant et stipulant une sûreté n'était jamais sûr de ne pas être atteint par une déclaration prochaine de faillite (2). — Il y a un cas où le système actuel est en défaut : c'est dans l'hypothèse où, la dette étant échue, le créancier pourrait exiger le paiement, en accordant un nouveau terme, il serait juste de lui permettre de stipuler une hypothèque comme sûreté et comme prix de cette nouvelle concession (3). La loi a craint qu'on ne simulât une pareille convention pour tourner sa prohibition. Rien n'empêcherait, dans ces circonstances, de dresser un nouvel acte de prêt en y stipulant une hypothèque; si l'opération est sincère elle ne donnera pas lieu à l'application de l'art. 446, car alors l'hypothèque sera contemporaine de la créance (4).

De ce que nous venons de dire, il résulte que la loi en parlant de « *dettes antérieurement contractées* », a entendu parler de dettes antérieures à la constitution de la sûreté, et non de dettes antérieures à la période suspecte; les travaux préparatoires de 1838 sont formels sur ce point. On devrait donc annuler une hypothèque consentie pendant cette période, pour une créance née

(1) Al. n. 802. — Comp. Rej. 8 déc. 1875, D. P. 76. 1. 105.
(2) Brav., t. V, p. 237.
(3) Brav., t. V, p. 253 et suiv.
(4) *Contrà :* Req. 7 janv. 1879, D. P. 79. 1. 286.

Source BIU Cujas

déjà pendant la même période, si un intervalle de temps a séparé les deux actes (1).

La loi ne condamne pas l'hypothèque consentie antérieurement à la naissance de la créance; car celle-ci est aussi la cause du crédit accordé. Ce cas se présente notamment pour l'hypothèque qui garantit une ouverture de crédit (v. *suprà*, n. 888). — S'il y avait fraude, il faudrait appliquer l'art. 1167, C. civ., ou l'art. 447, C. comm. (2).

953. Notre alinéa, avec la distinction qu'il fait, s'applique sans difficulté aux contrats de gage ou d'antichrèse et aux hypothèques conventionnelles. — Pour les *hypothèques judiciaires*, il n'y a pas de distinction à faire; puisqu'elles sont toujours nécessairement postérieures à la naissance de la créance, elles seront toujours nulles (3). Objecterait-on que la créance ayant été novée par le jugement ou l'acte judiciaire, la nouvelle créance née de la condamnation est concomitante de l'hypothèque et celle-ci par conséquent valable? Il serait facile de répondre que l'observation, si elle était vraie, le serait pour toutes les hypothèques judiciaires, et qu'alors notre alinéa ne pourrait jamais s'appliquer à celles-ci, quoiqu'il les vise expressément. L'objection est donc inadmissible; et en effet nulle part nos lois n'ont posé en principe général que les jugements emportent novation (4). — Au contraire, les *hypothèques légales*, que notre alinéa exclut par son silence, et les privilèges autres que ceux fondés sur la convention expresse de gage (comme celui du bailleur (5), celui de l'aubergiste, du voiturier), sont toujours contemporains de la naissance de la créance ou même antérieurs; ils sont donc toujours valables (6); sauf l'annulation, en vertu de l'art. 447, de la convention à laquelle ils se rattachent (7). Le même article 447 et l'art. 1167 donneront le moyen de réprimer les fraudes qui pourraient résulter de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme ou de l'engagement solidaire de celle-ci envers les tiers, donnant ensuite à la femme un recours hypothécaire après qu'elle aurait payé; car ces actes ne tombent pas sous le coup de l'art. 446, puisqu'ils n'émanent pas du failli lui-même (8).

Insistons quelque peu sur le *nantissement*. Il est valable lorsqu'il est contemporain de la naissance de la créance, et il nous paraît certain que s'il a été promis lors de cette naissance cela suffit, quand même il n'aurait été réalisé que postérieurement par la remise du gage (9), car alors il est l'acquittement d'une dette véritable et échue. — Il est valable quel que soit l'objet donné en gage. Ainsi un transport de créance fait à ce titre ne tomberait pas sous le coup du 3e al., mais sous le coup du 4e, qui nous occupe en ce moment (10).

(1) Req. 11 juill. 1881, D. P. 82. 1. 296. Béd., n. 121. Dall., n. 294. Brav., t. V, p. 240.

(2) Nancy, 4 août 1860, D. P. 60. 2. 196.

(3) Brav., t. V, p. 244 et suiv.

(4) Brav., *ibid.*

(5) Cass. 30 mai 1870, D. P. 70. 1. 254.

(6) Ren., t. I, p. 282. Dall., n. 300. Al. n. 2516. — Pard., n. 1138, distingue.

(7) Al. n. 2516.

(8) Cass. 27 avril 1881, D. P. 81. 1. 295, etc., avec divergences. — Demang., t. V, p. 242.

(9) Toulouse, 25 mars 1874, D. P. 76. 1 318. Ren., t. I, p. 388. Demang., t. V, p. 248-249. Al. n. 2519, 2520. — *Contrà* : Troplong, *Nant.*, n. 276. Massé, n. 2891.

(10) Cass. 24 juin 1868, D. P. 68. 1. 326; Alger, 31 déc. 1869, D. P. 71. 2. 101.

Source BIU Cujas

— C'est aussi d'après les règles de ce 4e al. qu'il faut apprécier la validité d'un premier endossement de *warrant*, puisque cet endossement a pour objet de donner un droit de gage sur les marchandises déposées dans un magasin général (1). Quant aux endossements ultérieurs, nous avons vu (n. 951) qu'ils ne tombent pas sous le coup de notre article, parce qu'il y a à la fois cession de la créance et du gage; celui-ci est donc, pour le nouveau créancier, contemporain de sa créance (2).

Le privilège du commissionnaire, fondé sur la convention tacite de gage, existe sur les marchandises consignées, même pour ses avances antérieures à l'arrivée des marchandises (nouvel art. 95). On pourrait être tenté de soutenir qu'étant postérieur à la naissance de la créance il est nul (3). Nous ne l'admettons pas; — ce privilège est fondé, non pas sur une convention expresse de gage,mais sur la loi; il nous paraît donc devoir être assimilé aux hypothèques légales qui sont toujours valables; — de plus la convention tacite de gage (que sous-entend sans doute le législateur) est contemporaine de la naissance de la créance, puisque c'est en vue d'une consignation ultérieure que le commissionnaire a fait des avances; c'est seulement la réalisation du contrat de nantissement qui a été retardée; or, nous venons de dire que, dans ces conditions, un nantissement, même conventionnel, exprès, est parfaitement valable (4).

La substitution d'un gage à un autre nous semble ne pas tomber sous le coup de l'art. 446, car ce n'est pas en soi un avantage fait au créancier, pourvu bien entendu qu'il ne soit pas dénanti du premier gage; il y aurait seulement lieu à appliquer l'art. 447, si le nouveau gage valait plus que l'ancien (5). — Au contraire, la translation d'un gage d'un créancier à un autre est nulle; car c'est un avantage purement gratuit fait au dernier (6).

§ 2

Nullités facultatives pour le juge.

Art. 447. Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de la faillite, pourront être annulés si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements.

954. Comme le dit cet article, la nullité qu'il édicte frappe tous les actes qui ne sont pas compris dans l'art. 446, et qu'on peut, après les explications données ci-dessus, qualifier en bloc d'*actes à titre onéreux* (7).

(1) Rennes, 22 mars 1866, D. P. 67. 2. 205.
(2) Al. n. 802.
(3) Troplong, *Nant.*, n. 258. Al. n. 884.
(4) Rouen, 7 juill. 1853, D. P. 55. 2. 354; Colmar, 5 juill. 1865, D. P. 65. 2. 226.
(5) Al. n. 2517. — Consul. Rej. 29 mars 1865, D. P. 65. 1. 287; mais cet arrêt ne s'explique pas sur cette question.
(6) Même arrêt.
(7) Sur l'application des art. 446 et 447 aux jugements, cons. Bordeaux, 17 mars 1879, D. P. 81. 2. 225, et la note savante de M. Levillain sous cet arrêt.

Source BIU Cujas

Cette nullité ne commence qu'à la cessation des paiements. Il s'ensuit que les actes dont nous parlons ne sont frappés d'aucune nullité spéciale, s'ils ont été faits dans les dix jours qui précèdent la faillite; ils peuvent seulement être annulés, en vertu de l'art. 1167, comme faits en fraude des droits des créanciers; c'est-à-dire à la charge de prouver l'intention frauduleuse du débiteur et la collusion du tiers qui a traité avec le failli.

A partir de la cessation des paiements, ils tombent sous le coup de l'art. 447. *Mais en quoi la nullité édictée par cet article diffère-t-elle de celle de l'art.* 1167, *C. civ.?* Ce point est délicat. D'après l'art. 1167, il faudrait trois conditions pour faire prononcer la nullité : 1° préjudice pour les créanciers; 2° intention frauduleuse du débiteur; 3° collusion du tiers. Dans l'art. 447, la première condition doit évidemment exister toujours, car, s'il n'y avait pas préjudice, les créanciers n'invoqueraient pas la nullité. Les deux autres conditions sont, au contraire, profondément modifiées : quant à la seconde, la loi permet d'annuler l'acte sans que l'on prouve l'intention frauduleuse du débiteur (1); elle a considéré qu'à la veille d'une faillite celui-ci peut bien facilement perdre la tête et se livrer de très bonne foi à des actes déplorables dans l'espoir de sauver à tout prix sa situation; elle devait fournir à ses créanciers un moyen de revenir sur ses actes. Dans le même but, elle a beaucoup atténué la troisième condition, la collusion des tiers ; elle n'exige pas que ceux-ci se soient rendus volontairement complices d'une fraude qui peut n'avoir pas existé, ni même qu'ils aient voulu abuser sciemment de la mauvaise position du débiteur (2); elle se contente de la connaissance qu'ils ont eue *de la cessation des paiements* (3). En effet, dès qu'ils ont cette connaissance, ils doivent être très circonspects à l'égard du failli et éviter avec soin tout ce qui pourrait, en leur procurant un avantage, empirer la situation de de ses créanciers.

Comme tempérament équitable à ces sévérités, la loi laisse aux juges la faculté de prononcer ou de ne pas prononcer la nullité. Mais, quelle est au juste la pensée de la loi? Quel usage le juge doit-il faire de sa liberté ? Il doit apprécier d'abord si le préjudice existe, cela va sans dire (4). Il doit ensuite examiner si l'acte a été influencé par l'existence de la faillite; il peut se faire, en effet, qu'il ait eu une issue fâcheuse pour le failli, par exemple si les marchandises vendues ont beaucoup monté depuis, mais qu'il soit néanmoins parfaitement normal, parfaitement conforme aux habitudes du commerce; dans ce cas, il n'y a aucune raison spéciale pour l'annuler, si les parties ont été de bonne foi. — C'est ainsi qu'on a maintenu avec raison un bail conclu dans des conditions tout à fait normales (5); — les opérations d'un banquier, qui, ayant fait antérieurement des avances au failli, avait continué à recevoir des remises de celui-ci, quoiqu'il connût la cessation des paiements, sans

(1) Brav., t. V, p. 259.

(2) Rej. 11 déc. 1876, D. P. 77. 1. 359.

(3) Brav., t. V, p. 259. — Les juges apprécient ce fait souverainement : Req. 13 fév. 1877, D. P. 78. 1. 208. Cf. Req. 24 avril 1876, D. P. 78. 1. 88.

(4) Beaucoup d'auteurs bornent là son rôle : Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 150. Béd., n. 119. Demang., t. V, p. 262-263. Al. n. 2526. — V. Pard., n. 1120, *in fine* Ren., t. I, p. 291 et suiv. Massé, n. 1227.

(5) Aix, 19 janv. 1871, D. P. 71. 2. 46.

Source BIU Cujas

précipiter ses rentrées, en opérant comme en temps normal et dans la croyance que la situation n'était pas désespérée (1).

Le juge doit user de la faculté d'appréciation que lui donne la loi, et la cour de cassation a plusieurs fois cassé des décisions où le juge s'était cru *obligé* de prononcer la nullité. Il suffit d'ailleurs qu'il use de cette faculté, en déclarant qu'il y a lieu, dans l'espèce, de prononcer la nullité, sans qu'il soit nécessaire que les motifs du jugement constatent expressément les raisons spéciales qui l'ont déterminé à annuler l'acte (2).

Nous pouvons comprendre maintenant pourquoi ces nullités ne remontent pas aux dix jours qui précèdent la cessation des paiements. La loi s'est arrêtée ici, comme pour l'action Paulienne de l'art. 1167, devant la bonne foi des tiers, qui, même aux approches de la faillite, ont pu traiter avec le débiteur, profiter même des avantages qu'il leur faisait, en croyant que son intérêt bien entendu lui conseillait ces sacrifices, que sa situation, pour être embarrassée, n'était pas désespérée et serait sauvée par ces opérations. Si les tiers ne pouvaient pas compter sur des actes ainsi faits de bonne foi, il n'y aurait plus de commerce possible. — Mais, après la cessation des paiements, la position des tiers n'est pas la même : il suffit qu'ils connaissent cette cessation des paiements; dès lors, ils ne doivent plus profiter de la mauvaise situation du débiteur, et la bonne foi avec laquelle ils croiraient qu'un sacrifice fait par lui sauvera sa situation, ne peut les justifier de profiter de cette circonstance au détriment de ses créanciers (3). Aussi avons-nous dit plus haut que leur bonne foi ne peut entrer en ligne de compte, dans l'appréciation du juge, que s'il s'agit d'un acte parfaitement normal.

Si le bien aliéné par le futur failli a passé entre les mains d'un tiers acquéreur, il faudra, si celui-ci a acquis à titre onéreux, prouver qu'il avait eu connaissance de la cessation des paiements (4); si, au contraire, il a acquis à titre gratuit, on pourra l'atteindre sans faire cette preuve (5). Il faut, en effet, appliquer ici par analogie la règle traditionnelle qu'on applique à l'exercice de l'action révocatoire de l'art. 1167, C. civ.

955. Jusqu'ici, nous avons parlé des actes à titres onéreux en général; mais l'art. 447 vise expressément les **paiements** qui ne tombent pas sous le coup de l'art. 446, c'est-à-dire ceux pour dettes échues, en espèces ou en effets de commerce. Pour ceux-ci, la théorie de notre article n'est pas tout à fait la même que pour les autres actes à titre onéreux.

Le législateur ne peut pas craindre qu'on les fasse mal à propos et pour sauver une situation désespérée; sa crainte est plus grave : ils se présentent visiblement comme une atteinte directe à l'égalité entre créanciers ; celui qui a cessé la généralité de ses paiements commet évidemment une faute très grave et inexcusable en payant encore certains créanciers qu'il préfère ou qui le pressent plus vivement. Ces paiements doivent donc être annulés si les tiers connaissaient eux-mêmes la cessation des paiements. — Mais alors pour-

(1) Cass. 14 avril 1863. D. P. 63. 1. 293.
(2) Req. 18 nov. 1879, D. P. 80. 1. 389 ; Rej. 26 juill. 1880. D. P. 80. 1. 366.
(3) Brav., t. V, p. 260.
(4) Brav., t. V, p. 267.
(5) Demang., *ibid.*

Source BIU Cujas

quoi laisse-t-on au juge la faculté de ne pas les annuler? D'abord, il faut que celui-ci examine s'il y a ou non mauvaise foi des tiers (1); mais même en cas de mauvaise foi, l'article parait encore laisser au juge la liberté de prononcer ou non la nullité. C'est qu'à côté du paiement simple, isolé, qui est certainement condamnable, il y a des paiements qui font partie d'un acte plus complexe, lequel doit être apprécié dans son ensemble et peut n'être pas répréhensible. Tel serait un achat au comptant, une vente au comptant, le paiement normal fait pour obtenir la livraison des marchandises, ou la livraison faite pour obtenir paiement, ne peuvent être annulés sans annuler tout le contrat; et si l'opération est bonne en elle-même, il peut y avoir lieu de la maintenir; c'est ce que le juge appréciera. Il en serait de même du paiement fait pour obtenir la livraison de marchandises achetées antérieurement, pour éviter la résolution d'une vente; d'un paiement fait ou offert également à tous les créanciers par un liquidateur (2).

Cette règle relative aux paiements constitue une différence très remarquable avec l'action de l'art. 1167 : en droit civil, les paiements normaux de dettes échues ne sont jamais annulés, parce que les créanciers ont le droit de se faire payer à mesure qu'ils se présentent (v. art. 808 et 809, C. civ.), et peuvent saisir le débiteur, si on ne les paie pas immédiatement (3). En matière de faillite, au contraire, la loi veut l'égalité entre les créanciers, elle ne veut pas que les premiers prévenus soient payés au détriment des autres; le débiteur *ne doit pas* les payer, et, s'il est poursuivi, il doit faire cesser la poursuite en déposant son bilan (art. 443). Aussi le paiement serait nul même s'il était fait sur une saisie (4).

Le créancier qui rapporte une somme indûment reçue en doit les intérêts depuis la réception (5).

Règle spéciale à l'acquittement des effets de commerce.

Art. 449. Dans le cas où des lettres de change auraient été payées après l'époque fixée comme étant celle de la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être intentée que contre celui pour compte duquel la lettre de change aura été fournie. — S'il s'agit d'un billet à ordre, l'action ne pourra être exercée que contre le premier endosseur. — Dans l'un et l'autre cas, la preuve que celui à qui on demande le rapport avait connaissance de la cessation de paiements à l'époque de l'émission du titre devra être fournie.

(1) Lyon, 10 juin 1881, D. P. 82. 2. 192.

(2) Lyon, 10 juin 1881, D. P. 82. 2. 192.

(3) Demang., t. V, p. 259.

(4) Béd., n. 119 *quater*. Demang., t. V, p. 264, 265. — Il en serait autrement si le paiement était fait au créancier du failli par un de ses débiteurs en vertu d'une saisie-arrêt validée avant la cessation des paiements sans le consentement du failli (cf. n. 948), car l'a. 447 ne s'occupe que des actes faits par le failli lui-même; d'ailleurs à partir de la validation de la saisie, le tiers saisi a cessé d'être débiteur du failli et est devenu le débiteur direct du saisissant : Cass. 21 déc. 1881, D. P. 82. 1. 198. — *Contrà :* Paris, 8 mai, 10 juill. 1879, D. P. 81. 2. 225. Demang., *loc. cit.*

(5) Orléans, 24 juill. 1879, D. P. 82. 1. 198, et 17 mai 1881, D. P. 82. 2. 55, etc. Demang., t. V, p. 265.

Source BIU Cujas

956. On suppose que le tiré dans une lettre de change ou le souscripteur d'un billet à ordre était en état de cessation de paiements et a néanmoins acquitté l'effet à l'échéance. La règle importante, qui résulte implicitement, mais très clairement de cet article, c'est que le porteur, même connaissant la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur de l'effet, est valablement payé, et que l'on ne peut le forcer à rapporter ce qu'il a reçu. Cette règle a deux motifs : — d'abord le porteur était obligé de se présenter à l'échéance; et dès lors, le débiteur de l'effet se déclarant disposé à payer, il ne pouvait pas refuser ce paiement, quoiqu'il sût la cessation de paiements de ce débiteur; s'il avait voulu refuser ce paiement, il n'aurait pas pu faire protêt, puisque le paiement lui était offert ; il aurait donc perdu tous ses recours ; la loi ne pouvait pas l'enfermer dans cette impasse; — d'autre part, le législateur était dominé par le désir de faciliter la circulation des effets de commerce en rassurant les porteurs de ces effets.

Le porteur étant à l'abri de tout recours, la faillite de celui qui a payé n'aura-t-elle aucune action pour se faire rembourser? Elle en a une : mais seulement si la cessation des paiements du souscripteur ou du tiré existait déjà lors de la création de l'effet; si en outre celle-ci était connue du tiers contre lequel on recourt, lorsqu'il a reçu la valeur de l'effet; et enfin le recours aura lieu contre des personnes différentes, suivant qu'il s'agit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. L'idée générale de la loi sur ce dernier point est que le recours existera contre le tiers qui a le premier reçu le montant de l'effet, et qui a trouvé par là le moyen de se faire payer sa créance, lorsqu'il ne pouvait plus valablement en recevoir directement le paiement du failli; c'est le même qui en cas de non paiement par le failli aurait supporté la perte, puisqu'il était exposé au recours de tous les signataires et n'aurait pas pu recourir utilement contre le failli. S'il s'agit d'un billet à ordre, ce tiers sera le premier bénéficiaire, au profit de qui le billet a été souscrit par le failli et qui, lors de cette souscription, connaissait la cessation des paiements; celui-ci, en endossant le billet, en a reçu la valeur, tandis qu'il n'aurait pas pu recevoir cette valeur du souscripteur lui-même (art. 447). S'il s'agit d'une lettre de change, ce tiers sera le tireur ou le donneur d'ordre, qui, connaissant la cessation des paiements du tiré, a reçu du preneur le montant de la lettre de change, tandis qu'il ne pouvait plus le recevoir directement du tiré (1). Ainsi la loi n'a pas voulu que l'on pût faire indirectement ce qu'on ne pouvait pas faire directement. Celui qui aura remboursé l'effet à la faillite, en redeviendra créancier dans la même faillite, mais il subira la loi du dividende. — A l'égard des porteurs successifs la même raison n'existait pas, car ils ont tous fourni au porteur précédent le montant de l'effet qui leur a été ensuite remboursé; c'est une série d'affaires réglées entre eux, dans lesquelles l'effet a servi seulement de monnaie, de signe de valeur, sans que l'intérêt de la faillite fût en jeu. Aussi ils ne peuvent jamais être recherchés (2).

(1) Si le tireur avait tiré l'effet sans provision et avait ensuite envoyé la provision au tiré, l'émission de la lettre n'aurait pas eu pour but d'obtenir un paiement du failli, et la règle de la loi se trouverait très dure; mais ce cas sera très rare en pratique. Brav., t. V, p. 277.

(2) Riom, 8 janv. 1855, D. P. 55. 2. 216.

Source BIU Cujas

La loi ne protège de cette façon que le paiement fait normalement et à l'échéance. Aussi le porteur pourrait être recherché, s'il avait reçu le paiement d'une lettre de change non échue, car l'art. 449 déroge à l'art. 447, mais non à l'art. 446 (1); — ou s'il l'a reçu autrement qu'en espèces (2); — ou s'il a fait un arrangement avec le tiré au lieu de se faire payer purement et simplement (3); — ou si, après avoir fait protêt, il a reçu du débiteur des acomptes (4), de nouveaux billets qui ont ensuite été payés, car alors il est devenu premier bénéficiaire de ces billets, art. 449 (5). Il faudrait aussi réserver le cas où le paiement aurait été fait en vertu d'une fraude proprement dite, car l'art. 449 n'écarte pas l'application de l'art. 1167, C. civ. (6).

957. Nous avons raisonné jusqu'ici dans l'hypothèse où le paiement avait été fait à l'échéance par celui qui devait normalement le faire, le tiré dans la lettre de change, ou le souscripteur dans le billet à ordre. — Q. Mais *qu'arriverait-il si ce paiement était fait dans d'autres conditions, par le tireur, ou par un endosseur contre qui le porteur s'était retourné, ou par le tiré même, qui, après le protêt, s'est ravisé et a payé; en supposant toujours, bien entendu, que celui qui a payé était en faillite?* — Il faut remarquer que, dans ce cas, le porteur, si on l'obligeait au rapport, ne serait pas privé de tout recours, puisqu'il a fait protêt le lendemain de l'échéance, et sauvé ainsi son recours contre tous les garants; une des raisons de la solution de l'art. 449 manque donc dans ce cas. — 1er S. *Il faut appliquer l'art. 449 à cette hypothèse :* le texte est tout à fait général; il reste toujours le second motif de l'article, qui est la volonté de favoriser la circulation des lettres de change et ce motif a été indiqué dans la discussion de la loi, quoiqu'on y ait moins insisté que sur le premier (7). — 2e S. *L'article 449 est inapplicable dans ce cas* (!) : le texte n'est nullement général; il parle du *paiement* de la lettre de change ou du billet à ordre; or, ce mot, dans le code de commerce, suppose toujours le paiement fait par la personne désignée pour le faire, par le tiré ou le souscripteur : dans tout le paragraphe IX de la section de la lettre de change, et dans la rubrique même de ce paragraphe, le mot *paiement* est pris dans ce sens; il en est de même, dans l'art. 173, des mots « protêt faute de paiement »; — l'art. 179 est très précis dans le même sens : le lieu où la lettre de change est payable, c'est celui où *le tiré* devait la payer; au contraire le lieu où l'on poursuit le garant est appelé « le lieu où le remboursement s'effectue »; voilà le vocabulaire constant du Code : il précise très bien la portée de notre article; — la fin de l'article confirme cette explication : elle exige que celui à qui on demande le rapport ait eu connaissance de la cessation des paiements au moment de l'*émission du titre;* or, à ce moment le tireur ne connaît pas les endosseurs;

(1) Dijon, 19 fév. 1868, D. P. 68. 2. 139.
(2) Béd., n. 140. Al. n. 2543.
(3) Lyon, 26 déc. 1866, D. P. 69. 2. 16.
(4) Paris, 7 juin 1877, D. P. 78. 2. 170.
(5) Req. 19 mai 1868, D. P. 69. 1. 229.
(6) Béd., n. 140. Al. n. 2543.
(7) Cass. 16 juin 1846, S. 46. 1. 523. — Renouard, t. I, p. 404. Dall., n. 338. Demang., t. V, p. 272-273. Al. n. 2539-2542. Massé, n. 1228. M. Rataud dans la *Revue critique*, t. XXVIII, p. 489.

Source BIU Cujas

il ne peut avoir connaissance de leur cessation de paiements, ce qui montre bien que l'article n'a pas supposé l'hypothèse de la faillite d'un endosseur; — cette disposition aurait aussi pour conséquence, dans le premier système, que la faillite de l'endosseur qui a remboursé l'effet n'aurait jamais aucune action en rapport, puisque jamais la condition de connaissance de la cessation des paiements de cet endosseur ne peut se réaliser chez le tireur; or la loi n'a jamais voulu faire perdre tout recours à la faillite de celui qui a payé; — si le texte ne comprend pas notre hypothèse, le motif principal de l'article manque aussi, comme nous l'avons dit plus haut; car le porteur ne risque pas ici d'être dans l'impasse où l'acculerait l'impossibilité de faire protêt; — on répond que la loi a voulu, d'une manière générale, favoriser la circulation de la lettre de change; mais il ne faut pourtant pas pousser cette faveur jusqu'au renversement de tous les principes : qu'on le remarque bien; il s'agit d'un paiement qui, à défaut de l'art. 449, tombera sous le coup de l'art. 447; et, par conséquent, ne sera annulé que si le porteur avait connaissance de la cessation des paiements de celui contre qui il avait recouru; dès lors, s'il est de mauvaise foi, pourquoi le protéger? Il est moins intéressant qu'aucun créancier, car il avait le choix entre ses divers garants : pourquoi a-t-il choisi précisément celui qui est en faillite? — il y a plus; cette faveur, si la loi l'avait faite, n'ajouterait rien au crédit de la lettre de change: qui se décidera jamais à recevoir une lettre de change, par la pensée que, si l'un des garants est failli, le porteur aura la chance d'obtenir de ce failli un paiement, au milieu de l'arrêt général des paiements, et qu'il pourra garder ce qu'il aura ainsi touché de mauvaise foi? Evidemment on ne raisonne pas sur une éventualité aussi peu probable (1).

§ 3

Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques.

Art. 448, 2e et 3e al. Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation de paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription. Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise.

958. Nous avons déjà vu que l'art. 448 modifie la règle établie par l'art. 2146, C. civ. Celui-ci, supposant un privilège ou une hypothèque valablement constituée (c'est-à-dire établie avant la période suspecte, ou, si elle est née pendant cette période, contemporaine de la naissance de la créance garantie), disait que l'inscription en devenait impossible dès le commencement de la période suspecte. L'art. 448, 1er al., ne fait commencer cette interdiction absolue qu'à partir du jugement déclaratif; aussi, nous avons étudié cette

(1) Cass. 5 mai 1873, D. P. 73. 1. 351; Req. 12 avril 1875, D. P. 76. 1. 38, etc. — V. dans Dalloz (67. 1. 417) un article où M. Beudant soutient un système intermédiaire. V. également un article de M. Labbé : Sirey, 66. 1. 138.

Source BIU Cujas

disposition parmi les effets du jugement déclaratif dans l'avenir. Mais il ne s'ensuit pas que l'hypothèque inscrite dans la période suspecte soit absolument valable; le second alinéa de l'art. 448 nous indique ce qui est conservé de l'ancienne règle de l'art. 2146, C. civ. : l'inscription du privilège ou de l'hypothèque sera seulement annulable, et, pour qu'elle puisse être annulée, il faudra que le créancier ait eu déjà, avant son inscription, un délai de quinze jours, pendant lequel il a pu et dû s'inscrire. La loi a voulu empêcher que le futur failli, afin de conserver son crédit, n'obtînt de son créancier qu'il laissât son hypothèque occulte pendant longtemps, pour l'inscrire au dernier moment.

Cette nullité ressemble à celles de la deuxième catégorie ci-dessus, en ce qu'elle est *facultative* pour le juge : le juge apprécie souverainement les circonstances; il examine s'il y a eu négligence du créancier, et si les tiers ont pu être trompés sur la fortune du débiteur, soit pour contracter avec lui, soit pour s'abstenir de le poursuivre (1). Mais il y a deux différences avec l'annulabilité de l'art. 447 : — 1° la loi n'exige pas que le créancier connût le mauvais état des affaires du débiteur, car il peut y avoir une négligence grave de sa part à ne pas s'être inscrit dans la quinzaine de son titre, et cette négligence, qui peut nuire beaucoup aux tiers en les trompant sur la fortune du débiteur, doit être réparée par la nullité de son inscription; — 2° la nullité remonte même aux dix jours qui précèdent la cessation des paiements; c'est la conséquence de ce que celle-ci n'a pas besoin d'être connue du créancier.

Nous retrouverions ici toutes les questions que nous avons examinées sous l'art. 448, 1er al., sur la portée des règles de notre article. Nous appliquerons ici toutes les solutions que nous avons données plus haut. — Ainsi la règle ne s'applique pas au renouvellement de l'inscription d'hypothèques non encore périmées, ni aux inscriptions prises par les héritiers de la femme mariée ou du mineur dans l'année qui leur est accordée par l'art. 8 de la L. 23 mars 1855 (v. *suprà*, n. 916). — Ainsi, nous appliquerons notre second alinéa au privilège des copartageants (2) et à celui de la séparation des patrimoines : quoique le code civil accorde en principe à ces créanciers soixante jours ou six mois pour s'inscrire, dans le cas spécial de faillite, leur inscription pourra être annulée si elle a eu lieu plus de quinze jours après la naissance de leur droit (v. *suprà*, n. 918). — Ainsi, la même règle s'appliquera au vendeur, malgré la latitude que lui laisse l'art. 2108, et quoique son droit puisse se conserver par une transcription et non par une inscription (même n°) (3). — Ainsi la perte de son privilège n'entraînera pas la perte de son droit de résolution (même n°) (4). — Ainsi enfin nous n'étendrons pas notre deuxième alinéa aux autres actes qui exigent certaines formalités pour être opposables aux tiers, comme le transport de créance, la constitution d'un gage, la donation ou la vente d'immeubles (v. n. 919); le transport pourra

(1) Req. 2 mars 1863, D. P. 64. 1. 25.
(2) Demang., t. V, p. 289.
(3) Mourlon, *Transcription*, n. 643 et suiv. Demang., t. V, p. 289 et suiv.
(4) Demang., t. V, p. 291-292.

Source BIU Cujas

être signifié (1), la donation et la vente d'immeubles pourront être transcrites (2) pendant la période suspecte, même plus de quinze jours après l'aliénation (3). Les raisons, qui, sous le 1er al. de l'art. 448, nous ont fait donner une solution différente pour quelques-uns de ces actes n'existent pas pour l'application du second alinéa.

CHAPITRE II.

PROCÉDURE PRÉPARATOIRE.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections : — 1° personnel de la faillite; — 2° mesures conservatoires; — 3° mesures préparant la solution.

SECTION PREMIÈRE.

PERSONNEL DE LA FAILLITE.

Nous avons à étudier cinq catégories de personnes : — 1° le tribunal de commerce du domicile du failli ; — 2° le juge-commissaire; — 3° les syndics; — 4° les créanciers; — 5° le failli.

§ Ier

Tribunal de commerce du domicile du failli.

Art. 635. Les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, conformément à ce qui est prescrit au livre troisième du présent Code.

959. Cet article a été ainsi modifié par la loi de 1838 sur les faillites quoiqu'il ne soit pas dans le troisième livre, mais dans le quatrième. L'ancien texte limitait la compétence du tribunal de commerce par une énumération; le nouvel article a pris une formule tout à fait générale : *tout ce qui concerne les faillites*; et en cela il se conforme à l'art. 59, 7e al. du C. de proc. civ., qui dit : *en matière de la faillite*. Ce dernier article complète notre art. 635 en déterminant parmi les tribunaux de commerce quel sera le tribunal compétent : ce sera celui du *domicile de la faillite*.

Cette compétence comprend d'abord bien évidemment tout ce qui concerne l'organisation et la marche de la faillite : — déclaration de la faillite et fixation de l'époque de la cessation des paiements (art. 440, 441) ; — nomination du juge-commissaire (art. 451) et des syndics (art. 462); — approbation de certains actes importants au cours des opérations, notamment du concordat (art. 513); — solution des difficultés que peuvent soulever les opé-

(1) Demang., t. V, p. 228, 295. Al. n. 2523. — *Contra :* Cass. 4 janv. 1847. S. 47. 1. 161. Renouard, t. I, p. 378. Béd., n. 113 *ter*. Brav., t. V, p. 295.
(2) Ren., t. I, p. 370. Béd., n. 108. Al. n. 2501.
(3) Rej. 18 juin 1862, D. P. 62. 1. 424.

Source BIU Cujas

rations de la faillite (exemples, art. 499, 500); actions en nullité d'un acte fait par le syndic (1).

Elle comprend même des procès entre des tiers et la faillite : — D'abord ce sont les actions personnelles où le failli devrait être *défendeur*; ici nous trouvons l'application du droit commun, *actor sequitur forum rei*, avec cette légère modification qu'on s'attache au domicile de la faillite, c'est-à-dire à celui qu'avait le débiteur lors de la cessation des paiements, et non à celui qu'il a pu choisir plus tard. D'ailleurs, une action personnelle contre la faillite émane nécessairement de quelqu'un qui se prétend créancier; elle se rattache donc à la vérification des créances, qui est l'une des opérations de la faillite (art. 498) (2), sans pourtant que le créancier soit obligé d'attendre cette vérification avant d'agir en justice. Mais il n'y a dérogation ici qu'aux règles sur la compétence *ratione personæ*; la loi respecte les règles sur la compétence *ratione materiæ*; c'est ce qui résulte de l'art. 500, supposant très expressément que le litige pourra être renvoyé devant un tribunal civil, correctionnel ou criminel (3). — Supposons maintenant qu'il s'agisse d'une action personnelle où les syndics soient *demandeurs*, ou d'une action *réelle immobilière*, la compétence du tribunal de la faillite serait le renversement des règles sur la compétence *ratione personæ*, faut-il l'appliquer absolument? La formule qui nous paraît devoir être admise et qui est maintenant consacrée couramment par la jurisprudence, est celle-ci : il y aura lieu à l'application des art. 635, C. com., et 69, 7e al., C. pr. civ., *lorsque le litige aura* **pour cause** *la faillite*, c'est-à-dire n'aurait pu naître s'il n'y avait pas eu faillite (4). Cette règle fonctionnera toutes les fois qu'il s'agira de faire prononcer les nullités ou les limitations de droits auxquels la faillite donne lieu, c'est-à-dire les nullités des art. 446-449 (5); les limitations des privilèges (articles 549 et 550); les restrictions à l'hypothèque et au droit de revendication de la femme (art. 557 et suiv.); à la revendication du vendeur (art. 576). Dans ces cas notre règle s'appliquera quand même il y aurait eu une convention attribuant compétence à une autre juridiction pour son exécution : il y a en effet une raison d'intérêt général qui prime l'intérêt privé; de plus, dans l'exercice de ces actions en nullité, la masse est un tiers par rapport au failli; on ne peut pas lui opposer les conventions faites par celui-ci (6). — Au contraire les litiges dont la faillite a été seulement l'*occasion*, resteront soumis aux règles ordinaires de compétence (7).

(1) Lyon, 13 juill. 1881, D. P. 81. 2. 20.

(2) Req. 21 janv. 1873, D. P. 73. 1. 483; Angers, 14 mai 1878, D. P. 79. 2. 200.

(3) Il faut seulement remarquer que la faillite représente toujours un commerçant, comme tel, lors même que la plupart des créances seraient civiles; on appliquera donc les règles de compétence données pour les cas où un commerçant est demandeur ou défendeur : Cass. 23 juill. 1877, D. P. 78. 1. 455.

(4) Brav. et Demang., t. VI, p. 233, 398 399. Al. n. 3012. — Comp. Noug., *Trib. de comm.*, t. II, p. 387. Orill., n. 602. Horson, quest. 202.

(5) Req. 24 juin 1872, D. P. 73. 1. 123, etc., etc.

(6) Rej. 29 juin 1870, D. P. 71. 1. 289; Rouen, 30 juill. 1870, D. P. 72. 5. 240.

(7) Paris, 10 janv. 1877, D. P. 77. 2. 227, etc.

Source BIU Cujas

Voies de recours contre les jugements rendus en matière de faillite.

960. Cette question fait l'objet du chapitre XI, de notre titre, articles 580-583.

Les voies de recours ordinaires sont, comme en droit commun, l'opposition et l'appel : l'opposition par ceux qui n'ont pas été parties au jugement; l'appel par ceux qui y ont été parties. Nous avons vu les difficultés que soulevait l'application de ces règles à l'égard du jugement déclaratif (n. 903 et suiv.); nous n'y reviendrons pas.

Quant aux conditions de l'opposition, la loi ne donne aucune règle spéciale, excepté à l'égard du jugement déclaratif (art. 580). Nous avons déjà étudié ces règles spéciales (n. 903).

Pour l'appel, le Code abrège considérablement les délais :

Art. 582. Le délai d'appel, pour tout jugement rendu en matière de faillite, sera de quinze jours seulement à compter de la signification. — Ce délai sera augmenté à raison d'un jour par cinq myriamètres pour les parties qui seront domiciliées à une distance excédant cinq myriamètres du lieu où siège le tribunal.

La loi a voulu accélérer les opérations de la faillite. — Quant au sens des mots « *jugement rendu en matière de faillite* », il n'y a qu'à appliquer ce que nous venons de dire sur le sens des mêmes mots dans l'art. 635. La règle ne s'appliquera donc qu'aux jugements relatifs aux opérations de la faillite, aux jugements sur des litiges qui ont eu *pour cause* la faillite, et aux jugements rendus par le tribunal de commerce sur la vérification des créances (1). Elle ne s'appliquerait pas aux jugements rendus par les tribunaux civils, sur des litiges purement civils (art. 500) (2).

961. Une autre dérogation au droit commun consiste dans la suppression de toute voie de recours contre certains jugements. Ce sont ceux qui statuent sur des mesures très simples, peu compromettantes, et sur lesquelles une discussion longue et sérieuse n'est pas possible; et en outre ceux qui ont déjà passé par deux degrés de juridiction (art. 583, 5°) :

Art. 583. Ne seront susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation : — 1° Les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination ou à la révocation des syndics; — 2° les jugements qui statuent sur les demandes de sauf-conduit et sur celles de secours pour le failli et sa famille; — 3° les jugements qui autorisent à vendre les effets ou marchandises appartenant à la faillite; — 4° les jugements qui prononcent sursis au concordat, ou admission provisionnelle de créanciers contestés; — 5° les jugements par lesquels le tribunal de commerce statue sur les recours formés contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans les limites de ses attributions.

Sur le 2°, il faut observer que *la demande en sauf-conduit* ne se réfère qu'à la mise en liberté provisoire, dont il est question dans l'art. 474. Mais ne se-

(1) V. Renouard, t. II, p. 399. Béd., n. 1184. Demang., t. V, p. 661, 662. Al. n. 2859, 2860.

(2) Cass. 6 avril 1868, D. P. 68. 1. 257. — P. ex. sur la validité d'un commandement : Lyon, 16 févr. 1881, D. P. 81. 2. 237.

Source BIU Cujas

raient pas soustraits aux recours les jugements statuant sur la mise en liberté définitive, l'affranchissement du dépôt de la personne (art. 456) (1).

Sur le 4°, notons que la loi parle seulement des jugements qui *prononcent* sursis au concordat; ceux-ci ne nuisent à personne, ils allongent seulement un peu les délais. Elle ne devrait pas s'appliquer à ceux qui *refuseraient* ce sursis; car ce refus sacrifie complètement les droits du créancier sans lequel on va voter sur le concordat (2). — Quant aux jugements d'admission provisionnelle, la règle s'applique même lorsqu'ils ont été rendus par un tribunal civil (v. art. 500) (3).

§ 2

Juge-commissaire.

962. Le juge-commissaire est le délégué du tribunal à l'effet de surveiller les opérations de la faillite et la gestion des syndics dans l'intérêt de l'ordre public, des créanciers absents, et de ceux qui, pour certaines décisions, se trouvent en minorité dans les assemblées de créanciers; d'autoriser les actes trop importants pour être faits par les syndics, et pour lesquels néanmoins on ne va pas jusqu'à exiger l'intervention du tribunal; et de donner rapidement la solution des questions peu importantes qui peuvent se présenter. Les règles qui le concernent spécialement sont indiquées au chapitre 2 de notre titre.

Il est nommé et remplacé par le tribunal :

Art. 451. Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal de commerce désignera l'un de ses membres pour juge-commissaire.

Art. 454. Le tribunal de commerce, pourra, à toutes les époques, remplacer le juge-commissaire de la faillite par un autre de ses membres.

Ses **pouvoirs** sont définis par l'art. 452 :

Art. 452. Le juge-commissaire sera chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite. — Il fera au tribunal de commerce le rapport de toutes les contestations que la faillite pourra faire naître, et qui seront de la compétence de ce tribunal.

Voici les principaux chefs de ses fonctions :

1° Surveiller les syndics et accélérer leurs opérations. — Il statue sur les réclamations que peut soulever leur gestion :

Art. 466. S'il s'élève des réclamations contre quelqu'une des opérations des syndics, le juge-commissaire statuera, dans le délai de trois jours, sauf recours devant le tribunal de commerce. — Les décisions du juge-commissaire sont exécutoires par provision.

2° Faire son rapport sur leur remplacement et leur maintien aux époques fixées par la loi pour le renouvellement de leurs pouvoirs (art. 462, 529) (4);

(1) Montpellier, 11 mars 1871, D. P. 72. 2. 29. Al. n. 2863.
(2) Caen, 20 janv. 1868, D. P. 69. 2. 100. — Al. n. 2636, 2863.
(3) Dall., n. 642. Béd., n. 486. Demang., t. V, p. 361. Al. n. 2637.
(4) C'est la sanction de l'art. 466.

Source BIU Cujas

de même sur la fixation de leur salaire (art. 462, *in fine*). — Proposer leur révocation en dehors de ces époques, et faire son rapport toutes les fois que cette révocation est demandée :

Art. 467. Le juge-commissaire pourra, soit sur les réclamations à lui adressées par le failli ou par des créanciers, soit même d'office, proposer la révocation d'un ou plusieurs des syndics. — Si, dans les huit jours, le juge-commissaire n'a pas fait droit aux réclamations qui lui ont été adressées, ces réclamations pourront être portées devant le tribunal. — Le tribunal, en chambre du conseil, entendra le rapport du juge-commissaire et les explications des syndics, et prononcera à l'audience sur la révocation.

3° Faire son rapport sur toutes les contestations que peut soulever la faillite (art. 452, 2e al.) (1). Et les jugements qui seraient rendus sans ce rapport seraient entachés de nullité (2).

4° Autoriser certains actes importants ; par exemple : — la non apposition des scellés (art. 455, 2e al.); — la vente de certains objets, et l'exploitation du commerce du failli dans la période préparatoire (art. 470); — les secours à donner au failli (art. 474, 530); — et proposer le sauf-conduit pour le failli (art. 472, 1er al.).

5° Décider, convoquer par l'intermédiaire du greffier, et présider les assemblées de créanciers : art. 468, 493, 505, 536.

Art. 453. Les ordonnances du juge-commissaire ne seront susceptibles de recours que dans les cas prévus par la loi. Ces recours seront portés devant le tribunal de commerce.

Aucun texte ne lui défend de siéger dans les instances où ces recours sont jugés; il le pourrait donc légalement (3), mais les convenances devront l'en empêcher (4).

§ 3

Syndics.

963. Les syndics sont les administrateurs de la faillite ; ce sont eux qui font tous les actes nécessaires pour arriver à la solution de la faillite, et en cas d'union, pour réaliser les valeurs et les répartir entre les créanciers. Ils agis-

(1) Ce rapport n'est pas exigé sur les difficultés qui n'ont pas leur origine dans la faillite, comme les poursuites contre un débiteur du failli : Rej. 9 mars 1880, D. P. 80. 1. 199. Il *peut* siéger dans la décision des questions sur lesquelles il a fait son rapport; mais ce n'est pas une obligation : Pard., n. 1142. Renouard, t. I, p. 414. Béd., n. 152, 153. Demang., t. V, p. 402 et suiv. Al. n. 2550.

(2) Orléans, 23 nov. 1881, D. P. 82. 2. 241, etc. Renouard, t. I, p. 413. Demang., t. V, p. 401. Al. n. 2550. *Contrà* : Rennes, 2 juin 1879, D. P. 81. 2. 32. — En tout cas, il a été jugé qu'il suffirait qu'il eût pris part au jugement avec voix délibérative : Lyon, 15 févr. 1882, D. P. 82. 2. 241, etc.; mais sa participation avec voix simplement consultative serait insuffisante : Orléans, 23 nov. 1881, D. P. 82. 2. 241.

(3) Renouard, t. I, p. 415 et suiv. Al. n. 2551. — *Contrà :* Esnault, n. 248. Boileux sur Boulay-Paty, n. 247. Dall., n. 354. Béd., n. 245.

(4) Al. n. 2551.

Source BIU Cujas

sent sous la surveillance, et quelquefois avec l'autorisation du juge commissaire.

Pour tous ces actes, ils sont les mandataires, les représentants à la fois des créanciers et du failli dessaisi entre leurs mains ; et les actes qu'ils font sont, en principe, opposables à la fois aux créanciers et au failli. Le juge-commissaire peut leur défendre de faire certains actes, sous menace de révocation ; le failli et les créanciers peuvent demander au juge-commissaire de les leur défendre ; les actes qu'ils feraient malgré la prohibition pourraient être annulés par le tribunal, mais celui-ci devrait tenir compte de la bonne foi des tiers qui ont traité avec eux sans savoir qu'ils dépassaient leurs pouvoirs (1). Si le jugement déclaratif est rapporté, ils n'en auront pas moins été pendant un temps représentants légaux du failli, et celui-ci devrait respecter leurs actes (2).

964. Il y a ordinairement un seul syndic nommé ; pourtant on peut en nommer jusqu'à trois (art. 462, 3e al.). La loi les désigne toujours en parlant au pluriel.

Leur nom et leurs fonctions varient trois fois pendant le cours de la faillite. Il y a :

1° *Les syndics provisoires*, qui sont nommés par le jugement déclaratif de faillite, sans consulter les créanciers qu'on n'a pas encore pu convoquer :

Art. 462, 1er al. Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal de commerce nommera un ou plusieurs syndics provisoires.

Ils sont chargés de dresser la liste des créanciers d'après le bilan, les livres et les autres documents qu'ils peuvent réunir, et de prendre les mesures tout à fait urgentes (v. art. 468). Mais en général ils ne doivent rien faire qui engage l'administration qui sera confiée aux syndics définitifs, dont la loi presse autant que possible la nomination (3). — Le juge-commissaire convoquera dans la quinzaine les créanciers pour les consulter sur le choix des syndics ; c'est ce qu'on nomme l'*assemblée du syndicat* :

Art. 442, 2e et 3e al. — Le juge-commissaire convoquera immédiatement les créanciers présumés à se réunir dans un délai qui n'excédera pas quinze jours. Il consultera les créanciers présents à cette réunion, tant sur la composition de l'état des créanciers présumés que sur la nomination de nouveaux syndics. Il sera dressé procès-verbal de leurs dires et observations, lequel sera représenté au tribunal. — Sur le vu de ce procès-verbal et de l'état des créanciers présumés et sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal nommera de nouveaux syndics, ou continuera les premiers dans leurs fonctions.

Il faut remarquer que les créanciers ne donnent qu'un simple avis qui n'est pas obligatoire pour le tribunal.

(1) Pard., n. 1166. Renouard, t. I, p. 475, Lainné, n. 107. Brav., t. V, p. 305. Al. n. 2577. — On devrait aussi respecter la bonne foi des tiers, lors même que leur nomination serait annulée comme irrégulière ; mêmes auteurs.

(2) Al. n. 2595. — Et nous pensons que leurs honoraires seraient réglés encore par le tribunal de commerce : *Contrà* : Lyon, 15 juill. 1881, D. P. 82. 2. 219.

(3) Al. n. 2565.

Source BIU Cujas

2° *Les syndics définitifs.*

Art. 462, 4e al. Les syndics ainsi institués sont définitifs ; cependant ils peuvent être remplacés par le tribunal de commerce, dans les cas et suivant les formes qui seront déterminés.

Art. 464. Lorsqu'il y aura lieu de procéder à l'adjonction ou au remplacement d'un ou plusieurs syndics, il en sera référé par le juge-commissaire au tribunal de commerce, qui procédera à la nomination suivant les formes établies par l'article 462.

L'article par son renvoi à l'art. 462 exige que l'on consulte de nouveau les créanciers (1).

Les syndics définitifs sont chargés de mener à fin toute la procédure préparatoire de la faillite, notamment de préparer la vérification des créances et le vote sur le concordat ; ils font, en outre, les actes conservatoires pendant tout le temps nécessaire pour cela.

S'il y a concordat, tout s'arrête, et il n'y a plus de syndics. — S'il y a union, on consulte de nouveau les créanciers sur le maintien ou le remplacement des syndics (art. 529) ; et l'on a alors :

3° *Les syndics de l'union*, chargés de liquider l'actif de la faillite, pour le répartir entre les créanciers.

Ces dénominations ont été ainsi fixées en 1838. D'après le Code de 1807, les noms étaient autrement répartis : les premiers syndics s'appelaient *agents* ; les seconds, *syndics provisoires* ; ceux qu'on appelle maintenant syndics de l'union s'appelaient *syndics définitifs*.

965. Quant au choix des syndics, l'esprit du Code de 1807 était tout à fait différent de celui de la loi de 1838. — En 1807 on voulait empêcher que le syndicat ne devînt une profession, parce qu'on craignait que les syndics de profession n'apportassent un mauvais esprit dans l'exercice de leurs fonctions. Aussi la même personne ne pouvait pas être syndic deux fois dans la même année, à moins qu'elle ne fût l'un des créanciers. La loi désirait qu'ils fussent pris parmi les créanciers ; dans ce cas ils n'étaient pas rétribués. Mais les créanciers n'avaient pas l'expérience de ces fonctions, les remplissaient mal ; souvent avec négligence, parce qu'ils n'étaient pas rétribués et qu'ils avaient toujours à s'occuper de leurs affaires personnelles ; enfin on n'avait aucun contrôle efficace sur eux.

Aussi, en 1838, on a changé de système : ils peuvent être pris en dehors des créanciers, et peuvent toujours être rétribués :

Art. 462. 5e al. Le nombre des syndics pourra être, à toute époque, porté jusqu'à trois ; ils pourront être choisis parmi les personnes étrangères à la masse, et recevoir, quelle que soit leur qualité, après avoir rendu compte de leur gestion, une indemnité que le tribunal arbitrera sur le rapport du juge-commissaire.

On exclut seulement du choix les parents ou alliés du failli jusqu'au quatrième degré :

(1) Béd., n. 234. Dall., n. 423. Lainné, p. 108. — *Contrà* : Goujet et Merger, v° *Syndics*, n. 22. Al. n. 2569.

Source BIU Cujas

Art. 463. Aucun parent ou allié du failli, jusqu'au quatrième degré inclusivement, ne pourra être nommé syndic.

D'après l'art. 462, 5e al., leurs honoraires ne sont fixés qu'après la reddition de leurs comptes; c'est pour qu'on puisse apprécier leur travail, le zèle qu'ils ont mis à l'accomplissement de leurs fonctions et les résultats qu'ils ont su obtenir (1). D'ailleurs, l'art. 462 ne s'oppose pas à ce qu'ils ne puissent recevoir des acomptes pendant la durée de la faillite; car les opérations sont quelquefois très longues; ils ne peuvent pas être obligés d'attendre indéfiniment; et l'on peut être fixé d'avance sur le minimum de ce qui leur sera dû (2). — Cette question des honoraires est de la compétence du tribunal du domicile du failli; car ils sont mandataires de la masse, et non pas de chaque créancier individuellement (3).

Pour leurs pouvoirs, nous n'avons qu'à nous référer à toute la suite des opérations que nous allons étudier et qu'ils sont chargés de diriger.

Il est évident que tout syndic qui cesse ses fonctions doit rendre les pièces qu'il a entre les mains (4).

966. Leur responsabilité civile envers la masse est régie par les règles ordinaires du mandat (v. C. civ., art. 1991). S'ils sont plusieurs, le cas est prévu par l'art. 465 :

Art. 465. S'il a été nommé plusieurs syndics, ils ne pourront agir que collectivement; néanmoins le juge-commissaire peut donner à un ou plusieurs d'entre eux des autorisations spéciales à l'effet de faire séparément certains actes d'administration. Dans ce dernier cas, les syndics autorisés seront seuls responsables.

« *Ils ne peuvent agir que collectivement.* » Cette disposition n'aurait pas de sens si elle ne voulait pas dire qu'ils ne peuvent décider une mesure que d'un accord commun, à l'unanimité; s'il y avait divergence d'opinion entre eux, la majorité ne pourrait imposer son avis à la minorité, et le juge-commissaire déciderait ce qu'il y aurait à faire; cette décision rentre tout à fait dans ses pouvoirs ordinaires, et la suite de l'art. 465 l'indique bien (5). Lorsque quelques-uns agissent sans les autres, mais sans leur opposition, ils sont présumés agir d'accord avec eux et de leur consentement (6). Dès lors ils doivent être tous déclarés *solidaires* envers la masse, d'après les principes généraux du droit civil, puisque l'opposition d'un seul aurait pu empêcher l'acte, et la fin de l'article l'indique bien à *contrario*, en disant que, dans le cas inverse, ceux qui auront agi seront seuls responsables. Cette solidarité sera une *solidarité parfaite* ou une *solidarité imparfaite*, suivant la théorie générale qu'on admet sur ces deux espèces de solidarité (7); nous admettons qu'il n'y aura qu'une solidarité imparfaite.

(1) Nancy, 2 mai 1867, D. P. 67. 2. 83.—Le tribunal de commerce peut les régler nonobstant tout accord avec les créanciers sur ce point: Req. 5 nov. 1878, D. P. 79. 1. 149.

(2) Cass. 12 février 1879, D. P. 80. 2. 94.

(3) Dijon, 7 mars 1874, D. P. 74. 2. 40.

(4) Req. 19 mars 1879, D. P. 79. 1. 357.

(5) Renouard, t. I, p. 468. — *Contrà* : Al. n. 2573.

(6) Al. n. 2573.

(7) V. Pard., n. 1160. Renouard, t. I, p. 465 et suiv. Dall., n. 501. Béd., n. 236. Brav. et Demang., t. V, p. 301 et suiv. Al. n. 2570.

Source BIU Cujas

Si l'un d'eux est autorisé par le juge-commissaire à agir seul, il sera seul responsable de ses actes, il n'y aura plus solidarité (art. 465, *in fine*). De même ceux qui auraient été dans l'impossibilité absolue de gérer seront déchargés de la solidarité (1). De même aussi ceux qui se seraient opposés à l'acte, autorisé néanmoins par le juge-commissaire; d'ailleurs ceux qui ont voulu cet acte seraient bien difficilement argués de faute; l'avis du juge-commissaire, s'il ne les couvre pas absolument en droit, les déchargera presque toujours en fait (2).

A l'égard des tiers, en principe la masse est seule obligée, comme le mandant par les actes du mandataire; il n'y aurait d'exception que s'ils avaient excédé les bornes de leur mandat (v. cep. l'art. 533, *infrà*, n. 1073).

§ 4

Les créanciers.

966. **Individuellement** et pour leurs intérêts personnels, ils n'ont qu'une action très restreinte; ils peuvent seulement plaider, si leur créance est contestée; et pour la maintenir demander que l'époque de la cessation des paiements soit modifiée, mais seulement dans les délais de l'art. 580 (v. *suprà*, n. 940). Pour ces intérêts individuels, ils ne sont pas représentés par les syndics (3).

Pour les intérêts qui leur sont communs avec les autres créanciers, la règle est que l'initiative et la direction appartiennent aux syndics sous la surveillance du juge-commissaire, et que jamais les actes individuels des créanciers (pas plus que du failli) ne doivent gêner ou contrarier l'action des syndics, sauf aux créanciers à porter plainte au juge-commissaire s'ils croient que les syndics procèdent mal, ou s'abstiennent à tort (4). Ainsi les créanciers conservent le droit, qu'ils avaient avant la faillite, de faire des actes purement conservatoires (5); mais, d'abord le bénéfice en sera certainement acquis à la masse, et même, si les syndics jugent ces actes inopportuns ou veulent les faire eux-mêmes, les créanciers doivent s'arrêter, sauf réclamations devant le juge-commissaire. Il en serait de même de l'exercice de l'action Paulienne de l'art. 1167, qui leur appartenait avant la faillite, et qu'aucun texte ne leur enlève absolument, car aucun des alinéas de l'art. 443 ne s'y réfère directement (6). Mais la même doctrine ne saurait s'appliquer aux actions nées de la faillite seulement, comme celles des art. 446 et suiv., 557 et suiv.; ces actions ne leur ont jamais appartenu individuellement, et ils ne peuvent à aucun titre les exercer eux-mêmes; elles appartiennent exclusive-

(1) Dall., n. 501. Al. n. 2571.
(2) Renouard., t. I, p. 468. Dall., n. 513. — *Contrà* : Al. n. 2571.
(3) Bordeaux, 12 juin 1873, D. P. 77. 5. 242.
(4) Ren., t. I, p. 315. Al. n. 2476. Massé, n. 1735.— *Contrà* : Rodière, *Journ. du Pal.*, 1863, p. 337.
(5) Al. n. 2478.
(6) Req. 13 nov. 1867, D. P. 68. 1. 212; Douai, 7 août 1874, D. P. 77. 5. 232.

Source BIU Cujas

ment aux syndics dans l'intérêt de la masse (1); mais toujours avec possibilité de se plaindre au juge-commissaire. — En outre, comme participation à la procédure de la faillite, ils peuvent encore faire individuellement certains actes : par exemple réclamer la révocation des syndics (art. 467); contester les créances des autres créanciers (art. 494).

Comme masse, ils sont représentés par les syndics. Ceux-ci représentent l'ensemble de tous les créanciers chirographaires, en tant qu'en cette seule qualité ils ont des intérêts communs. Mais il faut pour que les syndics soient ainsi leurs mandataires légaux qu'il s'agisse d'intérêts nécessairement communs à tous les créanciers, et, comme dit la jurisprudence, que les créanciers soient intéressés *ut universi*; par ex. si après la faillite d'une société par actions, il s'agit de poursuivre les administrateurs, les membres du conseil de surveillance pour des fautes ayant diminué l'actif social ; car alors le dommage est nécessairement commun à *tous* les créanciers (2). Mais la représentation légale n'existerait plus pour les intérêts individuels des créanciers, lorsque ceux-ci sont intéressés *ut singuli*; par ex. s'il s'agissait de poursuivre des administrateurs qui, par des déclarations fausses, des inventaires trompeurs, auraient déterminé des créanciers à contracter; car alors chacun à été l'objet d'un dol spécial, les circonstances ont pu varier pour chacun, et les dommages-intérêts à prétendre peuvent être différents; enfin chacun a un droit propre et individuel (3). Si un grand nombre de créanciers ou même tous sont dans le même cas, ils pourront agir collectivement, mais non pas par l'intermédiaire des syndics, qui n'ont plus mandat légal pour cela. — Il faut admettre cependant que les syndics peuvent aussi agir au nom de certains groupes de chirographaires, dont ils croiraient devoir prendre les intérêts contre d'autres, en vue du juste établissement des droits de tous (4).

Ils représentent aussi les créanciers hypothécaires, mais seulement en tant que ceux-ci n'ont pas de droits opposés à ceux de la masse; par ex., pour les voies d'exécution sur les immeubles (5). Mais ils ne peuvent aucunement porter atteinte à leur droit de préférence (6).

968. La masse intervient personnellement par les **assemblées générales,** qui sont au moins au nombre de quatre en cas d'union : — 1° *assemblée du syndicat,* appelée à donner son avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires (art. 462) ; — 2° *assemblée de la vérification des créances* (art. 493); — 3° *assemblée du concordat* (art. 504); — 4° *assemblée de clôture,* pour la reddition des comptes des syndics (art. 536-537).

La masse est-elle un tiers par rapport au failli? Il faut répondre qu'en principe elle est son ayant cause, puisqu'elle exerce les droits de son débiteur (C. civ., art. 1166) pour réaliser son patrimoine (7). — Mais la loi lui accorde un certain nombre de droits que n'avait pas le failli, notamment de faire ré-

(1) Même arrêt, et Douai, 7 août 1874.

(2) Req. 25 févr. 1879, D. P. 80. 1. 28, etc., etc.

(3) Sur cette distinction, v. Paris, 28 mai 1869, D. P. 69. 2. 145, et la note; Rej. 21 déc. 1875, D. P. 77. 1. 17.

(4) Cass. 20 avril 1864, D. P. 65. 1. 306.

(5) Req. 7 juin 1859, D. P. 60. 1. 21. — Al. n. 2480.

(6) Orléans, 13 mai 1851, D. P. 52. 2. 177.

(7) Rej. 12 janv. 1875, D. P. 76. 1. 317.

Source BIU Cujas

voquer ou réduire certains actes ou certains droits consentis par lui : C. civ., art. 1167 ; C. comm., art. 443, 446, 447, 448, 449 ; art. 549-550 ; art. 563 et suiv. ; art. 576. Pour l'exercice de ces droits, elle est un tiers, puisqu'elle agit en vertu d'un droit propre (1).

Le principe qu'elle est en général son ayant cause fournira les applications suivantes : — les *jugements* rendus contre le failli et non argués de collusion lui seront opposables (2) ; — les actes passés par le failli et non argués de fraude auront *date certaine* à son égard (3) ; par exemple, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme du failli, qui s'est engagée avec son mari (4).

Au contraire, la règle que la masse est un tiers, quand elle exerce un droit propre, fournira les solutions suivantes : — le nantissement, même consenti au moment de la naissance de la créance (art. 446), doit avoir date certaine avant le jugement déclaratif de faillite (art. 443) (5) ; — de même le bail pour produire ses effets, et notamment le privilège du bailleur, doit avoir date certaine avant la cessation des paiements (art. 467) (6) ; — mais les actes commerciaux ayant date certaine par eux-mêmes ne seront pas soumis à cette condition ; — la masse pourra invoquer le défaut de formes dans un nantissement (7).

§ 5

Le failli.

969. Nous ne parlons pas ici de sa capacité pour les actes qu'il peut passer avec des tiers, ni de la validité de ces actes, ni de son droit d'intervenir dans les actions en justice. Nous avons traité de tous ces points au ch. 1er, sect. 2, § 1er, n° I. — Nous parlons seulement de son concours aux opérations de la faillite.

Il a le droit d'exercer une certaine surveillance sur ces opérations, comme l'inventaire (art. 476) ; — d'être consulté pour certains actes, comme les transactions à faire (art. 487) ; — de réclamer contre la gestion des syndics, de s'opposer à leurs actes (art. 466) (8) et de demander leur révocation (art. 467) ; d'assister à la reddition de leurs comptes (art. 537), de réclamer contre ces comptes (9), et même contre l'indemnité qui leur est allouée (10).

(1) Cass. 4 janv. 1847, et Req. 10 mars 1847, D. P. 47. 1. 130 et 132. — Al. n. 2462.
(2) Paris, 24 déc. 1849, D. P. 50. 2. 195.
(3) Rennes, 22 juill. 1879, D. P. 81. 2. 31. — Aubry et Rau, 4e édit., t. VIII, p. 255. Bonnier, *Preuves*, n. 697.
(4) Douai, 29 janv. 1857, D. P. 57. 2. 113. — Bonnier, *l. cit.* — V. également Rej. 19 fév. 1862, D. P. 62. 1. 167.
(5) Angers, 20 déc. 1850, D. P. 52. 2. 132.
(6) Cass. 30 mai 1870, D. P. 70. 1. 254 ; Aix, 19 janv. 1871, D. P. 71. 2. 46.
(7) Cass. 9 juin 1877, D. P. 77. 1. 417.
(8) Alger, 30 mars 1868, D. P. 72. 5. 244.
(9) Même arrêt.
(10) Aix, 18 déc. 1871, D. P. 72. 5. 245.

Source BIU Cujas

Il peut être employé pour les opérations, par les syndics, s'ils le jugent utile :

Art. 488. Si le failli a été affranchi du dépôt, ou s'il a obtenu un sauf-conduit, les syndics pourront l'employer pour faciliter et éclairer leur gestion; le juge-commissaire fixera les conditions de son travail.

Il reprendra un rôle actif et personnel dans l'assemblée du concordat, où il traite en son nom avec ses créanciers (art. 505).

970. On doit s'assurer de sa personne, sans même attendre la nomination des syndics; sauf dispense par le tribunal :

Art. 455, 1er et 3e al. Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal ordonnera l'apposition des scellés et le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice, ou par un gendarme. — ..... — Il ne pourra, en cet état, être reçu, contre le failli, d'écrou ou recommandation pour aucune espèce de dettes.

Art. 456. Lorsque le failli se sera conformé aux articles 438 et 439, et ne sera point, au moment de la déclaration, incarcéré pour dettes ou pour autre cause, le tribunal pourra l'affranchir du dépôt ou de la garde de sa personne. La disposition du jugement qui affranchirait le failli du dépôt ou de la garde de sa personne pourra toujours, suivant les circonstances, être ultérieurement rapportée par le tribunal de commerce, même d'office.

Art. 460. Les dispositions qui ordonneront le dépôt de la personne du failli dans une maison d'arrêt pour dettes, ou la garde de sa personne, seront exécutées à la diligence, soit du ministère public, soit des syndics de la faillite.

Ces articles doivent être considérés comme étant encore applicables, même depuis l'abolition de la contrainte par corps : — 1° cette mesure n'est pas prise dans un intérêt individuel, mais dans l'intérêt de tous les créanciers, et même, jusqu'à un certain point, dans un intérêt public; — 2° elle n'est pas la même chose que la contrainte par corps : elle n'a pas pour but de contraindre indirectement le failli à payer, puisqu'étant dessaisi, il ne peut le faire; — 3° cela a été dit dans la discussion de la L. 22 juillet 1867 (1). — Par la même raison elle était et est encore applicable à ceux que leur âge aurait affranchis de la contrainte par corps (2). — Mais, dès avant 1867, cette mesure était peu pratiquée (3).

Le failli, même non affranchi du dépôt de sa personne, peut obtenir pour quelque temps un sauf-conduit provisoire :

Art. 472. Le juge-commissaire, d'après l'état apparent des affaires du failli, pourra proposer sa mise en liberté avec sauf-conduit provisoire de sa per-

(1) Montpellier, 11 mars 1871, D. P. 72. 2. 29. — Al. n. 2527. V. l'article de M. Garsonnet sur l'*abolition de la contrainte par corps. Revue crit.*, t. XXXIII, p. 336.

(2) Ren., t. I, p. 428. Dall., n. 371. Troplong, n. 56, 57. Demang., t. V, p. 118. Al. n. 2557.

(3) D'après la statistique officielle, de 1876 à 1880, sur 100 faillis, 58 ne sont pas inquiétés dans leur personne, 16 obtiennent un sauf-conduit, 12 sont incarcérés, 8 sont placés sous la garde d'un officier de police, et 6 échappent par la fuite aux conséquences de leur situation.

Source BIU Cujas

sonne. Si le tribunal accorde le sauf-conduit, il pourra obliger le failli à fournir caution de se représenter, sous peine de paiement d'une somme que le tribunal arbitrera, et qui sera dévolue à la masse.

Art. 473. A défaut, par le juge-commissaire, de proposer un sauf-conduit pour le failli, ce dernier pourra présenter sa demande au tribunal de commerce, qui statuera en audience publique, après avoir entendu le juge-commissaire.

Mais c'est là tout ce qu'il peut obtenir, s'il n'a pas été dès l'abord affranchi du dépôt (art. 456); il ne peut plus obtenir sa liberté définitive, tant que la faillite n'est pas clôturée (1). — Le tribunal n'est pas lié par un précédent jugement sur ce point; il peut accorder le sauf-conduit après l'avoir refusé (2).

SECTION II.

MESURES CONSERVATOIRES.

971. Ces mesures à prendre sont le détail des fonctions des syndics soit provisoires, soit définitifs. Elles font l'objet du ch. 3, et du ch. 5, sect. 1 à 4, de notre titre.

Nous étudierons sept points : — 1° apposition des scellés et inventaire; — 2° exploitation du fonds de commerce, s'il y a lieu; — 3° certaines ventes urgentes; — 4° poursuites des droits du failli; — 5° frais de ces mesures; — 6° secours au failli et à sa famille; — 7° mesures dans l'intérêt de la vindicte publique.

I. — **Apposition des scellés et inventaire.**

972. L'apposition des scellés doit avoir lieu même avant l'entrée en fonctions des syndics. C'est une précaution prise d'abord contre le failli, puis ensuite contre les syndics dans l'intérêt des créanciers, et aussi dans l'intérêt du failli s'il est incarcéré ou absent.

Art. 455, 1er et 2e al. Par le jugement qui déclarera la faillite, le tribunal ordonnera l'apposition des scellés... — Néanmoins, si le juge-commissaire estime que l'actif du failli peut être inventorié en un seul jour, il ne sera point apposé de scellés, et il devra être immédiatement procédé à l'inventaire.

On serait de même dispensé des scellés s'il y avait déjà eu une saisie englobant tous les meubles du failli (3).

Art. 457. Le greffier du tribunal de commerce adressera, sur-le-champ, au juge de paix, avis de la disposition du jugement qui aura ordonné l'apposition des scellés. — Le juge de paix pourra, même avant ce jugement, apposer les scellés, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou plusieurs créanciers, mais seulement dans le cas de disparition du débiteur ou de détournement de tout ou partie de son actif.

(1) Cass. 26 juill. 1853, D. P. 53. 1. 254; Montpellier, 11 mars 1871, D. P. 72. 2. 29.
(2) Ren., t. I, p. 484. Brav., t. V, p. 322.
(3) Béd,, n. 172. Dall., n. 310. Al. n. 2556.

Source BIU Cujas

Art. 458. Les scellés seront apposés sur les magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, livres, papiers, meubles et effets du failli. — En cas de faillite d'une société en nom collectif, les scellés seront apposés, non seulement dans le siège principal de la société, mais encore dans le domicile séparé de chacun des associés solidaires. Dans tous les cas, le juge de paix donnera, sans délai, au président du tribunal de commerce, avis de l'apposition des scellés.

Si les scellés n'ont pas été apposés avant l'entrée en fonctions des syndics, ils doivent les faire apposer :

Art. 468. Si l'apposition des scellés n'avait point eu lieu avant la nomination des syndics, ils requerront le juge de paix d'y procéder.

Certaines choses en sont exceptées dans l'intérêt des mesures dont nous allons parler :

Art. 469. Le juge-commissaire pourra également (1), sur la demande des syndics, les dispenser de faire placer sous les scellés, ou les autoriser à en faire extraire : — 1° Les vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille, et dont la délivrance sera autorisée par le juge-commissaire sur l'état que lui en soumettront les syndics ; — 2° Les objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation imminente ; — 3° Les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce, lorsque cette exploitation ne pourrait être interrompue sans préjudice pour les créanciers. — Les objets compris dans les deux paragraphes précédents seront de suite inventoriés avec prisée par les syndics, en présence du juge de paix qui signera le procès-verbal.

Inventaire :

Art. 479. Dans les trois jours, les syndics requerront la levée des scellés et procéderont à l'inventaire des biens du failli, lequel sera présent ou dûment appelé.

973. L'inventaire peut avoir lieu sans apposition des scellés, si le juge-commissaire estime qu'il pourra être fait en un jour (art. 455, 2e al.). Dans ce cas, lors même qu'en fait l'inventaire viendrait à prendre plus d'une journée, il n'en serait pas moins valable (2).

Art. 480. L'inventaire sera dressé en double minute par les syndics, à mesure que les scellés seront levés, et en présence du juge de paix, qui le signera à chaque vacation. L'une de ces minutes sera déposée au greffe du tribunal de commerce, dans les vingt-quatre heures ; l'autre restera entre les mains des syndics. — Les syndics seront libres de se faire aider, pour sa rédaction comme pour l'estimation des objets, par qui ils jugeront convenable. — Il sera fait récolement des objets qui, conformément à l'article 469, n'auraient pas été mis sous les scellés, et auraient déjà été inventoriés et prisés.

Il faut noter que l'inventaire est fait par les syndics eux-mêmes, quoiqu'ils

(1) Ce mot *également* n'a plus de sens ; il se référait dans le projet à l'art. 455 qui était placé immédiatement avant.

(2) Req. 13 fév. 1855, D. P. 55. 1. 339.

Source BIU Cujas

ne soient pas officiers publics, contrairement à la règle générale pour les inventaires ordonnés par la loi. Mais il y a comme garantie la présence du juge de paix.

Art. 481. En cas de déclaration de faillite après décès, lorsqu'il n'aura point été fait d'inventaire antérieurement à cette déclaration, ou en cas de décès du failli avant l'ouverture de l'inventaire, il y sera procédé immédiatement dans les formes du précédent article, et en présence des héritiers, ou eux dûment appelés.

Art. 484. L'inventaire terminé, les marchandises, l'argent, les titres actifs, les livres et papiers, meubles et effets du débiteur, seront remis aux syndics, qui s'en chargeront au bas dudit inventaire.

II. — **Exploitation du fonds de commerce du failli.**

Art. 470. La vente des objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver, et l'exploitation du fonds de commerce, auront lieu à la diligence des syndics, sur l'autorisation du juge-commissaire.

974. C'est pour cela qu'on peut excepter des scellés les objets servant à cette exploitation (art. 469, 2°). — Cette autorisation d'exploiter n'est que provisoire, elle ne deviendra définitive qu'après l'union, et moyennant une délibération des créanciers (art. 532). Les syndics doivent se borner aux opérations nécessaires pour conserver l'intégralité du gage des créanciers jusqu'au concordat; ils ne doivent pas entamer des opérations engageant l'avenir. Mais ils peuvent faire des opérations nouvelles, pourvu que ce soient des opérations ordinaires, entretenant seulement le courant des affaires; il ne serait pas exact de dire qu'ils doivent se borner à une liquidation progressive (1).

Art. 486. Le juge-commissaire pourra, le failli entendu ou dûment appelé, autoriser les syndics à procéder à la vente des effets mobiliers ou marchandises. — Il décidera si la vente se fera soit à l'amiable, soit aux enchères publiques, par l'entremise de courtiers ou de tous autres officiers publics préposés à cet effet. — Les syndics choisiront dans la classe d'officers publics déterminée par le juge-commissaire celui dont ils voudront employer le ministère.

III. — **Certaines ventes urgentes.**

975. Il y a d'abord les ventes absolument nécessaires, énumérées par l'art. 470; celles des objets sujets à dépérissement, ou à dépréciation imminente, ou dispendieux à conserver, qui ont dû être exceptés des scellés (art. 469, 2°, qu'il faut compléter par l'art. 470). Mais de plus le juge-commissaire pour certaines raisons, comme un avantage évident ou le besoin de se procurer des deniers pour les opérations de la faillite, peut autoriser la vente d'autres objets (2).

Les ventes faites sans autorisation seraient nulles; sauf en cas d'urgence si le juge-commissaire approuve ensuite ce qui a été fait (3).

(1) Demang., t. V, p. 312. Al. n. 2579. — *Contra :* Béd., n. 272.

(2) Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que l'art. 486 se réfère à des objets autres que ceux de l'art. 470 : Pard., n. 1179. Reu., t. I, p. 505. Béd., n. 373. Al. n. 2594.

(3) Rej. 7 nov. 1848, S. 49. 1. 109.

Source BIU Cujas

Après l'union, comme l'objet principal du mandat des syndics est de liquider, ils n'auront plus besoin d'entendre le failli (art. 534), ni même d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire (1); on agira seulement sous sa surveillance (art. 534). Dans la période qui nous occupe, les règles de l'art. 486 s'appliqueront, non seulement aux ventes de meubles corporels, mais encore aux ventes de droits mobiliers incorporels; par exemple à la cession du bail des lieux occupés par le failli (2).

Ces règles ne seront pas applicables aux ventes d'immeubles ; pour celles-ci, il faudrait le consentement du failli et un jugement du tribunal : *à contrario* de l'art. 486, et analogie de l'art. 487 (3).

IV. — **Poursuite des droits du failli.**

976. Les syndics usent ici, pour les créanciers, de la faculté inscrite dans l'art. 1166, C. civ., d'après lequel les créanciers peuvent exercer les droits de leur débiteur. Dans cet exercice de ses droits, ils sont essentiellement ses ayant-cause, et ne peuvent prétendre à d'autres droits que ceux qu'il avait lui-même. Nous avons vu qu'il en est autrement pour les droits constitués par la loi au profit de la masse, comme les nullités des art. 446 et suiv.

Pour permettre aux syndics d'exercer les droits du failli, on leur remet ses livres avec les précautions indiquées aux articles suivants :

Art. 471, 1er al. Les livres seront extraits des scellés et remis par le juge de paix aux syndics, après avoir été arrêtés par lui : il constatera sommairement, par son procès-verbal, l'état dans lequel ils se trouveront.

Art. 475. Les syndics appelleront le failli auprès d'eux pour clore et arrêter les livres en sa présence. — S'il ne se rend pas à l'invitation, il sera sommé de comparaître dans les quarante-huit heures au plus tard. — Soit qu'il ait ou non obtenu un sauf-conduit, il pourra comparaître par fondé de pouvoirs, s'il justifie de causes d'empêchement reconnues valables par le juge-commissaire.

Cette clôture n'est pas la même que celle dont il est question dans l'art. 471, 1er al., et qui est faite par le juge de paix ; il s'agit ici de la clôture et de la balance des comptes (4).

On leur remet aussi les lettres adressées au failli, du moins celles qui concernent son commerce :

Art. 471, dern. al. Les lettres adressées au failli seront remises aux syndics, qui les ouvriront ; il pourra, s'il est présent, assister à l'ouverture.

Il a droit de réclamer celles qui lui sont exclusivement personnelles ; c'est pour cela qu'il a droit d'assister à l'ouverture (trav. préparatoires) (5).

Les syndics ont même le droit de se faire remettre directement les lettres par l'administration des postes, malgré la règle très rigoureuse que cette administration ne remet jamais ses dépêches à d'autres qu'au destinataire.

(1) Req. 23 fév. 1858, D. P. 58. 1. 391.

(2) Paris, 23 juill. 1845, D. P. 46. 4. 286.

(3) Req. 13 janv. 1869, D. P. 71. 5. 192; Req. 17 juin 1878, D. P. 79. 1. 34. Al. n. 2817. — Et il faudrait appliquer toutes les règles des art. 572 et 573 : même arrêt.

(4) Béd., n. 315. Dall., n. 444. Demang., t. V, p. 315, 316. Al. n. 2584.

(5) Brav. et Demang., t. V, p. 314.

Source BIU Cujas

Pour obtenir cette remise, les syndics n'auront qu'à signifier au directeur le jugement déclaratif (Instruction du directeur général, 29 mars 1839).

977. **Mesures purement conservatoires.**

Art. 490, 1er al. A compter de leur entrée en fonctions, les syndics seront tenus de faire tous actes pour la conservation des droits du failli contre ses débiteurs.

Telles seront des interruptions de prescription, des protêts, des poursuites en justice (cf. art 471, 2e al., *infrà*).

Art. 490, 2e al. Ils seront aussi tenus de requérir l'inscription aux hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli, si elle n'a pas été requise par lui ; l'inscription sera prise au nom de la masse par les syndics, qui joindront à leurs bordereaux un certificat constatant leur nomination.

978. **Recouvrements.**

Art. 471, 2e et 3e al. Les effets de portefeuille à courte échéance ou susceptibles d'acceptation, ou pour lesquels il faudra faire des actes conservatoires, seront aussi extraits des scellés par le juge de paix, décrits et remis aux syndics pour en faire le recouvrement. Le bordereau en sera remis au juge-commissaire. Les autres créances seront recouvrées par les syndics sur leurs quittances.

Art. 485. Les syndics continueront de procéder, sous la surveillance du juge-commissaire, au recouvrement des dettes actives.

Ils n'ont que le droit de réaliser les créances ; ils ne pourraient évidemment faire des remises de dettes ; mais ils pourraient, dans l'intérêt bien entendu de la masse, accorder des délais, recevoir des paiements partiels ; et même, si le failli a un débiteur également en faillite, consentir à un concordat, car les sacrifices consentis dans un concordat ont pour but de tirer un meilleur parti de la situation (v. *infrà*, n. 1048) (1).

Sort des deniers provenant des recouvrements et des ventes :

Art. 489. Les deniers provenant des ventes et des recouvrements seront, sous la déduction des sommes arbitrées par le juge-commissaire, pour le montant des dépenses et frais, versés immédiatement à la caisse des dépôts et consignations. Dans les trois jours des recettes, il sera justifié au juge-commissaire desdits versements ; en cas de retard, les syndics devront les intérêts des sommes qu'ils n'auront point versées. Les deniers versés par les syndics, et tous autres consignés par des tiers, pour compte de la faillite, ne pourront être retirés qu'en vertu d'une ordonnacce du juge-commissaire. S'il existe des oppositions, les syndics devront préalablement en obtenir la main levée. Le juge-commissaire pourra ordonner que le versement sera fait par la caisse directement entre les mains des créanciers de la faillite, sur un état de répartition dressé par les syndics et ordonnancé par lui.

Ces précautions contre les détournements possibles des syndics ont été ainsi complétées en 1838 ; elles étaient auparavant moins sûres (v. anciens art. 496-498).

(1) *Contrà :* Bordeaux, 18 déc. 1878, D. P. 81. 2. 215.

Source BIU Cujas

Elles sont imposées aux syndics sous leur responsabilité, et sous peine de devoir les intérêts des sommes non déposées; intérêts qui seront comptés à 5 %, ce qui est l'intérêt légal quand le législateur ne l'a pas précisé; et non pas à 3 %, quoique la caisse des dépôts et consignations ne les paie qu'à ce dernier taux. Mais ces précautions ne sont pas une condition de la validité du paiement par les tiers (1); ceux-ci ne sont pas obligés de surveiller cet emploi des sommes.

Le juge-commissaire peut dispenser de ce dépôt pour les sommes nécessaires aux opérations; mais il ne pourrait pas donner une dispense générale qui annulerait les garanties voulues par la loi (2).

979. **Actions en justice.**

Les syndics exercent toutes les actions appartenant au failli, soit comme demandeur, soit comme défendeur : art. 443, 2e et 3e al. — Ils représentent tous les créanciers, au moins les chirographaires; ils exercent donc aussi toutes les actions qui appartiennent à ceux-ci, comme masse, celles nées de la faillite, et même celles qui leur appartenaient antérieurement, comme celles de l'art. 1167 : v. à la section précédente, § 4, n. 967.

Q. *Les créanciers peuvent-ils intervenir individuellement dans les instances en leur nom personnel ?* — 1er S. *Non* : l'intervention n'est possible que de la part de ceux qui ne sont pas parties au procès; or, ils sont représentés légalement par les syndics (3). — 2e S. *Oui* (!) : les syndics représentent les créanciers comme masse, mais la loi n'a nulle part enlevé à ceux-ci le droit individuel de faire valoir personnellement leurs droits; au contraire, dans la vérification des créances, elle reconnaît à chaque créancier le droit individuel de les contester (art. 494) (4).

980. **Transactions.**

Art. 487. Les syndics pourront, avec l'autorisation du juge-commissaire, et le failli dûment appelé, transiger sur toutes contestations qui intéressent la masse, même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers — Si l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou qui excède trois cents francs, la transaction ne sera obligatoire qu'après avoir été homologuée, savoir : par le tribunal de commerce pour les transactions relatives à des droits mobiliers, et par le tribunal civil pour les transactions relatives à des droits immobiliers. — Le failli sera appelé à l'homologation; il aura, dans tous les cas, la faculté de s'y opposer. Son opposition suffira pour empêcher la transaction, si elle a pour objet des biens immobiliers.

C'est une innovation de 1838.

Cette valeur de 300 fr., qui nécessitera l'homologation, c'est la valeur engagée dans le litige à terminer, et non pas celle du sacrifice à faire pour transiger; celui-ci fût-il inférieur à 300 fr., l'homologation sera nécessaire si la première valeur excédait ce chiffre (5).

(1) Caen, 26 juill. 1867, D. P. 69. 2. 149.

(2) Douai, 18 mai 1868, D. P. 69. 2. 107.

(3) Poitiers, 20 janv. 1853, D. P. 55. 2. 23.

(4) Req. 30 déc. 1856, D. P. 57. 1. 203; Agen, 22 nov. 1880, D. P. 82. 2. 221. Al. n. 2475. — Mais les frais seront à leur charge, à moins que leur intervention n'ait été utile à la masse : Req. 31 juill. 1879, D. P. 80. 1. 273.

(5) Renouard, t. I, p. 516. Al. n. 2595.

Source BIU Cujas

Quant à la forme de cette homologation, notre article établit des règles de compétence qui sont en général conformes aux règles du droit commun : en général, les questions mobilières d'une faillite sont commerciales, et les questions immobilières sont civiles. Pourtant il peut arriver que des procès immobiliers soient de la compétence du tribunal de commerce, par exemple s'il s'agit de faire annuler une donation ou une vente immobilière en vertu des art. 446 et suiv. Et réciproquement des procès mobiliers peuvent être de la compétence du tribunal civil ; par exemple s'il s'agit d'une succession mobilière échue au failli. Nous dirons que le Code n'a pas eu l'intention de déroger à la compétence de droit commun, qu'il a seulement statué *ex eo quod plerumque fit* (1).

On s'est demandé si les syndics pourraient transiger avec des créanciers de la faillite ; parce que, dit-on, ce serait enlever aux autres créanciers le droit de contredire, qui leur est accordé par l'art. 494. Mais il faut répondre que ceux-ci peuvent intervenir, comme nous l'avons dit plus haut, et que par conséquent leurs droits sont sauvegardés (2).

V. — **Frais de ces mesures.**

981. Ils sont pris sur les deniers de la faillite. Pour en produire, on pourrait même autoriser certaines ventes en vertu de l'art. 486 (3). — A défaut de ces ressources, le trésor public ferait l'avance pour les frais les plus urgents :

Art. 461. Lorsque les deniers appartenant à la faillite ne pourront suffire immédiatement aux frais du jugement de déclaration de la faillite, d'affiche et d'insertion de ce jugement dans les journaux, d'apposition des scellés, d'arrestation et d'incarcération du failli, l'avance de ces frais sera faite, sur ordonnance du juge-commissaire, par le trésor public, qui en sera remboursé par privilège sur les premiers recouvrements, sans préjudice du privilège du propriétaire.

VI. — **Secours au failli et à sa famille.**

982. Ces secours sont accordés par des raisons d'humanité ; ils remplacent, nous l'avons vu, l'insaisissabilité, établie pour certains objets, par le code de procédure civile (art. 580 et suiv., 592 et suiv.).

On laisse d'abord au failli certains effets nécessaires pour lui ou pour sa famille : art. 469, 1°.

De plus, on peut lui accorder des secours pécuniaires :

Art. 474. Le failli pourra obtenir pour lui et sa famille, sur l'actif de sa faillite, des secours alimentaires, qui seront fixés, sur la proposition des syndics, par le juge-commissaire, sauf appel au tribunal, en cas de contestation.

(1) Req. 13 déc. 1865, D. P. 66. 1. 146. Brav., t. V, p. 334-335. Al. n. 2597. — Il faut d'ailleurs considérer uniquement la nature de l'objet principal de la transaction : s'il est mobilier le tribunal de commerce sera compétent, quoique certaines valeurs immobilières, comme des hypothèque, y fussent engagées : Rej. 15 nov. 1880, D. P. 81. 1. 101.

(2) Req. 13 déc. 1865, D. P. 66. 1. 146. — Al. n. 2595.

(3) Renouard, t. I, p. 505. Béd., n. 373, 374. Brav., t. V, p. 336.

Source BIU Cujas

Ici on ne consulte pas les créanciers; après l'union il faudra les consulter (art. 530). — Si les syndics négligent de les proposer, le failli pourra saisir lui-même le juge-commissaire, qui entendra les syndics (1).

VII. — Mesures dans l'intérêt de la vindicte publique.

983. **Art. 459. Le greffier du tribunal de commerce adressera, dans les vingt-quatre heures, au procureur de la République du ressort, extrait des jugements déclaratifs de faillite, mentionnant les principales indications et dispositions qu'ils contiennent.**

Art. 482. En toute faillite, les syndics, dans la quinzaine de leur entrée ou de leur maintien en fonctions, seront tenus de remettre au juge-commissaire un mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle paraît avoir. — Le juge-commissaire transmettra immédiatement les mémoires, avec ses observations, au procureur de la République. S'ils ne lui ont pas été remis dans les délais prescrits, il devra en prévenir le procureur de la République et lui indiquer les causes du retard.

Un mémoire de ce genre devra être rédigé, non seulement au début, mais encore chaque fois qu'il y a lieu au remplacement des syndics, et lors même que les mêmes syndics seraient maintenus, par conséquent trois fois au cours de la faillite s'il y a union. Il faut évidemment entendre ainsi le texte, car sans cela on ne comprendrait pas pourquoi l'article, après avoir parlé de leur entrée en fonctions, ajouterait « ou de leur maintien »; le 2e alinéa parle d'ailleurs des mémoires au pluriel (2).

Art. 483. Les officiers du ministère public pourront se transporter au domicile du failli et assister à l'inventaire. — Ils auront, à toute époque, le droit de requérir communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite.

V. aussi l'art. 477, *in fine* (n° suivant).

SECTION III.

MESURES PRÉPARANT LA SOLUTION.

984. Toutes les solutions de la faillite aboutiront à une répartition, amiable (en cas de concordat) ou forcée (en cas d'union), de l'actif du failli entre ses créanciers. Il importe donc, avant tout, d'établir avec précision l'état de l'actif et du passif du failli. — De plus c'est un vote des créanciers qui choisira entre les solutions proposées; il importe donc spécialement d'établir les éléments du passif, pour savoir qui aura le droit de prendre part à ce vote comme créancier, et pour quelle quotité chacun sera compté. — Enfin les créanciers, pour apprécier les propositions qui leur seront faites, doivent savoir ce que leur donnerait la liquidation forcée telle que la loi la règle en cas

(1) Demang., t. V, p. 320. Al. n. 2583. — *Contrà :* Béd., n. 309, 310. Dall., n. 399.

(2) Esnault, n. 331. Dall., n. 467. Brav. et Demang., t. V, p. 325-326. — *Contrà :* Renouard. t. I, p. 501. Béd., n. 351. Al. n. 2591.

Source BIU Cujas

d'union; nous verrons que les syndics doivent, avant le vote du concordat, leur faire un rapport sur ce point; ce sont les élements de ce rapport que nous allons établir avec la loi.

Pour cela, il faut d'abord que les syndics dressent le **bilan**, c'est-à-dire l'état général de l'actif et du passif, s'il n'a pas été rédigé et déposé par le failli lui-même :

Art. 476. Dans le cas où le bilan n'aurait pas été déposé par le failli, les syndics le dresseront immédiatement à l'aide des livres et papiers du failli, et des renseignements qu'ils se procureront, et ils le déposeront au greffe du tribunal de commerce.

Art. 477. Le juge-commissaire est autorisé à entendre le failli, ses commis et employés, et toute autre personne, tant sur ce qui concerne la formation du bilan que sur les causes et les circonstances de la faillite.

Art. 478. Lorsqu'un commerçant aura été déclaré en faillite après son décès, ou lorsque le failli viendra à décéder après la déclaration de la faillite, sa veuve, ses enfants et ses héritiers pourront se présenter ou se faire représenter pour le suppléer dans la formation du bilan, ainsi que dans toutes les autres opérations de la faillite.

Il faut ensuite contrôler et préciser les éléments de ce bilan : — d'une part les éléments du passif, par l'*établissement de la liste des créanciers et de la quotité de leurs droits;* — d'autre part, les éléments de l'actif, en déduisant de l'actif apparent tout ce qui ne doit pas en faire partie, ou ce qui ne peut pas être distribué entre les créanciers chirographaires : ce sont *les prélèvements à faire sur la masse.* — Ces deux séries d'opérations seront l'objet de deux sous-sections.

SOUS-SECTION I.

ÉTABLISSEMENT DE LA LISTE DES CRÉANCIERS ET DE LA QUOTITÉ DE LEURS DROITS.

Deux paragraphes : — 1° Etablissement de la liste et du montant des créances ou *vérification des créances;* — 2° Règlement de la quotité pour laquelle chacun figurera dans la masse passive.

§ Ier

Vérification des créances.

985. C'est l'objet de la section 5e du ch. V.

La loi s'occupe de fixer définitivement les droits de chacun, non seulement à l'effet de voter au concordat, mais encore à l'effet de prendre part aux répartitions de deniers qui auront lieu, soit après le concordat, soit après l'union; cela résulte bien évidemment des art. 502 et 503. — Les précautions que la loi prend ont pour but d'assurer l'égalité entre les créanciers, qui est, nous l'avons vu, la préoccupation du législateur commercial. Elle cherche une garantie de plus dans l'affirmation de sa créance qu'elle demande à chaque

Source BIU Cujas

créancier (art. 497), et dont la sincérité est garantie par la menace des travaux forcés (art. 593, 2°).

La première opération consiste dans la remise, par les créanciers, de leurs titres, soit au greffier avant la nomination des syndics (1), soit au greffier ou aux syndics, à leur choix, après la nomination de ceux-ci :

Art. 491. A partir du jugement déclaratif de la faillite, les créanciers pourront remettre au greffier leurs titres, avec un bordereau indicatif des sommes par eux réclamées. Le greffier devra en tenir état et en donner récépissé. — Il ne sera responsable des titres que pendant cinq années, à partir du jour de l'ouverture du procès-verbal de vérification.

Art. 492. Les créanciers qui, à l'époque du maintien ou du remplacement des syndics, en exécution du troisième paragraphe de l'article 462, n'auront pas remis leurs titres, seront immédiatement avertis, par des insertions dans les journaux et par lettres du greffier, qu'ils doivent se présenter en personne ou par fondés de pouvoirs, dans le délai de vingt jours, à partir desdites insertions, aux syndics de la faillite, et leur remettre leurs titres accompagnés d'un bordereau indicatif des sommes par eux réclamées, si mieux ils n'aiment en faire le dépôt au greffe du tribunal de commerce ; il leur en sera donné récépissé. — A l'égard des créanciers domiciliés en France, hors du lieu où siège le tribunal saisi de l'instruction de la faillite, ce délai sera augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance entre le lieu où siège le tribunal et le domicile du créancier. — A l'égard des créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, ce délai sera augmenté conformément aux règles de l'article 73 du Code de procédure civile.

On voit que les créanciers sont mis en demeure de produire leurs titres, soit par lettres individuelles et par insertions dans les journaux s'ils sont connus, soit, dans le cas contraire, par des insertions seulement. — Ils ont vingt jours à partir de cet avertissement ; mais ce délai est allongé à raison des distances. — Ils doivent joindre à leurs titres un bordereau destiné à indiquer ce que leur titre n'indiquerait pas suffisamment : les intérêts qui ne leur ont pas été payés, les frais qu'ils ont pu faire, les acomptes qu'ils peuvent avoir reçus. Ce bordereau doit être sur papier timbré (décis. min. des finances, 11 oct. 1808).

986. **La vérification** doit commencer dans les trois jours qui suivent l'expiration du délai imparti pour les créanciers domiciliés en France. — Le moment en est déterminé par une nouvelle convocation précisant le jour et l'heure. — Elle a lieu en assemblée générale, ce qui est une innovation de 1838.

Art. 493. La vérification des créances commencera dans les trois jours de l'expiration des délais déterminés par les premier et deuxième paragraphes de l'article 492. Elle sera continuée sans interruption. Elle se fera aux lieu, jour et heure indiqués par le juge-commissaire. L'avertissement aux créanciers ordonné par l'article précédent contiendra mention de cette indication. Néan-

(1) L'art. 492 parle seulement du remplacement des syndics, mais il faut admettre que même auparavant les créanciers *pourraient* remettre leurs titres aux syndics provisoires : Ren., t. I, p. 528. Béd., n. 442. Dall., n. 372. Al. n. 2605.

Source BIU Cujas

moins les créanciers seront de nouveau convoqués à cet effet, tant par lettres du greffier que par insertions dans les journaux. — Les créances des syndics seront vérifiées par le juge-commissaire, les autres le seront contradictoirement entre le créancier ou son fondé de pouvoir et les syndics, en présence du juge-commissaire, qui en dressera procès-verbal.

En principe le débat s'établit entre les syndics représentant la masse et le créancier vérifié. Si les syndics sont créanciers eux-mêmes, alors, relativement à ces créances, la masse est représentée par le juge-commissaire. On aurait pu lorsqu'il y a plusieurs syndics faire vérifier l'un par l'autre; on a craint des complaisances réciproques (1). — Mais quoique la masse soit légalement représentée, chaque créancier individuellement et le failli lui-même peuvent aussi prendre part au débat; ils reprennent pour cela leur initiative individuelle (2) :

Art. 494. Tout créancier vérifié ou porté au bilan pourra assister à la vérification des créances, et fournir des contredits aux vérifications faites et à faire. Le failli aura le même droit.

Les créanciers et le failli (celui-ci en supportant les frais sur des ressources étrangères à la masse) pourraient aller jusqu'à porter la contestation devant la justice; car l'art. 498 (v. *infrà*, n. 989) ne distingue pas (3). Nous en avons conclu qu'ils pourraient intervenir dans les procès soutenus par les syndics (v. *suprà*, n. 967, 979).

Le juge-commissaire dresse le procès verbal de la séance (art. 493, *in fine*).

Art. 495. Le procès-verbal de vérification indiquera le domicile des créanciers et de leurs fondés de pouvoirs. — Il contiendra la description sommaire des titres, mentionnera les surcharges, ratures et interlignes, et exprimera si la créance est admise ou contestée.

987. **L'admission** peut être prononcée soit sans difficultés, soit après des contredits et même des contestations en justice. Elle peut avoir lieu avec ou sans *réserves*, de la part des syndics ou des autres créanciers, de la contester ultérieurement (4).

Elle doit être suivie de **l'affirmation.**

Art. 497. Si la créance est admise, les syndics signeront, sur chacun des titres, la déclaration suivante : Admis au passif de la faillite de... pour la

(1) Brav., t. V, p. 350-351.

(2) Brav., t. V, p. 351.

(3) Cass. 13 nov. 1867, S. 68. 1. 116. Brav. et Demang., t. V, p. 351. Al. n. 2614, 2615. — *Contrà* pour le failli : Cass. 18 fév. 1863, S. 63. 1. 285. Béd., n. 445.

(4) On pourrait même admettre des réserves de la part du créancier admis, s'il y avait intérêt pour sauvegarder certains droits ; p. ex. un créancier hypothécaire qui voudrait se mettre en garde contre la doctrine qui lui ferait perdre son hypothèque par son admission sans réserve ; doctrine admise autrefois par la Cour de cassation le 19 juillet 1841, mais rejetée depuis par la cour suprême, condamnée par tous les auteurs à bon droit, car l'art. 508 faisant déchoir le créancier de son hypothèque par le vote au concordat, suppose bien qu'il a pu être admis sans la perdre déjà, puisqu'il ne pourrait pas voter sans avoir été admis : Rej. 14 juill. 1879, D. P. 79. 1. 422. Ren., t. I, p. 560 et suiv. Dall., n. 602. Al. n. 2619.

Source BIU Cujas

somme de... le... — Le juge-commisssaire visera la déclaration. — Chaque créancier, dans la huitaine au plus tard, après que sa créance aura été vérifiée, sera tenu d'affirmer, entre les mains du juge-commissaire, que ladite créance est sincère et véritable.

Q. *Cette affirmation doit-elle avoir lieu sous serment?* La loi ne l'ayant pas dit, nous pensons qu'on ne peut ajouter cette exigence (1).

Les huit jours impartis pour l'affirmation courent individuellement pour chaque créancier à partir de l'admission de sa créance. D'ailleurs l'expiration de ce délai ne leur fait pas perdre absolument leurs droits ; la seule sanction est celle de l'art. 503 (v. *infrà*, n° suivant) (2). — La sanction de la sincérité de l'affirmation est dans l'art. 593, 2°, qui punit des peines de la banqueroute frauduleuse l'affirmation de créances supposées. — Le droit de faire cette affirmation n'est pas exclusivement attaché à la personne du créancier; il a été jugé qu'un créancier de ce créancier pourrait la faire en son nom s'il négligeait de la faire (C. civ. art. 1166) (3).

La **clôture** de la procédure de vérification et d'affirmation est faite par la clôture du procès-verbal du juge-commissaire. Ce moment est important parce qu'il met fin au droit de discuter l'époque fixée pour la cessation des paiements (art. 581) ; peut-être aussi faut-il dire qu'il arrête le droit de contester les créances (v. *infrà*, n. 990). — C'est le juge-commissaire qui est seul compétent pour fixer ce moment par la clôture de son procès-verbal; lors même que le tribunal serait saisi de contestations sur les créances (4).

Sanction de l'obligation pour les créanciers de se faire vérifier et affirmer. Ce n'est pas la perte irrévocable de leurs droits; c'est seulement le danger de ne pas pouvoir voter au concordat (art. 504, v. n. 1031) et de ne pouvoir prendre part aux répartitions de deniers; et encore sans que leur absence compromette irrévocablement leurs droits :

Art. 503. A défaut de comparution et affirmation dans les délais qui leur sont applicables, les défaillants connus ou inconnus ne seront pas compris dans les répartitions à faire : toutefois la voie de l'opposition leur sera ouverte jusqu'à la distribution des deniers inclusivement; les frais de l'opposition demeureront toujours à leur charge. — Leur opposition ne pourra suspendre l'exécution des répartitions ordonnancées par le juge-commissaire; mais s'il est procédé à des répartitions nouvelles avant qu'il ait été statué sur leur opposition, ils seront compris pour la somme qui sera provisoirement déterminée par le tribunal, et qui sera tenue en réserve jusqu'au jugement de leur opposition. S'ils se font ultérieurement reconnaître créanciers, ils ne pourront rien réclamer sur les répartitions ordonnancées par le juge-commissaire : mais ils auront le droit de prélever, sur l'actif non encore réparti, les dividendes afférents à leurs créances dans les premières répartitions.

Ils risquent donc une seule chose, c'est que les deniers qui seront répartis

(1) Ren., t. I, p. 547. Al. n. 2624. V. Brav. et Demang., t. V, p. 356-357, 373.

(3) Béd., n. 467. Dall., n. 630. Demang., t. V, p. 355, 356. Al. n. 2625. — *Contrà* : Ren., t. I, p. 548.

(3) Lyon, 19 janv. 1850, D. P. 52. 2. 250.

(4) Req. 21 déc. 1858, D. P. 59. 1. 35.

Source BIU Cujas

après leur vérification et affirmation ne soient pas suffisants pour leur payer le dividende auquel ils auraient eu droit dans les répartitions antérieures.

988. **Quels créanciers** *sont soumis à la vérification et à l'affirmation?* — Evidemment tous ceux qui font partie de la masse.

Les créanciers privilégiés ou hypothécaires doivent-ils se faire vérifier? Certainement ils le doivent au moins, si, à défaut de leur privilège et de leur hypothèque, ils veulent figurer dans la masse chirographaire; les art. 552 et 553 sont formels dans ce sens.

Q. Quid *s'ils poursuivent seulement leur gage spécial?* — Par exemple s'ils poursuivent l'expropriation de l'immeuble à eux hypothéqué; s'ils produisent dans un ordre ouvert sur le même immeuble. — 1er S. *Ils y sont obligés* : — ils nuisent encore plus à la masse que s'ils étaient des chirographaires, on ne peut donc les dispenser des formalités imposées à ceux-ci; les articles de notre section (art. 491-503) ne distinguent pas entre les diverses catégories de créanciers; — au contraire, l'art. 501 montre bien que le législateur pense ici aux créanciers privilégiés et hypothécaires; supposant aussi que leur sûreté est contestée, il implique qu'ils se sont soumis à la vérification; — l'art. 508 suppose qu'ils peuvent voter, s'ils le veulent, au concordat; il suppose donc qu'ils seront toujours vérifiés; — les art. 552 et 553 le supposent aussi, comme un cas normal (1). — 2e S. *Ils n'y sont pas obligés* (!) : — ils ne sont pas dans la masse; or tous les articles de notre section s'occupent seulement des droits dans la masse; ils parlent du vote au concordat, des répartitions de deniers; — la rubrique du chapitre porte *fonctions des syndics*; or les syndics n'ont à s'occuper que de ce qui intéresse la masse; enfin l'art. 501, s'il parle des privilégiés ou des hypothécaires, n'en parle que pour l'exercice de leurs droits dans la masse; — leur sûreté d'ailleurs peut très bien être contestée sans qu'ils aient été au-devant en se soumettant à la vérification; et d'ailleurs, voyant leur sûreté contestée, une prudence élémentaire leur aura conseillé de se faire vérifier à toute occurrence; — l'art. 552 est très formel pour n'exiger la vérification qu'au moment où ils veulent prendre part dans la masse; c'est pour nous l'argument fondamental et il faut remarquer que la fin de l'article a été ajoutée en 1838 à l'ancien texte du Code; — quant à l'art. 508, il est bien sûr qu'ils ne pourront voter au concordat que s'ils sont vérifiés et affirmés; l'article suppose qu'ils le sont; mais il n'implique nullement qu'ils *doivent* l'être, s'ils ne veulent pas voter au concordat; — toujours le législateur, à tort ou à raison, a voulu respecter scrupuleusement le droit de ces créanciers sur leur gage (v. art. 571); d'ailleurs ils n'échapperont pas au contrôle; car on pourra toujours contester, soit leur créance, soit leur hypothèque ou leur privilège (art. 501); les syndics sont leurs contradicteurs naturels et nécessaires dans l'ordre, et les créanciers peuvent toujours y intervenir (2).

Avant la L. 12 février 1872 sur le privilège du bailleur, il fallait bien, même

(1) Bordeaux, 19 mars 1860, D. P. 62. 1. 333. — Pard., n. 1184. Ren., t. I, p. 559. Béd., n. 426. Boulay-Paty, n. 213, 230. Saint-Nexent, n. 402. Dall., n. 574. Demang., t. V, p. 343, 344. Al. n. 2606, 2607.

(2) Lyon, 16 févr. 1881, D. P. 81. 2. 237, etc., etc. Brav., t. V, p. 343.

Source BIU Cujas

dans le premier système, faire exception en faveur du bailleur, puisque le droit de poursuite de celui-ci n'était suspendu que pendant trente jours à partir du jugement déclaratif (ancien art. 450), délai nécessairement plus court que celui où la vérification peut commencer (v. art 491) (1). Actuellement ces poursuites sont suspendues jusqu'à l'expiration de huit jours à partir du délai de la vérification des créances (nouvel art. 450). On a voulu que la masse fût constituée, vît clair dans ses affaires, afin d'arrêter les poursuites du bailleur dès qu'elles se produiraient, si elle avait intérêt à le faire.

Nous n'appliquerons le second système ci-dessus qu'aux créanciers à privilège spécial; car les arguments que nous avons donnés ne s'appliquent qu'à eux : les créanciers à privilège général n'ont pas un droit spécial sur un bien; ils sont directement en conflit avec la masse chirographaire sur la masse de biens; enfin nous n'avons pas admis qu'ils conservassent le droit de poursuite individuelle, l'art. 571 ne s'appliquant pas à eux (2).

Contestations.

989. Elles peuvent être soulevées d'abord dans l'assemblée des créanciers en présence du juge-commissaire (art. 493 et 494). Celui-ci peut s'éclairer et éclairer les parties par tous les moyens possibles :

Art. 496. Dans tous les cas, le juge-commissaire pourra, même d'office, ordonner la représentation des livres du créancier, ou demander, en vertu d'un compulsoire, qu'il en soit rapporté un extrait fait par les juges du lieu.

Mais il ne peut trancher lui-même le litige. Si l'on ne parvient pas à s'entendre, il renverra devant le tribunal :

Art. 498. Si la créance est contestée, le juge-commissaire pourra, sans qu'il soit besoin de citation, renvoyer à bref délai devant le tribunal de commerce, qui jugera sur son rapport. — Le tribunal de commerce pourra ordonner qu'il soit fait, devant le juge-commissaire, enquête sur les faits, et que les personnes qui pourront fournir des renseignements soient, à cet effet, citées par devant lui.

Le renvoi n'aura pas toujours lieu devant le tribunal de commerce; l'art. 500 montre qu'il faudra suivre les règles ordinaires de compétence.

Le législateur désire accélérer autant que possible. Aussi on pourra ne pas attendre la solution du litige; le tribunal peut ordonner de passer outre; et alors on doit décider de plus si le créancier sera ou non admis provisoirement aux opérations de la faillite. Donc deux points à décider : 1° passera-t-on aux opérations ultérieures avant la solution du litige? 2° admettra-t-on provisoirement le créancier contesté?

Art. 499. Lorsque la contestation sur l'admission d'une créance aura été portée devant le tribunal de commerce, ce tribunal, si la cause n'est point en état de recevoir jugement définitif avant l'expiration des délais fixés, à l'égard des personnes domiciliées en France, par les articles 492 et 497, ordonnera, selon les circonstances, qu'il sera sursis ou passé outre à la convocation de l'assemblée pour la formation du concordat. — Si le tribunal ordonne qu'il

(1) Lyon, 17 mars 1846, D. P. 46. 4. 292. — Dall., n. 574. Demang., t. V, p. 344, 345.
(2) Brav., t. V, p. 344-345.

Source BIU Cujas

sera passé outre, il pourra décider par provision que le créancier contesté sera admis dans les délibérations pour une somme que le même jugement déterminera.

Si le litige est de la compétence du tribunal de commerce, ce sera lui qui statuera sur ces deux points.

Si le litige est de la compétence d'un autre tribunal, le tribunal de commerce statuera toujours sur le premier point, à savoir si l'on passera outre. Car cette décision exige la connaissance de l'ensemble de la situation de la faillite (art. 635); il faut notamment savoir si la présence ou l'absence de ce créancier peut modifier gravement le résultat du vote sur le concordat. — Quant au second point, à savoir si le créancier sera ou non admis provisoirement, la solution est différente suivant qu'il s'agit d'une action civile ou d'une action criminelle :

Art. 500. Lorsque la contestation sera portée devant un tribunal civil, le tribunal de commerce décidera s'il sera sursis ou passé outre; dans ce dernier cas, le tribunal civil saisi de la contestation jugera, à bref délai, sur requête des syndics, signifiée au créancier contesté, et sans autre procédure, si la créance sera admise par provision et pour quelle somme. — Dans le cas où une créance serait l'objet d'une instruction criminelle ou correctionnelle, le tribunal de commerce pourra également prononcer le sursis : s'il ordonne de passer outre, il ne pourra accorder l'admission par provision, et le créancier contesté ne pourra prendre part aux opérations de la faillite tant que les tribunaux compétents n'auront pas statué.

S'il s'agit d'une action civile, le tribunal civil statue sur l'admission provisoire. Si au contraire il s'agit d'une action criminelle, on ne peut pas prononcer l'admission provisoire: on n'a pas voulu que le tribunal saisi de l'affaire pût créer un préjugé défavorable au prévenu.

Art. 501. Le créancier dont le privilège ou l'hypothèque seulement serait contesté sera admis dans les délibérations de la faillite comme créancier ordinaire.

Q. *Sera-t-il admis à voter au concordat?* — 1er S. *Non*, à moins qu'il ne renonce absolument à son privilège ou à son hypothèque : — l'art. 501 ne déroge pas formellement à l'art. 508, qui doit par conséquent être toujours respecté; — le créancier sera seulement admis aux autres délibérations (1). — 2e S. *Oui* (!): le sens naturel de l'art. 501 est que le créancier sera admis à la délibération et au vote sur le concordat, comme aux autres, puisque le texte ne distingue pas; c'est là la première délibération qui va se présenter, le législateur y pensait certainement, il en parle dans l'art. 502, il l'aurait exceptée formellement s'il avait voulu l'exclure; — il a au contraire voulu déroger à l'article 508, par une raison d'équité manifeste : on ne peut pas refuser à ce créancier la qualité de chirographaire lorsque son hypothèque seule est contestée, et lui donner moins de droits que ceux qui n'avaient stipulé aucune garantie; du moment qu'on lui dénie *provisoirement* la qualité d'hypothécaire, on doit provisoirement l'accepter comme chirographaire.

(1) Renouard, t. II, p. 27. Bédarrides, n. 487-489. Demang., t. V, p. 364.

Source BIU Cujas

990. **Q.** *Jusqu'à quel moment peut-on contester les créances?* — 1er S. *Chaque créance ne peut être contestée que jusqu'au moment où elle a été affirmée*: — l'admission, suivie d'affirmation, forme un quasi-contrat judiciaire entre tous ceux qui ont pris part à la vérification : ceux qui étaient présents n'ont qu'à s'imputer de n'avoir pas élevé de contredit; ceux qui n'y étaient pas ont été légalement représentés par les syndics, ils sont aussi forclos (1). — 2e S. *Toute créance peut être contestée jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification et d'affirmation* : — c'est seulement alors que se forme le quasi-contrat judiciaire; — l'art. 581, qui arrête à ce moment toute contestation sur l'époque de la cessation des paiements, paraît bien vouloir fixer alors toutes les situations; — on répond au 1er système que l'art. 494 admet qu'on peut contester une créance déjà vérifiée, et que cela serait impossible dans le 1er système, car chaque créancier s'empresserait d'affirmer sa créance dès qu'elle serait vérifiée (2). — 3e S. *Tant que la faillite n'est pas terminée* (!) : on ne peut établir une forclusion aussi grave sans une disposition bien claire ; or nulle part les articles de notre section ne parlent du prétendu contrat judiciaire qu'allèguent les deux premiers systèmes; il n'y a pas dans la vérification un jugement proprement dit, et rien ne prouve surtout que la décision prise ait force de chose jugée *erga omnes;* — tout ce qui résulte de nos articles, c'est qu'un créancier non vérifié ne peut être admis aux opérations de la faillite, et encore cette exclusion n'est pas absolue (art. 503); mais il n'en résulte nullement que celui qui est vérifié ait un droit acquis irrévocable à prendre part à toutes les opérations de la faillite : — enfin l'art. 494 dit que les créances vérifiées peuvent être contestées; aucun article ne dit que ce droit s'arrête après l'affirmation, ni après l'expiration du délai de l'art. 497; cet argument prouve non seulement contre le premier, mais même contre le second système (3).

Les divergences théoriques entre ces systèmes s'atténuent considérablement en pratique. En effet d'une part les partisans du troisième système doivent reconnaître que la procédure de vérification et la facilité que chacun a eue de contredire les créances sont un fait grave, qui doit rendre les juges très réservés dans l'admission d'une contestation ultérieure. D'autre part la cour de cassation, en posant en principe le 1er système, y fait exception dans les cas suivants (4) : — 1° en cas de fraude, ayant empêché l'appréciation (5); — 2° en cas de découverte de moyens inconnus aux syndics (6); — 3° en cas de double emploi (7); — 4° si l'on a fait des réserves lors de l'admission (8); — 5° dans le cas où un créancier aurait un droit personnel, pour lequel les syndics ne sont pas ses représentants (9).

(1) Jurisprudence constante de la Cour de cassation : Cass. 8 mars 1882, D. P. 82. 1. 405, etc. etc. Renouard, t. I, p. 549.

(2) Béd., n. 443. Dall., n. 631. Em. Ollivier, *Revue prat.*, t. I, p. 24. Demang., t. V, p. 351-352. Al. n. 2626-2630. Massé, n. 2199, 2575.

(3) Douai, 17 fév. 1859, D. P. 59. 2. 153.

(4) Al. n. 2628 et suiv.

(5) Req. 28 nov. 1881, D. P. 82. 1. 247, etc.

(6) Cass. 1er mai 1855, D. P. 55. 1. 311.

(7) *Ibid.*

(8) Req. 3 août 1875, D. P. 76. 1. 81.

(9) Cass. 22 mars 1882, D. P. 82. 1. 405, etc.

Source BIU Cujas

Il est certain que si la créance avait été contestée en justice et qu'un jugement se fût prononcé, il y aurait autorité de chose jugée, à l'égard de tous (1), du moins si les syndics avaient pris part à la contestation.

§ 2

Quotité pour laquelle chaque créancier figurera.

991. La question paraît très simple ; et, en effet, dans la plupart des cas, la vérification des créances aura donné la réponse : chaque créancier figurera pour la quotité de sa créance admise et affirmée; et sur le montant de cette créance il obtiendra un dividende comme tous les autres.

Mais une difficulté spéciale s'élève dans le cas où le créancier a **plusieurs débiteurs** obligés au tout, comme un débiteur principal et une caution (2), ou plusieurs codébiteurs solidaires. Devra-t-il figurer dans la faillite de l'un d'eux pour la totalité de sa créance, lors même qu'il aurait reçu d'un autre un paiement partiel ; ou ne figurera-t-il que pour ce qui lui reste dû avec la perspective de n'avoir sur cette somme qu'un dividende, et par conséquent avec la certitude de n'être pas intégralement payé? Le Code traite cette question à la section 1re du chapitre 7, intitulée : *des coobligés et des cautions* (art. 542-545).

Nous examinerons d'abord deux hypothèses sur lesquelles le Code s'exprime formellement; nous verrons ensuite celles sur lesquelles il ne s'explique pas aussi clairement.

992. **1re hypothèse:** *Tous les coobligés sont en faillite* avant qu'aucun paiement ait été fait.

Le créancier peut, en principe, demander le tout à chaque coobligé ; il pourra donc se faire inscrire pour le tout dans toutes les faillites. Mais, comme elles se liquideront successivement, après avoir figuré dans la première pour le tout et avoir reçu un dividende calculé sur la totalité, pour combien figurera-t-il dans les autres? Soit un créancier de 100, avec trois codébiteurs solidaires; il s'inscrira dans toutes les faillites pour 100; si la première liquidée donne 50 %, il y touchera 50; mais alors figurera-t-il dans la seconde toujours pour 100, ou bien ne figurera-t-il que pour 50 ou même pour rien du tout, de sorte que si la nouvelle faillite donne aussi 50 %, il toucherait les 50 restant dans la seconde, et 0 dans la troisième?

La question était controversée sous l'empire de l'ordonnance, et bien qu'elle ait été résolue par le Code, il est utile d'exposer les trois systèmes auxquels elle avait donné lieu, pour bien mettre en lumière les raisons de la solution adoptée par l'art. 542. Ainsi il faut bien remarquer (ce qu'on oublie

(1) Demang., t. V, p. 362.

(2) Les art. 542 et 544 parlent d'obligation solidaire; on pourrait être tenté de n'appliquer leurs solutions à la caution qu'autant qu'elle est caution solidaire ; mais pour que la difficulté résolue par ces articles se présente et pour que les motifs de leurs solutions s'appliquent (v. n. 992, 3e syst., et n. 995), il suffit qu'il y ait obligation au tout; aussi tous les auteurs les appliquent à la *caution simple*, qui paraît d'ailleurs visée par la rubrique de la section.

Source BIU Cujas

encore assez souvent), que ce n'est pas là une question actuellement controversée; mais que nous nous référons à une **ancienne controverse**.

1er *Système* (ancien) : *Le créancier n'aura droit* **à rien** *dans la seconde faillite.* C'était le système de *Savary* (1) : — il a été payé intégralement en monnaie de faillite; car dans la première faillite, qui ne donnait que 50 %, le paiement d'une somme de 50 éteignait complètement une dette de 100, et le créancier de 100, qui avait reçu 50, n'avait plus rien à prétendre; donc sa créance est éteinte complètement et ses codébiteurs sont libérés (C. civ., art. 1200); — il avait le droit de s'adresser à l'un quelconque de ses débiteurs; il a dû choisir la faillite qui lui donnait le dividende le plus fort; une fois ce choix fait, il n'a plus rien à prétendre. — On reprochait à ce système de faire revivre la règle rigoureuse appliquée par le droit romain aux *correi*, règle depuis longtemps abandonnée; — il partait d'ailleurs d'un principe faux : c'est seulement à l'égard de la première faillite qu'un paiement de 50 éteint une dette de 100; toute cette théorie du paiement *en monnaie de faillite* n'est vraie qu'à l'égard de la masse qui paie; mais elle ne peut pas être invoquée par les tiers, par les créanciers d'une autre faillite; à l'égard de ceux-ci, il reste toujours vrai que le créancier n'a reçu qu'un paiement partiel et a droit au surplus de sa créance.

2e *Système* (moins ancien) : *Il figurera dans la seconde faillite pour le surplus de sa créance.* Ce système mis en avant en 1693 par Dupuys de la Serra était admis par Pothier (2) : — nous venons de montrer que, n'ayant reçu que 50, le créancier a toujours droit à 50, ni plus ni moins; son dividende devra donc être calculé comme s'il avait toujours été créancier de 50. — Ce système, qui paraît très logique, a ce grave inconvénient que le créancier est certain quel que soit le nombre de ses débiteurs, de ne jamais arriver à un paiement intégral; car dans chaque faillite il ne touche jamais qu'une fraction de ce qui lui reste dû, et dans la dernière, il ne touchera toujours qu'une fraction de ce qui lui restera dû alors. Ainsi, supposons que toutes les faillites donnent 50 %; il touchera dans la 1re, 50; dans la 2e, 25; dans la 3e, 12 fr. 50; dans la 4e 6 fr. 25; dans la 5e, 3 fr. 12 1/2, etc., sans jamais arriver à un paiement intégral. Pourtant, c'est afin d'arriver à un paiement intégral malgré l'insolvabilité possible de ses codébiteurs, qu'il avait stipulé la solidarité ou le cautionnement. Ce système est donc contraire à l'intention des parties lors de la convention originaire.

3e *Système* (actuel) : *Il figurera pour le total primitif de sa créance*, sans toutefois pouvoir toucher plus que ce qui lui reste dû. Ce système a été inauguré par un arrêt du Parlement de Paris du 18 juin 1776 (3). Il a été adopté par le Code :

Art 542. Le créancier porteur d'engagements souscrits, endossés ou garantis solidairement par le failli et d'autres coobligés qui sont en faillite partici-

(1) Parère 13, et par. 48, 5e quest.

(2) *Change*, n. 160. Arrêt Parl. de Paris, 1706; du Parl. d'Aix, 18 juin 1776, sur la plaidoirie d'Emerigon.

(3) Le même jour où le parlement d'Aix consacrait le second système; mais l'arrêt d'Aix a été cassé par l'arrêt du Conseil du 24 fév. 1778; et le 3e système a encore été consacré par arrêt du Conseil du 23 octobre 1781.

Source BIU Cujas

pera aux distributions dans toutes les masses, et y figurera pour la valeur nominale de son titre jusqu'à parfait paiement.

Par ce moyen, le créancier a l'espoir d'arriver au paiement intégral, en cumulant les solvabilités imparfaites de ses divers débiteurs; c'est ce qu'il avait voulu et ce qu'on lui avait promis en stipulant la solidarité.

On objecte que le premier paiement de 50 a libéré les autres débiteurs jusqu'à concurrence de cette somme (C. civ., art. 1200); qu'il n'est plus créancier que de 50; et qu'il ne peut pas figurer à la faillite pour 100, dût-il n'obtenir qu'un dividende de 50. — Nous constatons d'abord que cette objection, fût-elle conforme aux principes, serait en contradiction avec l'intention des parties; c'est pour cela que la conséquence qu'on en tire a été depuis longtemps abandonnée dans la pratique. Mais nous pensons de plus que la pratique peut très bien s'accorder avec les principes de la solidarité et du cautionnement : le créancier, en stipulant la solidarité ou le cautionnement est devenu créancier du tout vis-à-vis de chacun de ses débiteurs; il peut donc demander à chacun le tout. Quelle est la limite que l'équité impose à son droit? Uniquement celle-ci : il ne doit pas, en définitive, *recevoir* plus que ce qui lui est dû. C'est ce que l'art. 1200, C. civ., veut exprimer en disant que le paiement fait par l'un des débiteurs libère les autres : il a raisonné *ex eo quod plerumque fit*; il a supposé un paiement intégral, paiement que le créancier peut toujours exiger (art. 1244, C. civ.) et exigera ordinairement. L'appliquer à un paiement partiel, c'est faire dire au législateur ce qu'il n'est pas certain qu'il ait voulu dire. Aucun texte ne nous empêche donc de suivre sur ce point les données de l'équité. Or, si le créancier a reçu volontairement un paiement partiel, on peut bien dire qu'il a librement consenti à ce qu'on lui appliquât l'art. 1200, et à ne plus être créancier que du surplus (v. *infrà*, n. 995). Mais si la division du paiement n'est pas volontaire de sa part, l'art. 1200, C. civ., n'a plus d'application; il reste seulement ceci : il ne peut pas *recevoir* plus que ce qui lui est encore dû; mais il peut *demander* plus à l'effet de recevoir cela; il peut dire dans la seconde faillite : vous ne pouvez invoquer pour vous libérer le paiement fait par la première faillite qu'autant que je serais sur le point de recevoir plus que ce qui m'est dû; jusque-là je puis toujours me dire vis-à-vis de vous créancier de la totalité, puisque je le suis d'après mon titre. C'est ce que décide l'art. 542, C. com., dans lequel le législateur ne fait que limiter et préciser la règle de l'art. 1200, C. civ. (1).

De cette explication, il s'ensuivrait que la règle de l'art. 542 n'est que l'application du droit commun, et devra être observée même en matière civile, lorsque tous les codébiteurs solidaires seront en déconfiture (2).

993. Le créancier peut ainsi figurer pour la valeur intégrale de son titre « *jusqu'à parfait paiement* ». Ces mots sont interprétés et complétés par l'art. 543, qui y comprend « *le principal et les accessoires* ». Ces accessoires sont les frais et les intérêts; mais ceux-ci ne doivent être comptés que jus-

(1) Cf. Massé, n. 2021. — *Contrà* : Brav. et Demang., t. V, p. 595 et suiv., qui n'invoquent que des motifs spéciaux à la faillite. — V. aussi Renouard, t. II, p. 177. Béd., n. 853.

(2) Cass. 22 janv. 1840, D., v° *Faillite*, n. 1073. — *Contrà* : Brav., t. V, p. 594, et Demang., t. V, p. 601.

Source BIU Cujas

qu'au jugement déclaratif; il faut évidemment combiner l'art. 543 avec l'art. 445 (1).

Précautions prises par la loi pour empêcher qu'il ne touche plus que ce qui lui est dû.

D'abord on inscrit sur son titre la somme pour laquelle il est admis (art. 497); puis ensuite on y inscrit les dividendes qui lui sont payés (art. 569); de sorte que, devant présenter son titre pour en recevoir de nouveaux, il montrera en même temps ce qu'il a reçu.

994. *Droits des codébiteurs entre eux.*

Art. 543. Aucun recours, pour raison des dividendes payés, n'est ouvert aux faillites des coobligés les uns contre les autres, si ce n'est lorsque la réunion des dividendes que donneraient ces faillites excéderait le montant total de la créance, en principal et accessoires, auquel cas cet excédant sera dévolu, suivant l'ordre des engagements, à ceux des coobligés qui auraient les autres pour garants.

En principe, il n'y a aucun recours de masse à masse tant que le créancier n'est pas désintéressé. En effet la créance figure dans chaque masse pour le tout au nom du créancier; elle ne peut y figurer de nouveau au nom des coobligés; cela serait injuste pour les autres créanciers, et d'autre part les coobligés ne peuvent se plaindre, car en promettant au créancier leur garantie solidaire, ils se sont précisément obligés à s'effacer devant lui pour qu'il puisse se faire payer, dans les cas où leur présence l'empêcherait d'exercer son droit pour le tout.

Au contraire il y a lieu à un recours lorsque le créancier, intégralement payé, laisse dans une masse un reliquat. Ce reliquat sera touché par ceux qui avaient cette masse pour garant. — Il faut éclairer cette règle par des exemples :

1er *Exemple* très simple : le débiteur principal et la caution sont tous deux en faillite; la faillite de la caution a d'abord donné 50 p. %, pris par le créancier; puis la faillite du débiteur principal donne 70 p. %, le créancier n'a plus à y prendre que 50 p. %, il reste donc 20 p. %, qui seront pris par la masse de la caution, exerçant son recours en garantie contre le débiteur principal.

2e *Exemple* : une lettre de change ayant été endossée trois fois, le tireur et les endosseurs sont tous en faillite; la faillite du premier endosseur donne au porteur 30 p. %, celle du second 30 p. %, celle du troisième 20 p. %; puis on arrive à celle du tireur qui donne 60 p. %. Ici le porteur, ayant déjà reçu 80 p. %, n'a plus que 20 p. % à prendre, il reste 40 p. % disponibles, sur lesquels les endosseurs viendront dans l'ordre inverse de leurs endossements, puisque c'est dans cet ordre qu'ils sont garants les uns des autres : la masse du troisième, garantie par les deux autres et par le tireur, prendra les 20 p. % qu'elle a payés; celle du second prendra les 20 p. % qui restent, sur les 30 qu'elle a payés, et supportera définitivement 10 p. %; enfin la masse du premier ne prendra rien du tout et en sera pour les 30 p. % payés par elle.

(1) Req. 18 août 1847, D. P. 47. 1. 365. — Ren., t. II, p. 178. Brav. et Demang., t. V, p. 592. Al. n. 2757.

Source BIU Cujas

3e *Exemple* : il s'agit de débiteurs solidaires égaux entre eux, par exemple d'associés solidaires ayant des parts égales; ils sont quatre et tous sont en faillite. La faillite du premier a donné 40 p. %, celle du second 40, celle du troisième 10; enfin celle du quatrième donne 30 p. %. Sur ce dernier il reste 20 p. % de libres. Qu'en fera-t-on? On devra rétablir l'égalité entre les codébiteurs, en répartissant également la part des insolvables entre ceux qui sont solvables du moins quant à cette dette : le troisième n'ayant pu donner que 10, les 90 restant devront se répartir également entre les trois autres qui devront supporter chacun 30; donc la faillite du quatrième devra 10 à celle du premier qui a payé 40, et de même 10 à celle du second, et ayant payé aussi 10 au créancier, supportera comme les autres, 30 p. % (1). — Si les codébiteurs ne l'étaient pas pour parts égales, on établirait entre eux l'égalité proportionnelle par une méthode analogue à celle que nous avons indiquée.

Dans tous ces cas, si, après que tous les garantis sont désintéressés, il reste un excédant dans la dernière faillite, cet excédant profite aux créanciers de cette faillite.

995. **2e hypothèse :** *le créancier a reçu un paiement partiel d'un débiteur solvable, à un moment où tous les autres l'étaient aussi.*

Art. 544. Si le créancier porteur d'engagements solidaires entre le failli et d'autres coobligés a reçu, avant la faillite, un acompte sur sa créance, il ne sera compris dans la masse que sous la déduction de cet acompte, et conservera, pour ce qui lui restera dû, ses droits contre le coobligé ou la caution. Le coobligé ou la caution qui aura fait le paiement partiel sera compris dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli.

Le créancier ne sera plus créancier que du surplus, et si tous ou quelques-uns de ses débiteurs tombent en faillite, il ne figurera plus que pour le surplus. — Nous avons expliqué déjà cette solution en expliquant la précédente : en recevant volontairement un paiement partiel lorsque tous ses débiteurs sont solvables, il accepte la position que lui fait l'art. 1200 du C. civil : le paiement fait par l'un libère définitivement les autres; — on peut dire aussi qu'en consentant il est censé renoncer définitivement à toute action pour la part qu'il a reçue, de même que celui qui consent à la division de la dette à l'égard de l'un de ses codébiteurs ne conserve d'action solidaire contre les autres que pour le surplus (C. civ., art. 1210). — Au point de vue pratique, il conserve la sûreté sur laquelle il a compté; il a l'espoir d'être payé intégralement, quand même tous ses débiteurs tomberaient ensuite en faillite; car il figurera dans toutes ces faillites pour l'intégralité de ce qui lui reste dû.

Le second alinéa de l'article réserve le recours du coobligé pour tout ce qu'il a payé, bien entendu dans les limites où la garantie lui est due. En effet il est bien créancier du failli pour cette somme; et ici l'on ne se heurte plus contre l'inconvénient de faire figurer deux fois la même créance dans la faillite; car le créancier vient à cette faillite pour la part qui n'a pas été payée, le coobligé pour la part qui a été payée.

(1) Même solution : Ren., t. II, p. 184. Demang., t. V, p. 619. Al. n. 2759. — V. d'autres solutions : Dall., n. 1015 et suiv. Brav., t. V, p. 616 et suiv.

Source BIU Cujas

On objecte que le coobligé va nuire ainsi au créancier, puisque par la présence de sa créance en augmentation du passif de la faillite, il diminuera, dans une certaine mesure, le dividende afférent à ce créancier, comme à tous les autres créanciers. — N'est-ce pas contraire à la règle : *Nemo contra se subrogasse censetur* (C. civ., art. 1252)? Il est facile de répondre que le codébiteur n'a pas besoin ici, pour agir contre son débiteur, de la subrogation légale de l'art. 1251, C. civ.; qu'il lui suffit de son action propre de mandat ou de gestion d'affaires (C. civ., art. 1215 et 2028); donc l'art. 1252 ne peut lui être opposé. — Mais n'a-t-il pas garanti le paiement intégral? Et, dès lors, ne lui est-il pas défendu de diminuer par sa présence la part du créancier? Il faut répondre qu'en s'engageant à garantir le paiement, il n'a pas renoncé à devenir aussi créancier de son codébiteur; que son droit sur ce point est écrit dans les art. 1215 et 2028, C. civ.; que par conséquent le créancier a dû s'attendre au léger dommage que ce concours lui causerait (1). — Les mêmes observations s'appliqueraient au cas où une caution, sans avoir rien payé au créancier, serait, de son propre chef et d'ailleurs, créancière du même débiteur. On ne pourrait lui refuser d'exercer sa créance personnelle, sous le prétexte qu'elle ne devrait pas nuire au créancier dont elle a garanti la créance (2).

996. **3e hypothèse** : *le paiement partiel a été fait par un débiteur solvable, mais à un moment où d'autres coobligés étaient en faillite.*

Ce n'est plus directement l'hypothèse prévue par l'art. 544; car cet article suppose, d'une part, que celui dans la faillite duquel on produit était *in bonis* au moment où le paiement a été fait par un autre (c'est le sens des mots *a reçu avant la faillite*), et, d'autre part, que les autres coobligés sont aussi *in bonis*; car la fin de l'article donne un recours à ces coobligés personnellement, et non pas à leurs masses comme l'art. 543. Nous ne sommes pas non plus dans l'hypothèse de l'art. 542. De sorte que le Code n'a pas prévu directement ce cas.

Nous appliquerons à cette hypothèse la solution de l'art. 544, car les raisons sont les mêmes : — le créancier a *volontairement* accepté ce paiement partiel, tandis qu'il aurait pu, en poursuivant ce débiteur solvable, obtenir un paiement total; — il conserve toujours l'espoir d'un paiement intégral; car, lors même que tous ses débiteurs tomberaient en faillite, il figurerait dans toutes les masses pour l'intégralité de ce qui lui reste dû (art. 542) (3).

977. **4e hypothèse** : *le paiement a été fait par un débiteur en faillite pen-*

(1) *Sic* : Brav., t. V, p. 607 et suiv. Al. n. 2768. — Demang., t. V, p. 611 et suiv., admet que la caution devra reverser au créancier ce que sa présence lui a fait perdre. Pard., n. 1214, et Béd., n. 879, admettent même que le créancier prendra le dividende afférent à la caution par privilège contre les autres créanciers de la caution. Ces décisions sont contraires au sens naturel de l'art. 544; cet article n'aurait pas dit sans réserves que le coobligé sera compris dans la masse pour ce qu'il aura payé, s'il n'avait pas voulu qu'il gardât le dividende qui lui reviendra ainsi; et d'ailleurs nous montrons au texte que notre solution n'est pas contraire à l'équité.

(2) Rej. 26 déc. 1871, D. P. 73. 1. 148.

(3) Devilleu. sous Cass. 24 juin 1851, S. 51. 1. 561. Al. n. 2766. — *Contrà* : Cass. 25 févr. 1879, D. P. 79. 1. 149, etc. Demang., t. V, p. 601, 604-605.

Source BIU Cujas

dant que d'autres étaient solvables, mais ceux-ci ou quelques-uns d'entre eux sont ensuite tombés en faillite.

Ce n'est pas l'hypothèse de l'art. 544, car cet article suppose le paiement fait *avant la faillite* de celui qui paie. Ce n'est pas non plus celle de l'art. 542, car celui-ci suppose que *tous* les codébiteurs sont en faillite. Pourtant nous appliquerons par identité de raison la règle de l'art. 542; et nous dirons que, dans les nouvelles faillites, le créancier figurera toujours pour le montant intégral de sa créance: — le motif de l'art. 542 est, pour nous, que l'acceptation d'un paiement partiel n'est pas volontaire de la part du créancier; or cette circonstance se rencontre aussi ici; — de plus, si tous ses autres débiteurs tombent ensuite en faillite, il est toujours menacé de ne pas être payé intégralement; — dira-t-on qu'il a à s'imputer de ne pas les avoir poursuivis assez tôt? mais on peut supposer qu'ils ont un terme, et que c'est par suite de la déchéance du terme que la faillite du premier débiteur l'a payé partiellement avant que les autres ne tombassent en faillite (2).

En résumé nous dirons : — toutes les fois que le paiement partiel est reçu *volontairement* d'un débiteur *in bonis*, il entre définitivement en déduction de la créance, quand même certains codébiteurs seraient déjà en faillite; — toutes les fois que ce paiement partiel est reçu *forcément* d'un débiteur en faillite, il laisse au créancier son action intégrale, quand même les codébiteurs ne tomberaient en faillite que plus tard.

L'art. 545 sera expliqué à propos des effets du concordat.

SOUS-SECTION II.

PRÉLÈVEMENTS A FAIRE SUR LA MASSE.

Ces prélèvements sont de deux sortes. Ils proviennent, soit des revendications, soit de l'exercice des privilèges et hypothèques.

§ Ier

Revendications.

998. Le Code traite de la revendication au chap. X de notre titre V, également au chap. VII, sect. 4, art. 557 et suiv.

L'exercice du droit de revendication suppose que certaines valeurs se trouvent entre les mains du failli sans qu'il en soit propriétaire; elles sont confondues en fait dans ses biens, mais n'appartiennent pas à la masse; leur propriétaire a droit de les reprendre. Ces revendications sont analogues aux demandes en distraction dans les saisies (C. pr. civ., art. 608, 725 et suiv.). Le revendiquant agit, non pas comme créancier prétendant à un droit de préférence, mais comme propriétaire.

Il y a beaucoup de cas de revendication dont la loi n'a rien dit, mais

(1) Cass. 24 juin 1851, S. 51. 1. 561. Béd., n. 855. Demang., t. V, p. 600-601. Al. n. 2757. — *Contrà* : Ren., t. II, p. 180.

Source BIU Cujas

qu'elle n'a certainement pas voulu exclure. Tel serait le cas où des objets auraient été prêtés à usage, donnés en gage au failli; ils seraient revendiqués par le prêteur, ou par le débiteur après que celui-ci se serait acquitté. Il en serait de même des objets appartenant à ses commis demeurant chez lui, et aussi des corps certains qu'il aurait vendus à des tiers avant la période suspecte; les tiers devenus propriétaires par le contrat, pourraient les revendiquer (1). De même des objets qui lui auraient été loués (2).

Nous avons, avec la loi, à examiner trois cas plus spécialement : — 1° Revendication d'objets déposés ou consignés; — 2° Revendication du vendeur de meubles; — 3° Revendication de la femme du failli.

I. — **Revendication d'objets déposés ou consignés.**

999. Ce droit existe d'une manière générale pour le déposant resté propriétaire, pourvu seulement qu'il puisse démontrer l'identité des objets qu'il revendique.

Nous nous occuperons spécialement, avec la loi : — 1° de la revendication des effets de circulation; — 2° de la revendication des marchandises déposées; — 3° de la revendication du prix de ces marchandises.

1000. 1° *Revendication des* **effets de circulation.**

Art. 574. Pourront être revendiquées, en cas de faillite, les remises en effets de commerce ou autres titres non encore payés, et qui se trouveront en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite, lorsque ces remises auront été faites par le propriétaire, avec le simple mandat d'en faire le recouvrement et d'en garder la valeur à sa disposition, ou lorsqu'elles auront été de sa part, spécialement affectées à des paiements déterminés.

C'est le revendiquant qui devra prouver que la remise a été faite sans l'intention d'en transférer la propriété, mais pour un usage déterminé (3). — Cette preuve pourrait être faite, même si l'effet de commerce avait été endossé régulièrement, car nous avons vu qu'on peut démontrer que cet endossement n'a pas été fait avec l'intention de transférer la propriété (4). Il en serait de même si l'effet n'a été transféré que conditionnellement et que la condition vienne à défaillir (5). — Elle pourrait aussi être faite lors même que l'effet aurait été remis en compte courant; car nous avons vu, que, si le compte courant peut faire présumer l'intention de transférer la propriété des remises faites, cette présomption n'est pas absolue. Très souvent l'effet est passé en compte courant, quoiqu'il ne soit remis à un banquier qu'avec *mandat* de le recouvrer. Quelquefois aussi des effets remis, avec affectation spéciale à certains paiements, sont passés en compte courant (6). Enfin on sous-entend habituellement la clause *sauf encaissement,* dans la passation d'un effet en compte courant; de sorte que si l'effet n'est pas payé, sa transmis-

(1) Brav. et Demang., t. V, p. 513. — *Contrà :* Delam. et Lepoitv., t. VI, n. 86; cf. t. IV, n. 220. Comp. Massé, n. 1596.

(2) Trib. de la Seine, 25 juill. 1876, D. P. 79. 1. 356.

(3) Rouen, 28 janv. 1858, D. P. 58. 2. 104.

(4) Rej. 12 mars 1867, D. P. 67. 1. 394. — Al. n. 2833.

(5) Demang., t. V, p. 523.

(6) V. Dietz, p. 133 et suiv.

Source BIU Cujas

sion est annulée par l'effet d'une condition résolutoire (1) (v. *suprà* n. 882).

Il faut que les effets se retrouvent « *dans le portefeuille du failli* » ; mais il faut assimiler à ce portefeuille celui de ses commis ou préposés, chargés du recouvrement (2), et même celui d'un tiers également chargé du recouvrement; et cela quand même l'effet aurait été endossé à l'ordre de ce tiers, du moment que l'on démontre que ce tiers aussi n'est qu'un mandataire à l'effet de toucher (3).

1001. Ce que la loi dit des effets de commerce, il faudra le dire des **titres au porteur**; ils pourront être revendiqués dans les mêmes conditions, pourvu qu'on puisse prouver leur identité (4). De nombreuses questions se présentent dans les faillites de banquiers ou d'agents de change pour établir cette identité. Il a été jugé qu'elle est suffisamment établie par l'envoi au client des numéros des titres, ou leur inscription sur les registres du failli (5); ou même par une étiquette, attachée aux titres et portant le nom du client (6).

Mais l'art. 574 serait inapplicable aux **billets de banque**, même affectés à un paiement déterminé parce qu'ils n'ont pas d'existence distincte, pas plus que la monnaie (7); à moins que, renfermés sous une enveloppe spéciale et cachetée, ils ne constituent un dépôt régulier.

1002. 2° *Revendication des* **marchandises déposées**.

Art. 575, 1er al. Pourront être également revendiquées, aussi longtemps qu'elles existeront en nature, en tout ou en partie, les marchandises consignées au failli à titre de dépôt, pour être vendues pour le compte du propriétaire.

On appelle proprement *dépôt* la remise sans mandat de vendre, au moins actuellement; et *consignation*, la remise avec mandat de vendre (v. n. 518, 534).

Il faut que les marchandises *existent en nature;* car alors seulement il y a sur elles un véritable droit de propriété (8). Cette décision de la loi supprime de nombreuses controverses soulevées autrefois sur les questions de remplacement ou d'équivalence. — Elle laisse encore prise à certaines difficultés dans le cas où les objets ont été employés ou mélangés avec d'autres; il faut les considérer comme existant en nature, tant qu'ils sont facilement reconnaissables et séparables; mais non dans le cas contraire (9). Et dans ce dernier cas on ne pourrait pas même admettre la revendication collective par

(1) Comp. Demang., t. V, p. 522-524. Al. n. 2823.

(2) Pard., n. 1284. Vincens, t. I, p. 498. Ren., t. II, p. 344. Béd., n. 1105. Al. n. 2823.

(3) Al. n. 2823.

(4) Req. 6 déc. 1880, D. P. 81. 1. 346. — La même règle s'appliquera aux effets achetés par le failli pour un tiers, à la condition que la propriété ait été acquise à ce tiers avant la faillite : Rouen, 24 nov. 1876, D. P. 78. 2. 205.

(5) Paris, 6 juill. 1870, D. P. 71. 2. 182. V. une brochure de M. Daniel de Folleville, *De la revendication des titres au porteur*.

(6) Douai, 8 fév. 1867, D. P. 73. 1. 121, en note. V. la même brochure.

(7) Lyon, 11 nov. 1863, D. P. 65. 2. 69.

(8) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 213, *in fine*. Béd., n. 1127. Brav., t. V, p. 515-516.

(9) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 208 et suiv. Brav., t. V, p. 516. Al. n. 2827.

Source BIU Cujas

tous les propriétaires des objets mélangés; car ils ne sont plus, ni isolément, ni en masse, dans les termes de l'art. 575, 1er al. (1).

1003. 3° *Revendication* **du prix de vente** *des marchandises déposées ou consignées.*

Art. 575, 2e al. Pourra même être revendiqué le prix ou la partie du prix desdites marchandises qui n'aura été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur.

En ce cas de consignation, le droit de revendication sur le prix est l'application des règles du contrat de commission (v. *suprà*, n. 532) : sans doute, dans les rapports du commissionnaire vendeur avec l'acheteur, c'est le commissionnaire qui devient créancier du prix; mais, du moment que l'acheteur est désintéressé dans la question (et il n'aucun intérêt à payer à l'un plutôt qu'à l'autre), le commettant est le vrai créancier du prix, et cette créance ne fait pas partie de la masse de la faillite du commissionnaire. Seulement, il peut arriver que l'acheteur ait un intérêt à se considérer comme créancier du commissionnaire, p. ex. s'il avait droit à une seconde fourniture avant de payer son prix; dans ce cas on respectera son droit (2); mais s'il vient à payer, ce sera pour le commettant.

S'il y avait eu simple dépôt sans mandat de vendre et que le dépositaire eût néanmoins vendu, le déposant aurait le droit de revendiquer contre l'acquéreur, si celui-ci était de mauvaise foi (C. civ., art. 2279). Autrement, il aurait un simple droit de revendication sur le prix, si celui-ci a encore une existence distincte. — Ce droit de revendication s'explique moins facilement que dans le cas de commission, surtout si l'on suppose que le dépositaire infidèle a vendu pour son compte; on pourrait peut-être douter que le 2e al. ait voulu viser ce cas; mais nous pensons qu'il faut l'appliquer, parce qu'on ne présume pas l'infidélité du dépositaire; la loi présume, ou que depuis le dépôt on lui a donné mandat de vendre, ou qu'en le faisant il a agi comme gérant d'affaires pour le compte du déposant. Le droit de celui-ci s'explique dès lors très simplement (3).

Si le commissionnaire ou dépositaire a reçu le prix, la créance est éteinte; le prix est confondu dans les biens du failli, et le commettant n'est plus qu'un créancier ordinaire du failli. — L'art. 575, 2e al., indique comme équivalant au paiement le *règlement en valeurs*, c'est-à-dire le paiement en effets de commerce, qui est considéré dans la pratique comme un véritable paiement (4), et auquel nous assimilerons, par la même raison, un bon de caisse sur un banquier ou un chèque.

(1) Al. n. 2827.

(2) Demang., t. V, p. 519.

(3) M. Labbé explique cette solution comme une application particulière de sa théorie générale des privilèges sur les créances; v. *Des privilèges sur les créances* (brochure, 8°), p. 35.

(4) Peu importe que l'effet soit pris par l'acheteur dans son portefeuille ou souscrit par lui; *contrà :* Demang., t. V, p. 518, 520. — Si l'effet avait été directement passé au nom du commettant, il est évident qu'il n'appartiendrait à aucun titre à la faillite du commissionnaire : Pard., n. 1280. Lainné, n. 510. Béd., n. 1152. Dall., n. 1217. Al. n. 2828.

Source BIU Cujas

Le même alinéa indique encore la *compensation en compte courant*. On pourrait l'entendre en ce sens que la revendication devient impossible dès que la créance a été portée au compte courant, lors même qu'elle ne serait pas compensée par un crédit inverse, et l'on s'appuierait pour le soutenir sur les principes de l'effet novatoire et de l'indivisibilité du compte courant, principes d'après lesquels toute créance portée au compte perd immédiatement son individualité propre (v. *suprà* n. 880 A, 884, 885). Mais cette interprétation est contredite par l'histoire de l'art. 575. Dans le Code de 1808, l'ancien art. 581, correspondant à l'art. 575 actuel, éteignait l'action en revendication, par cela seul que le prix avait été *passé* en compte courant, et consacrait évidemment le système que nous écartons maintenant; en 1838, on a substitué le mot *compensé* au mot *passé*, avec l'intention certaine de ne plus se contenter d'une simple inscription de la créance dans le compte, mais d'exiger qu'elle ait été compensée par un crédit inverse; — cette nouvelle solution est en effet plus conforme aux véritables principes du contrat de commission, combinés avec ceux du compte courant : sans doute entre le commissionnaire et le tiers avec qui il est en compte courant, la simple inscription éteint la créance; mais cette extinction n'est pas, de plein droit, opposable au commettant, qui dans ses rapports avec le commissionnaire est le vrai créancier du prix (v. n. 582, et C. civ., art. 1165); pour qu'elle lui soit opposable, il faut que le tiers acheteur ait un intérêt précis à l'invoquer; or, tant que le compte courant de celui-ci est resté débiteur de tout le montant du prix de vente, cette dette apparaissant nettement dans le solde, il n'a pas intérêt à l'acquitter plutôt entre les mains du commissionnaire qu'entre celles du commettant; la revendication reste donc possible; si, au contraire, elle a été compensée par un crédit inverse, lors même que plus tard le commissionnaire se retrouverait débiteur d'une somme pareille, la créance n'est plus reconnaissable, il y a eu droit acquis pour l'acheteur à la compensation opérée; il a intérêt à ce qu'on ne vienne pas détruire cet effet sur lequel il a compté en vertu de la convention de compte courant, à ce qu'on ne vienne pas reprendre tous les articles de son compte et pénétrer dans le secret de ses affaires avec le commissionnaire; dès lors la revendication du vendeur s'arrête (1). — Il résulte de ces observations que notre solution s'appliquera, non seulement au cas où le compte courant a toujours été depuis le commencement créditeur pour le commettant, mais encore au cas où, avant l'inscription du prix de vente, il se soldait, toute balance faite, ou par zéro, ou par une somme portée au crédit du commettant (2).

1004. Dans les trois cas dont nous venons de parler, pour que la revendication soit perdue, il faut que le paiement ou les faits équivalents aient eu lieu avant la faillite, c'est-à-dire avant le jugement déclaratif; car c'est à ce moment que les situations sont fixées. Si les syndics ou le failli ont reçu la somme après la faillite, ils en sont débiteurs envers le déposant, car ils l'ont reçue, non pour la masse, mais comme gérants d'affaires du déposant (3).

(1) Dall., n. 1225. Béd., n. 1138. Dufour, *Compte courant*, n. 226. Al. n. 2828. Helbronner, n. 93 et suiv. Feitu, n. 218 et suiv. Da, n. 29-31, 36, 44.

(2) Al. n. 2828. Da, n. 44. — *Contrà :* Feitu, n. 221. — Comp. Dietz, p. 127 et suiv.

(3) Delam. et Lepoitv., t. III, n. 214. Brav., t. V, p. 520-521.

Source BIU Cujas

II. — **Revendication du vendeur de meubles.**

1005. En droit civil, le vendeur d'effets mobiliers a quatre droits pour garantir sa créance du prix : — 1° *droit de rétention* (C. civ., art. 1612, 1613), droit de retenir la possession de l'objet vendu jusqu'au paiement du prix ; — 2° *droit de revendication de la possession* ; droit de reprendre cette possession dans un délai très court lorsqu'il s'en est dessaisi sans suivre la foi de l'acheteur (C. civ., art. 2102, 4° ; c'est du moins ainsi que nous entendons cette disposition dont le sens est très discuté en droit civil) ; — 3° *privilège* (Code civ., art. 2102, 4°), droit, en maintenant la vente, de saisir et de faire vendre l'objet vendu, pour se payer sur le prix ; — 4° *droit de résolution* (C. civ., art. 1654 et 1184), droit de faire résoudre le contrat et de reprendre l'objet vendu comme s'il n'avait jamais cessé d'en être propriétaire ; par conséquent, droit d'en *revendiquer la propriété*.

De ces quatre droits, deux ne peuvent soulever aucune difficulté en cas de faillite : l'un étant formellement proscrit, l'autre formellement reconnu. — Le *privilège* (3° *suprà*) est formellement exclu :

Art. 550, dern. al. (L. 12 février 1872). Le privilège et le droit de renvendication établis par le n° 4 de l'article 2102 du code civil, au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne peuvent être exercés contre la faillite.

Le *droit de rétention* (1° *suprà*) est formellemet consacré.

Art. 577. Pourront être retenues par le vendeur les marchandises par lui vendues, qui ne seront pas délivrées au failli, ou qui n'auront pas été expédiées, soit à lui, soit à un tiers pour son compte.

Il n'y a de difficulté que pour le 2° et le 4° ci-dessus : le droit de *revendication de la possession*, et le droit de *résolution* qui revient à la *revendication de la propriété*. De ces deux droits, l'un est supprimé par l'art. 550, dern. al. (v. *suprà*), l'autre est restreint par l'art. 576 (v. *infrà*) ; mais on discute pour savoir auquel des deux s'applique l'art. 550, auquel l'art. 576.

576. Pourront être revendiquées les marchandises expédiées au failli, tant que la tradition n'en aura point été effectuée dans ses magasins, ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli. — Néanmoins la revendication ne sera pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises ont été vendues sans fraude sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur. — Le revendiquant sera tenu de rembourser à la masse les acomptes par lui reçus, ainsi que toutes avances faites pour fret ou voiture, commission, assurances ou autres frais, et de payer les sommes qui seraient dues pour mêmes causes.

Il y a donc un certain droit de revendication qui est restreint par l'article 576, en ce qui concerne les meubles corporels (1). Mais **Q.** *Quel est au juste ce droit de revendication?*

Ier S. *C'est une revendication de la possession ;* alors le droit de résolution est complètement supprimé par l'art. 550 : — pour démontrer que l'art. 550 se réfère au droit de résolution, ce système se fonde, soit sur ce que, dans une

(1) L'article ne s'occupe pas des meubles incorporels, p. ex. des fonds de commerce. Al. n. 2832.

Source BIU Cujas

certaine opinion, l'art. 2102, 4°, C. civ., auquel renvoie cet art. 550, s'occupe du droit de résolution ; soit, pour ceux qui ne donnent pas ce sens à l'art. 2102, C. civ., sur ce qu'il serait absurde que l'art. 550, supprimant le privilège, conservât le droit de résolution qui est plus grave (l'art. 7 de la L. 23 mars 1855 est fondé sur ce motif) ; — pour démontrer directement que l'art 576 se réfère à la revendication de la possession, qu'il n'est qu'une conséquence du droit de rétention, on argumente de ce que l'art. 577, tout voisin, parle du droit de rétention, et de ce qu'il serait absurde de ne pas conserver cette revendication de la possession quand on conserve le droit de rétention ; — l'art. 576 a son utilité dans ce système, parce qu'il est plus rigoureux que l'art. 2102, 4°, C. civ., et on comprend très bien la distinction qu'il fait, on comprend que la reprise de la possession soit plus facile lorsque l'acheteur n'a pas encore reçu les marchandises ; car, si le vendeur est dessaisi, l'acheteur n'a pas encore la possession matérielle ; enfin l'art. 578, permettant aux syndics d'exiger l'exécution de la vente, montre bien que celle-ci n'est pas résolue d'après l'art. 576 (1). — 2e S. *C'est l'exercice restreint du droit de résolution* (!) ; alors c'est la revendication de la possession qu'a supprimée l'art. 550 : — tous les articles qui précèdent l'art. 576 parlant de la revendication de la propriété comme nous venons de le voir dans notre 1re division, n. 999-1004, il serait bien singulier que ce mot dût être pris ici dans un autre sens ; cette raison, tirée du contexte de la loi, nous paraît décisive à elle seule ; — mais, de plus, l'art. 576, 3e al., oblige à restituer les avances reçues, ce qui montre bien que la vente est résolue ; car, s'il s'agissait d'un droit de rétention, le vendeur aurait le droit de retenir à la fois la chose et les acomptes reçus jusqu'à parfait paiement ; — cette observation répond aussi à l'argument, peu concluant du reste, tiré du voisinage de l'art. 577 ; — quant à l'art. 578, il est fondé uniquement sur le principe que la résolution n'a pas lieu de plein droit (C. civ., art. 1184) ; l'acheteur est toujours maître de l'arrêter en payant son prix ; — le sens à donner à l'art. 550 ne saurait être douteux, si l'on admet, comme nous le faisons sans hésiter (quoique nous ne puissions discuter ici la question), que l'art. 2102, 4°, C. civ., se réfère uniquement à une revendication de la possession ; — on objecte qu'il est absurde de conserver le droit de résolution qui est plus grave, lorsqu'on supprime le privilège qui est moins grave et l'on invoque par analogie l'art. 7 de la L. 23 mars 1855 ; nous répondons que ce n'est certainement pas cette idée qui a inspiré le législateur commercial de 1807 ou de 1838, puisqu'elle n'a fait son apparition formelle dans nos lois qu'en 1855, et que, même actuellement, elle n'est posée nulle part comme un principe général en dehors du cas spécial de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 ; — si l'on n'admet pas que l'art. 2102, 4°, C. civ., organise en droit commun une revendication de la possession, comment admettre que le législateur commercial, qui est plus rigoureux, l'organise dans l'art 576? si, au contraire, on admet que c'est d'elle qu'il s'agit dans l'art. 2102, 4°, comment échapper au texte de l'art. 550? Et, dans le 1er Système, on ne pourrait pas dire que l'art. 576 est plus rigoureux que l'art. 550 ; au contraire il est plus large en un sens, car il n'exige pas que la vente soit faite sans terme ; — les conditions exigées par l'art. 576 s'expliquent très bien dans ce second système, comme

(1) Delam. et Lepoitv., t. VI, p. 402.

Source BIU Cujas

nous le montrerons tout à l'heure; — enfin, c'est dans le sens du second système que l'art. 576 a été entendu par M. Tripier dans les travaux préparatoires de la L. de 1838, qui a refondu tout notre titre (1).

1006. Voyons maintenant les **conditions** *exigées par l'art. 576 pour l'exercice de cette revendication.*

En principe, il faut *que les marchandises ne soient pas livrées dans les magasins de l'acheteur ou du commissionnaire chargé de les vendre.* C'est une restriction à l'exercice du droit de résolution, tel qu'il a lieu en droit commun, puisque celui-ci peut en général s'exercer par une revendication quand même les objets sont chez l'acheteur, tant que les objets mobiliers n'ont pas été vendus et livrés à un nouvel acheteur de bonne foi (C. civ., art. 2279). Cette dérogation au droit commun s'explique par les raisons suivantes : — 1° dans le commerce, les marchandises étant achetées *pour* être revendues, et non pour être gardées comme en droit civil, le vendeur n'a pas dû compter les retrouver chez l'acheteur, puisqu'elles devaient être vendues au plus tôt, c'est un hasard s'il les retrouve; — 2° on n'a pas voulu que l'acheteur, en présence de deux vendeurs de marchandises analogues, pût avantager l'un au détriment de l'autre, en revendant de préférence celles qui provenaient du dernier; et l'on a voulu éviter la preuve très difficile à faire de l'identité des marchandises revendues; — enfin 3° l'acheteur a pu obtenir du crédit en présentant des marchandises dans ses magasins, et ses créanciers seraient lésés en voyant surgir la revendication du vendeur. Ce dernier motif, qui nous paraît être le principal, s'accorde avec la suppression totale du privilège du vendeur (art. 550); et notre règle, ainsi entendue, satisfait très suffisamment cette idée, dont nous avons parlé plus haut, que le droit de résolution ne doit pas survivre à l'extinction du privilège, parce qu'il est plus grave que celui-ci : la loi supprime le droit de résolution, lorsque le vendeur se trouve en conflit avec les tiers, qui ont pu compter comme gage sur les marchandises vendues; elle le laisse subsister seulement lorsque personne n'a pu compter sur elles.

Ces motifs, surtout le dernier, vont nous permettre de préciser les exigences de notre article 576. D'après cet article, le droit de revendication est éteint par la livraison des marchandises *dans les magasins* de l'acheteur; ces mots sont importants. — Nous en conclurons d'abord qu'il ne suffirait pas d'une livraison faite à l'acheteur personnellement, s'il s'agit d'objets assez lourds et assez volumineux pour qu'ils ne puissent pas être emportés par lui, et si par conséquent la délivrance n'a consisté qu'à lui montrer les objets (2). Il en serait autrement s'il s'agissait d'objets portatifs, comme de la bijouterie, car, dès le moment où on les lui aurait livrés personnellement, l'acheteur pourrait les colporter et trouver du crédit par ce moyen. — Nous déciderons aussi, en vertu du même texte, qu'il faut la tradition *matérielle* et *réelle* (3); et qu'il ne suffirait pas des traditions feintes dont parle l'art. 1606, C. civ.; notamment de la remise des clés du magasin du vendeur où se trouvent les

(1) Demang., t. V, p. 535. Al. n. 2785, 2833.

(2) Décidé ainsi pour la délivrance d'une coupe de bois sur pied : Bourges, 26 mars 1855, D. P. 55. 2. 308.

(3) Cass. 24 fév. 1857, D. P. 57. 1. 45. — Al. n. 2834.

Source BIU Cujas

marchandises (1); encore moins de l'apposition de la marque de l'acheteur (2).

1007. Plusieurs questions ont été soulevées pour déterminer ce qu'il faut entendre par *magasins* de l'acheteur.

Q. *Suffira-t-il que les marchandises soient sur un bateau appartenant à l'acheteur?* Nous dirons qu'il faut distinguer suivant les usages du commerce relatifs à l'espèce de marchandises dont il s'agit; si ces marchandises se revendent ordinairement sur le bateau, comme les charbons, les bois, les pommes à Paris, le bateau équivaudra à un magasin; sinon, non (3).

Q. Quid *du parterre d'une coupe de bois?* La jurisprudence admet qu'il équivaut à un magasin (4); nous l'admettrons aussi, parce que le bois abattu peut très bien être revendu sur place par l'acheteur de la coupe, et lui servir pour trouver du crédit.

Q. Quid *d'un magasin général ou d'un entrepôt?* Nous admettons encore l'assimilation; car nous avons vu qu'il est très facile de revendre les marchandises dans ces conditions, et de s'en faire un instrument de crédit (5).

Q. Quid *d'une gare de chemin de fer?* Ici nous n'admettrons plus l'assimilation; car on ne revend pas habituellement les marchandises en gare, et leur présence en gare n'est pas, d'après les habitudes, un élément de crédit pour le destinataire (6).

La livraison dans les magasins de l'acheteur doit avoir eu lieu avant le jugement déclaratif de faillite. C'est toujours à ce moment que la loi se place pour fixer tous les droits : d'ailleurs les motifs que nous avons donnés ne s'appliqueraient plus à la livraison opérée postérieurement entre les mains du syndic ou du failli; la revendication resterait possible (7).

La revendication est encore arrêtée par la livraison dans les *magasins d'un commissionnaire*, pourvu que celui-ci fût *chargé de les vendre* (art. 576, 1er al.); parce qu'alors les mêmes motifs s'appliquent (8). Il n'en serait pas de même s'il ne s'agissait que d'un commissionnaire de transport chargé de les réexpédier (9).

L'art. 576, 1er al., ne se réfère qu'à la résolution pour non paiement du prix. Si la vente était résolue pour une autre cause, la revendication serait toujours possible. De même si la vente n'était pas sérieuse (10).

(1) Rouen, 4 mai 1847, D. P. 48. 2. 134, avec divergences. — *Contrà* : Al. n. 2834.

(2) Comp. Besançon, 16, 17 janv., 27 fév. 1865, D. P. 65. 2. 13.

(3) La jurisprudence est divisée : *oui*, Req. 20 juin 1859, D. P. 59. 1. 388; *non*, Rej. 17 août 1871, D. P. 71. 1. 287.

(4) Orléans, 30 avril 1879, 25 août 1880. D. P. 82. 2. 47, etc. Demang., t. V, p. 539. — Les arbres restés sur pied ne peuvent être regardés comme livrés : même arrêt. — Une convention formelle pourrait empêcher cet effet : Req. 23 mars 1881, D. P. 82. 1. 176, etc.; et elle est opposable aux tiers si elle fait partie d'un cahier des charges porté à la connaissance du public : Cass. 2 août 1880, D. P. 81. 1. 39; Dijon, 11 fév. 1881, D. P. 81. 1. 196.

(5) Rennes, 20 fév. 1863, D. P. 63. 2. 47. — *Sic :* Demang., t. V, p. 539.

(6) Rej. 29 nov. 1875, D. P. 78. 1. 17; Poitiers, 19 fév. 1877, D. P. 77. 2. 109.

(7) Cass. 13 août 1879, D. P. 80. 1. 181. — Brav., t. V, p. 543-544.

(8) Comp. Req. 29 juill. 1875, D. P. 76. 1. 113.

(9) Rennes, 7 janv. 1879, D. P. 79. 2. 106, etc.

(10) Req. 5 nov. 1845, D. P. 45. 4. 273.

Source BIU Cujas

1008. L'art 576, 2e al., fait cesser encore le droit de revendication même *avant l'arrivée des marchandises*, lorsqu'elles *ont été revendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur*. Cet alinéa, qui paraît tout d'abord plus restrictif que le premier, puisqu'il arrête la revendication même avant l'arrivée des marchandises, se rapproche au contraire du droit commun, parce qu'il suppose un autre fait plus fort que l'arrivée des marchandises chez l'acheteur : c'est leur revente suivie de tradition. Dès lors, il y a lieu d'appliquer, en faveur du nouvel acquéreur de bonne foi (la loi a soin de dire sans fraude), la règle : *en fait de meubles possession vaut titre* (C. civ., art 2279).

Mais l'article exige, pour cela, que la vente ait été faite avec facture et connaissement, ou avec facture et lettre de voiture. La facture constate la première transmission de la propriété; le connaissement ou la lettre de voiture a fourni le moyen de transférer au sous-acheteur la possession des marchandises avant leur arrivée, ainsi que nous l'avons plusieurs fois expliqué.

En cela notre alinéa paraît plus exigeant que le 1er alinéa d'une part, et l'art. 2279, C. civ., d'autre part. Si, en effet, la possession régulière du connaissement ou de la lettre de voiture équivaut à la possession réelle des marchandises, comme il est impossible d'en douter en présence de l'art. 92, 2e al., il semble qu'on aurait dû dire : d'abord que l'acheteur failli, par cela seul qu'il est nanti lui-même du connaissement ou de la lettre de voiture, est en possession des marchandises, qu'elles doivent être censées livrées dans ses magasins; et ensuite que le droit de revendication doit cesser en vertu de l'art. 576, 1er al. (1). En effet les mêmes motifs existent ici, dirait-on ; il avait dès lors la faculté de les revendre et de mettre l'acheteur en possession, et il a pu trouver en présentant le connaissement le même crédit qu'il aurait trouvé en présentant les marchandises dans ses magasins (cf. n. 1006). Il semble surtout que s'il a revendu et transmis le connaissement ou la lettre de voiture au sous-acheteur, celui-ci, mis en possession, doit immédiatement pouvoir invoquer l'art. 2279, C. civ., s'il est de bonne foi, et se trouver à l'abri de la revendication, lors même qu'on ne lui aurait pas transmis simultanément la facture.

On a en effet soutenu, en se fondant sur ce raisonnement que l'article ne vise pas le cas où le connaissement ou la lettre de voiture aurait été régulièrement transmis au sous-acheteur; en disant *sur* connaissement ou lettre de voiture, la loi suppose seulement qu'on lui a *montré* ces titres, ou du moins qu'on les lui a remis sans les lui transmettre régulièrement, p. ex. sans endosser le connaissement quand il est à ordre. Dans ces cas, dit-on, il faut que la facture soit jointe au connaissement ou à la lettre de voiture et il faut que ces titres soient signés par l'expéditeur (2). Mais si le connaissement ou la lettre de voiture sont transmis régulièrement, s'ils sont endossés en supposant qu'ils soient à ordre, ou simplement remis en supposant qu'ils soient au porteur, alors l'art. 576, 2e al., ne s'applique plus ; il faut suivre les principes généraux et dire que, même sans la facture, le sous-acheteur de bonne foi a acquis une propriété inattaquable (3). — Pour nous, il nous semble impossible de res-

(1) Demang., t. V, p. 542-543.
(2) Demang., t. V, p. 541.
(3) Paris, 1er déc. 1860, D. P. 61. 2. 88.

Source BIU Cujas

treindre ainsi l'application de l'art. 576, 2e al., à une hypothèse aussi peu probable, et (on peut même le dire) à peu près irréalisable en pratique; car comment supposer que le sous-acheteur à qui on aura montré ou remis le connaissement ou la lettre de voiture n'en ait pas exigé un transport régulier, qu'il ait voulu se porter acheteur ferme en restant exposé à ce que son vendeur transmit à un autre la possession régulière de ces titres et anéantit ainsi la première transmission de propriété? — de plus on ne voit pas du tout pourquoi la loi protègerait ce sous-acheteur dans ce cas : il a commis une très grave imprudence en n'exigeant pas un transfert régulier du connaissement ou de la lettre de voiture; et c'est pour cela que la loi viendrait à son secours par une disposition tout à fait exorbitante du droit commun, et contraire à l'intérêt de la masse qu'elle cherche toujours à protéger! — cette absence de transmission régulière laisse à peine subsister pour lui la présomption qu'il est de bonne foi; car il a dû soupçonner que, si on ne lui transmettait pas ces titres, c'était peut-être qu'il y avait quelque vice dans les droits de son vendeur; — sans doute on lui a montré la facture, signée de l'expéditeur même; mais cette facture sans un acquit de l'expéditeur lui révélait que, si les marchandises avaient été achetées, elles n'avaient pas été payées; — enfin la théorie que nous combattons concilie sans doute l'art. 576, 2e al., avec l'art. 2279, C. civ.; mais elle ne le concilie pas du tout avec le 1er al.; elle ne rend donc pas complètement compte de la pensée du législateur.

Nous pensons, au contraire, qu'on peut concilier toutes ces dispositions et expliquer notre second alinéa par une idée très simple et très rationnelle : c'est que la possession régulière du connaissement ou de la lettre de voiture n'équivaut pas complètement, au point de vue qui nous occupe, à la possession même des marchandises. Ce n'est qu'une possession fictive et non une possession réelle (cf. n. 1006); et cette possession fictive ne peut pas en fait donner aux tiers la même sécurité que la possession réelle. Car on doit toujours se demander si ces titres ne sont pas faux; si leurs signatures sont vraies, ainsi que celles des endossements; si ceux qui ont signé n'ont pas combiné une fraude avec le porteur; si les marchandises existent bien réellement et sont en cours d'expédition, et enfin si le porteur, à supposer qu'il soit bien le destinataire, a droit d'en disposer. En présence de cette différence incontestable entre les deux situations, le législateur a très bien pu, se contentant de la possession fictive pour la validité de la constitution du gage (art. 92, 2e al.), ne pas s'en contenter au point de vue qui nous occupe.

D'abord, au point de vue du 1er al. de l'art. 576, la loi n'a pas considéré la possession régulière du connaissement ou de la lettre de voiture par l'acheteur comme équivalant à la remise dans ses magasins; tout le monde est obligé de l'admettre. Et, en effet, des trois raisons que nous avons données sous ce premier alinéa (n. 1006), deux au moins ne s'appliquent plus complètement : d'abord l'acheteur, comme nous venons de le montrer, ne trouvera pas aussi facilement du crédit en présentant le connaissement ou la lettre de voiture qu'en présentant les marchandises elles-mêmes; ensuite l'identité des marchandises ne peut pas disparaître tant qu'elles sont encore en voyage, comme elle disparaît lorsqu'elles sont dans les magasins de l'acheteur (1).

(1) Delam. et Lepoitv., t. VI, p. 408.

Source BIU Cujas

D'autre part, au point de vue de l'art. 2279, C. civ., nous pensons qu'il faut décider d'une façon tout à fait générale, que jamais la possession fictive ne doit être assimilée à la possession matérielle, la tradition feinte à la tradition réelle. En droit civil, tout le monde accordera que la règle *en fait de meubles possession vaut titre* ne protègerait pas un acheteur qui invoquerait seulement la tradition virtuelle résultant du consentement des parties (C. civ., art. 1606, 4e al.). Nous pensons qu'il faut en dire autant de celui qui aurait seulement reçu les clés des magasins contenant les objets vendus. Ces solutions se fondent toujours sur la même raison, c'est que ces possessions fictives, laissant la porte ouverte à certains doutes, sont bien foin de donner la même sécurité à l'acheteur que la possession réelle. En outre, en vertu d'une impression dont on ne peut pas se défendre, dût-on la taxer un peu de matérialisme, on ne se sent jamais aussi sûr de son droit de disposition sur une chose mobilière que quand on l'a entre ses mains ou sous sa propre clé ; or en édictant la règle *en fait de meubles possession vaut titre*, le législateur a voulu assurer la sécurité des transactions mobilières; mais il a voulu seulement l'assurer dans les cas où un sentiment naturel pouvait l'inspirer, et où des raisons sérieuses venaient l'affermir, et non pas dans les cas où de nombreux doutes devaient l'ébranler. — Le législateur, dans l'article 576, 2e al., applique simplement ces idées à la possession fictive qui résulte du connaissement ou de la lettre de voiture : un sous-acheteur à qui on a seulement transféré l'un de ces titres, ne peut pas et ne doit pas se reposer complètement sur cette possession fictive, si ces titres n'ont pas été appuyés par la présentation de la facture, prouvant que l'expéditeur a eu l'intention de transférer la propriété des marchandises expédiées. Il faut de plus que les deux titres soient *signés par l'expéditeur*, pour que l'identité de signature prouve que le connaissement ou la lettre de voiture se réfère bien aux marchandises qui ont été vendues. L'exigence de la signature du vendeur sur le connaissement ou la lettre de voiture, a encore un autre motif très rationnel ; la facture, non revêtue ou non accompagnée de l'acquit du vendeur, révèle au sous-acheteur que le prix n'en a pas été payé; donc pour rendre celui-ci acquéreur de bonne foi, il faut un fait de nature à le convaincre que le vendeur a renoncé, du moins implicitement, à exercer contre les tiers son droit de résolution et de revendication; la loi interprète dans le sens de cette renonciation implicite la signature mise par le vendeur sur le connaissement ou la lettre de voiture. Dans ces conditions seulement le sous-acheteur pourra se dire possesseur de bonne foi des marchandises en cours de voyage ; sans doute, il est encore possible qu'il y ait quelque vice dans les droits du sous-vendeur ; mais, en présence de toutes les garanties apparentes qui lui ont été fournies, la loi le met à l'abri absolument en vertu de l'art. 2279, C. civ.

Cette doctrine nous paraît expliquer complètement toutes les dispositions de l'art. 576, 2e al., en même temps qu'elle applique complètement l'art. 2279, C. civ., conformément à l'esprit du législateur. Il s'ensuivra qu'elle devra s'appliquer non seulement en cas de revente par un acheteur failli, mais dans tous les cas où un acquéreur voudra se mettre à l'abri derrière l'art. 2279, C. civ., en invoquant non pas une possession réelle, mais seulement la possession régulière d'un connaissement ou d'une lettre de voiture. — Par exemple un créancier à qui l'acheteur aurait donné un gage en lui remettant

Source BIU Cujas

la lettre de voiture ou le connaissement, ne serait garanti contre la revendication du vendeur qu'autant qu'on lui aurait remis, ou au moins présenté, également la facture, et que les deux titres seraient signés par l'expéditeur (1). Cette solution n'est pas contraire à l'art. 92, 2e al., qui se contente de la possession régulière du connaissement ou de la lettre de voiture pour la constitution du gage; sans doute, d'après cet article, cette condition suffit pour que le gage soit valablement constitué à l'égard des autres créanciers du débiteur en supposant que celui-ci fût propriétaire incommutable; mais l'art. 92 n'a raisonné que sur cette hypothèse simple et normale; il n'a pas eu pour objet de promettre pleine sécurité au créancier gagiste dans le cas où le débiteur n'aurait pas de droit sur l'objet, ou n'aurait que des droits résolubles; ce qui le prouve c'est que de l'aveu de tous l'art. 92 (pas plus que l'art. 2076, C. civ.) ne protègerait pas le créancier gagiste contre la revendication du propriétaire qui aurait perdu l'objet ou à qui il aurait été volé.

Q. *Le droit de revendication serait-il perdu si le vendeur avait signé, non le connaissement ou la lettre de voiture, mais seulement la lettre par laquelle il avait envoyé ces titres à l'acheteur?* — Nous admettons que le droit sera conservé; car les raisons que nous avons données ne s'appliquent pas à ce cas : le vendeur en ne signant pas le connaissement a fait quelque chose d'anormal, il n'a pas donné au connaissement toute sa régularité (art. 282). On ne peut donc admettre alors la présomption de consentement que la loi attache au connaissement régulièrement signé par lui (2).

1009. Dans tous les cas où il revendique, le vendeur doit prouver l'*identité* des marchandises qu'il réclame avec celles qu'il a livrées. Notre article 576, à la différence de l'ancien art. 580, n'exige plus aucune garantie spéciale de l'identité; il n'exige même pas formellement que les marchandises existent en nature, comme l'art. 575. On devrait donc admettre suivant nous la revendication, lors même que les marchandises auraient subi une certaine altération (3), si leur identité est parfaitement certaine; et l'on pourrait admettre aussi ici, à la différence du cas de l'art. 575, une revendication collective par des vendeurs dont les objets auraient été mélangés (4).

1010. Le 3e alinéa oblige le vendeur qui revendique à rembourser les acomptes par lui reçus. Cette obligation s'explique bien si l'on admet qu'il y a résolution de la vente, car ces parties du prix seraient sans cause entre ses mains. Elle ne pourrait plus s'expliquer si l'on admettait que la revendi-

(1) Al. n. 2842, et la note sous l'arrêt de Douai, cité ci-après. — *Contrà* : Douai, 12 déc. 1874, D. P. 76. 1. 113.

(2) Amiens, 14 juill. 1848, D. P. 49. 2. 95. Ren., t. II, p. 369. Béd., n. 1154. Demang., t. V, p. 542. — *Contrà* : Rouen, 14 janv. 1848, D. P. 49. 2. 96; Douai, 12 déc. 1874, D. P. 76. 1. 113. Laroque-Sayssinel, t. II, p. 649. Al. n. 2480, 2481.

(3) Ren., t. II, p. 366. Demang., t. V, p. 545. Al. n. 2839. — On ne peut guère supposer, comme le font ces auteurs, une transformation industrielle des marchandises, puisqu'elles sont forcément en cours de voyage.

(4) Al. n. 2839. — Dans le cas où elles sont confondues avec des marchandises du failli, il est évident que la revendication est impossible : Béd., n. 1149 bis. Demang., t. V, p. 546. Al. n. 2839.

Source BIU Cujas

cation n'est que l'exercice du droit de rétention; c'est pour cela que nous avons écarté cette dernière théorie. — Le remboursement des frais de transport, commission, assurance, est très sévère pour le vendeur; car ces frais ont été faits dans l'intérêt de l'acheteur, et c'est celui-ci qui par sa faute les a rendus inutiles. Le Code et ensuite le législateur de 1838 ont appliqué ici maladroitement une règle donnée pour les revendications dont il est question à l'art. 575 (1).

La résolution pour non paiement du prix n'a pas lieu de plein droit (C. civ., art. 1184, 1654); le débiteur peut toujours l'empêcher en exécutant. C'est ce qu'applique l'art. 578 (2) :

Art. 578. Dans le cas prévu par les deux articles précédents, et sous l'autorisation du juge-commissaire, les syndics auront la faculté d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le prix convenu entre lui et le failli.

Si les syndics exigent la livraison lorsque le vendeur a déclaré vouloir invoquer l'art. 576, ils s'obligent par là, au nom de la masse, à payer le prix intégral, mais en jouissant des termes convenus (3). Mais s'ils ont pris livraison, sans que le vendeur use de son droit de revendication, cette obligation n'existera pas; le vendeur, en livrant sans invoquer l'art. 576, a renoncé au bénéfice de cet article; il n'est plus qu'un créancier ordinaire; il n'aura qu'un dividende, et ne peut exiger le prix intégral (4).

1011. *Règle de forme commune aux revendications* :

Art 579. Les syndics pourront, avec l'approbation du juge-commissaire, admettre les demandes en revendication : s'il y a contestation, le tribunal prononcera après avoir entendu le juge-commissaire.

III. — Revendication de la femme du failli.

1012. Sous tous les régimes de mariage, excepté sous celui de la séparation de biens, il y a des biens de la femme qui se trouvent entre les mains du mari, mais qui continuent à appartenir en propriété à la femme, parce que le mari en a tout au plus l'administration et la jouissance (5). Evidemment ces biens ne forment pas le gage des créanciers du mari; la femme a le droit de les revendiquer comme propriétaire.

Elle a le droit de le faire sans être obligée pour cela de demander la séparation de biens; car elle a un droit absolu à soustraire sa fortune propre aux créanciers de son mari et à empêcher qu'elle ne soit englobée dans la faillite. Une fois la distinction faite, rien ne lui défend de laisser à son mari la gestion de cette fortune dans les termes de leur contrat de mariage, si elle a

(1) V. Pot., *Vente*, n. 470. — Brav., t. V, p. 547.

(2) Ren., t. II, p. 375. Béd., n. 1165. Al. n. 2845.

(3) Ren., t. II, p. 373. Al. n. 2845.

(4) Dijon. 19 fév. 1867. D. P. 68. 2. 139; c'est dans ce sens qu'il faut entendre les expressions un peu impropres de Rennes, 7 janv. 1879, D. P. 79. 2. 106.

(5) Bien entendu il ne saurait s'agir de sa part dans les biens communs, sous les régimes de communauté, car ces biens forment avant tout le gage des créanciers du mari (cf. art. 560).

Source BIU Cujas

confiance en lui. Aussi nos art. 557 et suiv. parlent-ils tous des droits de la femme sans dire un mot de la séparation de biens (1).

Mais la loi craint à juste titre que des fraudes ne soient organisées pour enlever par ce moyen aux créanciers une partie de l'actif du mari en le mettant sous le nom de la femme. Aussi elle se montre très rigoureuse pour la preuve de la propriété de la femme. — On peut considérer l'art. 559 comme posant le principe général :

Art. 559. Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage, hors le cas prévu par l'article précédent, la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, ont été payés de ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire.

Cet article ne parle en propres termes que des biens acquis pendant le mariage; mais l'ensemble des autres articles de la section prouve que la même présomption existe pour les biens que l'on prétendrait avoir appartenu à la femme avant le mariage, et que la preuve contraire est, non seulement imposée à la femme, mais même enfermée souvent dans des rigueurs spéciales.

1° *Pour les meubles.*

1013. En droit commun (C. civ., art. 1415 et 1504) la femme peut faire preuve de la consistance de son mobilier propre par tous les moyens, même par la commune renommée, parce que c'est le mari qui a dû faire inventaire. Mais si la faute du mari peut le soumettre à ces rigueurs, tant que son intérêt seul est engagé, il n'en est plus de même lorsque la femme est en conflit avec les créanciers de la faillite. Elle doit alors prouver par un *acte authentique* :

Art. 560. La femme pourra reprendre en nature les effets mobiliers qu'elle s'est constitués par contrat de mariage, ou qui lui sont advenus par succession, donation entre-vifs ou testamentaire, et qui ne seront pas entrés en communauté, toutes les fois que l'identité en sera prouvée par inventaire ou tout autre acte authentique. A défaut, par la femme, de faire cette preuve, tous les effets mobiliers tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, sous quelque régime qu'ait été contracté le mariage, seront acquis aux créanciers, sauf aux syndics à lui remettre, avec l'autorisation du juge-commissaire, les habits et les linges nécessaires à son usage.

L'inventaire sera le moyen le plus usuel; un *autre acte authentique* pourrait être, par exemple, l'état estimatif exigé pour les donations de meubles par l'art. 948, C. civ. — La loi est impérative, et l'acte authentique ne pourrait être suppléé, ni par les déclarations contraires du mari dans un acte sous seing privé, ni par l'autorisation de prouver autrement donnée par le contrat de mariage (2), ni par une dispense complète de preuve contenue aussi au

(1) L'art. 1446, C. civ., s'explique très bien par cette distinction ; il ne permet pas aux créanciers de la femme de demander la séparation de biens, mais il leur permet d'exercer les droits de la femme en cas de faillite ou de déconfiture du mari, c'est-à-dire de faire opérer cette distinction des deux fortunes.

(2) Metz, 26 mai 1868, D. P. 70. 2. 80.

Source BIU Cujas

contrat de mariage (1). En effet les déclarations ou concessions du mari ne peuvent être opposées à ses créanciers, puisque c'est précisément contre lui que la loi prend des précautions. — Pourtant on a admis que le paiement de la dot entre les mains du mari serait suffisamment établi par l'effet de la clause contenue au contrat de mariage que le mariage vaudra quittance (2). Ici la fraude ne peut pas se supposer ; il n'est pas probable que le mari ait passé outre au mariage sans avoir reçu la dot.

Faute d'acte authentique, la femme perd le droit de revendiquer; mais elle est toujours au moins créancière de ces mêmes valeurs, conformément aux actes sous seing privé qu'elle produira; car on ne peut exiger d'elle, comme créancière, ce qu'on n'exige pas des autres créanciers.

L'art. 560 ne parle que des acquisitions à titre gratuit. Pour les acquisitions de meubles à titre onéreux, il faudrait au moins exiger un acte ayant date certaine : car il résulte de nos articles que la masse est ici un tiers, ayant des droits opposés à ceux du failli. — **Q.** *Mais faudra-t-il un acte authentique?* Nous ne l'exigerions pas, parce qu'il ne faut pas ajouter aux exigences de la loi qui sont rigoureuses, et parce que le Code ne vise notre cas, ni dans l'art. 560 spécial aux acquisitions à titre gratuit, ni dans l'art. 558 spécial aux immeubles (3).

2° *Pour les immeubles.*

1014. La loi se contente des modes de preuve de droit commun, parce que l'origine des immeubles est plus facile à constater et à contrôler :

Art. 557. En cas de faillite du mari, la femme dont les apports en immeubles ne se trouveraient pas mis en communauté reprendra en nature lesdits immeubles et ceux qui lui seront survenus par succession ou par donation entre-vifs ou testamentaire.

Elle exige seulement des conditions particulières en cas d'**emploi** en immeubles d'une somme propre (4) :

Art. 558. La femme reprendra pareillement les immeubles acquis par elle et en son nom des deniers provenant desdites successions et donations, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au contrat d'acquisition et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou à tout autre acte authentique.

Deux conditions : — 1° Constatation de l'origine des deniers par acte authentique (cf. art. 560) ; — 2° déclaration d'emploi dans l'acte d'acquisition de l'immeuble.

L'article ne parle pas formellement de l'*emploi* de *sommes dotales*, appartenant à la femme dès le mariage. Mais il faut évidemment l'appliquer puisqu'il y a

(1) Paris, 9 fév. 1867, D. P. 68. 2. 29.

(2) Req. 22 fév. 1860, D. P. 60. 1. 181.

(3) Req. 1er déc. 1879, D. P. 80. 1. 230 (pour des rentes sur l'Etat). Ren., t. II, p. 299. Dall., n. 1089. Massé, n. 1336. Al. n. 2793. — *Contrà* : Nancy, 17 janv. 1846, D. P. 46. 2. 69. Esnault, n. 585. Béd., n. 1006.

(4) Comme créancière chirographaire de cette somme elle n'a aucune justification spéciale à faire, elle est soumise comme tout créancier à la vérification et à l'affirmation de sa créance.

Source BIU Cujas

analogie complète. L'acte authentique prouvant l'origine des deniers sera en général le contrat de mariage ou l'inventaire y annexé. Mais il ne sera pas nécessaire que le reçu du mari soit authentique (1).

Si l'argent ainsi employé vient d'économies faites par la femme sur les revenus, que son contrat de mariage laissait à sa disposition, il faut encore en principe appliquer l'article 558; mais il sera impossible de remplir la première condition, de constater authentiquement l'origine de ces deniers. **Q.** *La femme pourra-t-elle revendiquer l'immeuble acquis avec ces deniers?* — 1er S. *Non* : le texte est formel du moment que l'origine n'est pas constatée authentiquement. — 2e S. *Oui* (!) seulement le juge devra être très rigoureux pour la preuve : — la loi n'a pas prévu notre hypothèse; c'est donc seulement par analogie qu'il faut appliquer l'esprit de l'art. 558; or il ne faut pas appliquer l'analogie de manière à rendre impossible une opération que la loi n'a pas formellement condamnée, qu'elle doit au contraire favoriser (2).

Enfin l'art. 558 doit encore être appliqué, toujours par raison d'analogie complète, au **remploi** de deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble de la femme; cette aliénation devra avoir eu lieu par acte authentique de même que la nouvelle acquisition (3).

Mais nous ne l'appliquerons pas à l'*échange* d'un immeuble contre un immeuble, parce qu'il n'y a jamais eu entre les mains du mari des deniers dont la provenance est toujours suspecte au législateur, et que d'ailleurs l'échange se faisant en un seul acte laisse beaucoup moins place au soupçon; sans doute on pourrait craindre que le mari n'eût fourni une soulte pour l'échange; mais cela pourra toujours facilement se prouver, et en tout cas, l'article n'ayant pas parlé de cette hypothèse, on ne peut l'y étendre, puisqu'il n'y a pas analogie complète (4).

1015. La revendication doit évidemment respecter les droits acquis sur les immeubles :

Art. 561. L'action en reprise résultant des dispositions des articles 557 et 558 ne sera exercée par la femme qu'à la charge des dettes et hypothèques dont les biens sont légalement grevés, soit que la femme s'y soit obligée volontairement, soit qu'elle y ait été condamnée.

1016. **Suppression complète** de tout droit de la femme sur les biens donnés par son mari dans le contrat de mariage :

Art. 564. La femme dont le mari était commerçant à l'époque de la célébration du mariage, ou dont le mari, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, sera devenu commerçant dans l'année qui suivra cette célébration, ne pourra exercer dans la faillite aucune action à raison des avantages portés au contrat de mariage, et, dans ce cas, les créanciers ne pourront, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par la femme au mari dans ce même contrat.

Toute action est supprimée : non seulement la revendication, mais même

(1) Ren., t. II, p. 297. Béd., n. 999. Dall., n. 1088. Demang., t. V, p. 529-530. Al. n. 2789, 2792.

(2) Paris, 9 fév. 1867, D. P. 68. 2. 29. — Demang., t. V, p. 530.

(3) Demang., t. V, p. 530. Al. n. 2789.

(4) *Contrà* : Demang. et Al., *ibid.*

Source BIU Cujas

tout droit de créance, soit simple, soit hypothécaire. — La loi a craint une fraude trop facile; et d'ailleurs elle supprime aussi les droits réciproques que le mari aurait pu invoquer.

Mais cette présomption de fraude est très hardie, et elle ne peut se supposer que si les parties ont pu prévoir la faillite. Aussi il faut, pour que l'article s'applique, que le mari fût commerçant lors du mariage, ou qu'on pût prévoir qu'il le deviendrait bientôt; et la loi présume cette prévision à une double condition, non seulement qu'il soit devenu commerçant dans l'année, mais encore qu'il n'eût, lors du mariage, aucune profession déterminée. S'il avait une autre profession, fût-il devenu commerçant dans l'année, l'article ne s'appliquerait pas.

§ 2

Exercice des privilèges et hypothèques.

Deux divisions : — 1° quels sont les créanciers privilégiés ou hypothécaires; — 2° comment s'exercent leurs droits.

I. — Quels sont les créanciers privilégiés ou hypothécaires.

1017. Nous n'avons à indiquer ici que les modifications apportées par la faillite aux règles du droit commun, telles qu'elles sont établies par les art. 2101 et suiv., C. civ.

Parmi les privilèges généraux :

Nous trouvons une addition à l'art. 2101, 4°, ou plutôt une application (qui aurait pu être discutable) du mot *gens de service*, avec quelques modifications. C'est le **privilège des commis et ouvriers :**

Art. 549. Le salaire acquis aux ouvriers employés directement par le failli, pendant le mois qui aura précédé la déclaration de faillite, sera admis au nombre des créances privilégiées, au même rang que le privilège établi par l'art. 2101 du code civil pour le salaire des gens de service. — Les salaires dus aux commis pour les six mois qui auront précédé la déclaration de faillite seront admis au même rang.

V. ce que nous en avons déjà dit, ci-dessus n°s 67 et suiv. — Parmi les *ouvriers*, il faudra comprendre, même les *chefs ouvriers* ou chefs d'atelier qui sont habituellement payés de la même façon (v. n. 70) (1).

Il faut que les ouvriers aient été *directement* employés par le failli : le privilège n'appartiendrait pas aux ouvriers employés par un entrepreneur qui aurait fait des travaux pour le failli.

Le mot *commis* comprend seulement les employés ayant une attache fixe à une certaine maison; mais non ceux qui en représentent à la fois plusieurs (v. ci-dessus, n. 513) (2). Nous y avons compris les acteurs dans leurs rapports avec le directeur du théâtre (v. n. 45). — Il ne s'étend pas aux personnes chargées de la direction d'une entreprise (3).

(1) Trib. comm. Marseille, 27 avril 1870, D. P. 71. 3. 55.
(2) Trib. comm. Seine, 27 juin, 1er mai 1857, D. P. 58. 3. 48.
(3) Paris, 20 mai 1879, D. P. 80. 2. 120 ; Lyon, 1er avril 1882, D. P. 82. 2. 44.

Source BIU Cujas

Le *salaire* doit comprendre aussi les autres sommes promises au même titre ou comme complément des salaires; comme les frais de déplacement, etc., ou le tant p. % promis sur les ventes faites (1).

Il y a une différence avec l'art. 2101, 4°; le temps pour lequel les salaires dus sont privilégiés est plus court : au lieu d'être d'un an et l'année courante, il n'est que d'un mois pour les ouvriers, et de six mois pour les commis : c'est qu'on a l'habitude de payer plus fréquemment ces auxiliaires, et les ouvriers plus fréquemment que les commis; les premiers se paient ordinairement à la semaine ou à la quinzaine, les seconds au mois. Il y aurait surprise pour les créanciers si on laissait accumuler plus longtemps ces salaires.

Parmi les privilèges spéciaux sur les meubles.

1018. **Suppression du privilège du vendeur :**

Art. 550, dern. al. (L. 12 fév. 1872) (v. *suprà*, n. 1005). Cet alinéa a été appliqué plusieurs fois et avec raison au privilège du vendeur d'un office ministériel, car cet office est un meuble (2). — Cette disposition s'applique même si le failli a acheté pour un but étranger à son commerce, car elle est absolue. Mais il ne s'applique pas aux fournisseurs du failli, privilégiés en vertu de l'art. 2101, 5°, et non de l'art. 2102, 4° (3).

1019. **Restriction au privilège du bailleur** des lieux occupés par le failli. V. ci-dessus l'art. 550 modifié par la L. 12 févr. 1872, et les explications que nous avons données sur cet article en le comparant à l'art. 2102, 1°, C. civ. (n. 930 et suiv.).

Parmi les hypothèques.

1020. Il peut se faire que certaines hypothèques légales ou judiciaires ou conventionnelles se trouvent supprimées par application des art. 446 et suiv., comme consenties ou inscrites dans l'une des périodes où leur constitution ou leur inscription sont frappées de nullité. — Les hypothèques légales, dispensées d'inscription ne sont nullement atteintes par ces dispositions. Mais le législateur s'est armé de sévérités spéciales contre l'hypothèque de la femme (art. 563).

1021. **Restrictions à l'hypothèque légale de la femme du failli.** Ces restrictions complètent celles qui sont mises à son droit de revendication.

Elles n'ont lieu que si la femme a pu s'y attendre, c'est-à-dire si le mari était commerçant lors du mariage, ou si, n'ayant pas alors de profession déterminée, il est devenu commerçant dans l'année du mariage. La prise de la qualité de commerçant par le mari dans le contrat de mariage, ne fait pas preuve complète contre la femme, car il faut, pour l'application de l'art. 563, la réalité de la qualité de commerçant; mais elle crée une présomption contre la femme (4). Réciproquement sa déclaration contraire ou l'exercice d'une

(1) Lainné, p. 398. Dall., n. 1056. Béd., n. 936. Laroque-Sayssinel, t. II, p. 450. Demang., t. V, p. 580. Al. n. 2799. — *Contrà :* Trib. comm. de la Seine, 27 janv., 1er mai 1857, D. P. 58. 3. 48; Rouen, 10 nov. 1860, S. 61. 2. 13.

(2) Paris, 25 fév. 1860, D. P. 60. 2. 115. — Eug. Durand, *Des offices*, n. 250. Demang., t. V, p. 578.

(3) Demang., *ibid.*

(4) Req. 24 janv. 1872, D. P. 72. 1. 93. — Al. n. 2797.

Source BIU Cujas

profession incompatible ne protègent pas la femme, s'il est réellement commerçant (1).

Il y a deux ordres de restrictions : — 1° quant à l'assiette de l'hypothèque, c'est-à-dire quant aux biens qui peuvent en être grevés ; — 2° quant aux créances garanties par l'hypothèque.

1022. 1° *Restrictions quant à l'assiette de l'hypothèque.*

La loi soustrait à l'hypothèque de la femme tous les immeubles acquis à titre onéreux depuis le mariage. Elle présume qu'ils ont été acquis avec l'argent des créanciers, pour sauver la dot; c'est une présomption analogue à celle de l'art. 559 (v. *suprà*, n. 1012). Cette présomption est une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire (C. civ., art. 1352, 2e al.) :

Art. 563, 1er al. Lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage, ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme.

Restent soumis à l'hypothèque de la femme :

A. Les immeubles appartenant au mari avant le mariage. — Nous ajouterons ceux qui auront été acquis en échange; car il y a les mêmes raisons, du moment que la provenance n'est pas contestée. Il faudra seulement qu'il n'y ait pas dans cet échange une soulte quelque peu considérable ; sans cela l'immeuble acquis ne serait hypothéqué que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble primitif.

Q. Quid *des améliorations et constructions faites sur l'immeuble du mari?* En principe, l'hypothèque s'y étend de plein droit (C. civ., art. 2133); mais ici il y a à craindre que le mari ne les fasse pour soustraire leur prix au gage de ses créanciers. Pour les constructions, nous admettrons que l'hypothèque ne s'y étendra pas, et qu'il y aura lieu de faire une ventilation pour apprécier la valeur de l'immeuble sans les constructions; en effet, d'une part la fraude est ici très aisée, et d'autre part cette appréciation est facile (2). Mais pour les simples améliorations, l'appréciation est beaucoup plus difficile, et la fraude moins à craindre : l'hypothèque s'y étendrait donc (3). D'ailleurs on pourrait toujours prouver directement la fraude, si elle avait lieu.

B. Les immeubles acquis par donation. — L'ancien code de commerce ne l'admettait pas, parce qu'on craignait un achat déguisé sous forme de donation. Mais on l'a admis en 1838, parce que la fraude sera ordinairement facile à prouver, et parce que ce déguisement, exposant l'acheteur au rapport et à la réduction vis-à-vis des héritiers du donateur, n'est pas bien à craindre.

C. Les immeubles acquis par succession ou legs. — L'ancien Code ne l'ad-

(1) Nîmes, 10 juill. 1851, D. P. 53. 2. 216.

(2) Ren., t. II, p. 212. Boileux sur Boulay-Paty, n. 915. Béd., n. 1034. Dall., n. 1107. Gadrat, p. 397. Massé, n. 1345. Al. n. 2804. — *Contrà :* Rouen, 29 déc. 1855, D. P. 57. 2. 197. Esnault, n. 599.

(3) Grenoble, 28 juin 1858, D. P. 59. 2. 191. — Boileux sur Boulay-Paty, n. 916. Esnault, n. 599. Al. n. 2804.

Source BIU Cujas

mettait pas non plus, par crainte d'une collusion entre le mari et ses cohéritiers pour mettre au lot du mari des immeubles plutôt que des meubles. Mais en 1838, on a considéré que les créanciers du mari peuvent toujours intervenir au partage pour empêcher qu'il ne soit fait en fraude de leurs droits (C. civ., art. 882).

Q. Quid *si l'immeuble a été acquis par licitation entre cohéritiers, ou moyennant une soulte dans le partage?* Sera-t-il hypothéqué pour le tout quoiqu'il ait été payé en partie avec l'argent du mari? — 1er S. *Il est hypothéqué pour le tout* : cette licitation ou ce partage ont un effet déclaratif (C. civ., art. 883); l'immeuble est censé advenu tout entier par succession (1). — 2e S. *Il est hypothéqué seulement pour la part que le mari y avait primitivement* (!) : — la fiction de l'art. 883, n'est pas absolue; elle n'a d'effet qu'entre les cohéritiers et pour éviter les recours entre eux; — en somme le mari a payé cet immeuble avec des deniers qui sans cela seraient dans la masse (2).

1023. 2° *Restriction quant aux créances garanties.*

Art. 563, 2e al..... 1° Pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot, qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou donation entre-vifs ou testamentaire, et dont elle prouvera la délivrance ou le paiement par acte ayant date certaine; 2° pour le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage; 3° pour l'indemnité des dettes par elles contractées avec son mari.

Il y a deux différences avec l'art. 2135, C. civ. : — 1° Il n'y a pas d'hypothèque pour les conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les *avantages* faits dans le contrat de mariage. Nous avons déjà vu que l'art. 564 refuse à la femme même une action chirographaire pour ces avantages. — 2° Les autres créances doivent être établies par un acte *ayant date certaine;* au lieu de pouvoir être prouvées par un acte quelconque, même par tous les moyens possibles (C. civ., art. 1415 et 1504), et même par la présomption de l'art. 1569 sous le régime dotal (3). C'est que la masse est ici un tiers, et que la loi lui a donné d'autres droits qu'au failli lui-même. — Cette date doit être certaine au moins avant la déclaration de faillite. Si elle n'est devenue certaine que peu de temps auparavant, on pourrait être admis à prouver qu'il y a fraude.

Remarquons que faute de date certaine l'art. 563 n'enlève que l'hypothèque de la femme; il la laisse créancière chirographaire, si elle fait preuve dans les termes du droit commun. En effet, elle est à cet égard comme les autres créanciers chirographaires à qui on ne demande pas un titre ayant date certaine (4). Elle pourrait même, comme chirographaire, invoquer, si elle est dotale, la présomption de l'art 1569, C. civ. (5). — Mais pour les *avan-*

(1) Cass. 10 nov. 1869, D. P. 69. 1. 501, etc., etc. — Ren., t. II, p. 313 et suiv. Demang., t. V, p. 564. Al. n. 2804.

(2) Caen, 21 avril 1866, D. P. 68. 2. 43, etc. — Gadrat, p. 399 et suiv. Esnault n. 600. Massé, n. 1345.

(3) Poitiers, 21 juin 1881, D. P. 82. 2. 224. — Néanmoins, pour prouver la remise de la dot, il suffira que le contrat de mariage déclare que le mariage vaudra quittance. Ren., t. II, p. 315. Béd., n. 1037. Massé, n. 1344. Al. n. 2799.

(4) Req. 13 août 1868, D. P. 70. 1. 126. — Ren., t. II, p. 307. Esnault, n. 592. Al. n. 2802. — *Contrà :* Massé, n. 1346.

(5) Poitiers, 21 juin 1881, D. P. 82. 2. 224. etc.

Source BIU Cujas

tages contenus au contrat de mariage, la loi enlève à la femme même sa créance chirographaire, à charge de réciprocité (art. 564). — Enfin pour les dettes que la femme a payées pour son mari, la loi lui refuse même l'action chirographaire si elle ne prouve pas directement qu'elle l'a fait de ses propres deniers :

Art. 562. Si la femme a payé des dettes pour son mari, la présomption légale est qu'elle l'a fait des deniers de celui-ci, et elle ne pourra, en conséquence, exercer aucune action dans la faillite, sauf la preuve contraire, comme il est dit à l'article 559.

La femme, si elle n'agit que comme créancière, pourra invoquer la compensation de ses reprises avec les récompenses qu'elle pourrait devoir, pour ne subir de réduction que sur la différence. Et réciproquement, si elle doit plus qu'il ne lui est dû, elle compensera jusqu'à due concurrence, sans subir de réduction sur ses créances (1). Car cette compensation s'est opérée avant la faillite.

1024. Les restrictions aux droits de la femme, soit à son droit de revendication, soit à son hypothèque, sont établies évidemment au profit de la masse de la faillite de son mari. C'est par l'intérêt de cette masse que nous les avons expliquées. — Q. *Peuvent-elles être invoquées par d'autres dans leur intérêt personnel?* La jurisprudence l'admet parce que nos articles 557 et suivants ne distinguent pas. Mais nous ne saurions l'admettre : — si le texte est muet, l'esprit de la loi est bien évident; c'est dans l'intérêt seul de la masse, parce qu'il y a faillite, que ces restrictions sont faites; et il n'y a aucun motif de s'intéresser particulièrement à d'autres qu'aux créanciers de la faillite; — d'ailleurs la rubrique du chap. VII, dans lequel se trouvent nos articles porte: « des différentes espèces de créanciers et de leurs droits *en cas de faillite;* » c'est donc la faillite qui est la seule cause de nos dispositions; — enfin il y a une analogie complète entre nos articles et l'art. 446; or celui-ci porte expressément que la nullité n'a lieu qu'à l'égard de la masse (v. *suprà*, n. 942). — Voici les principales conséquences de notre doctrine : — ces restrictions ne peuvent être invoquées par un créancier hypothécaire postérieur à la femme et qui voudrait prendre son rang; car la faillite n'y est nullement intéressée (2); — elles ne peuvent non plus être invoquées par un tiers acquéreur à qui le mari aurait vendu l'immeuble et qui voudrait éviter le droit de suite de la femme : sans doute ici la masse sera exposée à une action récursoire du tiers acquéreur évincé, mais cette action, qui sera purement chirographaire, ne nuira pas plus à la masse que l'action également chirographaire de la femme, laquelle est respectée par la loi, comme nous venons de le dire; — elles ne peuvent être invoquées lorsqu'il y a cessation de paiements sans faillite déclarée par le tribunal de commerce, parce qu'il n'y a pas de masse, et que les restrictions ne seraient invoquées que par des créanciers agissant dans leur intérêt exclusif ou par des tiers acquéreurs; c'est pour cela que, suivant nous, la faillite ne peut jamais être reconnue par un tribunal civil (3).

(1) Amiens, 16 mai 1877, D. P. 80. 2. 215.
(2) *Contrà :* Nîmes, 17 juill. 1867, D. P. 68. 5. 216.
(3) *Contrà* : Metz, 20 déc. 1865, D. P. 66. 2. 10. — Comp. Al. n. 2798.

Source BIU Cujas

C'est un point très controversé que de savoir si le failli lui-même peut invoquer ces restrictions (comme les nullités des art. 446 et suiv.) après un concordat obtenu. Ici la masse n'est pas complètement désintéressée; il s'agit de savoir si l'on doit tenir compte de son intérêt. Nous examinerons ce point à propos du concordat (v. n. 1051, 1052).

II. — **Comment s'exercent les droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires** (v. au Code, chap. 7, sect. 2 et 3).

Il faut distinguer parmi eux trois catégories :

1025. 1° *Créanciers privilégiés généraux.*

Art. 551. Les syndics présenteront au juge-commissaire l'état des créanciers se prétendant privilégiés sur les biens meubles, et le juge-commissaire autorisera, s'il y a lieu, le paiement de ces créanciers sur les premiers deniers rentrés. — Si le privilège est contesté, le tribunal prononcera.

Quoique l'article ne le dise pas formellement, il entend évidemment parler des créanciers se prétendant privilégiés sur *la généralité* des meubles.

Cette manière de les payer est la conséquence naturelle de la généralité de leurs privilèges; elle est très simple, et satisfait complètement leurs droits. — Aussi nous avons admis (n. 921) qu'ils ne conservent pas le droit d'exercer des poursuites individuelles; car ils n'y trouveraient aucun avantage, et gèneraient considérablement l'action des syndics. — Le failli concordataire devrait faire comme les syndics.

2° *Créanciers privilégiés spéciaux sur les meubles.*

Le Code, dans les art. 546 et suiv., ne parle que des créanciers *nantis d'un gage.* Mais il faut remarquer qu'une fois le privilège du vendeur supprimé par l'art. 550, dern. al., tous les créanciers à privilège spécial sur les meubles ont des droits fondés sur un gage exprès ou tacite; à l'exception du conservateur de la chose (C. civ., art. 2103, 3°). Evidemment il faut appliquer à ce dernier les mêmes règles qu'aux autres.

Art. 546. Les créanciers du failli qui seront valablement nantis de gages ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire.

La loi suppose évidemment que leur gage est suffisant; sans cela, ils seraient chirographaires pour le surplus (art. 548). Et nous pensons qu'ils auraient le droit de se faire colloquer dans la masse pour le surplus de leur créance, sauf à établir un règlement analogue à celui de l'art. 545, si la valeur du gage n'est pas fixée au moment de la répartition des deniers; car ces articles sont pour nous l'application pure et simple du droit commun (1). Si leur gage est suffisant, ils n'ont qu'à l'exécuter, comme ils en ont le droit (art. 548, et pour le bailleur, art. 450). — Si le gage a été donné, non par le failli, mais par un tiers, nous pensons que l'art. 546 ne s'applique plus; le créancier est purement chirographaire dans la faillite, et a droit d'y figurer comme tel (2).

Art. 547. Les syndics pourront, à toute époque, avec l'autorisation du juge-commissaire, retirer les gages au profit de la faillite, en remboursant la dette.

(1) *Contrà :* Béd., n. 917. Demang., t. V, p. 573. Al. n. 2769, 2771.
(2) Req. 24 nov. 1851, D. P. 54. 5. 368. — Demang., t. V, p. 574-575.

Source BIU Cujas

La masse y aura intérêt, si le gage vaut plus que le montant de la créance. C'est d'ailleurs le droit commun. Le failli concordataire aurait le même droit.

Art. 548. Dans le cas où le gage ne sera pas retiré par les syndics, s'il est vendu par le créancier moyennant un prix qui excède la créance, le surplus sera recouvré par les syndics ; si le prix est moindre que la créance, le créancier nanti viendra à contribution pour le surplus, dans la masse, comme créancier ordinaire.

Cet article reconnaît évidemment le droit des créanciers de faire vendre leur gage comme ils l'entendent. Il sera applicable aussi en cas de concordat. — En disant que, si le prix de vente du gage excède la créance, *le surplus sera recouvré par les syndics*, le Code entend que les syndics toucheront directement ce surplus de l'adjudicataire du meuble vendu ; leur droit ne se bornera pas à le recouvrer contre le créancier, après que celui-ci aurait touché le tout ; car alors ils courraient les risques de l'insolvabilité de ce créancier (1).

Nous avons admis, sous l'art. 444 (n. 924), que si le créancier gagiste avait un terme, il pourrait immédiatement exécuter son gage en invoquant la déchéance du terme, parce que la masse n'a aucun intérêt contraire ; le droit de rétention du créancier lui nuit au moins autant que la vente, car du moins celle-ci permettra de liquider immédiatement la situation et peut-être de faire reverser à la masse l'excédant du prix du gage. Si, au contraire, ce prix est insuffisant pour payer le créancier, celui-ci a un droit incontestable à liquider immédiatement sa situation pour figurer comme chirographaire pour le surplus (2) ; et, comme chirographaire, il a droit certainement à invoquer la déchéance du terme.

Si le gage avait été donné par un coobligé du failli, le créancier nanti figurerait dans la faillite pour la totalité de sa créance ; car il y est créancier chirographaire seulement (3).

1026. 3° *Créanciers privilégiés spéciaux sur les immeubles et créanciers hypothécaires.*

Quoique privilégiés ou hypothécaires, ils restent toujours chirographaires ; si donc leur sûreté spéciale est insuffisante pour les payer, ils figureront comme chirographaires pour le surplus et auront droit à un dividende proportionnel à ce surplus. C'est ce qu'applique l'art. 552 dans l'hypothèse la plus simple où le prix de l'immeuble a été distribué avant la répartition des deniers chirographaires :

Art. 552. Lorsque la distribution du prix des immeubles sera faite antérieurement à celle du prix des biens meubles, ou simultanément, les créanciers privilégiés ou hypothécaires, non remplis sur le prix des immeubles, concourront, à proportion de ce qui leur restera dû, avec les créanciers chirographaires, sur les deniers appartenant à la masse chirographaire, pourvu

(1) Brav., t. V, p. 573-574.

(2) Il y a un intérêt encore plus grand, si on ne l'admet pas à figurer dans la masse chirographaire tant qu'il n'a pas liquidé son gage. V. note 1, page précédente.

(3) Rej. 23 nov. 1852, D. P. 52. 1. 324.

Source BIU Cujas

toutefois que leurs créances aient été vérifiées et affirmées suivant les formes ci-dessus établies.

S'ils avaient une hypothèque, consentie, non par le failli, mais par un de ses coobligés, ils seraient créanciers chirographaires pour le tout dans la faillite; car l'art. 552 suppose bien évidemment que ce sont les immeubles du failli qui sont vendus (1).

L'art. 556 applique la même idée aux créanciers qui ne viennent pas du tout en ordre utile:

Art. 556. Les créanciers qui ne viennent point en ordre utile seront considérés comme chirographaires, et soumis comme tels aux effets du concordat et de toutes les opérations de la masse chirographaire.

La liquidation de leurs droits est plus délicate lorsque les distributions de deniers ont lieu avant la répartition du prix des immeubles hypothéqués. La loi veut que leur situation soit réglée comme elle aurait été réglée si l'on avait procédé dans l'ordre inverse : elle considère en effet qu'ils doivent normalement se faire payer d'abord sur les biens hypothéqués; l'a. 2209 C. civ. leur défend de saisir les autres biens de leur débiteur tant que l'insuffisance des immeubles hypothéqués n'est pas établie.

Art. 553. Si une ou plusieurs distributions des deniers mobiliers précèdent la distribution du prix des immeubles, les créanciers privilégiés et hypothécaires vérifiés et affirmés concourront aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, et sauf, le cas échéant, les distractions dont il sera parlé ci-après.

Art. 554. Après la vente des immeubles et le règlement définitif de l'ordre entre les créanciers hypothécaires et privilégiés, ceux d'entre eux qui viendront en ordre utile sur le prix des immeubles pour la totalité de leur créance ne toucheront le montant de leur collocation hypothécaire que sous la déduction des sommes par eux perçues dans la masse chirographaire. — Les sommes ainsi déduites ne resteront point dans la masse hypothécaire, mais retourneront à la masse chirographaire au profit de laquelle il en sera fait distraction.

Les créanciers hypothécaires, qui viennent en ordre utile pour toute leur créance, ne peuvent évidemment toucher plus qu'il ne leur est dû. Ils laissent donc sur leur collocation une somme égale à celle qu'ils ont touchée dans la masse chirographaire. Mais cette somme qu'ils laissent ne doit pas profiter aux créanciers hypothécaires postérieurs, qui bénéficieraient ainsi du hasard qui a retardé la distribution du prix des immeubles après les distributions des deniers chirographaires. Cette somme est donc reversée dans la masse chirographaire. Les créanciers hypothécaires postérieurs ne peuvent pas se plaindre, car ils ont exactement le rang qu'ils auraient eu si les premiers s'étaient fait payer intégralement avant eux, comme c'était leur droit (2).

(1) Colmar, 14 mai 1851, D. P. 54. 2. 16.

(2) Ces règles ne s'appliqueraient pas au cas où les syndics, sans attendre la vente de l'immeuble et l'ordre, auraient désintéressé un créancier hypothécaire; dans ce cas a masse ne prendrait le rang de ce créancier que si toutes les conditions de fond et de

Source BIU Cujas

Art. 555. A l'égard des créanciers hypothécaires qui ne seront colloqués que partiellement dans la distribution du prix des immeubles, il sera procédé comme il suit : leurs droits sur la masse chirographaire seront définitivement réglés d'après les sommes dont ils resteront créanciers après leur collocation immobilière et les deniers qu'ils auront touchés au delà de cette proportion, dans la distribution antérieure, leur seront retenus sur le montant de leur collocation hypothécaire, et reversés dans la masse chirographaire.

Le Code suit toujours la même idée : régler leur situation, comme si le prix des immeubles avait été partagé d'abord, et qu'ils ne se fussent présentés comme chirographaires que pour le surplus impayé de leurs créances.

Le même mode de règlement devrait s'appliquer en sens inverse pour les créanciers à privilège général de l'art. 2101, C. civ., qui ne doivent être payés sur les immeubles que *subsidiairement* (C. civ., art. 2105) : si le prix des immeubles est distribué le premier, ils y seront colloqués en première ligne ; mais quand viendra la distribution des deniers mobiliers, ils reverseront à la masse hypothécaire ce qui leur reviendrait en trop dans la masse mobilière (1).

Nous nous demanderons bientôt si ces articles sont applicables en cas de concordat (v. n. 1053).

APPENDICE AU CHAPITRE II.

CLOTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF.

V. au Code, ch. 6, sect. 3.

1027. L'insuffisance de deniers nécessaires pour faire les frais des opérations de la faillite arrête ces opérations à quelque moment qu'elle se produise, avant que la faillite ait reçu une solution.

Art. 527, 1er al. Si, à quelque époque que ce soit, avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union, le cours des opérations de la faillite se trouve arrêté par l'insuffisance de l'actif, le tribunal de commerce pourra, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des opérations de la faillite.

Le trésor public avance bien les premiers frais (art. 461) ; mais il ne le fait qu'autant qu'il y a espoir que la faillite pourra le rembourser. En tout cas, il ne peut continuer indéfiniment ces avances sans espoir d'être remboursé. Les créanciers pourraient, s'ils le voulaient, avancer ces frais, mais on ne peut leur imposer ce sacrifice, même avec l'assentiment de la majorité.

1028. **Effets de la clôture pour insuffisance d'actif.**

Art. 527, 2e et 3e al. Ce jugement fera rentrer chaque créancier dans l'exer-

forme de la subrogation étaient réunies : Rej. 30 mars 1875, D. P. 75. 1.353 ; Rennes, 2 janv. 1880, D. P. 81. 2. 130.

(1) Béd., n. 964, 971. Dall., n. 1068. Demang., t. V, p. 553. Al. n. 2786.

Source BIU Cujas

cice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli. — Pendant un mois, à partir de sa date, l'exécution de ce jugement sera suspendue.

Avant la L. 22 juill. 1867, les créanciers reprenaient la faculté d'exercer la contrainte par corps. Seulement l'exécution du jugement était suspendue pendant un mois pour permettre au failli d'éviter la contrainte par corps en se procurant des fonds.

Ils reprennent le droit de poursuite sur les biens, s'ils peuvent en découvrir. La loi veut que, si un créancier parvient à trouver quelque valeur saisissable, il puisse immédiatement la faire mettre sous la main de la justice sans être obligé de prévenir les syndics et de les décider à agir, ce qui laisserait peut-être le temps de faire disparaître cette valeur.

Art. 528. Le failli, ou tout autre intéressé, pourra, à toute époque, le faire rapporter par le tribunal, en justifiant qu'il existe des fonds pour faire face aux frais des opérations de la faillite, ou en faisant consigner entre les mains des syndics somme suffisante pour y pourvoir. — Dans tous les cas, les frais des poursuites exercées en vertu de l'article précédent devront être préalablement acquittés.

Q. *Les créanciers qui auront saisi quelque bien en garderont-ils pour eux la valeur?* — Il semble au premier abord que cela soit leur droit, puisque la loi leur rend la faculté d'exécution (1). — Mais nous ne l'admettrons pas : — le but de la loi est de permettre au premier venu de sauver le gage commun par une poursuite immédiate ; — mais le dessaisissement subsiste toujours avec ses effets, et le vœu d'égalité entre tous les créanciers ; — ce qui le démontre, c'est que tout intéressé peut, en prouvant que des fonds existent, *faire rapporter* le jugement; c'est bien dire que le jugement est censé non avenu, que les poursuites faites en vertu de ce jugement ne profitent pas exclusivement à celui qui les a faites, et que, la clôture étant effacée, tous les droits résultant de la faillite seront rouverts rétroactivement; aussi l'art. 527, 1er al., dit-il : *clôture des opérations* de la faillite et non clôture de la faillite comme le projet le proposait ; — de plus, on rembourse les frais des poursuites à celui qui les a faites (art. 528, 2e al.) ; c'est évidemment qu'il ne garde pas le bénéfice de ces poursuites (2).

De ce que chaque créancier reprend le droit de poursuites individuelles, il s'ensuit que l'interruption continuelle de prescription produite par les opérations de la faillite (v. *suprà*, n. 851, 920) s'arrêterait à partir de la clôture pour insuffisance d'actif, sauf à opérer de nouveau si la faillite est rouverte, en supposant que la prescription ne soit pas acquise avant la réouverture.

Malgré la reprise des poursuites individuelles, les autres effets de la faillite subsistent, surtout le *dessaisissement* avec tous ses effets : — ainsi le failli ne peut pas valablement recouvrer seul une créance (3) ; — ni contracter de nouvelles dettes opposables à la masse (4) ; — ni partager une succession nouvelle-

(1) Béd., n. 702.

(2) Paris, 8 mars 1856, D. P. 56. 2. 139. — Ren., t. II, p. 122, 123. Brav. et Demang., t. V, p. 491. Al. n. 2721.

(3) Trib. comm. Marseille, 28 avril 1863, D. P. 64. 3. 8.

(4) Rouen, 21 mars 1851, D. P. 52. 2. 274.

Source BIU Cujas

ment échue (1); — réciproquement les nouveaux créanciers avec qui il aurait contracté ne seraient pas liés par un concordat, consenti par la masse après la reprise des opérations de la faillite; car la réouverture de la faillite n'est pas une seconde faillite (2); — les pouvoirs des syndics ne sont pas révoqués; et ils peuvent intervenir dans toutes les instances pour assurer l'égalité entre les créanciers (3).

Lors même que le failli prétendrait avoir désintéressé tous ses créanciers, le tribunal ne pourrait pas clore définitivement la faillite; car la loi n'admet que deux solutions définitives: le concordat et l'union; d'ailleurs, en dehors des procédures organisées par la loi, on n'est pas sûr qu'il ne reste pas des créanciers impayés. Il faudrait donc rouvrir la faillite et la terminer par l'un des modes légaux (4).

CHAPITRE III.

SOLUTIONS DE LA FAILLITE.

1029. Trois solutions sont possibles d'après le Code : — 1° le concordat; — 2° le concordat par abandon; — 3° l'union. — Il peut encore intervenir un concordat amiable par l'accord de toutes les parties; nous en traiterons comme appendice aux deux premières sections.

SECTION PREMIÈRE.

DU CONCORDAT.

1030. Nous donnons, avec le Code, la priorité à cette solution, parce que c'est seulement en la rejetant que les créanciers arrivent à l'union. — V. au Code, ch. VI, sect. 1 et 2.

Le concordat est *un traité par lequel les créanciers remettent le failli à la tête de ses affaires en lui accordant des facilités de paiement, et même, très ordinairement, des remises.* — Ces sacrifices sont nécessaires si l'on veut remettre le failli à la tête de ses affaires, puisque la cessation des paiements a montré que, si tout restait en l'état, le failli ne pouvait plus marcher. — C'est l'intérêt même des créanciers de les consentir, s'ils ont confiance dans le failli; car ils ont ainsi l'espoir d'obtenir un dividende plus fort que s'ils se mettaient en état d'union.

Trois paragraphes : — 1° formation du concordat; — 2° effets du concordat; — 3° annulation et résolution du concordat.

(1) Rouen, 3 mai 1879, D. P. 80. 2. 15.
(2) Paris, 24 avril 1866, D. P. 66. 2. 82.
(3) Cass. 5 nov. 1879, D. P. 80. 1. 5.
(4) Paris, 25 mars 1879, D. P. 79. 2. 97.

Source BIU Cujas

§ 1er

Formation du concordat.

1031. Convocation des créanciers et du failli.

Art. 502. A l'expiration des délais déterminés par les articles 492 et 497, à l'égard des personnes domiciliées en France, il sera passé outre à la formation du concordat et à toutes les opérations de la faillite, sous l'exception portée aux articles 567 et 568 en faveur des créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France.

Art. 504. Dans les trois jours qui suivront les délais prescrits pour l'affirmation, le juge-commissaire fera convoquer par le greffier, à l'effet de délibérer sur le formation du concordat, les créanciers dont les créances auront été vérifiées et affirmées, ou admises par provision. Les insertions dans les journaux et les lettres de convocation indiqueront l'objet de l'assemblée.

La loi, qui veut accélérer autant que possible les opérations, n'accorde qu'un délai très court après la fin des opérations précédentes. La fin de ces opérations est nécessaire pour fixer définitivement la liste des créanciers et la situation de la faillite, qu'il faut nécessairement connaître pour prendre un parti. C'est aussi pour que tout soit fixé alors, que le Code (art. 581) arrête, après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances, toute demande tendant à changer l'époque de la cessation des paiements. Si une demande de ce genre s'était produite à l'expiration de ces délais, il faudrait évidemment attendre que le procès fût jugé avant de passer outre au concordat (1). Il en serait de même si, en présence de la contestation d'une créance, le tribunal avait ordonné qu'il serait sursis à la convocation (art. 499, 500).

Notre article fixe un délai pour la convocation ; il n'en fixe pas pour l'assemblée elle-même. Ordinairement elle a lieu huit jours à partir des convocations. — D'ailleurs la loi n'édicte pas de sanction pour la promptitude des opérations ; aussi son exigence est souvent négligée (2).

Ces convocations doivent être faites nécessairement à la fois par insertions dans les journaux et par lettres individuelles; un seul de ces modes ne suffirait pas.

Et il faudrait ici, malgré le silence de la loi, admettre que la sanction serait la nullité pour le défaut de lettres, comme pour le défaut d'insertions ; car il ne se peut pas qu'un créancier soit lié par le vote du concordat sans que toutes les précautions indiquées par la loi pour l'avertir aient été prises (3).

Art. 505. 1er al. Aux lieu, jour et heure qui seront fixés par le juge-commissaire, l'assemblée se formera sous sa présidence ; les créanciers véri-

(1) Caen, 20 janv. 1868, D. P. 69 2. 100.

(1) Brav., t. V, p. 367. Al. n. 2643.

(2) Alger, 30 nov. 1878, D. P. 80. 2. 212. — *Contrà* : pour le défaut de lettres : Ren., t. II, p. 2. Béd., n. 511. Al. n. 2643.

Source BIU Cujas

fiés et affirmés, ou admis par provision, s'y présenteront en personne ou par fondés de pouvoirs.

Les créanciers peuvent librement, et sans donner de motifs, se faire représenter. Rien n'empêche que plusieurs ne choisissent le même mandataire, ayant autant de voix qu'il représente de créanciers (1).

Art. 505, 2e al. Le failli sera appelé à cette assemblée ; il devra s'y présenter en personne, s'il a été dispensé de la mise en dépôt, ou s'il a obtenu un sauf-conduit, et il ne pourra s'y faire représenter que pour des motifs valables, et approuvés par le juge-commissaire.

Le failli est obligé de venir, sous menace de la peine de la banqueroute simple (art. 586, 5°). Il en est dispensé sans donner de motifs lorsqu'il n'a pas obtenu de sauf-conduit, quand même il serait libre en fait ; on l'excuse de ne pas s'exposer à être incarcéré (2). — Pour qu'on puisse lui appliquer la peine, il faut qu'on ait la preuve qu'il a été convoqué ; on aura donc dû le convoquer par huissier. On néglige souvent cette précaution, mais les syndics s'exposent alors à voir mettre à leur charge les frais de convocation, si, faute de la présence du failli, on était obligé de renvoyer la réunion (3). — Si c'est une société qui est en faillite, tous les associés solidaires sont soumis à cette obligation ; dans une société anonyme, elle incomberait aux administrateurs.

En principe, le failli ne peut pas se faire représenter : car c'est lui qui doit traiter directement avec les créanciers ; il recouvre pour cela la plénitude de l'exercice de ses droits. Il ne pourrait être dispensé de venir en personne que pour des motifs jugés valables par le juge-commissaire. Les propositions seraient alors faites par son mandataire. Mais il peut toujours se faire assister par un conseil qui l'éclairera dans la discussion (4).

Tenue de l'assemblée.

1032. Elle se tient sous la présidence du juge-commissaire (art. 505). Voici les diverses opérations qui s'y succèdent :

1° *Vérification de la qualité des créanciers,* ou des pouvoirs de leurs représentants.

2° *Lecture du rapport des syndics* :

Art. 506. Les syndics feront à l'assemblée un rapport sur l'état de la faillite, sur les formalités qui auront été remplies et les opérations qui auront eu lieu ; le failli sera entendu. — Le rapport des syndics sera remis, signé d'eux, au juge-commissaire, qui dressera procès-verbal de ce qui aura été dit et décidé dans l'assemblée.

Ce rapport contient d'abord le récit des opérations faites jusqu'alors. Il doit ensuite mettre en relief deux choses nécessaires pour éclairer les créanciers sur le parti qu'ils auront à prendre : — d'abord l'*état matériel* de la faillite, c'est-à-dire la comparaison de l'actif et du passif, faisant ressortir le di-

(1) Montpellier, 10 juill. 1858, D. P. 59. 2. 107. — Ren., t. II, p. 4. Demang., t. V, p. 368. Al. n. 2645.

(2) Demang., t. V, p. 368.

(3) Brav., *ibid.*

(4) Pard., n. 1234. Brav. et Demang., t. V, p. 371.

Source BIU Cujas

vidende que les créanciers pourraient espérer en se mettant en état d'union; — ensuite les *causes morales* de la faillite qui montreront le degré de confiance qu'on peut avoir dans l'honnêteté et la capacité du failli; car, pour traiter avec lui, il faut que les créanciers croient qu'il sera assez *honnête* pour *vouloir* remplir tous ses engagements, et assez *capable* pour *pouvoir* le faire.

Ce rappport des syndics doit être écrit; cela résulte du second alinéa (1).

Le failli peut faire ses observations et discuter les conclusions des syndics, surtout afin de rétablir les éléments de la confiance qu'il désire inspirer à ses créanciers.

3° *Lecture des propositions du failli.* C'est lui qui est l'une des parties contractantes au traité qui va peut-être avoir lieu; les créanciers sont l'autre partie. C'est de lui qu'émanent les propositions, parce que c'est lui qui doit les exécuter, qui connaît ses affaires, qui sait ce qu'il espère pouvoir faire.

Ces propositions sont lues par le failli ou par son fondé de pouvoir.

Elles sont ensuite reprises et discutées par les créanciers qui, avant de voter oui ou non, peuvent chercher à les faire modifier, à obtenir des délais plus courts, ou un dividende plus fort, en montrant au failli qu'il peut faire plus. Le failli voit ce qu'il croit pouvoir promettre; c'est toujours lui qui arrête les bases sur lesquelles on votera.

4° *Vote du concordat.*

1033. Il faut remarquer que le traité voté par la majorité liera la minorité. La loi a dû le décider ainsi pour que la résistance de quelques créanciers récalcitrants n'empêchât pas un traité généralement profitable à tous; et d'ailleurs, l'homologation du tribunal a été exigée pour protéger les droits de la minorité. — Mais comme cet effet est toujours exorbitant, on a dû se montrer très sévère pour la majorité nécessaire :

Art. 507. Il ne pourra être consenti de traité entre les créanciers délibérants et le débiteur failli qu'après l'accomplissement des formalités ci-dessus prescrites. — Ce traité ne s'établira que par le concours d'un nombre de créanciers formant la majorité, et représentant, en outre, les trois quarts de la totalité des créances vérifiées et affirmées, ou admises par provision, conformément à la section v du chapitre V : le tout à peine de nullité.

L'article se sert du mot *traité* et non du mot *contrat*, parce que ce dernier supposerait le concours unanime de toutes les volontés.

Avant le Code, il suffisait, pour voter le concordat, de la majorité des trois quarts en somme. Cela avait le grave inconvénient que les gros créanciers faisaient la loi aux petits, puisque trois ou quatre créanciers, ayant de fortes créances, pouvaient former la majorité à eux tout seuls. Or, les gros créanciers peuvent avoir des intérêts opposés à ceux des petits; ils peuvent, par exemple, avoir l'espoir de continuer les affaires avec le failli, et de trouver dans les profits de ces nouvelles opérations la compensation des sacrifices qu'ils font actuellement (Observ. du tribunat). Aussi on exige de plus la majorité en nombre, mais seulement la majorité ordinaire, c'est-à-dire la moitié plus un des créanciers.

Peuvent seuls voter les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provi-

(1) Al. n. 2647.

Source BIU Cujas

sion. On n'a pas attendu les créanciers domiciliés à l'étranger, ni peut-être ceux dont la créance est litigieuse qui n'ont pas été admis par provision (v. art. 499 et suiv.); ces créanciers seront liés sans même avoir pris part au vote, la nécessité de l'homologation du tribunal les protègera. — Leurs créances ne seront pas non plus comptées dans le capital sur lequel se calculera la somme nécessaire pour la majorité des trois quarts en somme, car elles ne sont pas vérifiées et affirmées (1).

1034. Plusieurs difficultés peuvent se présenter.

D'abord il est certain qu'un créancier n'a qu'une voix dans la majorité en nombre, lors même qu'il aurait plusieurs créances. Mais **Q.** *Si un créancier est cessionnaire de plusieurs créances, aura-t-il autant de voix que de créances primitivement distinctes?* Il faut dire qu'il n'aura qu'une voix sans distinguer si les cessions ont eu lieu avant ou après le jugement déclaratif; le texte de l'art. 507 est absolu (2).

Q. *Si, inversement, une créance, primitivement unique, a été cédée à plusieurs personnes, auront-elles chacune une voix?* Il faut distinguer : — oui, si les cessions ont eu lieu avant le jugement déclaratif, car, dès l'origine de la faillite, elles ont constitué autant de créanciers distincts (art. 507); — non, si les cessions ont eu lieu après le jugement déclaratif; car les positions ne peuvent plus varier *au détriment de la masse* après ce jugement; elles n'auront alors qu'une voix à elles toutes (3).

Q. *La majorité en nombre doit-elle se compter seulement sur les créanciers présents au vote, ou bien sur tous les créanciers vérifiés et affirmés?* — 1er S. *Sur les créanciers présents seulement*; par conséquent si, sur cent créanciers, il n'en est venu que cinquante à l'assemblée, la majorité nécessaire sera de vingt-six; — c'est comme cela qu'on compte dans toute assemblée, et le Code n'a expressément rien exigé de plus; — les absents s'en sont remis à la décision des présents (4). — 2e S. *Sur tous les créanciers vérifiés et affirmés* (!): il est déjà très exorbitant que la majorité fasse la loi à la minorité, il serait tout à fait monstrueux qu'une minorité, qui peut ne pas être du quart de tous les créanciers, liât tous les autres; — il faut donc entendre les textes restrictivement; l'art. 507 est lui-même rédigé restrictivement; la présomption doit donc être pour la plus grande rigueur; — c'est, d'ailleurs, le sens naturel des mots *un nombre de créanciers formant* la majorité; et ce sens est précisé par le contexte, car c'est évidemment sur toutes les créances qu'on calcule la majorité en somme; personne n'en doute; la majorité en nombre doit naturellement se calculer de même; — enfin, dans l'art. 509, qui se réfère évidemment à l'art. 507, on a effacé, en 1838, le mot *présents*, qui se trouvait dans l'ancien article correspondant, l'art. 522 (5).

(1) Béd., n. 538. Al. n. 2651.

(2) Pard., n. 1236. Béd., n. 534. Dall., n. 687. Brav. et Demang., t. V, p. 387-388. Al. n. 2652. — Ren., t. II, p. 15, distingue.

(3) Brav. et Demang., t. V, p. 389-391. — *Contrà* : Dall., n. 690. Al. n. 2653, sauf preuve d'une fraude.

(4) Bordeaux, 21 mars 1865, D. P. 65. 2. 172. — Pard., n. 1237. Lainné, p. 212. Esnault, n. 409. Béd., n. 530. Al. n. 2649.

(5) Req. 7 janv. 1867, D. P. 67. 1. 55. — Ren., t. II, p. 15, 30. Brav. et Demang., t. V, p. 391 et suiv.

Source BIU Cujas

Art. 508. Les créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription, et les créanciers privilégiés ou nantis d'un gage, n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat pour lesdites créances, et elles n'y seront comptées que s'ils renoncent à leurs hypothèques, gages ou privilèges. — Le vote au concordat emportera de plein droit cette renonciation.

1035. Ces créanciers, étant certains d'être payés en vertu de leur sûreté spéciale, n'ont aucun intérêt à débattre dans le concordat (1). Mais cette prohibition ne les frappe que pour leurs créances hypothécaires. S'ils ont à côté des créances chirographaires, ils peuvent voter dans la mesure de ces créances (2).

La sanction de la loi est rigoureuse, puisque leur vote entraîne la perte de leur sûreté. — Cette perte a lieu nonobstant toutes réserves que pourrait faire le créancier (3), à moins qu'il ne fût incapable de renoncer à l'hypothèque (p. ex. un mineur) (4). — Elle se produit lors même que le concordat ne serait pas accordé (5), lors même qu'il aurait été impossible, par exemple en cas de banqueroute frauduleuse, ou qu'il serait plus tard annulé (6).

Cette renonciation produit ses effets au moins pour l'avenir, pour ramener ces créanciers à l'égalité avec les autres.

Q. *Aura-t-elle effet pour le passé?* La question s'est présentée pour un créancier qui avait pour gage des actions industrielles, et avait touché les coupons à titre d'intérêts de sa créance. Devait-il rapporter ces sommes? Nous pensons qu'il avait le droit de les garder; car dans le silence de la loi, une déchéance ne doit pas avoir d'effet rétroactif, et d'ailleurs le but de l'article est parfaitement atteint de cette façon (7).

Q. *Un créancier hypothécaire peut-il voter pour une portion de sa créance en renonçant à son hypothèque pour cette portion, et conserver son hypothèque pour le surplus?* — Il est impossible d'admettre cette faculté en principe et comme règle générale; car nous venons de dire, avec la Cour de cassation, que le créancier ne peut, par aucunes réserves, empêcher l'effet extinctif de son vote sur son hypothèque; et il serait trop facile au créancier de renoncer à cette hypothèque pour une portion très minime, et de figurer néanmoins pour une voix dans la majorité en nombre de l'art. 507. — Mais il faut faire une exception à cette règle : — car le créancier hypothécaire dernier en rang, qui a la certitude que son hypothèque ne couvrira pas, à beaucoup près, toute sa créance, a un intérêt très sérieux et très légitime à renoncer à son hypothèque pour une portion, de manière à figurer dans la majorité en nombre pour une voix, et dans la majorité en somme pour le montant peut-être encore considéra-

(1) Une raison analogue existerait pour ceux qui ont une caution solvable; mais la loi n'en ayant pas parlé, on ne peut étendre jusqu'à eux cette disposition rigoureuse; d'ailleurs cette sûreté risque plus de leur manquer que l'hypothèque aux créanciers hypothécaires. Al. n. 2644, 2657.

(2) Pard., n. 1236. Ren., t. II, p. 23. Brav. et Demang., t. V, p. 373.

(3) Cass. 26 août 1861, D. P. 61. 1. 283.

(4) Cass. 2 mai 1840, S. 40. 1. 564. — Al. n. 2661.

(5) Bordeaux, 19 août 1858, *J. Pal.*, 59, p. 878. Al. n. 2663. — *Contrà* : Bourges, 15 mars 1865, *J. Pal.*, 66, p. 601.

(6) Demang., t. V, p. 374. — *Contrà* : Béd., n. 744. Dall., n. 701. Al. n. 2664-2666.

(7) Req. 7 juill. 1870, D. P. 71. 1. 337, et la note.

Source BIU Cujas

ble de la portion non garantie de sa créance; — le Code lui-même, à plusieurs reprises, lui donne, en dehors de son hypothèque, tous les droits d'un chirographaire (v. art. 548, 552 à 556); — sa prétention est donc fondée en raison et en droit positif. — Seulement, elle ne peut être admise que comme exception, et à la charge par lui de prouver la cause de l'exception qu'il invoque, c'est-à-dire d'établir l'existence et la mesure de son intérêt; par cette restriction, nous donnons satisfaction complète au principe que nous avons posé d'abord. Car tout créancier hypothécaire ne pourra pas user de cette faculté; ce seront seulement les derniers en rang. Et ils ne pourront en user arbitrairement; leur droit sera soumis au contrôle des syndics, et, en cas de contestation, au jugement des tribunaux. Ceux-ci même, en cas d'insuffisance probable du prix de l'immeuble, pourront n'accorder le droit de voter que si la portion à laquelle le créancier offre de renoncer est d'une importance suffisante pour lui créer un intérêt sérieux au vote; dès lors, l'intérêt même du créancier sera garant qu'il ne renoncera pas à la légère à un droit hypothécaire utile pour prendre part à un vote qui ne peut pas lui nuire considérablement et dans lequel sa voix n'a qu'une influence restreinte (1).

Le vote au concordat ne fait perdre les hypothèques que sur les biens du failli; il est sans influence sur celles que l'on pouvait avoir sur des biens appartenant à des tiers; et l'on ne peut pas exiger qu'avant de voter, le créancier renonce à ces dernières hypothèques (arg., art. 545) (2).

1036. La loi assure, en outre, la sincérité du vote en punissant correctionnellement et en déclarant nulle toute stipulation, par un créancier, d'avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite (art. 597 et 598) (V. *infrà*, n. 1095).

Solution.

1037. *Si l'on arrive aux deux majorités*, le concordat est formé :

Art. 509, 1er al. Le concordat sera, à peine de nullité, signé séance tenante.

C'est un traité *solennel* et *littéral*; il n'existe que par la signature des parties. Il s'ensuit que, tant qu'il n'est pas signé par tous, les créanciers ne sont pas définitivement liés; ceux qui y ont adhéré pourraient retirer leur consentement.

Il doit être signé *séance tenante* : la loi a voulu empêcher que le failli n'obtînt des signatures par obsession, en allant successivement chez les divers créanciers. Il peut y avoir plusieurs séances pour délibérer avant qu'aucun vote n'ait lieu (3); mais dès que la délibération est close, on doit voter et signer (4).

Les signatures du juge-commissaire et du greffier lui donnent l'authenti-

(1) Trib. Lons-le-Saunier, 4 juill. 1853, D. P. 53. 3. 32. Brav., t. V, p. 374 et suiv. Al. n. 2660. — *Contrà* : Pard., n. 1236. Ren., t. II, p. 22-23. Dall., n. 695. Béd., n. 540.

(2) Rej. 20 juin 1854, D. P. 54. 1. 305; Paris, 16 avril 1864, D. P. 64. 2. 127. — *Contrà* : Poitiers, 29 août 1850, S. 53. 1. 403. Demang., t. V, p. 378. Al. n. 2662.

(3) Aix, 5 juin 1873, D. P. 74. 5. 258.

(4) Brav., t. V, p. 397-398.

Source BIU Cujas

cité. Les mentions qu'il contient ne pourraient plus tomber que par l'inscription de faux; par exemple, si l'on contestait la présence d'un créancier, porté comme ayant voté au concordat (1).

S'il n'y a aucune des deux majorités, le juge-commissaire annonce qu'il y a union : art. 529 (v. *infrà*, n. 1070).

Si l'on arrive à une seule des deux majorités:

Art. 509, 2e al. S'il est consenti seulement par la majorité en nombre, ou par la majorité des trois quarts en somme, la délibération sera remise à huitaine pour tout délai : dans ce cas, les résolutions prises et les adhésions données lors de la première assemblée demeureront sans effet.

Le délai de huitaine est de rigueur, sauf au failli à obtenir un sursis, mais pour des raisons très graves, en prouvant l'impossibilité de préparer ses nouvelles propositions dans ce délai (2). Rien n'empêche les créanciers absents la première fois de venir la seconde (3). L'article déclare que ceux qui ont consenti la première fois peuvent refuser leur adhésion aux nouvelles propositions. On en doutait autrefois, car ces nouvelles propositions seront nécessairement plus avantageuses que les premières ; il semblait que l'adhésion aux premières devait entraîner par *à fortiori* l'adhésion aux secondes. Mais on a pensé avec raison que les créanciers peuvent juger ces nouvelles propositions irréalisables pour le failli, et, par conséquent, ne pas vouloir se lier.

1038. *Cas où le concordat est impossible.*

Art. 510. Si le failli a été condamné comme banqueroutier frauduleux, le concordat ne pourra être formé. Lorsqu'une instruction en banqueroute frauduleuse aura été commencée, les créanciers seront convoqués à l'effet de décider s'ils se réservent de délibérer sur un concordat, en cas d'acquittement, et, si en conséquence, ils sursoient à statuer jusqu'après l'issue des poursuites. Ce sursis ne pourra être prononcé qu'à la majorité en nombre et en somme déterminée par l'article 507. Si, à l'expiration du sursis, il y a lieu à délibérer sur le concordat, les règles établies par le précédent article seront applicables aux nouvelles délibérations.

Le concordat n'est impossible que si c'est à propos de la faillite actuelle que la condamnation pour banqueroute frauduleuse a eu lieu; c'est ce que suppose évidemment le commencement de l'article; la suite le prouve. Le concordat serait donc possible lors même qu'une condamnation pour banqueroute frauduleuse aurait été prononcée dans une précédente faillite (4).

Art. 511. Si le failli a été condamné comme banqueroutier simple, le concordat pourra être formé. Néanmoins, en cas de poursuites commencées, les créanciers pourront surseoir à délibérer jusqu'après l'issue des poursuites, en se conformant aux dispositions de l'article précédent.

(1) Paris, 7 août 1850, D. P. 51. 2. 32.

(2) Req. 15 nov. 1871, D. P. 71. 1. 326. — Pard., n. 1237. Ren., t. II, p. 34. Demang., t. V, p. 401. Al. n. 2671.

(3) Al. n. 2670.

(4) Demang., t. V, p. 402, 403.

Source BIU Cujas

1039. **Homologation par le tribunal.**

Art. 513, 1er al. L'homologation du concordat sera poursuivie devant le tribunal de commerce, à la requête de la partie la plus diligente ; le tribunal ne pourra statuer avant l'expiration du délai de huitaine, fixé par l'article précédent.

« *Par la partie la plus diligente.* » Ceci comprend, non seulement les créanciers, mais même les syndics ; même un seul syndic, quoiqu'il y en ait deux de nommés : l'art. 465 est inapplicable ici, puisqu'il s'agit d'un acte qui pourrait être fait même par un seul créancier (1). Enfin elle peut être poursuivie aussi par le failli, principal intéressé. — Mais elle doit être demandée, elle ne serait pas prononcée d'office (travaux prép. de 1838) (2).

On ne peut statuer qu'après un délai de huitaine, accordé pour former opposition :

Art. 512. Tous les créanciers ayant eu droit de concourir au concordat, ou dont les droits auront été reconnus depuis, pourront y former opposition. — L'opposition sera motivée, et devra être signifiée aux syndics et au failli, à peine de nullité, dans les huit jours qui suivront le concordat ; elle contiendra assignation à la première audience du tribunal de commerce. — S'il n'a été nommé qu'un seul syndic, et s'il se rend opposant au concordat, il devra provoquer la nomination d'un nouveau syndic, vis-à-vis duquel il sera tenu de remplir les formes prescrites au présent article. — Si le jugement de l'opposition est subordonné à la solution de questions étrangères, à raison de la matière, à la compétence du tribunal de commerce, ce tribunal surseoira à prononcer jusqu'après la décision de ces questions. — Il fixera un bref délai dans lequel le créancier opposant devra saisir les juges compétents et justifier de ses diligences.

Les créanciers non vérifiés ou affirmés ne pourraient pas former opposition ; ni les créanciers hypothécaires qui n'avaient pas non plus le droit de voter au concordat (3). — Mais ceux qui ont voté *oui* le pourraient sans alléguer la fraude ou un motif nouvellement connu (4). — Les syndics le pourraient, comme créanciers s'ils le sont, mais non comme syndics : — la loi ne leur donne pas ce droit ; au contraire, la formule du 1er alinéa les exclut ; — les alinéas suivants montrent que leur rôle, comme syndics, est de défendre le concordat ; et en effet, mandataires légaux de la masse, ils ne peuvent combattre les décisions de la majorité (5).

Le délai de huit jours est de rigueur. Mais il n'arrêterait pas l'opposition qui se fonderait sur un dol nouvellement découvert, puisque ce dol, si on l'invoquait après l'homologation, devrait faire annuler le concordat (6). Cette déchéance ne serait pas non plus opposable à un créancier, vérifié et affirmé,

(1) Paris, 28 avril 1855, D. P. 56. 2. 188.

(2) Demang., t. V, p. 410. — *Contrà* : Brav., *ibid.*

(3) Ren., t. II, p. 41. Béd., n. 568. Demang., t. V, p. 407. Al. n. 2675.

(4) Pard., n. 1239. Locré, *Esp. du C. com.*, t. VI, p. 363. Ren., t. II, p. 42. Dall., n. 730. Al. n. 2674.

(5) Brav. et Demang., t. V, p. 408. — *Contrà* : Ren., t. II, p. 63.

(6) Ren., t. II, p. 44. Demang., t. V, p. 407. Al. n. 2676.

Source BIU Cujas

qui aurait été omis dans les convocations pour le concordat. Il pourrait y former opposition après ce délai (1).

Art. 513, 2e et 3e al. Si, pendant ce délai, il a été formé des oppositions, le tribunal statuera sur ces oppositions et sur l'homologation par un seul et même jugement. Si l'opposition est admise, l'annulation du concordat sera prononcée à l'égard de tous les intéressés.

Art. 514. Dans tous les cas, avant qu'il soit statué sur l'homologation, le juge-commissaire fera au tribunal de commerce un rapport sur les caractères de la faillite et sur l'admissibilité du concordat.

Il faut nécessairement un rapport du juge-commissaire, sous peine de nullité (2). Mais il n'est pas nécessaire que celui-ci prenne part au jugement (3).

Art. 515. En cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou lorsque des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, paraîtront de nature à empêcher le concordat, le tribunal en refusera l'homologation.

Qu'il y ait ou non opposition, le tribunal peut refuser l'homologation, soit pour inobservation des formes, soit pour des motifs d'intérêt public, soit à raison de l'intérêt des créanciers. — Pour *inobservation des formes*; mais souvent on pourra recommencer l'assemblée en se conformant à la loi (4). Pour raison d'*intérêt public*, lorsqu'il y aurait scandale public à laisser le failli à la tête de ses affaires ; ou bien danger public qu'il ne fît de nouvelles victimes, par exemple s'il s'agit d'une seconde faillite, venant sans cause justifiée après une première (5) ; ou s'il y a eu poursuites en banqueroute simple, quoiqu'il y ait eu acquittement : le renvoi de ces poursuites rend le concordat possible, mais n'empêche pas que le tribunal ne puisse y trouver des motifs d'intérêt public pour refuser l'homologation, de même que les créanciers peuvent y trouver des motifs pour ne pas le voter (6). — Pour raison de l'*intérêt des créanciers*. On pouvait douter, avant 1838, que l'on dût en tenir compte quand il n'y a pas eu d'opposition ; mais il faut remarquer qu'il y a souvent des absents qui n'ont pas été représentés au concordat : ceux qui sont domiciliés hors de France, ceux dont les créances sont encore contestées (art. 516).

Le tribunal peut refuser d'homologuer le concordat; mais il ne peut pas modifier les stipulations qui y sont contenues, par exemple le mode de vente des biens qui y a été adopté : en effet, il ne peut mettre ses décisions à la place de la volonté des cointéressés (7).

Le jugement du tribunal, n'étant jamais fondé que sur des éléments de fait, n'est pas soumis à la censure de la Cour de cassation (8).

(1) Aix, 16 mars 1867, D. P. 67. 5. 209.

(2) Ren., t. II, p. 55. Esnault, n. 433. Béd., n. 587. Dall., n. 765. Demang., t. V, p. 418.

(3) Req. 8 janv. 1866, D. P. 66. 1. 253.

(4) Brav. et Demang., t. V, p. 411. Al. n. 2684.

(5) Paris, 13 mars 1856, D. P. 56. 2. 234.

(6) Req. 23 mai 1864, D. P. 64. 1. 365.

(7) Nancy, 6 juin 1846, D. P. 46. 2. 198. — Ren., t. II, p. 60. Demang., t. V, p. 415. Al. n. 2686.

(8) Rej. 2 mars 1853, D. P. 53. 1. 149. — Al. n. 2686.

Source BIU Cujas

Il est susceptible d'appel par tous les intéressés, excepté par ceux dont il a admis les conclusions (1). — Le délai pour appeler n'est que de quinze jours (art. 582). Mais ce délai lui-même est suspensif, c'est-à-dire qu'on peut exécuter le jugement tant qu'il n'a pas été frappé d'appel, ici le *délai d'appel* est suspensif, c'est-à-dire qu'on ne peut exécuter le jugement qu'après l'expiration de ce délai. C'est ce qui résulte de l'art. 519, 1er al. La raison en est qu'un commencement d'exécution pourrait compromettre tous les intérêts, si le jugement est ensuite réformé.

Il n'est pas susceptible d'opposition ; car personne n'ayant été assigné, personne n'a pu faire défaut (2); ni de tierce opposition, car tous les intéressés ont su que pendant huit jours ils pouvaient s'opposer; ils ont renoncé à l'opposition en s'abstenant (3).

1040. Cas de la faillite d'une société.

Art. 531. Lorsqu'une société de commerce sera en faillite, les créanciers pourront ne consentir de concordat qu'en faveur d'un ou de plusieurs des associés. — En ce cas, tout l'actif social demeurera sous le régime de l'union. Les biens personnels de ceux avec lesquels le concordat aura été consenti en seront exclus, et le traité particulier passé avec eux ne pourra contenir l'engagement de payer un dividende que sur des valeurs étrangères à l'actif social. — L'associé qui aura obtenu un concordat particulier sera déchargé de toute solidarité.

La question ne pouvait se poser que pour les associés dont la faillite est nécessairement entraînée par celle de la société, c'est-à-dire pour les associés en nom collectif, pour les commandités dans la commandite, et, dans certains cas, pour les commanditaires qui se sont immiscés (v. n. 894).

Dans ces diverses hypothèses, on peut d'abord évidemment accorder un concordat à la société même, et alors tous les associés solidaires en profitent : associés en nom collectif, commandités, et même commanditaires immiscés (4). Ils l'invoqueront contre les créanciers sociaux; mais il ne sera pas opposable à leurs créanciers personnels, qui sont étrangers aux affaires sociales (5).

On peut ensuite, comme le dit l'article, en refusant un concordat à la société, en accorder un personnel à l'associé, pour être exécuté sur les valeurs personnelles à cet associé, c'est-à-dire sur sa fortune propre, déduction faite des apports qu'il avait promis à la société et qui font partie du fonds social. C'est une grande dérogation aux principes de ces sociétés; cela résulte de ce qu'il est déchargé de la solidarité (art. 531, 3e al.) (6). — Mais sa

(1) Renouard, t. II, p. 63. Brav. et Demang., t. V, p. 619. Al. n. 2685.

(2) Ren., t. II, p. 62. Béd., n. 586. Demang., t. V, p. 420.

(3) Ren., t. II, p. 65. Demang., t. V, p. 421. Al. n. 2685.

(4) Cass. 5 déc. 1864, D. P. 65. 1. 15.

(5) Cass. 7 janv. 1873, D. P. 73. 1. 257. — Comp. Lainné, *Rev. de dr. fr et étr.*, t II, p. 801 et suiv. Ren., t. II, p. 140. Demang., t. V, p. 680-681.

(6) La décharge de la solidarité n'a aucun effet entre les associés, car ceux-ci n'ont pas consenti : Ren., t. II, p. 143. Esnault, t. II, p. 489. Duvergier, *Lois*, 1838, p. 490. Devillen. et Massé, v° *Faillite*, n. 663. Dall., n. 941. Saint-Nexent, n. 476. Boileux sur Boulay-Paty, n. 708. Gadrat, p. 333. Al. n. 2728. — *Contrà* : Béd., n. 746, 747.

Source BIU Cujas

fortune propre est le gage, non seulement des créanciers sociaux, mais encore de ses créanciers personnels; aussi les uns comme les autres devront être appelés à voter au concordat, et c'est sur l'ensemble que l'on devra réunir la double majorité de l'art. 507 (1).

Enfin on pourrait aussi, accordant un concordat à la société, en accorder un personnel avec de meilleures conditions à un associé, de façon à le décharger de la solidarité et à lui permettre d'invoquer ces conditions plus favorables à l'égard de sa fortune propre. Mais il faudrait encore, pour ce concordat particulier, avoir le concours de ses créanciers personnels, joints aux créanciers sociaux (2).

Q. *Peut-on accorder un concordat à une société anonyme?* — 1er S. *Non* : elle est dissoute par le fait de la faillite (C. civ., art. 1865, 4°), ou au moins par l'extinction de la chose (C. civ., art. 1865, 2°); — l'art. 531, C. comm., qui implique la possibilité d'un concordat pour une société, suppose une société qui a des associés responsables sur tous leurs biens; or il n'y en a pas dans la société anonyme; — il n'y a donc personne qui puisse profiter du concordat. — 2e S. *Oui* (!) : ce qui dissout la société, d'après l'article 1865, 4°, c'est la déconfiture d'un associé et non celle de la société; — quant à l'extinction de la chose, elle ne se produit pas nécessairement, et s'il est question d'accorder un concordat, c'est bien évidemment que tout le monde espère sauver une partie de l'actif; — l'art. 531 a pu ne pas prévoir la faillite d'une société anonyme, parce qu'il ne s'occupe que du sort des associés solidaires, mais il n'en résulte pas que le concordat ne soit pas possible pour cette société; car ce n'est pas cet article qui rend possible le concordat pour les autres, il ne l'autorise pas, il le présuppose seulement; — à défaut de personnes physiques qui puissent profiter du concordat, la société en profitera comme personne morale, et il faut remarquer que c'est précisément comme personnes morales que les autres sociétés peuvent obtenir un concordat (3).

Avant la loi de 1867, les statuts, imposés par le conseil d'Etat aux sociétés anonymes, ordonnaient la *liquidation* en cas de perte d'une portion considérable de l'actif social. Cette clause, qui n'empêchait pas la faillite de la société puisqu'on peut concevoir la faillite d'une société en liquidation (v. *suprà*, n. 894), empêchait absolument un concordat, puisque le concordat est la continuation des affaires, tandis que la liquidation est la cessation des affaires.

Depuis la loi de 1867, toute liberté est laissée sur ce point. Les statuts pourraient prévoir ce qui aurait lieu en cas de faillite, permettre ou prohiber le concordat, et régler la manière de procéder; et l'on devrait s'y conformer, puisque tout le monde a dû les connaître par la publication. — Dans le silence des statuts sur la manière de procéder pour former le concordat, le rôle du failli dans ce traité serait joué au nom de la société par les administrateurs autorisés spécialement par l'assemblée générale des actionnaires. On a prétendu que les administrateurs en fonctions seraient révoqués de plein

(1) Paris, 18 juill. 1870, D. P. 71. 2. 25. Demang., t. V, p. 682. — Comp. Mathieu Bodet, *Rev. de dr. fr. et étr.*, t. II, p. 641 et suiv. Al. n. 2729.

(2) Paris, 18 juill. 1870, D. P. 71. 2. 25.

(3) Paris, 2 juill. 1869, D. P. 70. 2. 7.

Source BIU Cujas

droit par la faillite de leur mandant, la société (C. civ., art. 2003), et qu'il faudrait en nommer d'autres. Nous ne l'admettrions pas, car nous avons montré au n° 187 bis, qu'ils sont à l'égard des tiers la société même et non pas proprement ses mandataires (1).

§ 2

Effets du concordat.

Nous étudierons : — 1° ses effets légaux ; — 2° ses effets conventionnels ; — 3° son exécution.

I. — Effets légaux.

1041. 1° *Le traité est obligatoire pour tous les créanciers chirographaires.*

Art. 516. L'homologation du concordat le rendra obligatoire pour tous les créanciers portés ou non portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, et même pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, ainsi que pour ceux qui, en vertu des articles 499 et 500, auraient été admis par provision à délibérer, quelle que soit la somme que le jugement définitif leur attribuerait ultérieurement.

Les créanciers non vérifiés n'ont plus à se soumettre à une vérification en assemblée générale. Le failli discutera leurs droits.

Le concordat est aussi obligatoire pour les créanciers hypothécaires, agissant chirographairement en cas d'insuffisance de leur hypothèque, quoiqu'ils n'aient pas pu y voter, du moins en général (2).

1042. 2° *Cessation du dessaisissement.*

Art. 519. Aussitôt après que le jugement d'homologation sera passé en force de chose jugée, les fonctions des syndics cesseront. — Les syndics rendront au failli leur compte définitif, en présence du juge-commissaire ; ce compte sera débattu et arrêté. Ils remettront au failli l'universalité de ses biens, livres, papiers et effets. Le failli en donnera décharge. Il sera dressé du tout procès-verbal par le juge-commissaire dont les fonctions cesseront. — En cas de contestation, le tribunal de commerce prononcera.

Le dessaisissement cesse avec toutes ses conséquences (v. *suprà*, ch. 1er, sect. II, sous-sect. 1re, n. 905 et suiv.), à l'exception des incapacités qui frappent le failli (*ibid.*, § 7, n. 939), lesquelles ne cessent que par la réhabilitation (v. *infrà*, au tit. III).

Les créanciers portés au bilan reprennent aussi le droit d'exercer des poursuites individuelles, mais seulement avec les *restrictions* faites à leurs créances par le concordat, soit par la remise partielle concédée, soit par les termes accordés (3). — Ces restrictions, au contraire, ne seraient pas opposables

(1) Paris, 12 juill. 1870, D. P. 70. 2. 7.

(2) Demang., t. V, p. 431.

(3) Ces restrictions s'imposeront à eux lors même qu'ils seraient conditionnels et que la condition ne se réaliserait que depuis le concordat ; car ils faisaient partie de la masse. Demang., t. V, p. 423-425.

Source BIU Cujas

aux créanciers nouveaux qui traiteraient avec le failli remis à la tête de ses affaires (1), ni à ceux qui, avant le concordat, n'étaient pas créanciers *dans* la masse, mais créanciers *de* la masse ; car ceux-ci, créanciers des créanciers, avaient droit, dans tous les cas, à un paiement intégral, et ne peuvent souffrir des conventions faites par la masse, leur débitrice (2).

Le concordataire a pleine capacité pour ester en justice (3). Il peut même figurer en appel d'un jugement rendu contre les syndics; car ceux-ci dorénavant sont censés n'avoir été que ses représentants (4).

1043. 3° *Conservation de l'hypothèque des créanciers.*

Art. 517. L'homologation conservera à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'article 490. A cet effet, les syndics feront inscrire aux hypothèques le jugement d'homologation, à moins qu'il n'en ait été décidé autrement par le concordat.

Elle sera conservée, non pas, comme dit l'article, par une inscription, mais par la transcription du jugement d'homologation, car, dans le système général de notre publicité hypothécaire, on n'inscrit pas un acte, on le transcrit; — on inscrit seulement les droits qui en résultent, mais l'article ne se contente pas d'une inscription de ce genre; — d'ailleurs il ne s'agit pas de faire connaître l'hypothèque de la masse; l'inscription de l'art. 490, 3e al., y a pourvu; il s'agit seulement de faire connaître au public la phase nouvelle dans laquelle entre cette hypothèque; c'est la conséquence de la doctrine que nous avons adoptée sous l'art. 490 (5). — Nous avons admis, en effet, que cette hypothèque remonte à la première inscription faite par les syndics conformément à l'art. 490; car notre texte dit que la transcription du jugement *conservera* cette hypothèque (6).

Cette hypothèque assurera aux créanciers concordataires leur préférence contre les créanciers postérieurs. De la sorte, si ceux-ci ont action pour l'intégralité de leurs créances (v. au n° précédent), ils ne pourront les invoquer au préjudice des créanciers concordataires, sur les immeubles appartenant au failli au moment de la transcription du jugement d'homologation. Le résultat de cette hypothèque équivaudra à une sorte de séparation des patrimoines. Mais elle ne frappera pas les immeubles, que le failli acquerra ultérieurement : — l'art. 517 ne parle que de conserver une hypothèque existant antérieurement, et non d'en faire naître de nouvelles ; — sans doute l'hypothèque est générale, et, en admettant qu'elle est judiciaire, on pourrait être tenté de lui appliquer l'art. 2123, 2e al., C. civ.; mais elle se rattache intime-

(1) Trib. comm. Seine, 5 oct. 1860, D. P. 60. 5. 170. — Demang., t. V, p. 423.

(2) Req. 11 déc. 1848, D. P. 49. 1. 236; Cass. 2 janv. 1849, D. P. 49. 1. 85. — Al. n. 2689.

(3) Poitiers, 2 mars 1854, D. P. 55. 2. 115.

(4) Poitiers, 19 mai 1863, D. P. 63. 2. 214. — Al. n. 2701.

(5) Il s'ensuit qu'il n'y a pas à indiquer, dans l'inscription dont parle notre art. 517, le nom des créanciers au profit de qui elle est prise; cela résulterait déjà du silence de l'article sur ce point; et d'autre part l'art. 490, 3e al., n'exige qu'une inscription au profit de la masse. *Contrà* : Pard., n. 1248. Béd., n. 604. Dall., n. 839. Al. n. 2697.

(6) Paris, 27 mai 1865, D. P. 65. 2. 174.

Source BIU Cujas

ment au dessaisissement qu'elle ne fait que compléter; or d'après l'art. 443, 1er al., le dessaisissement ne frappe, en fait de biens à venir, que ceux qui peuvent échoir au débiteur *tant qu'il est en état de faillite* (1).

L'inscription prise en vertu de l'art. 490 serait sujette à péremption faute de renouvellement dans les dix ans (C. civ., art. 2154). Si pendant cette période (ou pendant une période suivante, après renouvellement) le failli a exécuté son concordat, il a intérêt à obtenir mainlevée de cette hypothèque. La loi n'a pas indiqué la procédure à suivre. Il est impossible de l'obliger à assigner tous ses créanciers individuellement, ni la masse qui n'a plus de représentant légal. Il faut admettre qu'il pourra assigner le conservateur, et faire ordonner la radiation par le tribunal, en présentant les quittances de ses créanciers, et en supportant tous les frais (2).

1044. La concession d'un concordat n'affranchira pas le failli des poursuites en banqueroute simple : on proposait de le décider dans le projet de 1838 (art. 519 du projet); mais cette proposition a été rejetée pour ne pas faire dépendre l'action publique des conventions particulières.

II. — **Effets conventionnels.**

1045. Le concordat est obligatoire, à l'instar de tout contrat, pour tout ce qui y est stipulé. Les conventions qui peuvent y être contenues sont complètement laissées à la volonté des parties, avec une seule condition tout à fait rigoureuse et très importante : c'est qu'elles respectent absolument l'égalité entre les créanciers : l'art. 597 punit correctionnellement, et l'art. 598 déclare nul à l'égard de toutes personnes, même du failli, tout traité particulier duquel résulterait, en faveur d'un créancier, un avantage à la charge de l'actif de la faillite; ces dispositions comprennent évidemment les stipulations qui dans le concordat avantageraient un créancier au détriment des autres. Cette prohibition se rattache à la règle que la majorité entraîne l'obligation de la minorité; il ne faut pas que l'on puisse se créer une majorité par des avantages faits à certains créanciers, en sacrifiant ainsi la minorité; un concordat fait dans ces conditions ne devrait pas être homologué par le tribunal. Pour les détails d'application des art. 597, 598, v. *infrà*, n. 1094 et suiv.

Les conventions que peut contenir le concordat sont infiniment variables avec les circonstances. Mais elles contiennent presque toujours des *remises* plus ou moins considérables de 50, 60, 75 % et plus; car sans cela le failli ne pourrait pas reprendre ses affaires. Rarement les remises sont seulement de 25 %. Très rarement le failli promet de payer toutes ses dettes, moyennant seulement des délais et peut-être la remise des intérêts.

1046. Ces remises éteignent l'obligation civile du failli qui ne peut plus être poursuivi à raison de la partie remise de ses dettes. Elles laissent seulement subsister une *obligation naturelle* (3), en ce sens que cette partie des dettes peut faire l'objet d'un paiement valable, si le failli veut les acquitter. Il reste même quelque chose de plus qu'une obligation naturelle; car cette obliga-

(1) Brav., t. V, p. 448-449. — *Contrà* : Dijon, 5 août 1862, D. P. 62. 2. 149. Pard., n. 1248. Béd., n. 607. Al. n. 2698.

(2) Al. n. 2698.

(3) Cf. Poitiers, 2 juill. 1872, D. P. 72. 2. 166.

Source BIU Cujas

tion de payer le surplus a une certaine sanction civile; le failli ne peut se faire réhabiliter que s'il l'a acquittée intégralement avec tous les intérêts (art. 604).

1047. *Ces remises constituent-elles des libéralités?*

1° *Au point de vue des cautions?* Faut-il dire que les cautions sont déchargées par la remise faite au débiteur principal (C. civ., art. 1287)? — On distinguait autrefois si le créancier avait ou non voté *oui* au concordat; car s'il avait voté *non*, on reconnaissait qu'il n'y avait pas remise volontaire et qu'il ne fallait pas appliquer l'art. 1287. — Mais ce point de vue était inexact, car, même en votant *oui*, le créancier n'a nullement l'intention de faire une libéralité; il cherche seulement son plus grand intérêt, il désire sauver une plus grande partie de sa créance, qui en tout cas est déjà perdue pour partie. De plus, il faut ajouter que l'on a précisément exigé une caution en vue de cette hypothèse. Aussi, en 1838, on a inséré l'art. 545 :

Art. 545. Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leur créance contre les coobligés du failli.

Il faut en conclure aussi que le concordat n'opère pas novation (1); car sans cela les cautions seraient déchargées (C. civ., art. 1281). Par conséquent, le vote au concordat ne constituera pas la reconnaissance par acte séparé, qui aurait pour effet de transformer la créance née d'une lettre de change, et de substituer la prescription de trente ans à la prescription de cinq ans (C. comm., art. 189) (2). Il ne rendra pas la créance commerciale, si elle ne l'était pas (3).

Les coobligés, n'étant pas libérés par le vote du créancier au concordat, pourront être obligés de payer la partie de la dette remise par le concordat. Dans ce cas, auront-ils recours contre le concordataire? Il faut répondre négativement : — sans cela le concordat n'aurait, quant à cette créance, aucun avantage pour le concordataire; ce serait l'anéantir dans le cas où toutes les dettes du failli seraient garanties par des coobligés; — la créance a déjà figuré pour le tout dans les paiements de dividendes faits par le failli; elle est payée intégralement en monnaie de faillite. Nous en conclurons que ce coobligé, non seulement ne recouvrera pas contre le concordataire tout ce qu'il a payé, mais n'aura pas même droit à un dividende sur cette somme (4).

1048. 2° Q. *Au point de vue du rapport et de la réduction dans les successions?* — Nous dirons sans hésiter que les remises faites dans le concordat ne sont pas des libéralités : — il y a d'abord, dans ce sens, l'argument de l'art. 545, qui ne les traite pas comme des libéralités au point de vue des cautions; — en allant au fond des choses, nous ne trouvons pas l'*animus donandi* nécessaire pour qu'il y ait libéralité; — le créancier qui vote le concordat n'est pas mû par des considérations tirées de l'affection personnelle envers le failli, mais par des motifs pécuniaires, la comparaison de l'actif et du passif de la faillite (art. 506), et l'espoir d'avoir un dividende plus fort qu'il n'en aurait en cas

(1) Paris, 9 août 1869, D. P. 70. 2. 10; 20 juin 1870, D. P. 71. 2. 3. — Al. n. 2696.

(2) Paris, 8 nov. 1855, D. P. 56. 2. 152. — *Contrà* : Paris, 20 juin 1870, D. P. 71. 2. 3. Al. n. 2696.

(3) Demang., t. V, p. 430.

(4) Brav., t. V, p. 438 et suiv.

Source BIU Cujas

d'union; — le concordat est voté à la majorité; conçoit-on une libéralité qui dépende d'un pareil vote? — enfin il faut l'homologation du tribunal pour valider le concordat; peut-on subordonner une libéralité à l'appréciation des juges (1)?

Mais il faut introduire une certaine distinction en ce qui concerne le *rapport*. Il faut maintenir notre doctrine si le parent dont le failli était successible est devenu son créancier dans des circonstances ordinaires, comme aurait pu le devenir un étranger et sans la pensée de faire un sacrifice au profit de ce successible. Mais au contraire ce parent peut lui avoir fait des avances, pour soutenir une situation déjà compromise, et alors qu'il prévoyait que ces avances étaient exposées à une perte presque certaine; il a pu se résigner à ce sacrifice prévu, par affection pour son successible et en songeant que, si cet argent était perdu, il se précompterait sur la part de celui-ci dans sa succession; alors il faut reconnaître qu'il y avait dès l'avance une libéralité éventuelle de tout ce que ce parent ne pourrait pas recouvrer plus tard; libéralité indirecte, si l'on veut, mais non dispensée pour cela du rapport (C. civ. a. 843). La portée de cette libéralité est précisée par le concordat, elle se trouve être de toute la partie remise par le concordat; cette partie est donc rapportable. Ce n'est pas parce que ce traité lui-même constitue une libéralité; c'est parce que cette somme, au moment du prêt, était, dans la pensée du prêteur, donnée éventuellement pour le cas où elle serait sacrifiée dans la faillite du successible (2).

Q. *Mais ces sommes remises ne sont-elles pas au moins sujettes au rapport à titre de rapport de dettes* (C. civ., art. 824)? — 1er S. *Oui* : — on ne peut les soustraire à la fois au rapport comme libéralités et comme dettes; car, s'il n'y a pas donation, il y a forcément créance, ou réciproquement; et en tout cas l'égalité entre cohéritiers, désirée par le législateur, exige que le rapport ait lieu; — on ne peut pas dire que la dette du successible soit absolument éteinte, puisqu'elle subsiste au moins comme obligation naturelle, et même avec une sanction plus énergique dans l'espoir de la réhabilitation (art. 604); elle doit donc être acquittée lorsqu'on peut arriver à son acquittement sans exproprier le failli concordataire, par un simple rapport en moins prenant (3). — 2e S. *Non* (!) : — le rapport de dettes n'est pas dû pour les dettes remises, c'est un point constant en droit civil, lors même qu'il subsiste une obligation naturelle; — une obligation naturelle d'ailleurs ne comporte jamais qu'une exécution volontaire (C. civ., art. 1235), et le rapport obligatoire n'est pas dans ce cas : le législateur commercial n'a nulle part dérogé à cette règle, et l'art. 604 ne prouve nullement un changement de principes sur ce point; —

(1) *Sic* en principe, sauf restrictions ultérieures : Merlin, v° *Rapport*, § 2, p. 10. Duranton, t. VII, n. 310. Demante, n. 187 bis, XII. Aubry et Rau, § 631, note 19. Demol., *Succes.*, n. 384. Ren., t. II, p. 73 et suiv. Labbé, *Revue pratique*, t. VII, p. 487-489. Brav. et Demang., t. V, p. 440 et suiv. Al. n. 2690.

(2) C'est la doctrine légèrement modifiée de Demante, Aubry et Rau, et Demol. *ll. citt.*; ces auteurs admettent le rapport dans l'hypothèse d'un prêt gratuit, c'est-à-dire sans intérêts (*It.* MM. Rataud et Bufnoir à leurs cours, si leur opinion m'a été exactement rapportée). Ils sont combattus par Demang., t. V, p. 445-446.

(3) Pot., *Success.*, ch. 4, art. 2, § 2. — Merlin, v° *Rapport*, § 2, n. 16. Duranton, t. VII, n. 310. Labbé, *Revue prat.*, t. VII, p. 487-489.

Source BIU Cujas

on conçoit très bien qu'il n'y ait plus de rapport de dettes, parce qu'il n'y a plus de dette; ni rapport de donation, parce qu'il n'y a pas eu *animus donandi* (1).

III. — **Exécution du concordat.**

1049. Le concordataire doit accomplir ce qu'il a promis dans le concordat, payer ses créanciers avec les réductions qui lui ont été faites et aux termes qui ont été fixés. La sanction de cette obligation, outre les voies de contrainte individuelles qui peuvent être librement employées par les créanciers, est dans la possibilité de la résolution du concordat pour inexécution des conditions (v. *infrà*, n. 1056).

En même temps qu'il doit payer la partie de ses dettes anciennes non remise par le concordat, le failli doit exécuter toutes les obligations nouvelles qu'il peut contracter dorénavant dans l'intérêt de ses affaires, dont il reprend la direction. Il doit évidemment combiner avec beaucoup de soin tous ces paiements pour les faire concorder avec ses rentrées. — Il y a même plus : nous avons vu (n. 906) que, malgré le dessaisissement, il n'a pas été frappé d'incapacité; il a donc pu valablement contracter des dettes pendant la durée des opérations de la faillite. Ces dettes n'étaient pas exécutoires sur ses biens tant que durait la faillite, à raison de l'indisponibilité qui résultait du dessaisissement. Lorsque le dessaissement a cessé, l'indisponibilité a cessé par cela même; les créanciers avec qui il a traité depuis la faillite peuvent donc dorénavant saisir même les biens qui avaient été frappés du dessaisissement. Seulement sur les immeubles du failli, ils seront tenus en respect par l'hypothèque légale au profit de la masse (art. 490 et 517), pourvu que les syndics l'aient fait inscrire et aient fait transcrire le jugement d'homologation; et à la condition, bien entendu, que les créanciers de la faillite n'aient pas renoncé à cette hypothèque dans le concordat (art. 517, *in fine*). Le failli pourrait donc être gêné considérablement par ces dettes dans l'exécution de son concordat; mais il était d'une prudence élémentaire pour lui de ne pas contracter de pareilles dettes pendant son dessaisissement; il est même en général assez peu honnête de sa part de s'obliger ainsi; il en portera la peine. D'ailleurs, il est probable que la première peine consistera en ce que les créanciers de la faillite, s'ils ont connaissance de ces dettes, n'accorderont pas de concordat, à moins que le failli n'ait des immeubles suffisants pour répondre hypothécairement de l'exécution de ce traité.

1050. Le concordataire doit, à certains égards, être considéré comme le liquidateur de sa fortune, ainsi que le seraient les syndics après l'union. Mais avec deux grandes différences : — 1° il ne lui est pas défendu d'engager des opérations nouvelles; au contraire, le concordat a été fait pour lui permettre de le faire, et avec l'espoir qu'il trouvera, dans le résultat de ces opérations, de quoi payer ses créanciers plus facilement et avec un dividende plus fort; — 2° il n'est pas obligé de réaliser son actif quand même et par tous les moyens; il doit garder au contraire tout ce qui est nécessaire pour la suite de ses opérations, et ce sont ces opérations qui doivent fournir au paiement de ses dettes.

(1) Demang., t. V, p. 444-445.

Source BIU Cujas

Pour les répartitions de deniers ou paiements de dividendes que devra faire le concordataire, il y aura lieu d'appliquer, en général, les règles que nous avons étudiées au chapitre II, section 3 (n. 984 et suiv.), sur la nécessité pour les créanciers d'être vérifiés et affirmés s'ils veulent y prendre part, et sur les droits de chacun des créanciers. En effet, les dispositions qui nous ont fourni ces règles (c'est-à-dire le chap. V, sect. 5; les chap. VII et X) sont toutes en dehors du chap. VI; et c'est seulement ce dernier chapitre qui distingue entre le concordat et l'union; les dispositions dont nous parlons sont donc, en principe général, communes aux deux solutions; — ce qui le prouve encore, c'est l'art. 545, qui, dans le chap. VII, prévoit expressément l'hypothèse du concordat. — Ainsi, nous appliquerons au concordataire les art. 542 et suiv. : le créancier qui aurait déjà reçu un dividende d'un coobligé du failli pourra demander au concordataire le nouveau dividende promis par lui, en le calculant sur la totalité de sa créance (art. 542), et non sur ce qui lui reste dû; et la faillite des coobligés n'aura droit à rien (art. 543); le contraire s'appliquera si le créancier avait reçu un paiement partiel d'un coobligé non failli (art. 544). — Ainsi, nous laisserons les créanciers nantis se payer eux-mêmes sur leurs gages (art. 548), et le concordataire pourra retirer les gages en les payant (art. 547); ainsi, il devra payer les privilégiés généraux sur les premiers deniers disponibles (art. 531) (v. n. 1025). — Ainsi, il y aura lieu au privilège des commis et ouvriers (art. 549). — Ainsi, enfin, les revendications par les tiers seront possibles dans les termes des art. 574 et suiv. — Ces différentes règles sont toutes, à nos yeux, l'application du droit commun plus ou moins précisé ou développé par le Code de commerce (v. not. n. 991 et 1025); nous ne pouvons donc hésiter à les appliquer même après le concordat.

1051. Au contraire, un doute très sérieux est possible pour l'application, en cas de concordat, des diverses déchéances édictées contre les tiers par notre titre; savoir : — les nullités des art. 446 et suiv.; — les restrictions à la revendication et à l'hypothèque légale de la femme du failli (art. 557 et suiv.); — la suppression du privilège du vendeur de meubles (art. 550, dern. al.); et les restrictions à son droit de revendication (art. 576); — enfin les restrictions aux droits du bailleur des lieux occupés par le failli (art. 550 nouveau).

Q. *Le concordataire peut-il invoquer ces déchéances?* — 1er S. *Oui* : ces nullités (sauf celle de l'art. 446 tout seul) peuvent être invoquées par toute personne intéressée; car, si l'art. 446 dit que la nullité existe *à l'égard de la masse*, aucun des autres articles ne répète cette restriction; — même dans le cas de l'art. 446, et en admettant dans les autres cas que les nullités n'existent que dans l'intérêt de la masse, il faut permettre au concordataire de les invoquer, car elles lui faciliteront l'exécution de ses obligations envers la masse, qui sans cela seront probablement irréalisables; — si l'on admet, comme nous l'avons fait, que le chap. VII est général et s'applique au cas de concordat, pourquoi faire une exception pour les art. 550, 557 et suiv., 576? — si l'on suppose que ces déchéances ont été prononcées avant le concordat sur la demande des syndics, la négative est encore moins soutenable : il faut bien admettre que les créanciers ont pu prendre leurs précautions pour rendre possible l'exécution d'un concordat utile à tout le monde, et qu'ils désiraient voter; — il n'y

Source BIU Cujas

a plus alors ce résultat choquant de les voir prononcer à la demande du failli; et le failli n'en argumentera que pour pouvoir exécuter son concordat, et jusqu'à ce qu'il l'ait exécuté ; — après cela, il devra exécuter les obligations arguées de nullité ; ce sera comme s'il avait promis d'exécuter un contrat après avoir désintéressé ses créanciers ; — cette suspension temporaire des actions a une analogie dans l'art. 587, 2e al., qui suspend l'action du trésor public pour les frais de l'action en banqueroute simple jusqu'à l'expiration des termes accordés par le concordat (1). — 2e S. *Non* (!) : nous avons déjà démontré que les art. 446 et suiv., 557 et suiv., ne peuvent être invoqués que dans l'intérêt de la masse (n. 942, 1024) ; nous ne revenons pas sur cette démonstration : — la même solution s'impose nécessairement aussi pour les déchéances de l'art. 550, tel qu'il a été rédigé par le législateur de 1872 ; en effet, en ce qui concerne le bailleur, le commencement de l'article dit : « L'art. 2102, C. civ., est ainsi modifié *à l'égard de la faillite* » ; donc les modifications ne s'appliquent pas *à l'égard du failli* ; en ce qui concerne le vendeur, le dernier alinéa dit aussi : « Le privilège et le droit de revendication... ne peuvent être exercés *contre la faillite*, » et cette rédaction est significative, car elle a été changée en 1872, l'ancien article portant seulement : « ne seront point admis *en cas de* faillite » ; — enfin, en ce qui concerne le droit de revendication de l'art. 576, le 3e al. de cet article parle d'un remboursement à faire *à la masse*, et l'art. 578 n'attribue qu'aux syndics, et non au failli, le droit de payer le prix pour écarter la revendication ; ces articles se montrent donc bien conçus dans le même esprit que les articles précédemment cités ; — mais dit-on, c'est dans l'intérêt même de la masse que ces déchéances seront invoquées par le concordataire ; nous répondons d'abord que les créanciers ne forment plus une masse, et que le concordataire n'est pas le représentant légal de l'ancienne masse comme les syndics l'étaient autrefois ; — mais on insiste, et l'on dit : cette impossibilité d'invoquer ces nullités va nuire aux créanciers comme masse, puisqu'elle va empêcher d'exécuter le concordat qu'ils ont voté comme masse ; nous répondons que s'il y a là un inconvénient (que nous atténuerons d'ailleurs tout à l'heure), il faut subir cette conséquence, parce que ces nullités, qui profiteraient sans doute indirectement aux créanciers, profiteraient d'abord et surtout au failli, et qu'il est impossible et immoral de lui laisser le profit d'une nullité fondée sur sa fraude prouvée ou présumée ; les principes admis de tout temps pour l'action Paulienne s'y opposent, sans que l'on puisse distinguer suivant que la nullité avait été prononcée ou non avant le concordat ; — ce qui nous paraît décisif, c'est ceci : le failli est forcé d'exécuter, concurremment avec les obligations nées du concordat, non seulement les obligations contractées par lui depuis, mais même celles qu'il avait pu contracter pendant son dessaisissement ; nous l'avons montré tout à l'heure (n. 1049) ; il est donc impossible qu'il ne soit pas aussi forcé d'exécuter les obligations frappées par les art. 446 et suiv., 550, 557 et suiv., 576 ; car les nullités prononcées par ces articles ne sont qu'une application rétroactive et restreinte du dessaisissement ; quand on admet la validité contre lui des actes passés à un moment où il ne peut *rien* faire au détriment de la masse, il n'est pas possible de méconnaître ceux passés à un moment où cer-

(1) Demang., t. V, p. 425-426. Al. n. 2702 et suiv. Cf. Ren., t. I, p. 344, 366.

Source BIU Cujas

taines opérations seulement lui étaient défendues; — les créanciers, avertis que le concordataire ne pourra pas invoquer ces nullités, ne seront pas lésés; car ils ne lui accorderont pas un concordat, s'ils prévoient qu'à raison de la validité de ces actes il ne pourra pas l'exécuter; et, au fond, il n'y a pas grande pitié à avoir pour ce failli qui a contrevenu aux dispositions de la loi : l'impossibilité de fait d'obtenir un concordat sera une nouvelle sanction ajoutée aux prohibitions dont nous parlons; d'ailleurs nous verrons bientôt que les créanciers ne sont pas sans ressources; — il est impossible d'admettre sans un texte ou sans une convention formelle que les tiers, déchus à l'égard de la masse, aient le failli pour obligé, et que cependant ils ne puissent pas poursuivre immédiatement tous ses biens; l'art. 2092, C. civ., s'y oppose absolument; l'art. 587, 2e al., C. comm., a fait une exception à ce principe; cela est vrai; mais nous n'avons aucun texte pareil dans la matière qui nous occupe; — enfin, si l'on nous reproche de distinguer entre les autres dispositions du chap. XII et celles des art. 550, 557 et suiv., 576, nous répondons que cela tient à ce que les autres sont fondées sur le droit commun, tandis que celles qui nous occupent sont fondées sur une présomption de fraude à laquelle il faut nécessairement appliquer les principes de l'action Paulienne (1).

1052. Mais si le failli concordataire ne peut invoquer ni ces déchéances, ni la nullité des actes passés par lui depuis le dessaisissement, s'ensuit-il que les créanciers de sa faillite n'aient plus aucun espoir d'en bénéficier? Nullement; car si le failli n'est, ni le représentant légal, ni l'ayant cause de l'ancienne masse, les créanciers au contraire ont succédé individuellement aux droits de cette masse, et sont ses ayants cause; ce qui le prouve, c'est que l'hypothèque, qui existait d'abord au profit de la masse, existe maintenant à leur profit individuel. Ils pourront invoquer cette situation à la seule condition qu'ils aient séparé leurs droits de ceux du failli comme ils l'étaient pendant la faillite. Et que faut-il pour cela? Qu'ils aient fait une saisie mettant un bien sous la main de la justice à leur profit, et en enlevant la disposition au failli. Moyennant cela, ils pourront invoquer les déchéances dont nous parlons. — Ainsi ils ont saisi certains meubles chez le failli concordataire; s'il se présente en concours avec eux des créanciers ayant traité avec le failli depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, ils pourront les écarter en invoquant les art. 443, 446 et 447; si la femme du failli veut venir à raison d'avantages à elle faits dans le contrat de mariage (art. 564), ou pour ses reprises en dehors des termes des art. 557 et suiv., ils l'écarteront; si un vendeur réclame un privilège sur quelques-uns de ces meubles, ou les revendique, il sera également repoussé (art. 550, 576); enfin si le propriétaire du failli veut exercer son privilège, ils le limiteront dans les termes de l'art. 550. De même si un ordre s'ouvre sur les immeubles du failli, ils pourront en écarter tous les créanciers dont l'hypothèque ou le privilège serait critiquable au point de vue des art. 443, 446, 447, 448, ainsi que la femme du failli qui ne serait pas dans les cas prévus par l'art. 563. Enfin s'ils

(1) Req. 18 févr. 1878, D. P. 78. 1. 291. etc., etc. Et spécialement pour le cas où les nullités avaient été demandées avant le concordat par les syndics : Req. 15 juill. 1857, D. P. 57. 1. 385; Aix, 23 août 1871, D. P. 73. 2. 225.

Source BIU Cujas

veulent saisir un bien aliéné par le failli, ils pourront le faire entre les mains de l'acquéreur, en invoquant contre lui les art. 443, 446, 447.

1053. **Q.** *Les articles 552 et 554, relatifs au paiement des créanciers hypothécaires, s'appliqueront-ils au cas de concordat?* — 1er S. *Oui* : on applique les autres sections du chapitre VII, pourquoi ne pas appliquer aussi la section 3e? — l'art. 556, placé dans cette section, leur applique dans un cas les effets du concordat; c'est que les règles de la section sont applicables aussi au concordataire (1). — 2e S. *Non* (1) : le texte de ces articles 552 et 554 suppose expressément des distributions du prix des immeubles et du prix des meubles, c'est-à-dire la liquidation du patrimoine, qui n'a pas lieu en cas de concordat (2); il suppose la masse chirographaire en regard des créanciers hypothécaires; or, en cas de concordat, il n'y a plus de masse; — le motif de ces articles n'existe pas non plus, car les créanciers hypothécaires ne courent pas le même risque de n'avoir plus rien à recevoir, si leurs hypothèques sont insuffisantes, puisque le concordataire est toujours là pour les payer; — donc, ils ne pourront forcer le concordataire à payer, tant que l'ordre ne sera pas réglé (C. civ., art. 2209), et n'aura pas fixé le résultat de leurs hypothèques (3); et, d'autre part, si le concordataire leur paie volontairement des dividendes avant l'ordre, il n'aura pas le droit de reprendre les fonds qu'ils laisseront libres sur leurs hypothèques; ces sommes profiteront aux créanciers hypothécaires postérieurs; tant pis pour le concordataire, s'il a payé ces dividendes, qu'il n'était pas forcé de payer (4).

Il faut, d'ailleurs, reconnaître que le fait, par un créancier hypothécaire, d'avoir reçu même volontairement un dividende du concordataire, ne le fait pas déchoir de son hypothèque; cette adhésion implicite au concordat n'équivaut pas au *vote*, dont parle l'art. 508 (5).

§ 3

Annulation et résolution du concordat.

Nous étudierons : — 1° les causes d'annulation et de résolution; — 2° leurs effets.

I. — Causes d'annulation et de résolution.

1054. — L'*annulation* est prononcée pour des causes contemporaines du

(1) Dall., n. 1074.

(2) Il ne sera donc pas illogique d'admettre (et c'est notre sentiment) que les a. 552-554 seraient applicables en droit civil, comme étant le développement de l'a. 2209, dans le cas où une contribution serait ouverte sur les meubles en même temps qu'un ordre sur les immeubles; parce que là il s'agit, comme dans le cas des art. 552-554 d'une exécution forcée. En cas de concordat, on ne peut supposer une saisie des meubles; car le non paiement donnerait lieu à la résolution du concordat.

(3) Req. 25 mai 1864, D. P. 64. 1. 363. — Ren., t. II, p. 287. Béd., n. 976 bis. Demang., t. V, p. 557. Al. n. 2692. 2797.

(4) Rouen, 25 janv. 1855, D. P. 55. 2. 94. — Mêmes auteurs.

(5) Req. 1er mars 1848, D. P. 48. 1. 124.

Source BIU Cujas

concordat, à raison de vices qui affectaient le traité dès son origine, *ex causâ antiquâ;* — la *résolution* est prononcée pour des faits postérieurs au traité, *ex causâ novâ.*

1° **Annulation.**

1055. Le concordat, étant analogue à un contrat, peut être affecté de vices qui le rendraient annulable comme tout contrat. Mais en principe, les demandes en nullité ne sont pas admises (art. 518, *initio*) : en effet, on a pu, avant l'homologation du concordat, les faire valoir par voie d'opposition; et par conséquent, après l'homologation, il est revêtu de l'autorité de la chose jugée à l'égard de tout le monde (v. n. 1039).

Une seule cause est admise, le *dol* (anal. de la requête civile, C. pr. civ., art. 480) :

Art. 518. Aucune action en nullité du concordat ne sera recevable, après l'homologation, que pour cause de dol découvert depuis cette homologation, et résultant, soit de la dissimulation de l'actif, soit de l'exagération du passif.

La dissimulation de l'actif et l'exagération du passif sont les mêmes faits qui donnent lieu à la condamnation en banqueroute frauduleuse. Aussi la condamnation pour banqueroute frauduleuse produira le même effet, de faire annuler le concordat (v. art. 520, 1er al.), car elle s'oppose absolument à sa formation (art. 510). Et même, avant la condamnation, on prend des précautions en ce sens :

Art. 521. Lorsque, après l'homologation du concordat, le failli sera poursuivi pour banqueroute frauduleuse, et placé sous mandat de dépôt ou d'arrêt, le tribunal de commerce pourra prescrire telles mesures conservatoires qu'il appartiendra. Ces mesures cesseront de plein droit du jour de la déclaration qu'il n'y a lieu à suivre, de l'ordonnance d'acquittement ou de l'arrêt d'absolution.

Seulement la loi indique séparément le dol et la banqueroute frauduleuse, pour bien montrer que les créanciers n'ont pas besoin d'attendre ni de provoquer la poursuite en banqueroute frauduleuse pour agir en nullité. — On conçoit d'ailleurs, qu'en dehors du dol, l'erreur des créanciers soit peu probable, et l'erreur du failli impossible ou inexcusable. Quant à la violence, on ne peut pas la supposer. C'est ce qui explique encore pourquoi la loi n'admet pas ici d'autre vice du consentement que le dol.

L'action durera dix ans à partir de la découverte du dol, conformément à l'art. 1304, C. civ., qui établit cette règle pour tous les vices du consentement dans les conventions. — Elle sera de la compétence commerciale, comme toutes les actions nées de la faillite (C. comm., art. 635) (1).

2° **Résolution.**

1056. On pourrait insérer, dans le concordat, une condition résolutoire expresse, dont l'arrivée résoudrait le traité; on pourrait mettre, par exemple : *sauf le cas de retour à une meilleure fortune* (2). Nous ne nous occupons que de la condition résolutoire tacite.

(1) Brav., t. V, p. 456.
(2) Rouen, 28 décembre 1869, D. P. 71. 2. 198.

Source BIU Cujas

Elle est la même que dans tous les contrats ; c'est l'*inexécution des conditions* (cf. art. 1184, C. civ.) :

Art. 520, 2e al. En cas d'inexécution par le failli des conditions de son concordat, la résolution de ce traité pourra être poursuivie contre lui devant le tribunal de commerce, en présence des cautions, s'il en existe, ou elles dûment appelées.

La résolution n'a pas lieu de plein droit, elle doit être demandée en justice ; l'article l'indique bien ; il est conforme en cela à l'article 1184, C. civ.

L'action pourra être intentée pendant trente ans, puisque la loi n'a indiqué nulle part une durée plus courte ; c'est, d'ailleurs, le droit commun pour l'action résolutoire.

Cette prescription commence au moment du refus d'exécuter, car c'est alors seulement que naît l'action (1). On a prétendu sans raison qu'elle commençait du jour même du concordat (2).

Q. *La résolution pourrait-elle être poursuivie par un seul créancier?* — On en a douté parce que, disait-on, l'intérêt des autres créanciers peut être de maintenir le concordat, qui est peut-être exécuté en partie et sera peut-être bientôt exécuté complètement. — Mais nous l'admettrons : — M. Tripier et M. Quesnault, rapporteurs de la loi de 1838, ont dit formellement qu'un seul créancier aurait ce droit ; — il ne nuira pas aux autres ; car, d'une part, ceux qui ont été payés garderont sans difficulté ce qu'ils auront reçu (art. 523, *in fine*, et 525) ; et d'autre part, ceux qui n'auront pas été payés pourront toujours, s'ils ont confiance dans le failli, s'opposer devant le tribunal à la demande en résolution, et le tribunal pourra très bien accorder un sursis pour l'exécution (C. civ., art. 1184, *in fine*) (3).

II. — **Effets de l'annulation et de la résolution.**

1057. Ils sont, en général, les mêmes dans ces deux cas ; il y a seulement quelques différences que nous signalerons au passage. — Nous étudierons ces effets : — 1° entre ceux qui ont été parties au concordat ; — 2° à l'égard des tiers.

1° **Effets inter partes.**

1058. Nous supposons, pour le moment, que ceux qui se plaignent sont seulement les créanciers concordataires, et que, s'il y a de nouveaux créanciers postérieurs au concordat, ceux-ci ne se plaignent pas.

Le concordat est effacé ; le failli ne peut plus en invoquer les avantages à aucun point de vue ; les créanciers concordataires rentrent dans l'intégralité de leurs droits (art. 526, *initio*). Et cela, lors même qu'un seul des créanciers aurait fait prononcer la résolution (4).

La faillite est rouverte ; on en reprend les opérations en se servant autant que possible de celles qui ont eu lieu précédemment :

Art. 522. Sur le vu de l'arrêt de condamnation pour banqueroute fraudu-

(1) Demang, t. V, p. 463. Al. n. 2710.
(2) Ren., t. II, p. 104. — Comp. Béd., n. 636. Dall., n. 876.
(3) Demang., t. V, p. 473. Al. n. 2709.
(4) Riom, 2 août 1853, D. P. 54. 2. 99.

Source BIU Cujas

leuse, ou par le jugement qui prononcera, soit l'annulation, soit la résolution du concordat, le tribunal de commerce nommera un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics. — Ces syndics pourront faire apposer les scellés. — Ils procéderont, sans retard, avec l'assistance du juge de paix, sur l'ancien inventaire, au récolement des valeurs, actions et des papiers, et procéderont, s'il y a lieu, à un supplément d'inventaire. — Ils dresseront un bilan supplémentaire. — Ils feront immédiatement afficher et insérer dans les journaux à ce destinés, avec un extrait du jugement qui les nomme, invitation aux créanciers nouveaux, s'il en existe, de produire, dans le délai de vingt jours, leurs titres de créances à la vérification. Cette invitation sera faite aussi par lettres du greffier, conformément aux articles 492 et 493.

Le jugement qui a fait tomber le concordat, est sans doute susceptible d'appel; mais on procède néanmoins immédiatement à la réorganisation de la faillite; l'appel n'est pas suspensif, pas plus que pour le jugement déclaratif (art. 440, *in fine*) (1). — Le délai de vingt jours doit être respecté lors même qu'il n'y a pas de créanciers connus, puisqu'il a pour but de faire apparaître ceux qui sont inconnus (2). Il n'est pas allongé à raison des distances (3).

Art. 523. Il sera procédé, sans retard, à la vérification des titres de créances produits en vertu de l'article précédent. — Il n'y aura pas lieu à nouvelle vérification des créances antérieurement admises et affirmées, sans préjudice néanmoins du rejet ou de la réduction de celles qui depuis auraient été payées en tout ou en partie.

Cette nouvelle vérification aura lieu en assemblée générale; car la loi ne disant rien se réfère aux formes indiquées au ch. 5, sect. 5 (4).

Art. 524. Ces opérations mises à fin, s'il n'intervient pas de nouveau concordat, les créanciers seront convoqués à l'effet de donner leur avis sur le maintien ou le remplacement des syndics. — Il ne sera procédé aux répartitions qu'après l'expiration, à l'égard des créanciers nouveaux, des délais accordés aux personnes domiciliées en France, par les articles 492 et 497.

Il faut remarquer qu'en cas d'annulation pour banqueroute frauduleuse prononcée, il ne peut pas y avoir un nouveau concordat.

2° **Effets à l'égard des tiers.**

1059. 1° *A l'égard des cautions du concordat.*

Art. 520, 1er et 3e al. L'annulation du concordat, soit pour dol, soit par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse intervenue après son homologation, libère de plein droit les cautions. — ... — La résolution du concordat ne libérera pas les cautions qui y seront intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle.

Les cautions sont libérées en cas d'annulation. Elles ne le sont pas en cas de résolution. Cette dernière règle n'est pas contraire aux principes; sans doute,

(1) Béd., n. 658. Dall., n. 886. Demang., t. V, p. 458. Al. n. 2712. — *Contrà* : Pard., n. 1250.

(2) Béd., n. 667. Demang., t. V, p. 458. Al. n. 2712.

(3) Béd., n. 666. Demang. et Al., *ll. citt.*

(4) Ren., t. II, p. 107. — *Contrà :* Béd., n. 688. Al. n. 2713.

Source BIU Cujas

en général la résolution d'un contrat libère les cautions parce qu'elle éteint toutes les obligations nées du contrat. Mais il en est autrement en cas de résolution pour inexécution des conditions; car celle-ci laisse subsister l'obligation aux dommages-intérêts (a. 1184, 2e al., *in fine*); et cette obligation est comprise dans celles que garantit la caution (1)

Il arrive quelquefois qu'un créancier, dans le concordat, consent à ne recevoir un dividende qu'après le paiement de tous les autres. Il a été jugé à bon droit que cette stipulation ne le rend pas caution du concordat, et qu'il n'est pas déchu de son droit par la résolution (2).

1060. 2° *A l'égard des actes passés par le concordataire.*

Art. 525. Les actes faits par le failli postérieurement au jugement d'homologation, et antérieurement à l'annulation ou à la résolution du concordat, ne seront annulés qu'en cas de fraude aux droits des créanciers.

En principe ces actes sont valables, car les tiers, s'ils ne sont pas avertis, doivent croire que le concordat est inattaquable et qu'on l'exécute régulièrement.

On applique seulement l'art. 1167, C. civ., et non les art. 446 et suiv., C. comm., parce qu'il n'y a pas une nouvelle déclaration de faillite pouvant rétroagir sur ces actes. C'est du moins ce qu'il faut dire quand il y a simplement annulation ou résolution du concordat. Mais il peut aussi arriver qu'une seconde faillite se produise (v. art. 526, 3e al., au numéro suivant). — Il faudrait réserver aussi le cas d'application de l'art. 598, s'il y avait eu des avantages au profit de certains créanciers (3).

1061. 3° *Pour les nouveaux créanciers du failli.*

Nous avons supposé jusqu'ici, avec le Code, que la procédure nouvelle est provoquée par les créanciers concordataires, demandant l'annulation ou la résolution du concordat. Elle peut aussi être provoquée par de *nouveaux créanciers*, ayant traité avec le failli depuis le concordat, s'ils éprouvent des refus de paiement. Ils peuvent alors faire déclarer une **seconde faillite ;** car il y a de nouveau ici une cessation de paiements, sans relation directe avec la première faillite et le premier concordat :

Art. 526, 3e al. Les dispositions du présent article seront applicables au cas où une seconde faillite viendra à s'ouvrir sans qu'il y ait eu préalablement annulation ou résolution du concordat.

Cette seconde faillite produira tous ses effets, non seulement dans l'avenir (ce qui n'amènera pas d'autres conséquences que la résolution du concordat), mais même dans le passé ; en ce sens que l'on appliquera les art. 446 et suiv. aux actes passés par le failli depuis le concordat, au lieu de leur appliquer l'art. 525, comme dans l'hypothèse précédente.

Cette seconde faillite ne pourrait pas être provoquée par les créanciers con-

(1) Pont, *Petits Contrats*, t. II, n. 427. — Comp. Renouard, sur l'a. 520, n. 3. Troplong, t. XVII, n. 521.

(2) Paris, 19 janv. 1852, D. P. 54. 5. 366.

(3) Nancy, 7 avril 1880, D. P. 82. 1. 29.

Source BIU Cujas

cordataires, pour non paiement des dividendes promis, car les mêmes créances ne peuvent donner lieu deux fois à une déclaration de faillite ; leur droit se borne, dans ce cas, à demander la résolution du concordat. Réciproquement les nouveaux créanciers ne peuvent que provoquer une seconde faillite ; ils ne peuvent demander la résolution d'un traité où ils n'avaient pas été parties. Le domaine de ces deux procédures est donc parfaitement délimité.

Nous venons de dire, avec l'art. 526, 3e al., que pour l'avenir on applique les règles exposées ci-dessus : les art. 522, 523 et 524 (1).

Dans la nouvelle faillite, les créances nouvelles figureront aux répartitions de dividendes pour leur montant intégral, car il n'y a aucune raison pour réduire leur puissance de partager.

1062. En face d'elles figureront aussi les anciennes créances, qui avaient donné lieu au concordat. Mais pour quelle quotité ? Sera-ce pour leur montant primitif, ou pour la partie non remise dans le concordat, ou encore, en supposant que le failli en ait payé une partie, pour ce qui n'a pas été payé ? L'art. 526, 1er et 2e al., répond à la question :

Art. 526, 1er et 2e al. Les créanciers antérieurs au concordat rentreront dans l'intégralité de leurs droits à l'égard du failli seulement ; mais ils ne pourront figurer dans la masse que pour les proportions suivantes, savoir : — S'ils n'ont touché aucune part du dividende, pour l'intégralité de leurs créances ; s'ils ont reçu une partie du dividende, pour la portion de leurs créances primitives correspondantes (2) à la portion du dividende promis qu'ils n'auront pas touchée.

Ainsi, les remises faites dans le concordat ne sont pas par elles-mêmes opposables aux créanciers qui les ont consenties, puisque tout est remis en question. Mais si des paiements ont été faits en vertu du concordat, ceux-ci conservent la puissance libératoire qu'ils avaient en vertu du concordat. Soit un créancier de 12,000 fr. et un concordat qui avait remis 50 % au failli : — si ce créancier n'a rien reçu depuis le concordat, il continuera à figurer pour 12,000 fr. ; — s'il a reçu 6,000 fr., il est censé payé intégralement en monnaie de faillite ; il ne figurera pour rien dans les nouvelles répartitions ; — s'il a reçu 3,000 fr., il est payé en monnaie de faillite de la moitié de sa créance ; il est censé avoir reçu 6,000 fr., et ne figurera plus à nouveau que pour 6,000 fr. — Le Code part de cette idée que les paiements faits sont valables, car chaque créancier a reçu sans fraude ce qui lui était réellement dû ; on ne peut le forcer à reverser ce qu'il a ainsi reçu. Mais alors, si les créanciers gardent les sommes payées, ils doivent reconnaître aux paiements reçus la puissance libératoire qui s'y attachait en vertu du concordat ; ils ne peuvent, en conservant les sommes reçues, changer le caractère du paiement

(1) Il faut assimiler, quant aux créanciers anciens, la seconde faillite à la résolution et non à l'annulation ; car elle implique seulement l'inexécution du concordat ; il s'ensuit que les cautions du concordat resteront tenues ; il y a même ici un *à fortiori*, puisque de droit commun la faillite du débiteur ne libère pas les cautions. Demang., t. V, p. 469. V. Béd., n. 690.

(2) Toutes les éditions du Code portent « *correspondantes*, » mais il faudrait évidemment « *correspondant*. »

Source BIU Cujas

qui a été fait ; il y a eu là une opération indivisible. Cela, d'ailleurs, leur sera en général avantageux ; car très probablement, le dividende fourni par les nouvelles opérations sera plus faible que celui qui avait été promis dans le concordat.

En serait-il de même si exceptionnellement la nouvelle masse pouvait donner un dividende plus fort? On peut supposer que le concordat est annulé presque immédiatement après l'homologation, pour exagération de passif ou dissimulation d'actif : si l'on fait ainsi disparaître une grosse créance ou apparaître une forte valeur dissimulée, le nouveau dividende peut être plus fort. — Je réponds à la question par une distinction : — s'il y a de nouveaux créanciers, et pour régler la réparation à leur égard, j'applique la doctrine ci-dessus, quelque dure qu'elle soit pour les créanciers concordataires déjà payés ; parce que l'art. 526 est formel et paraît vouloir poser en principe que les paiements reçus ont constitué, pour les nouveaux créanciers, un droit acquis à une libération proportionnelle du failli. — Mais, s'il n'y a pas de nouveaux créanciers ou après que ceux-ci ont été payés, si tout se passe entre les créanciers concordataires, je n'admettrais pas que les paiements reçus soient irrévocables, je permettrais aux créanciers payés de rapporter leurs acomptes à la masse, afin de figurer pour l'intégralité de leurs créances : — en effet, dans ce cas, il n'y a plus de tiers intéressés à ce que l'on procède autrement ; il n'y a plus en présence que des créanciers concordataires, entre qui l'égalité doit toujours être scrupuleusement observée ; pourquoi ferait-on souffrir ceux qui ont été payés? — le texte de l'art. 526 ne s'applique plus, car il suppose, comme tous les articles précédents, qu'il y a de nouveaux créanciers à côté des anciens ; — l'annulation du concordat a précisément pour but de régler à nouveau les droits de tous d'après l'état corrigé de l'actif et du passif ; — si l'on suppose que la cause d'annulation soit découverte après que tous les dividendes promis ont été payés, comment ferait-on si l'on n'admettait pas notre doctrine? Aucun créancier ne pouvant plus rien demander, il faudrait laisser au failli le bénéfice de sa dissimulation ; et si les créanciers trompés se sont contentés d'un dividende de 10 % tandis qu'on pouvait leur donner 25 ou 50 %, le failli, qui se hâtera de leur payer les 10 %, serait, dès lors, à l'abri de toute demande en annulation du concordat ! Cela serait pas trop choquant, et contraire d'ailleurs à l'art. 526, *initio*, qui fait rentrer les créanciers concordataires dans l'intégralité de leurs créances *à l'égard du failli*.

SECTION II.

DU CONCORDAT PAR ABANDON.

1063. *Le concordat par abandon est un traité par lequel les créanciers font remise au failli de toutes ses dettes moyennant l'abandon de tous ses biens.* — Il ressemble au concordat, en ce que remise est faite au failli de tout ce que les créanciers ne pourront pas recouvrer par la liquidation de ses biens ; il ressemble à l'union, en ce que ces biens sont liquidés et que les créanciers se paient eux-mêmes leur dividende par les mains des syndics, au lieu de compter sur le failli pour le leur payer.

Source BIU Cujas

Cette solution n'était organisée, ni par le Code de 1807, ni par la loi de 1838. Elle était pratiquée par les créanciers qui ne voulaient pas lâcher leur gage, mais qui désiraient échapper aux formalités longues et coûteuses de l'union. Elle avait l'inconvénient que l'organisation de la liquidation était abandonnée à la prévoyance souvent insuffisante des parties, et qu'aucun contrôle sérieux n'était exercé sur les *commissaires* chargés de cette liquidation; une fois nommés, il était très difficile de les révoquer; car qui pouvait, sur leur refus, réunir les créanciers pour cela (1)?

Une proposition d'organisation fut faite, en 1850, par M. Bravard. Votée en première et en deuxième lecture, elle fut arrêtée par le coup d'Etat de 1851. — Le concordat par abandon ne fut introduit dans nos lois que par la *L. 17 juillet* 1856 (loi différente de celle qui, à la même date, organisa la commandite par actions). Cette loi introduisit cette innovation, en ajoutant quatre alinéas à l'art. 541, C. comm. — Elle la présente comme une exception à la règle que les débiteurs commerçants ne peuvent être admis à faire cession de biens. Mais ces institutions n'ont aucune analogie entre elles; en effet, le concordat par abandon emporte remise de toutes les dettes, ce qui n'a pas lieu en cas de cession de biens (C. civ., art. 1270, 3e al.); et il n'affranchissait pas le failli de la contrainte par corps (cf. même art. 1270, 2e al.), car cet effet était déjà produit par le jugement déclaratif de la faillite, et était maintenu par la déclaration d'excusabilité, si elle avait lieu (art. 539).

Art. 541, 2e, 3e, 4e et 5e al. Néanmoins, un concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli peut être formé, suivant les règles prescrites par la section II du présent chapitre. — Ce concordat produit les mêmes effets que les autres concordats; il est annulé ou résolu de la même manière. — La liquidation de l'actif abandonné est faite conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 529, aux articles 532, 533, 534, 535 et 536, et aux paragraphes 1 et 2 de l'article 537 — Le concordat par abandon est assimilé à l'union pour la perception des droits d'enregistrement.

La liquidation des biens est soumise au régime de l'union. Ce système présente plus de garanties pour les créanciers; mais il n'a plus pour eux les avantages d'économie qui le faisaient pratiquer autrefois. Il est toujours recherché par les faillis, qui désirent éviter par là le déshonneur de l'union.

Effets du concordat par abandon.

1064. Ces effets peuvent se résumer en deux règles : — 1o le dessaisissement continue pour tous les biens présents au moment du concordat par abandon, et ces biens sont soumis au régime de l'union; — 2o il ne s'étend pas aux biens ultérieurs du failli, qui restent complètement disponibles pour lui.

I. — *Continuation du dessaisissement pour les biens actuels.*

1065. Le failli, n'étant pas remis à la tête de ses affaires, n'a pas droit à la restitution de ses livres, qui doivent rester entre les mains des syndics jusqu'à la fin de la liquidation (2). Mais, celle-ci finie, il peut les réclamer comme

(1) V. Brav., t. V, p. 480 et suiv.
(2) Orléans, 1er déc. 1869, D. P. 70. 2. 89.

Source BIU Cujas

utiles à ses nouvelles affaires (1). — Il ne peut demander des comptes aux syndics, qui sont les mandataires de ses créanciers et non les siens, et dont la gestion profite ou nuit aux créanciers, et fort peu à lui-même (2). — Cependant le failli a encore un intérêt dans la liquidation, puisque, s'il veut se faire réhabiliter, il a intérêt à ce que la liquidation ait soldé une plus grande partie de ses dettes. Aussi on lui a permis de poursuivre les recouvrements négligés par les créanciers, sauf au juge à prendre des précautions pour qu'ils soient remis à la masse (3); c'est l'application de la règle qu'il peut faire les actes conservatoires (v. *suprà*, n. 913).

Les syndics peuvent continuer, comme avant le concordat, à invoquer les nullités et restrictions des art. 446 et suiv., 550 et suiv., 557 et suiv., 576 (4), quoique, suivant nous et la jurisprudence, le failli concordataire ne le puisse pas; car ici ces déchéances ne profitent qu'à la masse.

La liquidation doit se continuer comme en cas d'union; et il faut appliquer toutes les règles que nous étudierons bientôt pour ce cas; quoique l'art. 541 omette de renvoyer aux art. 571 et suiv., pour la vente des biens; il y a là une simple omission (5). — Il faut nécessairement liquider, et l'on ne peut faire aucune stipulation qui contrarie la liquidation; par exemple, stipuler que les créanciers de la société faillie formeraient avec les actionnaires une nouvelle société continuant la première; on pourrait, sans doute, le faire avec l'accord de tout le monde; mais la majorité ne pourrait en cela lier la minorité (6).

Quant aux détails de la liquidation, nous les étudierons en étudiant celle qui a lieu dans le cas d'union.

II. — *Pour l'avenir, le failli reprend la disposition de ses nouveaux biens.*

1066. Il peut de nouveau se livrer à un commerce, même à celui qu'il faisait avant sa faillite. Il peut librement disposer des biens acquis par ce commerce. Ses anciens créanciers n'ont plus aucun droit sur ces biens nouveaux, sauf les effets de l'obligation naturelle qui subsiste toujours, et sauf la nécessité pour lui, s'il veut se faire réhabiliter, de les payer intégralement. — La remise faite par les créanciers de tout ce qu'ils ne peuvent obtenir par le résultat de la liquidation a les caractères et produit les effets que nous avons étudiés à propos des remises faites dans le concordat ordinaire (v. n. 1046 et suiv.).

APPENDICE AUX SECTIONS I ET II.

DES CONCORDATS AMIABLES ET DES LIQUIDATIONS JUDICIAIRES.

I. — **Des concordats amiables.**

1067. Un concordat amiable est un véritable contrat entre le failli d'une part et *tous* ses créanciers consentants d'autre part. Ce qui le distingue du concordat ordinaire, c'est donc que la majorité ne fait pas la loi à la minorité, mais

(1) V. la note sous l'arrêt précédent.
(2) Même arrêt.
(3) Colmar, 29 déc. 1859, D. P. 61. 5. 222.
(4) Cass. 10 fév. 1864, D. P. 64. 1. 236. — Demang., t. V, p. 484-485. Al. n. 2753.
(5) Demang., t. V, p. 486.
(6) Paris, 12 juill. 1869, D. P. 70. 2. 7.

Source BIU Cujas

que tout le monde est d'accord. C'est pour cela qu'il faut le qualifier de contrat et non de traité. On l'appelle souvent *contrat d'atermoiement*, parce que, le plus souvent, on s'accorde ainsi pour concéder des délais au débiteur. — S'il y a quelques dissidents qui ne veuillent pas consentir à ce que tous les autres jugent utile, on peut, du consentement de *tous* les autres, les désintéresser d'abord, et ensuite obtenir l'unanimité de tous ceux qui restent créanciers (1).

Un **contrat d'atermoiement** peut intervenir à un moment quelconque de la faillite : — avant le jugement déclaratif; et s'il est sérieux et que le failli l'exécute, il permettra d'éviter la déclaration de faillite (v. *suprà*, n. 895); — après le jugement déclaratif, mais avant que celui-ci ne soit passé en force de chose jugée; et alors ce jugement devra être réformé sur l'opposition ou l'appel (cf. n. 904) (2); — à toute époque ultérieure, et alors il fera cesser tous les effets du jugement déclaratif et remettra le failli à la tête de ses affaires; mais s'il intervient avant la vérification des créances, il n'aura pas une valeur absolument certaine, car si par hasard tous les créanciers n'y avaient pas pris part, il ne serait pas valable à l'égard des absents; — enfin après la vérification des créances; c'est alors qu'il s'appelle le plus proprement *le concordat amiable*.

1068. Ce qui fait l'avantage du **concordat amiable**, c'est que, tout le monde étant consentant, on a *liberté complète* de faire ce qu'on veut dans les termes du droit commun de tous les contrats; car toutes les précautions que la loi prend à propos du concordat ordinaire ont pour but de protéger les droits des créanciers qui peuvent être éloignés ou dissidents; mais du moment que tout le monde est présent et consentant, il n'y a plus de crainte à avoir : *consentienti non fit injuria* (3).

Cette règle aura notamment les conséquences suivantes : — il ne sera pas nécessaire de remplir toutes les formalités de la faillite; souvent on recourt à ce moyen pour les éviter; — ainsi, on pourrait se dispenser des formalités de l'affirmation et de la vérification des créances, du moment qu'on est sûr que tous les créanciers ont adhéré, et aux risques et périls des consentants, si par hasard il apparaissait des créanciers imprévus qui feraient tomber tout ce qui a été fait (4); — de même pour les formalités du concordat (5); — on pourra aussi mettre dans le concordat toutes les clauses que l'on voudra, notamment faire des conditions différentes aux différents créanciers, et même en avantager quelques-uns, malgré la prohibition des art. 597 et 598, qui ne s'appliquent qu'au concordat imposé par la majorité à la minorité (6). Seulement on ne pourrait, après le concordat amiable et en dehors de ce con-

(1) Nimes, 23 juill. et 29 août 1860, D. P. 61. 5. 229.

(2) Dufour, *Rev. de dr. commerc.*, 1863, p. 191. — Al. n. 2415 et suiv.

(3) Al. n. 2655. — *Contrà :* Béd., n. 526 et suiv., qui soutient qu'après une déclaration de faillite on est obligé de suivre de tous points la loi.

(4) Angers, 2 fév. 1849, D. P. 49. 2. 146.

(5) Agen, 23 juin 1859, D. P. 59. 2. 175.

(6) Paris, 15 déc. 1863, D. P. 63. 5. 178. — Mais on ne pourrait pas en dehors du traité général promettre des avantages à un créancier, pour acheter son vote : cette convention serait nulle (a. 598) et annulerait le traité : Paris, 2 juin 1877, D. P. 78. 2. 168.

Source BIU Cujas

trat, consentir ainsi des avantages à certains créanciers par des traités particuliers (1); surtout si dans le concordat il a été stipulé expressément qu'aucun créancier ne se ferait avantager (2).

Ce concordat amiable peut être consenti, même après le refus d'un concordat ordinaire ou le refus d'homologation, par conséquent après que l'union a été organisée (3); toujours par la raison que le consentement unanime rend tout possible. Il faudrait seulement excepter le cas où le refus d'homologation serait fondé sur des motifs d'ordre public qui subsisteraient encore (4); et le tribunal, dont la décision sera nécessaire pour mettre fin aux fonctions des syndics, exercera un certain contrôle (5).

Les remises faites dans le concordat amiable, étant entièrement volontaires pour tout le monde, libéreraient les cautions des dettes du failli, à la différence du concordat ordinaire (cf. art. 545) (6). Mais elles ne seraient pas d'ailleurs traitées comme des libéralités; car elles ne présentent toujours pas l'*animus donandi* (v. n. 1048).

Le concordat amiable tombera en cas de nouvelle faillite prononcée pour de nouvelles créances, ou en cas d'annulation pour dol, ou enfin en cas d'inexécution du contrat (C. civ., art. 1184) (7).

II. — Des liquidations judiciaires.

1069. Ce sont des modes de liquidation qui ont été institués temporairement pour soustraire à la qualification de faillite, aux incapacités qui frappent habituellement le failli, et à certaines formalités, les cessations de paiements causées par les circonstances politiques. — Elles avaient été établies temporairement en 1848; elles l'ont été de nouveau par le Décr. 7 sept. 1870 pour la durée de la guerre; l'effet de ce décret a été prorogé successivement par diverses lois jusqu'au 13 mars 1872.

Ces lois sont intitulées : lois *sur les concordats amiables*, parce que certaines de leurs dispositions supposent un accord entre le failli et ses créanciers; mais ce titre n'est pas exact parce que ces lois n'exigeaient pas l'unanimité des créanciers pour ces accords; elles se contentaient des majorités de l'art. 507, C. com., et, par suite, ne donnaient pas toute liberté aux conventions des parties. Ce qu'elles instituaient est quelque chose d'intermédiaire entre les concordats amiables et les concordats par abandon; car elles organisaient une liquidation, comme en cas d'union, en dispensant seulement des scellés et de l'inventaire, et en permettant au failli de prendre aussi part à la liquidation et de conserver pour cela l'administration de ses biens, concurremment avec les syndics et sous la surveillance du juge-commissaire. Le dessaisissement se traduisait seulement par l'incapacité de créer de nouvelles dettes, tant qu'un concordat proprement dit n'était pas intervenu.

(1) Rej. 22 août 1866, D. P. 66. 1. 143 et 144.
(2) Rej. 5 nov. 1866, D. P. 66. 1. 441.
(3) Nîmes, 23 juill., 29 août 1860, D. P. 60. 5. 229, etc. — *Contrà* : Paris, 23 mars 1877, D. P. 80. 2. 21; 3 juill. 1880, D. P. 82. 2. 62.
(4) Paris, 12 juill. 1872, D. P. 74. 2. 9.
(5) Pard., n. 1268. Al. n. 2726.
(6) Cass. 8 avril 1868, S. 68. 1. 260. — Pard., n. 1247. Al. n. 2769.
(7) Bordeaux, 4 août 1868, D. P. 71. 2. 104.

Source BIU Cujas

Il fallait dire deux mots de ces dispositions pour les distinguer des concordats amiables proprement dits; mais nous n'y insistons pas; car elles n'ont plus guère d'application. On pourra voir les détails dans les textes cités; notamment dans la L. 22 avril 1871, qui était la plus complète.

SECTION III.

DE L'UNION.

1070. L'union est la situation inverse du concordat; elle consomme la ruine du débiteur par la vente de tous ses biens; c'est l'accord des créanciers *contre* le failli. Elle ne suppose, d'ailleurs, aucune entente formelle entre eux; par cela seul qu'on n'arrive pas aux deux majorités nécessaires pour le concordat, on est en état d'union :

Art. 529, 1er al. S'il n'intervient point de concordat, les créanciers seront de plein droit en état d'union.

C'est une communauté de fait, imposée par les circonstances, par cela seul que les créanciers ont un même actif à se partager (C. civ., article 2092).

L'objet essentiel des opérations de l'union est de réaliser l'actif du failli et de le partager entre les créanciers chirographaires, une fois faits les prélèvements qui sont à prendre sur la masse et que nous avons étudiés. Aussi les pouvoirs des syndics sont-ils beaucoup plus étendus, et les formalités sont simplifiées.

Nous aurons six divisions : — 1° Organisation de l'union; — 2° Secours au failli; — 3° Pouvoirs des syndics en dehors de la liquidation proprement dite; — 4° Réalisation de l'actif; — 5° Répartition de l'actif; — 6° Assemblées des créanciers et clôture de la faillite.

1071. I. — **Organisation de l'union.**

Art. 529, 2e, 3e et 4e al. Le juge-commissaire les consultera immédiatement, tant sur les faits de la gestion que sur l'utilité du maintien ou du remplacement des syndics. Les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis d'un gage, seront admis à cette délibération. — Il sera dressé procès-verbal des dires et observations des créanciers, et, sur le vu de cette pièce, le tribunal de commerce statuera comme il est dit à l'article 462. — Les syndics qui ne seraient pas maintenus devront rendre leur compte aux nouveaux syndics, en présence du juge-commissaire, le failli dûment appelé.

Les syndics sont renommés, comme au moment où le syndicat provisoire a été transformé en syndicat définitif (art. 462); ils s'appelleront dorénavant *syndics de l'union*. — Ici, comme dans l'art. 462, on consulte les créanciers, mais leur avis n'est pas obligatoire pour le Tribunal. — Les créanciers privilégiés ou hypothécaires sont admis aussi à donner leur avis, parce que les syndics doivent agir aussi en partie dans leur intérêt.

Art. 532, 1er al. Les syndics représentent la masse des créanciers et sont chargés de procéder à la liquidation.

Source BIU Cujas

1072. II. — **Secours au failli.**

Art. 530. Les créanciers seront consultés sur la question de savoir si un secours pourra être accordé au failli sur l'actif de la faillite. — Lorsque la majorité des créanciers présents y aura consenti, une somme pourra être accordée au failli, à titre de secours, sur l'actif de la faillite. Les syndics en proposeront la quotité, qui sera fixée par le juge-commissaire, sauf recours au tribunal de commerce, de la part des syndics seulement.

C'est la continuation de ce qui avait lieu pendant la période préparatoire (v. n. 982).

Il y a seulement une différence, c'est que maintenant ce sont les créanciers eux-mêmes qui décident si le secours sera accordé; en effet, il s'agit de disposer des biens qui serviront directement à les payer. Seulement il n'est pas logique de faire fixer la quotité par le juge-commissaire, car les créanciers ne votent pas sur le point qui les intéresse le plus (1).

III. — **Pouvoirs des syndics en dehors de la liquidation proprement dite.**

1073. 1° *Continuation de l'exploitation.*

Cette continuation de l'exploitation va maintenant directement contre le but qu'on se propose, la liquidation aussi rapide que possible. Mais elle peut présenter des avantages évidents, notamment d'éviter les dépréciations trop considérables des marchandises ou du fonds de commerce, qui se produiraient si l'on voulait vendre immédiatement et à tout prix. On permet donc de s'y décider, mais il faut une très forte majorité :

Art. 532, 2e, 3e et 4e al. Néanmoins les créanciers pourront leur donner mandat pour continuer l'exploitation de l'actif. — La délibération qui leur conférera ce mandat en déterminera la durée et l'étendue, et fixera les sommes qu'ils pourront garder entre leurs mains, à l'effet de pourvoir aux frais et dépenses. Elle ne pourra être prise qu'en présence du juge-commissaire, et à la majorité des trois quarts des créanciers en nombre et en somme. — La voie de l'opposition sera ouverte contre cette délibération au failli et aux créanciers dissidents. — Cette opposition ne sera pas suspensive de l'exécution.

La majorité nécessaire est donc encore plus rigoureuse que pour le concordat, puisqu'il faut les 3/4 des créanciers ; et il faut y comprendre les créanciers hypothécaires puisque la loi ne les exclut pas (2). — Les créanciers dissidents et le failli pourront former opposition.

Cette exploitation du commerce est grave pour les créanciers, car étant faite au nom de la masse et avec le mandat de la masse, elle oblige toutes les valeurs de la masse (C. civ., art. 1998), de sorte que les tiers avec qui traitent les syndics sont créanciers *de* la masse et non créanciers *dans* la masse, c'est-à-dire seront payés avant tous les créanciers du failli. La loi donne à ces tiers une garantie de plus, c'est la responsabilité personnelle des créanciers qui ont voté pour l'autorisation :

(1) Brav., t. V, p. 496-497.

(2) Dall., n. 952. Laroque-Sayssinel, t. II, p. 407. Gadrat, p. 342. Al. n. 2735. — *Contrà* : Béd., n. 766. — Comp. Demang., t. V, p. 500-501.

Source BIU Cujas

Art. 533. Lorsque les opérations des syndics entraineront des engagements qui excéderaient l'actif de l'union, les créanciers qui auront autorisé ces opérations seront seuls tenus personnellement au delà de leur part dans l'actif, mais seulement dans les limites du mandat qu'ils auront donné; ils contribueront au prorata de leurs créances.

Cette autorisation établit une véritable société entre les créanciers, au lieu de la simple communauté d'intérêts qui existait par le fait seul de l'union : car il y a dorénavant une entreprise faite en commun et volontairement (cf. *suprà*, n. 153). Les créanciers qui ont consenti aux opérations ressemblent à des commandités, tandis que les autres, n'étant atteints que jusqu'à concurrence de l'intérêt qu'ils ont dans la masse, ressemblent à des commanditaires. Mais les premiers présentent cette grande différence avec les commandités qu'ils ne sont pas tenus *solidairement* envers les tiers; — la fin de l'article paraît bien indiquer seulement une obligation conjointe; — la rédaction votée portait même *sans solidarité entre eux*; quoique ces mots aient disparu, la pensée du législateur n'a pas changé; — d'ailleurs, leurs intérêts sont très disproportionnés (1).

Mais à l'égard des syndics, ils sont solidaires, à titre de *comandants*, conformément au droit commun (C. civ., art. 2002).

1074. 2° *Transactions.*

Art. 535. Les syndics pourront, en se conformant aux règles prescrites par l'article 487, transiger sur toute espèce de droits appartenant au failli, nonobstant toute opposition de sa part.

La loi renvoie aux règles que nous avons étudiées dans l'art. 487 (v. n. 980); mais avec une différence : c'est que l'opposition du failli ne peut plus empêcher la transaction, même sur les immeubles. En effet, il n'a plus l'espoir de les conserver; il faut que toutes les valeurs soient réalisées; l'intérêt de la masse l'emporte maintenant complètement. Toutefois, on consulte le failli, et l'on pourrait tenir compte de ses observations; car il a encore un intérêt à faire monter le plus haut possible le dividende des créanciers; afin d'avoir d'autant moins à payer, s'il revient à une meilleure fortune, et s'il veut se faire réhabiliter. Et la transaction serait nulle s'il n'avait pas été consulté (2).

1075. 3° *Traités à forfait,* sur les créances d'un recouvrement difficile.

Art. 570. L'union pourra se faire autoriser par le tribunal de commerce, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou partie des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré, et à les aliéner; en ce cas, les syndics feront tous les actes nécessaires. — Tout créancier pourra s'adresser au juge-commissaire pour provoquer une délibération de l'union à cet égard.

Ces traités peuvent être passés, soit avec le débiteur à qui on ferait des concessions pour obtenir un paiement, soit avec des tiers à qui on vendrait les créances ou actions.

(1) Pard., n. 1257. Ren., t. II, p. 151. Béd., n. 772. Brav., t. V, p. 503. Al. n. 2736.
(2) Béd., n. 786. Demang., t. V, p. 507. Al. n. 2740.

Source BIU Cujas

L'union doit faire la demande, après délibération; c'est dire qu'il faut une assemblée des créanciers. La décision y sera prise à la majorité, puisque la loi n'a rien dit (1). — L'autorisation doit être donnée par le tribunal, et non pas seulement par le juge-commissaire (2).

Le failli doit encore être appelé, à peine de nullité (3).

IV. — Réalisation de l'actif.

Art. 534. Les syndics sont chargés de poursuivre la vente des immeubles, marchandises et effets mobiliers du failli, et la liquidation de ses dettes actives et passives; le tout sous la surveillance du juge-commissaire, et sans qu'il soit besoin d'appeler le failli.

1076. *Recouvrements* : les syndics les feront s'ils n'ont pas été tous faits dans la période préparatoire. C'est ce que l'article désigne par la liquidation des dettes actives du failli.

Vente des meubles : elle est faite en toute liberté par les syndics, à la différence de ce qui a lieu dans la période précédente; parce que dorénavant il faut réaliser à tout prix, et que c'est là l'objet direct du mandat qui leur a été donné par la masse. Il n'y a pas besoin d'appeler le failli, ni d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire ; notre art. 534 ne reproduit pas sur ce point les exigences de l'art. 486 (4). Les syndics vendront aussi toutes les valeurs de bourse appartenant au failli, spécialement les rentes sur l'Etat, de même qu'ils pourront en toucher les arrérages : sans doute ces rentes sont insaisissables et nous avons admis qu'elles ne sont pas frappées de dessaisissement, parce que les lois défendent toute opposition au paiement; mais ici, il n'y aura pas lieu de faire une opposition; il n'y a plus qu'une question de pouvoir pour les syndics, car rien ne s'oppose à ce qu'elles soient touchées ou vendues par mandataire; or leur pouvoir est complètement établi *erga omnes* par le jugement qui les nomme (5).

1077. *Vente des immeubles* : ici on ne consulte pas non plus le failli; mais il faut l'autorisation du juge-commissaire, qui apprécie l'opportunité de la vente dan l'intérêt de tous :

Art. 572. S'il n'y a pas de poursuite en expropriation des immeubles commencée avant l'époque de l'union, les syndics seuls seront admis à poursuivre la vente; ils seront tenus d'y procéder dans la huitaine, sous l'autorisation du juge-commissaire, suivant les formes prescrites pour la vente des biens des mineurs.

(1) Ren., t. II, p. 326. Béd., n. 1068. Boileux sur Boulay-Paty, n. 781. Gadrat, n. 484. Al. n. 2812.

(2) Ces règles doivent être appliquées à la mainlevée de l'hypothèque de la masse, que les syndics voudraient donner après la vente de l'immeuble : Req. 21 déc. 1880, D. P. 81. 1. 193.

(3) Demang., t. V, p. 507. Al. n. 2812.

(4) Req. 23 fév. 1858, S. 58. 1. 500. Ren., t. II, p. 151. Demang., t. V, p. 508-509. Al. n. 2737. — *Contrà :* Béd., n. 777.

(5) Cass. 8 mars 1859, D. P. 59. 1. 145. — Béd., n. 776 bis. Al. n. 2789. — V. une note de M. Labbé, dans le *Journ. du Pal.*, t. LIX, p. 545.

Source BIU Cujas

Ces poursuites sont dorénavant centralisées entre les mains des syndics; on suspend les poursuites des créanciers hypothécaires, parce qu'ils n'ont plus d'intérêt à les exercer; l'expropriation va être réalisée le plus promptement possible, dans leur intérêt, comme dans celui de la masse.

La loi ordonne qu'elles soient commencées dans la huitaine de l'union, sauf l'appréciation du juge-commissaire.

Les *formes de la vente* sont celles *des ventes des biens des mineurs* (v. au code de procédure civile, art. 953-965), avec les seules modifications résultant de la force même des choses; ainsi l'autorisation du juge-commissaire remplacera l'avis de parents exigé par le code de procédure. — Elles sont organisées pour obtenir le plus haut prix possible. Elles se résument dans les conditions suivantes : — la vente doit avoir lieu *en justice*, c'est-à-dire en vertu d'un jugement autorisant la vente et déterminant la mise à prix; — le cahier des charges doit être rédigé par les syndics; — le jour et toutes les conditions de la vente doivent être publiés par des affiches et des insertions dans les journaux; — la vente doit avoir lieu aux enchères publiques, devant un juge commis par le tribunal, ou devant un notaire désigné par lui.

La compétence pour cette vente est celle du *tribunal civil*, et non du tribunal de commerce, car le tribunal civil est, en général, seul compétent pour ces sortes de ventes, et c'est devant lui que se poursuivent les ventes des biens de mineurs (avis du Cons. d'Et., 4-9 déc. 1810) (1). — Quant à la compétence *ratione personæ*, elle appartiendra au tribunal du lieu de la faillite, c'est-à-dire du domicile du failli : — la fin de l'art. 954, C. proc. civ., indique bien que pour cette compétence on ne tient pas compte de la situation des biens, sauf au tribunal à charger de la vente des officiers publics différents, si les biens sont situés sur plusieurs arrondissements (2).

1078. Toujours par analogie avec les ventes des biens des mineurs, le Code de commerce ouvre à toute personne le droit de **surenchère**, mais avec quelques différences d'application :

Art. 573. La surenchère, après adjudication des immeubles du failli sur la poursuite des syndics, n'aura lieu qu'aux conditions et dans les formes suivantes : — La surenchère devra être faite dans la quinzaine. Elle ne pourra être au-dessous du dixième du prix principal de l'adjudication. Elle sera faite au greffe du tribunal civil, suivant les formes prescrites par les articles 710 et 711 du Code de procédure civile; toute personne sera admise à surenchérir. — Toute personne sera également admise à concourir à l'adjudication par suite de surenchère. Cette adjudication demeurera définitive et ne pourra être suivie d'aucune autre surenchère.

(Comp., C. pr. civ., art. 965). Ici le délai est de quinzaine au lieu de huitaine en cas de mineur; et la quotité, dont la surenchère doit dépasser le prix d'adjudication, est d'un dixième au lieu d'un sixième, la surenchère est donc plus facile dans notre cas. — Quant aux formes de la surenchère, il faut se référer aux art. 708, 709 et 710, C. pr. civ., au lieu des art. 710 et 711, auxquels renvoie notre article : lorsqu'en 1841, on a remanié le titre VI, du livre 2 de

(1) Ren., t. II, p. 330. Dall., n. 1160. Al. n. 2815.
(2) Pard., n. 1265. Demang., t. V, p. 623. Al. n. 2815.

Source BIU Cujas

la 2e partie du code de procédure (L. 2 juin 1841), on a omis de modifier ces chiffres, comme on les a modifiés dans l'art. 965, C. pr. civ.

La fin de l'art. 573 consacre, comme la fin de l'art. 965. C. pr., la règle *surenchère sur surenchère ne vaut* : on permet de surenchérir pour faire monter le prix aussi haut que possible; mais si, après une première surenchère, on pouvait toujours surenchérir, cette mesure se retournerait contre son but; car les adjudicataires, n'étant jamais sûrs de garder le bien acquis, ne se présenteraient plus et les prix baisseraient (cf. C. pr. a. 965).

Q. *Les créanciers hypothécaires doivent-ils, sous peine de forclusion, surenchérir dans ce délai de quinzaine?* En droit commun, ils ont quarante jours, non pas à partir de l'aliénation, mais à partir des notifications à fin de purge qui doivent leur être faites par l'acquéreur (C. civ., art. 2183 et suiv.); il y a seulement exception en cas d'expropriation forcée, où l'adjudication purge par elle-même les hypothèques, si l'on n'a pas surenchéri dans le délai de huitaine; et dans les cas où l'aliénation est déjà faite à la suite d'une surenchère. — 1er S. *Oui* : — la faillite est un fait assez notoire pour les prévenir et les mettre en demeure de surenchérir; ils doivent surveiller la vente; — l'art. 572, arrêtant leurs poursuites pour les remettre aux syndics, prouve que ceux-ci les représentent; ils ne sont donc pas étrangers à la procédure; — enfin, s'il n'y a pas adjudication *sur saisie*, il n'y a pas non plus une vente *volontaire* de la part du failli (1). — 2e S. *Non* (!) : — ce qui purge par soi-même, c'est uniquement l'adjudication sur saisie, et non aucune *autre aliénation* : v. C. pr. civ., art. 772, 3e al., et 777 dernier al., qui parlent indistinctement de *toute aliénation autre que celle sur expropriation forcée*; donc, il ne suffit pas que l'aliénation ne soit pas complètement volontaire; du moment qu'on ne peut pas dire qu'il y a eu expropriation forcée, on reste dans la règle, on n'est pas dans l'exception; — il faudrait un texte formel pour enlever aux créanciers hypothécaires un droit qui leur est reconnu par le code civil; or, loin d'en avoir, nous voyons l'art. 573 renvoyer aux règles de l'aliénation *volontaire* des biens des mineurs; — les créanciers hypothécaires peuvent ne pas connaître la faillite de leur débiteur, et, en tout cas, ne sont pas liés expressément à la procédure, car on ne leur notifie pas le cahier des charges (C. pr., art. 692, auquel renvoie notre art. 573); si le failli est un tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué, la faillite a beau être notoire, cela ne leur dira rien, car ils peuvent ne pas savoir qu'il est acquéreur de cet immeuble (2).

1079. V. **Répartitions entre les créanciers.**

Art. 565. Le montant de l'actif mobilier, distraction faite des frais et dépenses de l'administration de la faillite, des secours qui auraient été accordés au failli ou à sa famille, et des sommes payées aux créanciers privilégiés, sera réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances vérifiées et affirmées.

On répartit ainsi *l'actif mobilier*, dit la loi. Mais il faut appliquer les mêmes

(1) Cass. 24 fév. 1869, D. P. 69. 1. 451. — Al. n. 2818.
(2) Douai, 4 août 1859, S. 60. 1. 299. — Demang., t. V, p. 627.

Source BIU Cujas

règles au prix des immeubles, s'il y en avait et s'ils ne sont pas absorbés par les hypothèques, ce dont la loi n'a pas parlé, parce que cela sera assez rare.

L'article indique trois catégories de prélèvements à faire, qui ont déjà été expliqués. Il faut ajouter aussi le paiement de tous ceux qui étaient créanciers *de* la masse, et non *dans* la masse (v. *suprà*, n. 909, 911).

Les deniers réalisés sont répartis entre les créanciers chirographaires, y compris les créanciers privilégiés ou hypothécaires pour la partie de leurs créances qui n'a pu être payée sur leur gage spécial (art. 552); et même en y comprenant provisoirement tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés, si l'ordre ouvert sur les immeubles n'est pas terminé (art. 554).

Ordinairement, il n'y a pas une seule répartition, mais plusieurs, à mesure de la réalisation des valeurs.

Art. 566. A cet effet, les syndics remettront tous les mois, au juge-commissaire, un état de situation de la faillite et des deniers déposés à la caisse des dépôts et consignations; le juge-commissaire ordonnera, s'il y a lieu, une répartition entre les créanciers, en fixera la quotité, et veillera à ce que tous les créanciers en soient avertis.

Cette pluralité des distributions était déjà supposée par les art. 503 et 553.

Art. 567. Il ne sera procédé à aucune répartition entre les créanciers domiciliés en France, qu'après la mise en réserve de la part correspondante aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France seront portés sur le bilan. — Lorsque ces créances ne paraîtront pas portées sur le bilan d'une manière exacte, le juge-commissaire pourra décider que la réserve sera augmentée, sauf aux syndics à se pourvoir contre cette décision devant le tribunal de commerce.

En effet, on a dû, pour accélérer, procéder sans eux; mais il faut bien respecter leurs droits en réservant de quoi les payer. — Le 2e alinéa permet de réserver une somme plus forte que celle pour laquelle ils sont portés au bilan, parce que le failli tend toujours, dans son bilan, à diminuer son passif; en tout cas, cette manière de procéder ne peut nuire, car s'il reste des fonds libres, on les répartira ultérieurement.

Art. 568. Cette part sera mise en réserve et demeurera à la caisse des dépôts et consignations jusqu'à l'expiration du délai déterminé par le dernier paragraphe de l'article 492; elle sera répartie entre les créanciers reconnus, si les créanciers domiciliés en pays étranger n'ont pas fait vérifier leurs créances, conformément aux dispositions de la présente loi. — Une pareille réserve sera faite pour raison de créances sur l'admission desquelles il n'aurait pas été statué définitivement.

La même réserve doit être faite aussi pour les créances conditionnelles, quoique le Code n'en parle pas (1).

Les intérêts dus par la caisse pour les sommes déposées profiteront aux créanciers pour qui elles sont mises de côté, du moins dans la mesure du

(1) Comp. Rouen, 10 août 1874, D. P. 77. 5. 239.

Source BIU Cujas

montant de leurs créances, tel qu'il sera définitivement fixé. L'art 445 ne s'y oppose pas, car il a pour but l'égalité entre tous les créanciers; et cette réserve des intérêts dus par la caisse tend à égaliser la situation des créanciers payés tardivement avec celle des créanciers présents (1).

1080. *Paiement des dividendes.*

Art. 569. Nul paiement ne sera fait par les syndics que sur la représentation du titre constitutif de la créance. — Les syndics mentionneront sur le titre la somme payée par eux ou ordonnancée conformément à l'article 489. — Néanmoins, en cas d'impossibilité de représenter le titre, le juge-commissaire pourra autoriser le paiement sur le vu du procès-verbal de vérification. — Dans tous les cas, le créancier donnera la quittance en marge de l'état de répartition.

Le créancier doit présenter son titre pour établir ses droits; mais on peut y suppléer par le procès-verbal de vérification. — Les paiements doivent être mentionnés sur le titre, afin qu'on ne soit pas exposé à payer deux fois dans la même faillite, ou à payer plus qu'il ne reste dû à un créancier qui aurait déjà reçu un dividende dans la faillite d'un coobligé du failli. C'est à cause de cela aussi que, pour tout paiement ultérieur, on exige la représentation du titre où les dividendes payés sont mentionnés. — Le créancier doit, en outre, émarger sur l'état de répartition.

VI. — **Assemblées des créanciers et clôture de la faillite.**

1081. *Assemblées des créanciers au cours de l'union.*

Art. 536. Les créanciers en état d'union seront convoqués au moins une fois dans la première année, et, s'il y a lieu, dans les années suivantes, par le juge-commissaire. — Dans ces assemblées, les syndics devront rendre compte de leur gestion. — Ils seront continués ou remplacés dans l'exercice de leurs fonctions, suivant les formes prescrites par les articles 462 et 529.

Les décisions sont prises à la majorité des créanciers présents, sans tenir compte des abstentions (2).

1082. *Clôture de la faillite.*

Art. 537, 1er et 2e al. Lorsque la liquidation de la faillite sera terminée, les créanciers seront convoqués par le juge-commissaire. — Dans cette dernière assemblée, les syndics rendront leur compte. Le failli sera présent ou dûment appelé.

Les syndics rendent leurs comptes : comme toutes les fois que cessent leurs fonctions; comme après le concordat (art. 519); comme lors de la formation de l'union, lorsque les syndics définitifs sont remplacés par les syndics de l'union (art. 529, 4e al.). Les mêmes règles sont à suivre dans tous ces cas. — Le failli peut contester leurs comptes en justice par voie d'opposition; même à la fin de l'union, car il est intéressé à être libéré le plus possi-

(1) Demang., t. V, p. 537-538. Al. n. 2809. — *Contrà* : Ren., t. II, p. 222. Boileux sur Boulay-Paty, n. 778. Dall., n. 1140. Laroque-Sayssinel, t. II, p. 572.

(2) Amiens, 30 juill. 1873. D. P. 74. 5. 266.

Source BIU Cujas

ble en vue des poursuites ultérieures dont il peut être l'objet (1). Il peut auss contester, par voie d'opposition, l'indemnité qui leur est allouée (2). — Si les comptes des syndics sont contestés, la dissolution de l'union est nécessairement retardée jusqu'au jugement définitif sur les contestations (3).

1083. *Déclaration d'excusabilité du failli.*

Elle avait autrefois pour but de lui épargner par la suite la contrainte par corps de la part des créanciers non payés intégralement, qui vont reprendre le droit de poursuites individuelles. Elle n'a plus cette utilité depuis la suppression de la contrainte par corps (L. 22 juillet 1867). Elle a encore une utilité morale dans l'intérêt de l'honneur du failli. Mais maintenant on est plus sévère pour cette déclaration, qui n'est plus appelée par un intérêt d'humanité.

Art. 537, 3e al. Les créanciers donneront leur avis sur l'excusabilité du failli. Il sera dressé, à cet effet, un procès-verbal dans lequel chacun des créanciers pourra consigner ses dires et observations.

Art. 538. Le juge-commissaire présentera au tribunal la délibération des créanciers relative à l'excusabilité du failli, et un rapport sur les caractères et les circonstances de la faillite. — Le tribunal prononcera si le failli est ou non excusable.

Art. 540. Ne pourront être déclarés excusables : les banqueroutiers frauduleux, les stellionataires, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance, les comptables de deniers publics.

Cet article maintient encore un effet du stellionat (C. civ., art. 2059; v. aussi art. 612), qui a perdu son principal effet par l'abolition de la contrainte par corps; la règle de l'art. 540, qui n'a plus qu'un intérêt moral, nous paraît devoir être maintenue même depuis la loi du 22 juillet 1867.

Effets de l'excusabilité :

Art. 539. Si le failli n'est pas déclaré excusable, les créanciers rentreront dans l'exercice de leurs actions individuelles, tant contre sa personne que sur ses biens. — S'il est déclaré excusable, il demeurera affranchi de la contrainte par corps à l'égard des créanciers de sa faillite, et ne pourra plus être poursuivi par eux que sur ses biens, sauf les exceptions prononcées par les lois spéciales.

Avant 1838, pour s'exempter de la contrainte par corps, le failli devait faire cession de biens, ce qui était dérisoire, puisqu'il n'avait plus rien. Aussi on a supprimé cette formalité, et déclaré qu'un failli ne pourrait pas faire cession de biens, cela n'ayant plus aucune utilité :

Art. 541, 1er al. Aucun débiteur commerçant ne sera recevable à demander son admission au bénéfice de la cession de biens.

1084. *Dissolution de l'union.*

Art. 537, 4e al. Après la clôture de cette assemblée, l'union sera dissoute de plein droit.

(1) Alger, 30 mars 1868, D. P. 72. 5. 244.
(2) Aix, 18 déc. 1871, D. P. 72. 5. 245.
(3) Alger, 30 mars 1868, D. P. 72. 5. 244.

Source BIU Cujas

Par la dissolution de l'union, le dessaisissement cesse avec tous ses effets, comme en cas de concordat.

Les créanciers reprennent leurs droits de poursuite individuelle, non plus maintenant sur la personne, mais sur les nouveaux biens que le failli pourra acquérir, afin de se faire payer la portion de leurs créances qui n'a pas pu être soldée pendant l'union. Ces poursuites sont dorénavant soumises exclusivement aux règles du droit civil sur les saisies. En d'autres termes, *une nouvelle déclaration de faillite ne peut plus être provoquée pour les mêmes causes*, quoiqu'on en ait douté. Notre solution se fonde sur les raisons suivantes : — on a toujours dit : *Faillite sur faillite ne vaut*, et le Code doit être présumé avoir adopté l'ancienne règle, s'il n'a rien dit de contraire ; — de plus, le Code, qui pense à régler la réouverture des opérations de la faillite en cas d'annulation ou de résolution du concordat, n'organise rien de pareil en cas d'union, ce qui est bien significatif ; — en outre, l'art. 537, dernier alinéa, dit que l'union est dissoute *de plein droit* ; c'est bien dire qu'on ne peut pas, après avoir épuisé les biens actuels du failli, maintenir l'union par précaution, pour attendre que de nouveaux biens arrivent au failli. — Mais, dit-on, s'il arrive à celui-ci une succession opulente peu de temps après la dissolution de l'union, on n'aura plus, pour la répartition de cette fortune, les garanties du droit commercial, on suivra les règles de la procédure civile, et les créanciers présents et plus diligents seront payés avant les autres. Nous répondons que ce résultat n'est pas nécessairement contraire à la pensée qui a inspiré le législateur commercial : dans l'intérêt du crédit commercial, il veut l'égalité proportionnelle entre tous les créanciers qui ont suivi la foi du commerçant ; mais il suffit que cette égalité proportionnelle soit assurée sur la masse des biens qui appartenaient au failli lorsqu'on a traité avec lui et qu'on a eus en vue en lui faisant du crédit : il n'est pas nécessaire pour le crédit commercial que les précautions de la loi s'étendent aux biens qu'il pourra acquérir plus tard et sur lesquels personne n'a pu compter ; — d'autre part, les créanciers sont avertis, par la faillite qui a eu lieu, qu'ils doivent surveiller de près leur débiteur ; l'intervention de la loi en leur faveur est moins nécessaire (1).

En même temps que les créanciers reprennent leurs droits de poursuite individuelle, le failli reprend la libre disposition des biens nouveaux qu'il pourra acquérir, et les obligations qu'il pourra contracter seront exécutoires sur ces nouveaux biens ; par suite, les obligations qu'il aura contractées pendant le dessaisissement commenceront à pouvoir s'exécuter sur ces mêmes biens ; et, par suite aussi, les actes, frappés de nullité dans l'intérêt de la masse par les art. 446 et suiv., 557 et suiv., pourront être parfaitement invoqués contre lui et contre tous ses créanciers, puisqu'il n'y a plus de masse (2). Il en sera de même des hypothèques ou des inscriptions annulées en vertu des art. 446 et 448 ; et les créanciers à hypothèques générales pourront s'inscrire sur les nouveaux biens advenus au failli (3). Seulement, si les anciens créanciers de la faillite peuvent prouver que certains immeubles appartenaient déjà au failli au moment où le dessaisissement du-

(1) Req. 13 août 1862, D. P. 62. 1. 439. — Demang., t. V, p. 644. Al. n. 2750.
(2) Al. n. 2743, 2750.
(3) Req. 2 août 1866, D. P. 67. 1. 37.

Source BIU Cujas

rait encore, ils pourront invoquer sur eux l'hypothèque inscrite en vertu de l'art. 490.

Dans ce dernier cas, où l'on suppose qu'une valeur dépendant de la faillite a échappé aux syndics (qu'elle ait été dissimulée ou non), ne faut-il pas aller plus loin, et dire que la faillite pourra être rouverte? Un arrêt l'a admis (1), en ce sens du moins que la répartition de cette valeur devait se faire par un syndic et dans les formes de la liquidation de l'actif. Mais même dans ce cas nous pensons qu'il n'y a pas lieu à rouvrir les opérations de la faillite : — l'art. 537, 4e al. dissout de plein droit l'union, et aucun article n'en organise la réouverture; — le Code a donné aux syndics et aux créanciers tout le temps nécessaire pour rechercher les biens qui forment leur gage; les nouveaux créanciers ont compté sur toutes les valeurs qu'ils voyaient entre les mains du failli, il ne faut pas qu'ils soient lésés par l'apparition d'un droit de préférence au profit de l'ancienne masse; — on pourrait essayer d'échapper à l'argument de l'a. 537, 4e al., en disant que le 1er al. suppose la liquidation *terminée*, et qu'elle ne l'est pas quand il y a des valeurs cachées à répartir; il faut répondre que ce 1er al fait allusion à la liquidation telle qu'elle a été organisée en fait par les syndics, et non pas à une liquidation possible qui n'a pas été entreprise; quand les syndics viennent dire qu'il ne leur reste plus rien à distribuer, la liquidation est terminée, et l'on ne peut rester plus longtemps en suspens; si l'on entendait autrement cette disposition, les tiers ne pourraient jamais traiter avec l'ancien failli; car ils auraient toujours à craindre les prétentions de ses créanciers anciens. Par conséquent, ces valeurs pourront bien être saisies par les anciens créanciers de la faillite; mais elles se répartiront par voie de contribution ou d'ordre entre les opposants seulement, et les nouveaux créanciers pourront concourir sur elles avec les anciens. — En tout cas, la réouverture des opérations de la faillite, si on l'admettait, ne ferait pas revivre le dessaisissement pour le temps écoulé depuis la clôture de l'union ; les actes faits par le failli dans cet intervalle seraient valables, même s'ils se référaient aux biens antérieurs à la clôture; ils ne pourraient être annulés que par application de l'a. 1167. Il faudrait appliquer ici par analogie et même *à fortiori* la disposition de l'a. 525 pour le cas d'annulation ou de résolution du concordat ; car la disposition de la loi qui déclare l'union dissoute *de plein droit*, doit bien inspirer aux tiers une confiance aussi légitime que la déclaration des créanciers et du tribunal qui remet le failli à la tête de ses affaires (2).

Tous les nouveaux créanciers, à la différence des anciens, pourront, s'ils éprouvent des refus de paiements, provoquer une faillite, car leur droit à cet égard est intact, et aucune des raisons que nous avons données plus haut ne s'applique à eux; — on peut argumenter aussi en ce sens de l'art. 526, *in fine* qui reconnaît ce droit aux nouveaux créanciers, même quand il n'y a pas lieu à l'annulation ou à la résolution du concordat (3). — Dans ce cas, les

(1) Lyon, 2 juin 1876, D. P. 78. 1. 225; il s'agissait d'un legs fait à la masse par un parent du failli. — V. dans le sens contraire, la note sous cet arrêt, et trib. com., Marseille, 11 mai 1863, D. P. 63. 5. 180.

(2) Nous ne connaissons aucune décision judiciaire sur cette question, et aucun auteur ne l'a traitée, que nous sachions.

(3) Demang., t. V, p. 644.

Source BIU Cujas

anciens créanciers figureront à la nouvelle faillite, pour toute la portion non éteinte de leurs créances; car, s'ils ne peuvent pas provoquer cette nouvelle faillite, il ne faut pas que celle-ci leur nuise, ce qui arriverait s'ils ne pouvaient pas y produire.

Source BIU Cujas

TITRE II.

DES BANQUEROUTES.

Nous suivrons la division du Code en quatre chapitres : — 1° de la banqueroute simple ; — 2° de la banqueroute frauduleuse ; — 3° des crimes et des délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis ; — 4° de l'administration des biens en cas de banqueroute.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

Art. 584. Les cas de banqueroute simple seront punis des peines portées au code pénal, et jugés par les tribunaux de police correctionnelle, sur la poursuite des syndics, de tout créancier, ou du ministère public.

1085. Les peines de la banqueroute sont correctionnelles, d'un mois à deux ans de prison (C. pén., art. 402). Pour les agents de change et les courtiers, le seul fait de la faillite emporte banqueroute simple (C. comm., art. 88), et est puni criminellement des travaux forcés à temps (C. pén., art. 404).

Nous avons admis que le tribunal de répression ne peut prononcer les peines de la banqueroute qu'après une déclaration de faillite émanée du tribunal de commerce (v. *suprà*, n. 898). Il s'ensuit que la décision du tribunal de commerce aura autorité de chose jugée au criminel (1). Il s'ensuit aussi que la prescription de trois ans ne peut courir au plus tôt que du jugement déclaratif de faillite, et non pas de la cessation de paiements (2).

Il y a deux séries de causes de banqueroute simple : — 1° les unes *obligatoires pour le juge*, dans lesquelles le juge ne peut se dispenser de prononcer la peine lorsqu'il constate les faits énumérés par la loi ; — 2° les autres

(1) Demang., t. VI, p. 63. — *Contrà* : Al. n. 2865. Cr. rej. 13 mai 1882, D. P. 82. 1. 487.

(2) Demang., t. VI, p. 63. — *Contrà :* Ren., t. II, p. 434. Béd., n. 1235. Al. n. 2865. — Il peut se faire que les faits de banqueroute soient postérieurs à la cessation de paiements ou à la déclaration de faillite (v. art. 585, 3° et 4° ; art. 586, 2°, 4°, 5°) ; alors la prescription ne commencera à courir qu'à partir de ces faits. Tout le monde est d'accord sur ce point.

Source BIU Cujas

facultatives pour le juge, dans lesquelles le juge peut, tout en constatant les faits délictueux, ne pas appliquer la peine. Nous étudierons : — 3° le paiement des frais des poursuites en banqueroute simple.

1086. I. — **Causes de banqueroute simple, obligatoires pour le juge.**

Art. 585. Sera déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : — 1° Si ses dépenses personnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ; — 2° S'il a consommé de fortes sommes, soit à des opérations de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur marchandises ; — 3° Si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours ; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulation d'effets, ou autres moyens ruineux de se procurer des fonds ; — 4° Si, après une cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse.

C'est pour faciliter l'application du 1° et du 2°, que la loi exige dans le bilan deux tableaux spéciaux, l'un pour les dépenses, l'autre pour le compte de profits et pertes (art. 439). — Les faits énumérés au 2° et au 3° ont été décrits en leur lieu et place. — Quant au 4°, il faut remarquer que le failli peut être condamné, quand même le paiement ne serait pas annulé, par exemple parce que le créancier était de bonne foi.

1087. II. — **Causes de banqueroute simple facultatives pour le juge.**

Art. 586. Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commerçant failli qui se trouvera dans un des cas suivants : — 1° S'il a contracté, pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en échange, des engagements jugés trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés ; — 2° S'il est de nouveau déclaré en faillite sans avoir satisfait aux obligations d'un précédent concordat ; — 3° Si, étant marié sous le régime dotal, ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux articles 69 et 70 ; — 4° Si, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les articles 438 et 439, ou si cette déclaration ne contient pas les noms de tous les associés solidaires ; — 5° Si, sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés, ou si, après avoir obtenu un sauf conduit, il ne s'est pas représenté à justice ; — 6° S'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire ; si ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active ou passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude.

La plupart des alinéas de cet article contiennent la sanction de diverses obligations, imposées aux commerçants, et déjà étudiées à propos des matières qu'elles concernent.

1088. III. — **Frais des poursuites.**

Le Code applique ici deux principes : — 1° les frais sont supportés par ce-

Source BIU Cujas

lui qui perd son procès (C. pr. civ., art. 130) ; — 2° la masse ne peut ici se confondre avec le failli, car elle est au contraire la victime de ses délits ; donc, les condamnations prononcées contre le failli ne peuvent pas nuire à la masse, et celle-ci ne peut être engagée que si elle a pris une part directe aux poursuites, en autorisant les syndics à agir :

Art. 589. Les syndics ne pourront intenter de poursuite en banqueroute simple, ni se porter partie civile au nom de la masse, qu'après avoir été autorisés par une délibération prise à la majorité individuelle des créanciers présents.

Avec ces deux principes, les solutions de la loi se comprennent facilement :

Art. 587. Les frais de poursuite en banqueroute simple, intentée par le ministère public ne pourront, en aucun cas, être mis à la charge de la masse. — En cas de concordat, le recours du trésor public contre le failli pour ces frais ne pourra être exercé qu'après l'expiration des termes accordés par ce traité.

En cas de poursuite par le ministère public, si le failli est acquitté, le trésor supporte définitivement les frais. — S'il est condamné, le second alinéa prend des précautions toutes spéciales pour que ces frais ne nuisent pas à la masse en cas de concordat, ils ne seront recouvrés qu'après le moment où les obligations nées du concordat doivent avoir été exécutées. Nous avons déjà dit que cet article, ayant un caractère tout à fait exceptionnel, ne peut être étendu à des cas qui pourraient sembler analogues, par exemple aux actes frappés de nullité à l'égard de la masse par les art. 446 et suiv. ; en effet, le motif de cet article est qu'une partie de la peine du délit ne doit pas être supportée précisément par les victimes du délit ; or ce motif ne saurait se retrouver ailleurs.

Art. 588. Les frais de poursuite intentée par les syndics, au nom des créanciers, seront supportés, s'il y a acquittement, par la masse, et s'il y a condamnation, par le trésor public, sauf son recours contre le failli, conformément à l'article précédent.

Dans le cas d'acquittement, si l'actif de la masse ne suffisait pas pour payer les frais, les créanciers, qui ont autorisé les syndics à exercer les poursuites, seraient tenus de tout l'excédant, chacun au prorata de leurs créances. Il faut appliquer par une raison d'analogie complète l'art. 533 (1). — Il est équitable aussi de regarder le failli, comme définitivement libéré envers tous ses créanciers, au prorata de leurs créances, de toutes les sommes employées sur son actif au paiement de ces frais ; car ces dépenses n'ont pas été faites dans son intérêt, ni nécessitées par sa faillite ; au contraire, il est jugé qu'elles ont été faites indûment contre lui (2).

Art. 590. Les frais de poursuite intentée par un créancier seront supportés, s'il y a condamnation, par le trésor public ; s'il y a acquittement, par le créancier poursuivant.

(1) Demang., t. VI, p. 68, note. Al. n. 2870.
(2) Ren., t. II, p. 451. Béd., n. 1247. Demang., t. VI, p. 68, note. Al. n. 2870.

Source BIU Cujas

En disant ici qu'en cas de condamnation les frais seront supportés par le trésor public, le Code sous-entend évidemment que le trésor recourra contre le failli, dans les termes des art. 587, 2e al., et 588.

CHAPITRE II.

DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

1089. Les peines et la procédure de banqueroute frauduleuse sont criminelles. Les peines sont des travaux forcés à temps (C. pén., art. 402) ; et, pour les agents de change et les courtiers, des travaux forcés à perpétuité (C. pén., art. 404).

Il faut appliquer ici les conséquences, indiquées au n° 1085, de notre doctrine d'après laquelle le tribunal de répression ne peut appliquer la peine lorsque le tribunal de commerce n'a pas déclaré la faillite.

Causes de banqueroute frauduleuse.

Art. 591. Sera déclaré banqueroutier frauduleux, et puni des peines portées au code pénal, tout commerçant failli qui aura soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son actif ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, se sera frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas.

Ces causes sont donc au nombre de trois : — 1° dissimulation de l'actif; — 2° exagération du passif; — 3° soustraction des livres. — Les deux premières causes sont une fraude directe et volontaire aux droits des créanciers; la soustraction des livres, sans être en elle-même un fait aussi directement nuisible aux créanciers, indique évidemment que le failli a quelque fait coupable de ce genre à se reprocher, car elle ne peut pas avoir d'autre but que de dissimuler les éléments de son bilan; elle se rattache donc par une présomption aux deux premières causes.

Frais des poursuites :

Art. 592. Les frais de poursuite en banqueroute frauduleuse ne pourront, en aucun cas, être mis à la charge de la masse. — Si un ou plusieurs créanciers se sont rendus parties civiles en leur nom personnel, les frais, en cas d'acquittement, demeureront à leur charge.

En matière criminelle, les poursuites ne sont jamais intentées que par le ministère public, sur la plainte souvent de la partie lésée; mais porter plainte n'est pas agir en justice; aussi le plaignant n'est jamais condamné aux frais. Ici, par conséquent, les frais ne peuvent être supportés que par le ministère public en cas d'acquittement; par le failli, en cas de condamnation. Mais, dans ce dernier cas, il ne faut pas qu'ils incombent à la masse; seulement, comme ici il ne peut y avoir de concordat, il n'y avait pas lieu à reproduire la règle des art. 587 et 588 : les biens du banqueroutier seront liquidés par l'union, et le trésor ne pourra recouvrer les frais que plus tard, s'il revient à une meilleure fortune.

Les particuliers ne peuvent figurer au procès en matière criminelle, qu'en

Source BIU Cujas

se portant parties civiles. S'ils le font, ils supportent, en cas d'acquittement, les frais faits à raison de leur demande. C'est ce que notre article dit des créanciers qui voudraient se porter parties civiles. Il ne suppose pas que la masse puisse le faire; en effet, elle n'y a pas d'intérêt, puisqu'elle a, en vertu du dessaisissement, un droit de mainmise sur tous les biens du failli; et que la condamnation qu'elle obtiendrait ne lui ferait pas donner des dividendes plus forts (1).

CHAPITRE III.

DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

1090. **Art. 593. Seront condamnés aux peines de la banqueroute frauduleuse: — 1° Les individus convaincus d'avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, meubles ou immeubles; le tout sans préjudice des autres cas prévus par l'article 60 du code pénal: — 2° Les individus convaincus d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées, — 3° Les individus qui, faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, se seront rendus coupables de faits prévus en l'article 591.**

Le 1° et le 2° seront très souvent des faits de complicité de la banqueroute frauduleuse; et cette complicité est déjà punie par l'art. 403, C. pén. Mais ils sont punis par notre article lors même qu'ils n'ont pas été commis d'accord avec le failli; car, pour le 1°, il suffit que le recel ait eu lieu *dans l'intérêt* du failli, quand même celui-ci ne l'aurait pas connu; et, quant au 2°, le prétendu créancier est puni lors même qu'il n'aurait agi que dans son intérêt personnel (2). — Le 3° a pour but seulement de permettre de poursuivre le vrai coupable, malgré le voile derrière lequel il chercherait à se cacher.

1091. **Art. 594. Le conjoint, les descendants ou les ascendants du failli; ou ses alliés aux mêmes degrés, qui auraient détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite, sans avoir agi de complicité avec le failli seront punis des peines du vol.**

Cet article se réfère à l'art. 380, C. pén., d'après lequel les vols commis par les parents ou alliés dont il est question ici ne sont pas en général punis, et ne donnent lieu qu'à des réparations civiles. Notre article fait une exception, au moins apparente, à cette règle. Je dis apparente, car, dans le cas de cet article, le vol a lieu beaucoup moins au préjudice du failli, parent ou allié du voleur, qu'au détriment de la masse qui lui est tout à fait étrangère Il convenait donc de punir ce vol suivant le droit commun. De plus, notre article le punit lors même qu'il aurait eu lieu dans l'intérêt du failli (3). Le recel

(1) Demang., t. VI, p. 89-90, admet que les syndics peuvent se porter partie civile; mais que néanmoins les frais, en cas d'acquittement, ne pourront être mis à la charge de la masse.

(2) Demang., t. VI, p. 95, 98.

(3) Demang., t. VI, p. 106. — Mais évidemment le coupable serait également puni s'il avait agi dans son seul intérêt : Dijon, 23 avril 1879, D. P. 80. 2. 94.

Source BIU Cujas

comprend la simple omission dans l'inventaire pourvu qu'elle soit frauduleuse (1). La loi réserve, d'ailleurs, les cas de complicité véritable de la banqueroute (C. pén., art. 403), et ceux auxquels l'art. 593 est applicable (2).

1092. **Art. 595. Dans les cas prévus par les articles précédents, la cour ou le tribunal saisis statueront, lors même qu'il y aurait acquittement : 1° d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits ; 2° sur les dommages-intérêts qui seraient demandés, et que le jugement ou l'arrêt arbitrera.**

L'acquittement au point de vue pénal n'empêche pas qu'on ne puisse devoir des réparations civiles.

Art. 596. Tout syndic qui se sera rendu coupable de malversation dans sa gestion sera puni correctionnellement des peines portées en l'article 406 du code pénal.

L'art. 406, C. pén., punit l'*abus de confiance* de deux mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende. En effet, les malversations des syndics présentent tous les caractères de l'abus de confiance.

1093. **Punition des avantages ou traités particuliers.**

Art 597. Le créancier qui aura stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, sera puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra excéder une année, et d'une amende qui ne pourra être au-dessus de deux mille francs. L'emprisonnement pourra être porté à deux ans si le créancier est syndic de la faillite.

Cet article et le suivant ont donné lieu à beaucoup de difficultés. Occupons-nous d'abord, avec l'art. 597, des questions purement pénales.

Le créancier qui se fait payer son vote est puni, soit qu'il promette de voter *pour*, soit qu'il promette de voter *contre* le failli ; que son vote ait été ou non efficace pour former une majorité (3) ; et lors même qu'en fait il n'aurait ensuite pas voté (4), car ce que la loi punit c'est la *promesse* rémunérée de voter dans un sens ou dans l'autre (5). Il sensuit que, suivant nous, le délit est consommé avant le vote, dès la promesse ; et que la prescription court dès ce moment.

La règle s'applique à toute espèce de vote dans toutes les délibérations de la faillite, et pas seulement au vote du concordat (6) ; p. ex. au vote sur l'excusabilité du failli (7).

(1) Cr. rej. 27 janv. 1877, D. P. 78. 1. 240.
(2) Demang., t. VI, p. 105. Al n. 2874.
(3) Cr. rej. 22 juin 1877, D. P. 77. 1. 407.
(4) *Contrà* : Cr. rej. 9 août 1862, D. P. 63. 1. 107 ; dans la même opinion, il a été jugé que du moins le délit est consommé dès le vote, lors même que le concordat n'est pas ensuite homologué : Cr. rej. 22 juin 1877, D. P. 77. 1. 407.
(5) Demang., t. VI, p. 116-117.
(6) Demang., t. VI, p. 119. Al. n. 2744, 2877.
(7) Rej. 20 mars 1852, D. P. 52. 5. 265.

Source BIU Cujas

Il faut enfin remarquer que ceux qui ont traité avec le créancier, le failli ou un autre, ne sont pas punis comme complices du créancier. C'est qu'on n'a pas voulu leur donner intérêt à cacher la cause de nullité; on a au contraire compté sur eux pour la faire connaître, car ils y sont les premiers intéressés. Le rapport de M. Renouard, en 1838, est formel sur ce point (1).

1094. Il est assez difficile de distinguer, dans certains cas, les faits dont parle l'article 597, qui ne sont punis que de peines correctionnelles, des faits de complicité dans la banqueroute frauduleuse, ou de ceux de l'art. 593 qui sont punis de peines criminelles. — Si c'est avec *d'autres personnes* que le créancier a stipulé un avantage à raison de son vote, il n'y a rien qui ressemble à la complicité dans la banqueroute frauduleuse, car il n'y a là aucune dissimulation de l'actif du failli. Si c'est du failli qu'il a obtenu ces avantages ou s'il a fait avec lui un traité particulier à la charge de l'actif de la faillite, on peut encore supposer que ces promesses et traités ne doivent être, d'après les conventions des parties, exécutés qu'après le concordat, si le failli en obtient un; dans ce cas encore, pas de complicité de la banqueroute frauduleuse, car cela ne suppose pas une dissimulation d'actif. Il n'y a qu'à appliquer l'art. 597. — Mais si ces avantages sont réalisés immédiatement ou doivent l'être avant la solution de la faillite, évidemment ils supposent que le failli a gardé par devers lui quelques valeurs, qu'il les a dissimulées à ses créanciers; il y a de sa part banqueroute frauduleuse, et, de la part du créancier qui a traité avec lui, complicité dans cette banqueroute. Il faudra appliquer l'art. 403, C. pén., ou l'art. 593, C. com.

1095. **Art. 598. Les conventions seront, en outre, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes, et même à l'égard du failli. — Le créancier sera tenu de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aura reçues en vertu des conventions annulées.**

Cet article établit une **sanction civile** à côté de la sanction pénale de l'art. 597; et indépendamment des dommages-intérêts qui peuvent toujours être prononcés, d'après le droit commun (2). Cette sanction nouvelle est la nullité absolue des conventions prohibées par l'article précédent. Cette nullité, à la différence de celle des art. 446 et suiv., peut être invoquée, non seulement par la masse, mais par toute personne intéressée, même par le failli (3), même par un créancier postérieur à la faillite (4); même par la caution qui aurait garanti l'exécution de la convention (5). — L'article impose au tribunal cette déclaration de nullité; elle doit donc être prononcée d'office, si personne ne se porte partie civile (v. anal. C. pén., art. 51; C. Inst. crim., art. 463) (6).

(1) Béd., n. 1291. Demang., t. VI, p. 126 et suiv.

(2) Ren., t. II, p. 492. Béd., n. 1296. Demang., t. VI, p. 135. Al. n. 2881.

(3) Le législateur a compté surtout sur lui pour divulguer le traité; il a voulu par là rendre la sanction plus efficace : Rapp. de M. Renouard en 1838. Béd., n. 1291. Demang., t. VI, p. 126 et suiv.

(4) Cass. 4 juill. 1854, *J. Pal.*, 55, p. 208. Al. n. 2881.

(5) Douai, 3 avril 1843, S. 43. 2. 419. — Al. n. 2881.

(6) Cass. 23 mai 1846, S. 46. 1. 506. Demang., t. VI, p. 132 et suiv. — *Contrà* : Béd., n. 1293.

Source BIU Cujas

Il est, ici encore, très délicat de distinguer les faits prévus par nos articles de ceux prévus par les art. 446 et suiv. Pourtant, cette distinction a une grande importance, car : — 1° nos articles prononcent une nullité qui peut être invoquée par tout le monde, tandis que celle des art. 446 et suiv. ne peut être invoquée que par la masse; — 2° les faits prévus par nos articles sont punis correctionnellement, tandis que ceux dont parlent les articles 446 et suiv., sauf les paiements faits au préjudice de la masse (a. 585, 4°), ne sont pas l'objet d'une peine.

1096. D'abord, si la convention a été faite entre le créancier et un autre que le failli (1), évidemment, il n'y a pas de conflit possible avec les art. 446 et suiv., qui ne parlent que des actes passés par le failli. Mais, en édictant ici une nullité ouverte à tout le monde, la loi, qui a voulu rendre la sanction plus énergique, va contre l'intérêt de la masse qu'elle veut protéger. La masse aurait plutôt intérêt à invoquer l'avantage fait par le tiers au créancier, comme valable à titre de paiement partiel de sa créance, de manière à diminuer la part pour laquelle ce créancier figurera dans la faillite. Mais le tiers, pouvant invoquer lui-même la nullité, la masse sera privée de cette faculté.

Si les avantages ou le traité particulier ont été stipulés du failli lui-même, il faut reconnaître que ces conventions tomberont nécessairement sous le coup de l'art. 446, si elles sont faites dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements; sous l'art. 447, si elles sont faites après la cessation des paiements, (2) et sous l'art. 443, après le jugement déclaratif de faillite. Tous les faits de l'art. 597 rentrent donc dans les art. 446, 447, 443 (3). Mais la réciproque n'est pas vraie, et ces derniers articles visent une foule de faits auxquels ne s'applique pas l'art. 597; ce sont ces faits qui ne donneront lieu à nullité qu'au profit de la masse, et qui ne seront pas punis correctionnellement. Ce seront, par exemple, tous les actes passés avec des personnes qui n'étaient pas préalablement créancières; tous ceux qui, même passés avec des créanciers, ne sont pas passés avec eux à titre de créanciers, mais pourraient aussi bien être faits avec eux s'ils n'étaient pas créanciers.

Il y aura difficulté pour les actes passés avec les créanciers à titre de créanciers; ces actes rentreront certainement dans les art. 446 et suiv. Quand faudra-t-il leur appliquer de plus les sanctions plus sévères des art. 597 et 598? — Pour répondre, nous distinguerons les *avantages* réalisés immédiatement ou qui doivent l'être au cours de la faillite, et ceux promis par *traités* pour être réalisés après la clôture de la faillite.

1097. Parmi les **avantages** faits immédiatement, faut-il ranger les paiements, dations en paiement, ou autres actes équivalents, ainsi que les concessions de gages ou d'hypothèques pour créances antérieures? Ne sont-ce pas là les *avantages* prohibés par l'art. 597 et annulés *erga omnes* par l'art. 598? — Je répondrais qu'en principe ces actes restent soumis uniquement aux

(1) L'art. 598 s'applique certainement à ce cas : Paris, 5 mars 1879, D. P. 79. 2. 147.

(2) Req. 5 avril 1881, D. P. 82. 1. 29.

(3) Il faudrait faire une réserve si l'on admettait avec la cour de Paris, 5 mars 1879, D. P. 79. 2. 147, que l'a. 598 est applicable dès qu'il y a eu cessation de paiements, quoique la faillite n'ait pas été déclarée, parce qu'un concordat par abandon l'avait prévenue, car dans ce cas, les art. 443, 447 sont certainement inapplicables.

Source BIU Cujas

art. 446 et suiv.; à moins qu'ils ne présentent l'une des deux circonstances aggravantes que je vais indiquer et qui les feraient tomber sous le coup de l'art. 598.

1° S'ils impliquent une dissimulation d'actif, c'est-à-dire s'ils sont exécutés en secret et avec des valeurs soustraites aux investigations des syndics, ils seront punis comme faits de complicité dans la banqueroute frauduleuse, non par l'art. 597, mais par l'art. 403, C. pén., et l'art. 593, C. comm., et la nullité pourra être invoquée par toute personne dans les termes de l'art. 598. Pour justifier l'application de ce dernier article, il faut remarquer qu'il vise dans ses termes tous les faits qui rentrent dans la définition de l'art. 597, lors même que ces faits seraient punis de peines plus graves que celles de l'art. 597, parce qu'ils rentrent dans d'autres articles, par exemple l'art. 593. — Il pourra y avoir des difficultés pour savoir quand ces actes seront assez secrets pour constituer une dissimulation d'actif. Mais ces difficultés ne sont pas spéciales à notre cas; elles se présentent toutes fois qu'il s'agit d'appliquer ce chef de banqueroute frauduleuse.

2° Si ces actes peuvent être considérés comme le prix du vote du créancier aux délibérations de la faillite, ils tomberont, quant à la peine, sous l'art. 597, et quant à la nullité, sous l'art. 598. Il pourra, sans doute, y avoir des cas douteux où les juges auront à apprécier avec soin les faits; mais il pourra aussi y avoir des cas où il sera certain que ces avantages ne sont pas le prix du vote du créancier : — ce sera, d'abord, si on lui fait un paiement complet, car ce paiement (ostensible, nous le supposons), lui faisant perdre sa qualité de créancier, il n'aura plus le droit de voter; — ce sera encore si l'influence du vote du créancier ne peut avoir aucune importance, ou bien si l'influence qu'il a pu avoir plus tard n'apparaissait nullement au moment de l'acte.

1098. Quant aux conventions qui ne doivent s'exécuter qu'après la clôture de la faillite, et qui nous paraissent surtout comprises dans le mot **traités** de l'art. 597, elles tomberont toujours sous le coup de cet article, pourvu qu'elles constituent un avantage à la charge de l'actif du failli. Elles ne seraient pas atteintes suffisamment par les art. 446 et suiv. (1), qui les laisseraient, suivant nous, valables contre le failli concordataire; l'art. 598 aura pour effet de permettre même à ce concordataire d'en invoquer la nullité. En ce point, l'art. 598 est donc la sanction de l'égalité que le Code exige entre tous les créanciers dans le concordat : — si le concordat contient des avantages pour les uns au détriment des autres, il tombera lui-même sous le coup de l'art. 598, et ne devra pas être homologué par le tribunal; — si c'est en dehors du concordat que ces avantages sont promis, ces traités particuliers seront annulés et tous les créanciers seront ramenés à la loi égale du concordat.

Mais l'art. 598, combiné avec l'art. 597, ne frappe ces traités de nullité absolue qu'autant que l'avantage qui y est fait doit être *à la charge de l'actif du failli*, c'est-à-dire pourra nuire aux créanciers. D'où les conséquences suivantes : — Un traité de ce genre ne pourrait jamais être validé s'il était passé

(1) Mais, bien entendu, elles peuvent être atteintes, comme les actes prévus par les art. 446 et suiv., même si elles ont été faites avant la déclaration de faillite. Cr. rej. 19 fév. 1876, D. P. 76. 1. 406.

Source BIU Cujas

avant le vote du concordat, car il devrait être considéré comme le prix du vote du créancier. — Passé après le concordat, il serait encore nul, s'il devait s'exécuter avant que toutes les obligations contenues au concordat ne soient exécutées (1). — Mais la promesse de désintéresser complètement un créancier pourrait être valable, si elle était faite après le concordat, et si sa réalisation était subordonnée à l'exécution de celui-ci et ne devait commencer qu'après l'accomplissement de toutes les obligations qu'il contient. Il en serait de même après le concordat par abandon (2). En effet, le concordat laisse toujours subsister une obligation naturelle (v. *suprà*, n. 1046) qui peut servir de fondement à une nouvelle obligation civile. Il a été décidé, dans ces conditions, qu'il faut considérer comme valable l'*engagement d'honneur* de désintéresser un créancier concordataire (3). — Si un traité de ce genre devait être exécuté après la clôture de la faillite en cas d'union, il serait valable, car il ne serait pas à la charge de l'actif du failli, dans le sens de l'art. 597, qui pense évidemment à l'actif formant le gage de la masse, et non aux biens qui peuvent advenir au failli après la clôture de l'union et qui ne font pas partie de ce gage.

Art. 599. Dans le cas où l'annulation des conventions serait poursuivie par la voie civile, l'action sera portée devant les tribunaux de commerce.

1099. **Art. 600. Tous arrêts et jugements de condamnations rendus, tant en vertu du présent chapitre que des deux chapitres précédents, seront affichés et publiés, suivant les formes établies par l'article 42 du code de commerce, aux frais des condamnés.**

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

1100. La loi conserve à la faillite sa marche propre et tout à fait indépendante parallèlement à l'action publique pour banqueroute, et elle maintient pour les intérêts privés des créanciers la compétence exclusive du tribunal de commerce :

Art. 601. Dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse, les actions civiles autres que celles dont il est parlé dans l'article 595 resteront séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens, prescrites pour la faillite, seront exécutées sans qu'elles puissent être attribuées ni évoquées aux tribunaux de police correctionnelle, ni aux cours d'assises.

Cela était utile à dire, parce qu'en général les tribunaux de l'ordre criminel sont compétents pour juger les actions civiles à l'occasion des infractions qui leur sont déférées (C. d'instr. crim., art. 3).

Cette dérogation apparente est facile à justifier : c'est que la procédure de

(1) Bordeaux, 24 août 1849, D. P. 50. 2. 102. Ren., t. II, p. 492. Demang., t. VI, p. 124. — *Contrà* : Al. n. 2882.

(2) Paris, 24 avril 1858, S. 58. 2. 423. Demang., t. VI, p. 124.

(3) Rennes, 8 janv. 1872, D. P. 73. 2. 14.

Source BIU Cujas

la faillite n'est pas du tout l'action civile, qui naît ordinairement des délits et qui n'a pour objet que des dommages-intérêts. Il y a ici toute une organisation et un ensemble beaucoup plus complexe de droits à régler.

Si, avant la clôture de la faillite, il intervient une condamnation pour banqueroute frauduleuse, le failli, étant interdit légalement, sera dorénavant représenté par son tuteur dans tous les cas où il doit intervenir personnellement (ex. art. 527) (1).

Mais en cas de condamnation par contumace, ses biens ne seront pas mis sous le séquestre; car la liquidation par les syndics produira l'effet, cherché par le séquestre, de contraindre le condamné à se présenter en lui enlevant ses moyens d'existence; le séquestre gênerait sans cause l'exercice du droit des créanciers que la répression légale a pour but de protéger (2).

1101. La loi prend des précautions pour que la procédure de la faillite ne puisse pas nuire à la répression :

Art. 602. Seront cependant tenus, les syndics de la faillite, de remettre au ministère public les pièces, titres, papiers et renseignements qui leur seront demandés.

Art. 603. Les pièces, titres et papiers délivrés par les syndics seront, pendant le cours de l'instruction, tenus en état de communication par la voie du greffe ; cette communication aura lieu sur la réquisition des syndics, qui pourront y prendre des extraits privés, ou en requérir d'authentiques, qui leur seront expédiés par le greffier. — Les pièces, titres et papiers dont le dépôt judiciaire n'aurait pas été ordonné seront, après l'arrêt ou le jugement, remis aux syndics, qui en donneront décharge.

V. également les mesures ordonnées par les art. 459, 482, 483, pour mettre le ministère public sur la trace des infractions (ci-dessus, n. 983).

(1) Ren., t. II, p. 471. Béd., n. 1253. Demang., t. VI, p. 83, 152. Al. n. 2871.

(2) Caen, 17 janv. 1849, S. 52. 2. 189. — Ren., t. II, p. 496. Demang., t. VI, p. 152 et suiv.

Source BIU Cujas

TITRE III.

DE LA RÉHABILITATION.

1102. La réhabilitation est *une déclaration de la justice destinée à relever le failli des incapacités qu'il avait encourues par sa faillite* et qui survivent même à la clôture des opérations. — Nous rappelons sommairement ces incapacités, qui sont de quatre ordres : — 1° incapacités politiques, d'être électeur, éligible, etc. ; — 2° incapacité d'être agent de change ou courtier (art. 83) ; — 3° impossibilité d'être admis à l'escompte par la Banque de France (Décr. 18 janv. 1808, art. 50, 51) ; — 4° exclusion de la Bourse :

Art. 613. Nul commerçant failli ne pourra se présenter à la Bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabilitation.

Nous examinerons d'abord les conditions nécessaires pour la réhabilitation ; ensuite la procédure à suivre.

I. — Conditions de la réhabilitation.

Art. 604, 1er al. Le failli qui aura intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues, pourra obtenir sa réhabilitation.

1103. Le failli peut être réhabilité, lors même qu'il n'aurait pas obtenu un concordat, lors même qu'il n'aurait pas été déclaré excusable ; car la loi n'exige rien de pareil (1).

La loi exige que le failli ait *acquitté* ses dettes. Cela comprend le paiement, et tous les actes équivalents qui auront désintéressé réellement les créanciers, comme la dation en paiement, la compensation, la confusion. Mais cela ne comprend pas les modes de libération, qui ne désintéressent pas réellement le créancier : comme la novation, qui met seulement une dette à la place d'une autre (2) ; ni la remise volontaire (3).

Le failli doit avoir payé aussi les *intérêts* et *frais*. Quant aux intérêts, il ne saurait y avoir difficulté pour ceux qui couraient avant le jugement déclaratif, en vertu de la convention ou en vertu d'une demande en justice (C. civ.,

(1) Demang., t. VI, p. 156.
(2) Req. 17 nov. 1857, D. P. 58. 1. 241.
(3) Rennes, 11 sept. 1846, D. P. 51. 2. 132. — Al. n. 2888.

Source BIU Cujas

art. 1153), et dont ce jugement a suspendu le cours à l'encontre de la masse seulement, et non à l'encontre du failli (v. n. 936). Mais Q. *pour les créances qui ne produisaient pas intérêt avant la faillite, les intérêts sont-ils dus depuis le jugement déclaratif quoiqu'il n'y ait pas eu proprement une demande en justice?* On admet très généralement l'affirmative : — le texte de l'art. 604 paraît bien indiquer cette pensée ; — toute la procédure de la faillite, exercée au nom de tous les créanciers, est bien équivalente à une demande en justice; — enfin l'art. 1153 a pour but de protéger le débiteur contre la charge trop lourde des intérêts ; or ici le paiement ne pouvant pas être exigé, n'étant qu'une condition de la réhabilitation, il n'y a pas le même besoin de protection (1).

Si le failli qui veut payer un créancier ne le trouve plus, il consignera la somme, et se libérera valablement (C. civ., art. 1257 et suiv.) (2).

La Cour, saisie de la demande en réhabilitation, a le devoir d'apprécier la sincérité des quittances présentées par le failli pour prouver qu'il s'est acquitté (3). C'est en vertu de ce pouvoir d'appréciation qu'on a pu écarter une quittance collective, comme n'étant pas sincère et comme obtenue par des engagements nouveaux du failli (4), et des quittances générales indiquant que les créanciers faisaient remise de tout ce que le failli n'avait pas pu payer (5).

Mais, une fois l'acquittement bien établi, elle ne peut refuser la réhabilitation ; elle n'a pas à apprécier par ailleurs la moralité du failli ; aucun texte de la loi ne fait entrer cet élément en ligne de compte, à la différence de ce qui est dit pour la réhabilitation criminelle (C. instr. cr., art. 624, 2°); et on a déclaré dans les travaux préparatoires qu'on n'avait à considérer que l'acquittement des dettes (6).

Art. 604, 2e al. Il ne pourra l'obtenir, s'il est l'associé d'une maison de commerce tombée en faillite, qu'après avoir justifié que toutes les dettes de la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, lors même qu'un concordat particulier lui aurait été consenti.

C'est l'effet de la solidarité, dont l'associé peut bien être déchargé par l'effet d'un concordat particulier, et dans la mesure des remises faites par le concordat; mais qui subsiste, de même que les obligations antérieures au concordat, à titre d'obligation naturelle, et au point de vue de la réhabilitation. — Aussi cet alinéa ne doit évidemment s'appliquer qu'aux associés solidaires.

1104. Pour être réhabilité, il est nécessaire que le failli ait payé *toutes ses dettes*, dit la loi. Mais ces mots ne doivent s'entendre que des dettes qui ont figuré au passif de sa faillite; on n'a pas à s'occuper de savoir s'il a actuellement de nouvelles dettes non payées (pourvu bien entendu que ces nouveaux créanciers ne le mettent pas de nouveau en faillite), ou si ses nouvelles dettes

(1) Douai, 26 déc. 1877, D. P. 78. 2. 38, etc. Al. n. 2889. — *Contrà :* Dall., n. 1545, et note de M. de Folleville, D. P. 75. 2. 89.

(2) Nancy, 3 fév. 1876, D. P. 78. 5. 275, etc. — Pard., n. 1316. Al. n. 2887.

(3) Besançon, 20 mars 1876, D. P. 76. 2. 119.

(4) Req. 17 nov. 1857, D. P. 58. 1. 241.

(5) Rennes, 11 sept. 1846, D. P. 51. 2. 132.

(6) Béd., n. 1324. Demang., t. VI, p. 162 et suiv. Al. n. 2892. — *Contrà :* Dall., n. 1556.

Source BIU Cujas

ont été éteintes autrement que par un paiement : — la réhabilitation étant destinée simplement à effacer les conséquences de son ancienne faillite, il est bien évident que ce sont uniquement les dettes de cette ancienne faillite qui doivent être prises en considération ; — l'art. 604, 2e al., parlant d'un associé, exige seulement que les *dettes de la société* aient été acquittées, il ne se préoccupe pas des dettes qui ont pu ultérieurement être contractées par cet associé.

Mais il faut qu'il ait payé toutes les dettes qui existaient lors de sa faillite même celles qui alors étaient purement éventuelles ou conditionnelles ; par ex. si l'une des dettes de sa faillite avait été acquittée par une caution, il ne pourrait se faire réhabiliter qu'après avoir désintéressé cette caution, car elle était déjà sa créancière au moins éventuelle (v. C. civ., art. 2032, 2° ; C. com., art. 544, 2e al). Il en serait ainsi lors même qu'à raison des art. 542 et 543, la caution n'aurait pas pu produire à sa faillite.

Aussi lorsqu'un associé solidaire voudra se faire réhabiliter il devra justifier, non seulement que toutes les dettes de la société ont été payées (ce dont le texte de l'art. 604, 2e al. paraît se contenter), mais encore qu'elles ont été payées *par lui* dans la proportion qui lui incombe à raison de sa part d'intérêt dans la société : soit qu'il ait payé sa part directement aux créanciers sociaux, soit qu'il l'ait remboursée à ses coassociés qui avaient payé. En effet, ces coassociés n'étaient que ses cautions quant à sa part ; et ils pouvaient produire dans sa faillite dans les hypothèses des art. 543 et 544 (v. n. 994) (1).

Enfin le failli devra encore avoir acquitté les dettes qui avaient été atteintes de nullité en vertu des art. 443, 446 et suiv. ; car le non paiement de ces dettes était encore une conséquence de sa faillite et il ne peut être réhabilité tant que des créances quelconques sont en souffrance par l'effet de sa faillite.

1105. Il peut se faire que quelques créances non payées aient échappé aux investigations de la justice, peut-être même avaient-elles été oubliées par le failli. Il est évident pour nous que, si le failli, mis en demeure, ne paie pas ces créances, le bénéfice de la réhabilitation serait perdu pour lui, que le jugement serait censé non avenu, et que toute personne, en faisant cette preuve, pourrait lui dénier les droits dans lesquels la réhabilitation l'avait rétabli. Mais Q. *Faut-il aller jusqu'à dire que le fait seul d'avoir réclamé et obtenu sa réhabilitation a fait renaître de plein droit contre le failli l'obligation civile de payer ces créances, malgré le concordat qui les avait remises ?* On l'a soutenu (2) ; mais nous ne saurions l'admettre ; car cette obligation ne résulte pas nécessairement des faits, et aucun texte ne l'édicte.

1106. La réhabilitation est impossible pour certaines catégories de personnes, notamment les banqueroutiers frauduleux :

Art. 612. Ne seront point admis à la réhabilitation les banqueroutiers frauduleux, les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance ; les stellionataires, ni les tuteurs, administrateurs ou autres comptables qui n'auront pas rendu et soldé leurs comptes. — Pourra être admis à la réhabilitation le banqueroutier simple qui aura subi la peine à laquelle il aura été condamné.

(1) Béd., n. 1313. Demang., t. VI, p. 161 et suiv.
(2) Cass. 20 mai 1846, S. 46. 1. 459. — Demang., t. VI, p. 215 et suiv.

Source BIU Cujas

Il importe de rapprocher la réhabilitation commerciale, dont nous parlons, de la réhabilitation criminelle, qui est accordée par le chef de l'Etat, sur le rapport du ministre da la justice, avec l'avis de la cour d'appel (chambre des mises en accusation), et qui a pour objet de relever le condamné des incapacités entraînées par sa condamnation (v. C. d'instr. crim., art. 619-634). — Ces deux espèces de réhabilitation sont possibles pour le banqueroutier simple après l'expiration de sa peine; mais il faut en plus, pour la réhabilitation criminelle, qu'un délai de trois ans se soit écoulé depuis cette expiration de la peine. Pour le banqueroutier frauduleux, la réhabilitation commerciale est impossible; tandis que la réhabilitation criminelle est possible dans les conditions indiquées par l'art 623, 3e al., C. d'inst. crim. Il faut remarquer même que, d'après cet alinéa, la remise des dettes par les créanciers suffit; on n'exige pas qu'elles soient réellement acquittées.

II. — Procédure de la réhabilitation.

1107. Art. 605. Toute demande en réhabilitation sera adressée à la cour d'appel dans le ressort de laquelle le failli sera domicilié. Le demandeur devra joindre à sa requête les quittances et autres pièces justificatives.

Art. 606. Le procureur général près la cour d'appel, sur la communication qui lui aura été faite de la requête, en adressera des expéditions certifiées de lui au procureur de la République et au président du tribunal de commerce du domicile du demandeur, et si celui-ci a changé de domicile depuis la faillite, au procureur de la République et au président du tribunal de commerce de l'arrondissement où elle a eu lieu, en les chargeant de recueillir tous les renseignements qu'ils pourront se procurer sur la vérité des faits exposés.

Art. 607. A cet effet, à la diligence tant du procureur de la République que du président du tribunal de commerce, copie de ladite requête sera affichée pendant un délai de deux mois, tant dans les salles d'audience de chaque tribunal, qu'à la bourse et à la maison commune, et sera insérée par extrait dans les papiers publics.

Art. 608. Tout créancier qui n'aura pas été payé intégralement de sa créance en principal, intérêts et frais, et toute autre partie intéressée, pourra, pendant la durée de l'affiche, former opposition à la réhabilitation par simple acte au greffe, appuyé des pièces justificatives. Le créancier opposant ne pourra jamais être partie dans la procédure de réhabilitation.

Art. 609. Après l'expiration de deux mois, le procureur de la République et le président du tribunal de commerce transmettront, chacun séparément, au procureur général près la cour d'appel, les renseignements qu'ils auront recueillis et les oppositions qui auront pu être formées. Ils y joindront leur avis sur la demande

Art. 610. Le procureur général près la cour d'appel fera rendre arrêt portant admission ou rejet de la demande en réhabilitation. Si la demande est rejetée, elle ne pourra être reproduite qu'après une année d'intervalle.

Art. 611. L'arrêt portant réhabilitation sera transmis aux procureurs de la République et aux présidents des tribunaux auxquels la demande aura été adressée Ces tribunaux en feront faire la lecture publique et la transcription sur leurs registres.

Source BIU Cujas

Il faut remarquer que toute cette procédure est secrète ; elle ne peut donner lieu à aucun débat de la part du failli, et le failli ne peut même pas en exiger communication (1).

Art. 614. Le failli pourra être réhabilité après sa mort.

(1) Req. 17 nov. 1857, D. P. 58. 1. 241. — Demang., t. VI, p. 179.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

LIVRE II.

DU COMMERCE MARITIME.

1108. Le droit maritime se présente plus que toute autre partie de la législation commerciale avec le double caractère d'*immutabilité* dans le temps et d'*universalité* dans l'espace (1). Les besoins que font surgir les rapports maritimes sont les mêmes partout, dans tous les temps ils ont été sentis à peu près de la même façon, et les relations incessantes que la mer établit entre les peuples leur ont fait apprécier la nécessité d'un certain accord dans les législations qui les régissaient sur cette matière. Aussi les principes du droit maritime sont partout les mêmes, quoique les détails diffèrent quelque peu; et nous avons vu (n. 8 et suiv.) que beaucoup des anciens monuments de la législation maritime se reproduisent les uns les autres; il en est de même des diverses législations modernes.

Nous n'avons pas à revenir sur l'**histoire de la législation** en matière de commerce maritime. Car, nous l'avons déjà fait observer, l'histoire des monuments du droit commercial se réduit pendant longtemps à l'histoire du droit maritime; et nous avons donné au début de cet ouvrage (n. 8 et suiv.) toutes les indications essentielles sur cette matière (2).

Nous rappellerons seulement que l'ordonnance de 1681, dans ses livres II et III, a été le modèle, souvent copié textuellement de notre livre II du code de commerce, et que les commentateurs de l'ordonnance (cités au n. 17), Valin, Emérigon, Pothier, sont souvent encore les meilleurs interprètes du droit moderne. — Nous devons rappeler aussi que les autres livres de l'ordonnance, le livre III et le livre IV, et même le livre Ier (avec des modifications assez considérables dues aux changements profonds qu'a subis notre organisation administrative et judiciaire), sont encore en vigueur actuelle-

(1) Comp. Al. n. 1621.

(2) Consult. Béd., *Du Commerce marit.*, n. 1-22. Al. n. 1622 et suiv. Cresp et Laurin, *Cours de dr. marit.*, t. I, p. 11 et suiv. L. de Valroger, *Commentaire du livre II du code de commerce*, t. I, p. 2 et suiv.

Source BIU Cujas

ment. Leurs règles doivent être encore appliquées, notamment pour la police des ports, pour la pêche maritime, et plus spécialement, au point de vue commercial, pour le règlement des droits sur les objets provenant d'un naufrage et trouvés, soit sur les côtes, soit en pleine mer, et notamment à l'égard du sauvetage d'un navire abandonné par son équipage (v. *infrà*, n. 1401, note).

Quant au **régime général** de la navigation maritime (1), quant aux mesures de protection prises pour permettre à notre marine de lutter avec les marines étrangères, quant aux droits de douanes, combinés pour la plupart en vue de cette protection, nous en avons parlé en étudiant le système général de notre législation en matière de protection et de libre échange (v. *suprà*, n. 424 et suiv.). Nous y avons expliqué notamment les droits de tonnage, les surtaxes de pavillon et d'entrepôt. Nous n'avons pas besoin d'y revenir.

1109. Le livre II du code de commerce n'a pas été remanié depuis sa première promulgation de 1807. Quelques lois ont seulement modifié quelques articles de détail; nous les indiquerons en leur lieu et place. — On s'est préoccupé récemment de refondre notre législation maritime pour la mettre mieux en harmonie avec les besoins et les idées économiques modernes. Une grande commission avait été instituée, en 1865, pour procéder à la révision du livre II du code de commerce; son travail, très sérieusement fait par des hommes très compétents, avec l'aide des observations demandées à toutes les chambres de commerce, consacrait des innovations assez nombreuses; il avait été terminé en 1868; mais le Conseil d'Etat n'en avait pas achevé l'étude avant les événements de 1870. — La L. 28 juillet 1873, qui a aboli la surtaxe de pavillon, a ordonné la nomination d'une commission pour étudier les moyens les plus efficaces de venir en aide à la marine marchande. Cette commission a conclu, entre autres moyens, à la réforme de quelques-unes des dispositions du code de commerce. La plus importante de ces réformes demandées a été consacrée par la L. 10 décembre 1874, autorisant et réglementant l'hypothèque des navires. D'autres projets de loi sont en préparation depuis ce moment, mais ils n'ont pas encore abouti.

1110. **Coup d'œil d'ensemble sur le droit maritime.** L'objet commun, direct ou indirect, des contrats, que réglemente le droit maritime, c'est le *transport par mer*. Nous avons donc à étudier ici les formes spéciales que prend le contrat de transport, quand il s'agit d'un voyage par mer; de plus, toutes les conventions accessoires qui se rattachent à ce contrat; et enfin, le régime particulier de la propriété d'une catégorie de biens spéciale au commerce maritime, les navires. — Tous ces objets divers de notre étude peuvent se ranger sous les cinq chefs suivants.

1111. I. — **Moyens de transport**. Ce sont les **navires**, biens essentiellement mobiliers par leur nature, puisqu'ils sont destinés à être toujours en mouvement, mais qui sont soumis à un régime tout spécial, se rappro-

(1) Consult. Cresp et Laurin, t. I, p. 19 et suiv. Arth. Desjardins, *Traité de dr. commercial maritime*, n. 1-31. L. de Valroger, t. I, p. 21 et suiv.

Source BIU Cujas

chant sur plusieurs points du régime des immeubles, et qui notamment, par une loi récente, sont devenus susceptibles d'hypothèque (v. tit. I et II).

1112. II. — **Agents du transport.**

1° **Les propriétaires de navires**, dont les droits, surtout dans le cas très fréquent de copropriété, présentent des particularités intéressantes (v. titre III).

2° **Les armateurs**. Ce sont ceux qui ont décidé que le navire ferait tel voyage déterminé, et qui l'ont *armé* en conséquence, c'est-à-dire ont complété son gréement en vue de ce voyage, formé son équipage, mis à bord les provisions nécessaires, sauf à chercher ensuite des **chargeurs** qui leur fourniront des marchandises à transporter au port désigné. — Les armateurs seront souvent les propriétaires du navire; mais ce pourra être aussi une personne qui l'aura loué, *affrété*, en totalité, soit pour son usage personnel, soit afin d'entreprendre des transports pour autrui.

3° **Le capitaine** est chargé de la conduite du navire (titres III et IV), et, comme tel, mandataire à divers titres des différentes parties intéressées à la bonne arrivée de ce navire : — des propriétaires, pour tout ce qui concerne la propriété même du navire; — de l'armateur (propriétaire ou non), pour tout ce qui se rattache à l'entreprise de transport, ou à l'usage du navire à titre de louage; — des chargeurs, pour les soins à donner aux marchandises. Sur ce dernier point, les pouvoirs et les devoirs du capitaine peuvent varier en étendue suivant les conventions ou les circonstances. Ils peuvent être considérablement réduits, lorsque les chargeurs ont établi auprès de lui un mandataire spécial, qui doit veiller à la cargaison, et qu'on appelle le *subrécargue* (1). — Dans toutes les matières que nous venons d'indiquer, le mandat du capitaine présente plusieurs règles exorbitantes du droit commun : séparé de ses mandants par des distances énormes, et exposé à beaucoup d'événements imprévus, il devait nécessairement avoir une initiative et des pouvoirs considérables.

4° **Les matelots et l'équipage**. Le titre V règle les diverses conditions de leur engagement.

1113. III. — **Contrat de transport.** Ce contrat se présente habituellement dans la pratique sous forme de louage du navire en totalité ou en partie; car, s'obliger à transporter telles marchandises sur un navire déterminé, c'est bien au fond louer l'usage du navire pour ce transport; et réciproquement. — Ce louage total ou partiel du navire porte le nom de *contrat* d'**affrètement** ou *de* **nolissement**; ces deux mots sont synonymes (v. art. 273).

A ce contrat se réfèrent deux sortes d'écrits :

1° La **charte partie** (v. tit. VI), qui est la constatation par écrit du contrat lui-même : promesse par le **fréteur** (*propriétaire, armateur*), représenté souvent par le capitaine, de mettre le navire à la disposition de l'**affréteur** pour le transport de telles marchandises; promesse par l'**affréteur** de payer le prix du transport ou fret (v. tit. VIII).

(1) M. de Courcy, qui a une grande expérience des choses maritimes, nous apprend que l'emploi d'une subrécargue est complètement abandonné aujourd'hui (*Questions de droit marit.*, t. II, p. 47).

Source BIU Cujas

2° Le **connaissement** (v. tit. VII), qui constate la remise des marchandises au capitaine, c'est-à-dire l'exécution partielle du contrat par l'affréteur, et, par là, renouvelle et précise l'obligation, prise par le capitaine, de transporter les marchandises et d'y donner tous ses soins. Il y a alors un complément du contrat précédent ou un nouveau contrat qui se forme *re*, par la remise des marchandises, de même que le contrat de transport par terre (v. *suprà*, n. 538).

1114. IV. — **Risques maritimes**. Les navires et les objets qu'ils portent sont exposés à des risques considérables, par suite de mille événements qu'on comprend sous le nom général de **fortunes de mer** ou **sinistres**. Ils peuvent subir ou une **perte** totale ou des **avaries** plus ou moins importantes.

En principe, la *perte* ou les *avaries* (v. titre XI) sont supportées par le propriétaire des objets atteints par le sinistre, *res perit domino* (cf. art. 100), à moins qu'elles ne proviennent de la faute de quelqu'un; en ce cas le propriétaire a son recours contre celui qui a été en faute. Cette règle est conservée absolument pour les avaries ordinaires que l'on qualifie d'**avaries simples** ou **particulières**. Mais elle souffre exception pour ce qu'on appelle les **avaries grosses** ou **communes**, c'est-à-dire pour les dommages causés *volontairement* au navire ou à la cargaison *dans l'intérêt du salut commun*. Celles-ci sont réparties entre tous les intéressés au navire et au chargement dans la proportion de leur intérêt (art. 401). Le règlement auquel elles donnent lieu s'appelle **contribution**. Cela a lieu notamment dans le cas de *jet*, prévu par le titre XII, c'est-à-dire lorsque certains objets sont jetés à la mer pour sauver le bâtiment et le reste de la cargaison.

Le propriétaire d'un objet soumis aux risques de mer peut se décharger de ces risques, soit directement et principalement au moyen d'une **assurance** (v. tit. X), soit indirectement, et en quelque sorte accessoirement, au moyen du **prêt à la grosse** (titre IX). Dans le **contrat d'assurance**, l'assuré, moyennant une prime qu'il paie, obtient de l'assureur la promesse d'être indemnisé de tous dommages qui seront causés par fortunes de mer à la chose assurée. L'**emprunt à la grosse** est un emprunt au remboursement duquel sont spécialement affectés des objets soumis aux risques de mer; de façon que si ces objets périssent en mer, l'emprunteur ne devra rien rendre; s'ils sont détériorés, il ne sera tenu que jusqu'à concurrence de la valeur qui en restera; et s'ils arrivent sains et saufs, il devra, outre le capital, une *prime*, ou *profit maritime*, bien supérieure au taux ordinaire de l'intérêt des prêts. — Dans ces deux contrats, le propriétaire des objets mis en risques se décharge de ces risques, mais il ne doit jamais tirer un profit de son contrat; les risques passent à la charge de l'autre partie, justifiant ainsi la perception par celle-ci de la prime d'assurance ou du profit maritime. Mais ces deux institutions diffèrent notamment par les traits suivants (1) : — le prêteur à la grosse fournit une somme d'avance, tandis que l'assureur ne paie qu'après le sinistre la valeur des objets assurés; — il s'ensuit que l'assureur contracte une obligation, tandis que le prêteur n'en contracte aucune; — la prime d'as-

(1) Comp. Béd., n. 831.

Source BIU Cujas

surance est due dans tous les cas à l'assureur, en cas de perte comme en cas d'heureuse arrivée des objets assurés, tandis que le profit maritime n'est dû que si les objets sont sauvés. Il y a encore d'autres différences de détail que nous verrons plus tard.

1115. V. — Le Code, dans les deux derniers titres du livre II, traite de quelques **prescriptions** abrégées applicables en matière maritime (titre XIII), et de certaines **fins de non recevoir**, qui peuvent être considérées comme des prescriptions encore plus abrégées (titre XIV).

Nous suivrons dans nos explications l'ordre indiqué dans le résumé que nous venons de faire. Il est plus conforme à l'ordre logique des idées; il rendra notre exposition plus claire, et ne s'écarte d'ailleurs de l'ordre du Code que par une légère interversion dans les titres IX, X, XI et XII.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

TITRE PREMIER.

DES NAVIRES ET AUTRES BATIMENTS DE MER.

1116. Le mot **navire** est le terme technique et générique pour désigner tous les bâtiments de mer, quels que soient d'ailleurs leur forme, leur gréement et leur importance. Ils portent dans la pratique des dénominations très variées, à raison de ces différentes circonstances, telles que celles de trois-mâts, brick, goëlette, barque, etc.; mais le mot *navire* embrasse tout.

Les mots « *autres bâtiments de mer* » paraissent donc, dans la rubrique de notre titre, présenter une redondance inutile (1). Pourtant ils ont une certaine portée, révélée par les travaux préparatoires; ils indiquent que les dispositions de notre titre, et plus généralement de tout le livre II, ne s'appliquent qu'aux bâtiments de mer, et nullement aux bâtiments de rivière qu'on appelle plus spécialement *bateaux* (2). Quant au mot *vaisseau*, qui, dans la langue usuelle, est synonyme de navire, il est (sauf à Marseille) réservé, dans la langue un peu plus technique, pour désigner les grands bâtiments de la marine de l'Etat.

Le navire est un ensemble de charpente en bois ou en fer destiné à voguer sur la mer (3). — Il forme avec ses accessoires un tout indivisible. Ainsi le mot *navire*, employé dans les textes de lois ou dans les actes, comprend, non seulement le *corps* du navire, mais encore les *agrès et apparaux;* et dans ceux-ci il faut comprendre, non seulement les accessoires qui font partie in-

(1) Ils laissent place au doute sur l'application de certaines dispositions de notre Livre à quelques bâtiments, tels que les barques de plaisance, qui ne font pas proprement des *voyages*.

(2) V. Req. 7 avril 1874, D. P. 74. 1. 289. Ald. Caumont, v° *Navire*, § 2, n. 10. Dufour, n. 50, 843 et suiv. Al. n. 1626. Laurin sur Cresp, t. 1, p. 48 et suiv. Desj., n. 33 et suiv. De Valr., n. 9. — *Contrà* (au moins pour certaines dispositions de la loi) : Boulay-Paty, t. 1, p. 245. Dageville, t. II, p. 109. Dalloz, v° *Droit maritime*, n. 111. éd., n. 264.

(3) Ceux qui désireraient une définition plus développée pourront consulter : L. 1, § 6, D., *De exercit. act.*, L. 14, tit. 1. Stypmannus, 3e part., ch. 1, n. 8. Straccha, *De navibus*, 1re part., n. 2. Casareg., *disc.* 1, n. 29. Emerigon, ch. 4, sect. 7, § 1. Valin, *Comment. de l'ord.*, l. 2, tit. 10, art. 1. — V. la description détaillée de toutes les parties d'un navire dans Frémery, *Etudes*, p. 167-178.

Source BIU Cujas

grante du navire, et ne pourraient en être détachés sans le briser, comme les mâts, bastingages, gouvernail, etc., mais encore les objets qui y sont seulement attachés, ou même qui sont simplement affectés à son service, tels que vergues, poulies, cabestans, ancres, chaloupe, canot, etc.; ces objets en font partie comme les immeubles par destination font partie du fond auquel ils sont attachés, matériellement ou intellectuellement. — Tous ces objets sont d'ailleurs compris dans le mot *corps* du navire, pris *lato sensu*; par exemple, lorsqu'on emploie ce mot par opposition aux *facultés*, c'est-à-dire à la cargaison qu'il porte.

Les navires étaient autrefois considérés comme immeubles dans certaines parties de la France, par exemple dans les ports et havres de Provence (1); ils étaient, dans ces pays, susceptibles d'hypothèques, ils donnaient lieu au retrait lignager, à la perception des droits fiscaux de lods et ventes, comme les immeubles. Un édit du 8 octobre 1666 (2) les avait déclarés meubles d'une manière absolue et pour toute la France; dorénavant ils n'étaient plus susceptibles d'hypothèques que dans les pays qui admettaient l'hypothèque des meubles, et ils étaient alors soumis au régime hypothécaire des meubles. L'ordonnance de 1681 avait suivi les mêmes errements. Le Code déclare aussi qu'ils sont meubles (art. 190). Mais, vu leur masse et leur valeur, ils se rapprochent sur plusieurs points des immeubles. Une loi récente les en arapprochés encore plus en les rendant susceptibles d'hypothèques.

Beaucoup de règles relatives aux navires se rattachent au droit administratif, à la police de la navigation. Nous ne nous y arrêterons pas; cela nous mènerait beaucoup trop loin. On en trouvera le tableau complet dans le **Règlement général** du 7 novembre 1866, livre IV, art. 141 et suiv. (3).

Nous étudierons seulement dans deux chapitres : — 1° l'état civil des navires; — 2° le régime de leur propriété.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTAT CIVIL DES NAVIRES.

1117. La nationalité des navires est très importante à déterminer, notamment au point de vue des droits de douane; car nous avons vu (n. 427, 428) que la perception et la quotité de ces droits, soit en France, soit à l'étranger,

(1) Béd., n. 42.

(2) V. Collect. Isambert, t. XVIII, p. 89.

(3) Nous citerons souvent ce *Règlement général sur l'administration des quartiers, sous-quartiers et syndicats maritimes, l'inscription maritime, le recrutement de la flotte, la police de la navigation, les pêches maritimes*. Il a eu pour objet de coordonner toutes les règles éparses dans un très grand nombre de lois, décrets, ordonnances, etc. Il résume toutes ces règles dans 313 articles, en citant sous chaque règle les dispositions législatives d'où elle résulte. Il n'a pas eu pour objet de poser aucune règle nouvelle; aussi, quoiqu'il ait été approuvé par décret impérial du 7 novembre 1866, il n'a pas été inséré au Bulletin des lois. Il a été imprimé à l'imprimerie impériale en un volume qui n'a pas été mis dans le commerce, et qu'on ne peut se procurer qu'en en faisant la demande au ministère de la marine.

Source BIU Cujas

dépendent souvent du pavillon que porte le navire. Au point de vue des rapports internationaux, la nationalité du navire, le droit de porter tel pavillon a encore une foule de conséquences très importantes, comme le droit à la protection des agents diplomatiques nationaux et des forces militaires ou navales, la fiction d'exterritorialité, etc.

Cette nationalité n'est pas déterminée pour les navires comme pour les immeubles; car les navires n'ont pas d'assiette fixe et ne font pas matériellement partie du territoire de telle ou telle nation. D'autre part, à raison de l'importance même de cette détermination, on n'a jamais appliqué aux navires la règle admise à l'égard des meubles, règle d'après laquelle leur nationalité et le statut auquel ils sont soumis dépendent de la nationalité ou du domicile de leur propriétaire (v. C. civ., art. 3 et les commentaires de cet article).

La nationalité des navires est, comme pour les personnes, déterminée directement par des règles spéciales, qui fixent les conditions de ce qu'on appelle la **francisation** du navire. A cet égard, de même qu'à plusieurs autres, les navires sont traités comme des personnes et ont un véritable *état civil*, régulièrement tenu (1). — Ainsi ils doivent nécessairement avoir un **nom**; la loi du 5 juillet 1836, art. 8, défend absolument de le changer pendant toute la durée du navire, ce nom doit être marqué à la poupe en lettres blanches de 8 centimètres au moins, sur fond noir, avec le nom du port d'attache et le numéro matricule (Décr. 19 mars 1842, art. 6; v. Règl. 1866, art. 171). — Ils ont aussi un *domicile légal*, c'est leur **port d'attache** (v. Règl. 1866, art. 170), où ils sont immatriculés, comme les marins eux-mêmes, au bureau de l'inscription maritime et de plus au bureau des douanes (v. Règl. 1866, art 168-176). Ils doivent porter, outre le pavillon national, le pavillon spécial de l'arrondissement maritime auquel ils appartiennent (Ord. 3 déc. 1817). Le port d'attache ne peut être changé sans autorisation (Règl. 1866, art. 172); mais cette autorisation n'est jamais refusée. Pour les formalités à remplir, en cas de vente à l'étranger, voir le Règlement général, art. 173-176. — Ils ne peuvent voyager sans une sorte de passeport qu'on appelle le congé (v. *infrà*, n. 1211). — Enfin toutes les mutations de leur propriété (qui sont comme leurs changements d'état) doivent être constatées à la fois sur les *registres matricules* et sur l'*acte de francisation*, qui est comme un extrait de ces registres (v. *infrà*).

1118. **Conditions de la francisation** (v. Règl. 1866, art. 141).

I. — Il fallait autrefois que le navire eût été construit en France ou dans les possessions françaises (Décr. 12 sept. 1793, art. 2); c'était une mesure de protection pour les constructeurs français. — Il y avait exception déjà autrefois : — 1° pour les navires pris sur l'ennemi ou confisqués par l'autorité

(1) Il est remarquable que la langue anglaise traite elle-même les navires comme des personnes. Ainsi quand on parle d'un navire, on parle toujours au féminin, malgré la règle que le neutre est employé pour tous les êtres qui n'ont pas de sexe. Ainsi encore un vaisseau de guerre est appelé *a man of war*, « un homme de guerre ».—MM. Cresp et Laurin vont trop loin, en en faisant, dans notre droit, presque des personnes civiles (v. t. I, p. 59).

Source BIU Cujas

française (Décr. 21 sept. 1793, art. 2); — 2° pour les navires sauvés en pleine mer par des Français (Ord. 1681, art. 27), et vendus faute de réclamation dans les délais légaux (Décision du 1er juin 1832); — 3° pour les navires jetés sur les côtes et vendus par les autorités françaises, pourvu qu'ils eussent reçu en France ou dans les possessions françaises des réparations équivalant au moins à quatre fois le prix de vente (Décr. 27 vend. an II, art. 7).

Diverses exceptions temporaires avaient été faites à la règle générale; puis les traités de commerce y avaient dérogé au profit des navires des diverses nations avec lesquelles on traitait.

Enfin la règle a été supprimée complètement par la *Loi 19 mai 1866, sur la marine marchande*, art. 3, qui a accordé toute liberté pour la francisation des navires étrangers, moyennant un droit d'importation de 2 fr. par tonneau de jauge. Ces droits ont été considérablement élevés par la L. 30 janv. 1872, art. 5.

II. — Il fallait aussi que le navire appartînt en totalité à des Français. Il suffit maintenant que la *moitié* de la propriété appartienne à des Français (L. 9 juin 1845, art. 11).

III. — Il faut qu'il soit monté par des marins français : le capitaine et les officiers du bord doivent nécessairement être tous Français; et les trois quarts des matelots doivent l'être aussi (Décr. 21 sept. 1793, art. 2).

1119. **Perte de la nationalité française :** — Par radoub et réparation en pays étranger, pour une valeur de plus de 6 fr. par tonneau, à moins de nécessité constatée dans un rapport signé du capitaine et des autres officiers du bord, et approuvé (suivant les facilités que l'on a sur les lieux) par le consul ou tout autre officier français, ou par deux négociants de la localité (Décr. 18 oct. 1797, art. 8); — par changement de forme, de tonnage, etc., sauf possibilité d'une nouvelle francisation.

1120. **Acte de francisation** (v. Règl. 1866, art. 145-160).

L'*acte de francisation est un écrit délivré au propriétaire du navire, et constatant le droit qu'il a de porter le pavillon français*, et d'en invoquer les avantages (v. Règl. 1866, art. 145).

Cet écrit est délivré d'après les registres-matricules de l'inscription maritime et des douanes (Décr. 27 vend. an II, art. 39; v. Règl. 1866, art. 152). Ces registres contiennent la mention de tout ce qui fixe l'identité du navire; on y indique tous les mouvements d'armement et de désarmement, les changements de propriétaire et enfin la perte ou la déclaration d'innavigabilité du navire quand elle arrive. Tous ces changements doivent être aussi inscrits au dos de l'acte de francisation par les soins du propriétaire (Décr. 27 vend. an II, art. 17; Règl. 1866, art. 154); l'inscription est faite par l'employé du bureau des douanes; cela constitue une publicité très précieuse pour les mutations de propriété (v. *infrà*. n. 1147, 1150, 1152).

L'acte de francisation n'est délivré au propriétaire que sur son *serment*, que toutes les conditions exigées pour la francisation sont remplies (Décr. 27 vent. an II, art. 13, que l'on doit combiner avec la L. 9 juin 1845, art. 15, et la L. 19 mai 1866, modifiant les conditions de la francisation); — et moyennant *caution* de ne jamais vendre, prêter ou donner l'acte de francisation (Décr.

Source BIU Cujas

27 vend. an II, art. 16 ; v. Règl. 1866, art. 147, 148). — Le propriétaire doit aussi donner caution de ramener toujours son navire en France (L. 27 vend. an II, art. 11).

1121. L'acte de francisation n'est délivré aussi qu'après le **jaugeage** du navire; car la mention de son *tonnage* est un des éléments de son identité, qui doivent être mentionnés par l'administration des douanes et sur les registres matricules, et sur l'acte de francisation (1). — Le **tonnage** d'un navire indique sa contenance : c'est le chiffre qui révèle le nombre de tonneaux qu'il cube. Le mot *tonneau* est pris ici comme mesure de capacité ou de volume ; c'est le *tonneau de jauge* (sur les divers sens du mot *tonneau*, voir ci-dessus n. 476); sa valeur a été fixée, par l'ordonnance de 1681, à 42 pieds cubes, ce qui fait en mesures actuelles 1 mètre cube 44 centièmes. Voici la relation qui existe entre la valeur de ce tonneau de capacité et la valeur du tonneau en poids. Le tonneau en poids ou tonne métrique représente un poids de 1,000 k. (Arrêté 13 brum. an IX; L. 18 germ. an III); si ce poids était réalisé en eau ou en objets d'une densité égale à celle de l'eau, il fournirait un volume de 1 mètre cube. Mais les marchandises que l'on charge habituellement sur un vaisseau n'ont pas la même densité que l'eau; il y en a qui sont plus denses, il y en a qui le sont beaucoup moins (2). Comme le navire est destiné à recevoir, tantôt les unes, tantôt les autres, on a dû nécessairement prendre une moyenne entre ces densités. Or, on a trouvé que la densité moyenne des marchandises chargées à bord des navires est de 0,7 de celle de l'eau ; il faut donc diviser le volume d'une tonne d'eau, c'est-à-dire 1 mètre-cube, par 0,7; or le quotient de cette division est 1,43. On arrive ainsi directement à très peu près au nombre qui se déduit de l'ancienne règle relative aux anciennes mesures.

Le *jaugeage* est l'opération qui permet de calculer le volume entier utilisable du navire. La méthode à suivre pour faire ce calcul avait été déterminée autrefois par la L. 12 nivôse an II et l'ordonnance du 18 novembre 1837. Cette méthode, depuis longtemps reconnue inexacte, a été modifiée par le *Décret du 24 mai* 1873 (D. P. 73. 4. 73) qui a adopté la méthode anglaise. Ce décret, après avoir indiqué la manière d'obtenir très approximativement le volume total en mètres cubes du vide intérieur du navire, ordonne de diviser le résultat par le nombre 2,83. Cette opération donne le volume principal du navire (art. 9 du décret); on y ajoute le volume des constructions qui peuvent exister au-dessus du pont, et on en déduit, pour les navires à vapeur, le volume de la place occupée par les machines; et l'on obtient ainsi le *tonnage officiel* du navire, c'est-à-dire le chiffre qui indique officiellement la capacité utilisable du navire.

Le nombre 2,83 a été accepté par le décret comme correspondant à l'unité prise par les Anglais et qui est de 100 pieds cubes. Le désir du gouvernement

(1) Le tonnage doit, en outre, être gravé au ciseau sur les faces avant et arrière du *maître bau* (décr. 24 décr. 1872, art. 1). — Les *baus* sont les poutres transversales, légèrement courbes en dessus, qui soutiennent le pont du navire. Le *maître bau* est celle de ces poutres qui correspond à la plus grande largeur du navire.

(2) C'est à raison de ces différences considérables que la valeur du *tonneau d'affrètement* (mesure de poids) a été fixée spécialement pour chaque espèce de marchandise, par le décr. 25 août 1861, et présente des nombres très différents. V. ci-dessus, n. 476.

Source BIU Cujas

français, en acceptant ce nombre, a été uniquemment de ne pas faire à nos navires une position pire qu'à ceux des autres nations, relativement aux nombreux droits qui sont perçus un peu partout proportionnellement au tonnage. Mais ce diviseur est notoirement trop fort, et par conséquent le *tonnage officiel* est inférieur au volume réellement utilisable, au *port* réel du navire. La proportion est d'un peu moins de huit dixièmes. Ainsi un navire jaugeant officiellement 800 tonneaux pourra porter plus de 1000 tonnes en poids de 1000 kilogrammes, ou un volume correspondant.

Il résulte de ce Décret du 24 mai 1873, que l'ancienne *tonne de jauge* de 1 m. 44, n'a plus aucune utilité pour le jaugeage des navires; car ce nombre n'entre pour rien dans le mode de calcul indiqué. Mais cette tonne de jauge, qu'on devrait appeler maintenant plus exactement *tonne en volume*, a encore son utilité; car elle indique, comme nous venons de l'expliquer, le volume moyen qui correspond au poids de 1000 kilos de marchandises; ainsi à Bordeaux le prix du fret est calculé à raison de tant par 1000 kilos en poids ou par tonne de 1 mètre 44 en volume.

CHAPITRE II.

RÉGIME DE LA PROPRIÉTÉ DES NAVIRES.

Art. 190. Les navires et autres bâtiments de mer sont meubles. — Néanmoins ils sont affectés aux dettes du vendeur, et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées.

1122. Cet article consacre, après l'ordonnance de 1681, liv. II, tit. X, art. 1er, et l'art. 531, C. civ., le caractère mobilier des navires. On peut indiquer comme conséquence de ce caractère : qu'ils tombent dans la communauté légale; que, s'ils appartiennent à des incapables, les conditions de leur revendication seront celles édictées pour les meubles; que leur vente n'est pas susceptible de rescision pour lésion (1).

Mais le code indique en même temps une grave dérogation au droit commun en ce qui les concerne. Cette dérogation consiste en ce que les créanciers ont un droit de suite sur les navires comme sur les immeubles (art. 190, 2e al.); et, ce qui est plus exorbitant encore, ce droit de suite appartient même aux créanciers purement chirographaires (même alinéa). Mais la purge de ce droit est très facile (v. art. 193). — Une autre règle spéciale aux navires, c'est que le Code de commerce a dressé une liste toute spéciale des privilèges existant sur eux. — Enfin la *L.* 10 *déc.* 1874 a fait une nouvelle exception au droit commun, et bien plus considérable que toutes les autres, en rendant les navires susceptibles d'hypothèque, à l'instar des immeubles. — Il faut ajouter, quoiqu'il n'y ait pas de texte formel sur ce point, que la règle *en fait de meubles possession vaut titre* ne s'applique pas aux navires. Aussi nous aurons à dire quelques mots de la prescription qui leur est applicable (v. *infrà*, n. 1156).

Quatre paragraphes : — 1° privilèges sur les navires;. — 2° droit de suite

(1) Demang., t. IV, p. 6. Desj., n. 57. De Valrog. t. I, n. 2.

Source BIU Cujas

des créanciers et son extinction; — 3° vente des navires (avec appendice sur la prescription); — 4° hypothèque des navires (1).

§ 1er

Privilèges sur les navires.

1123. L'art. 191 présente la liste de ces privilèges; l'art. 192 indique pour chacun d'eux les moyens de justification des créances qu'ils garantissent. Nous nous bornerons à reproduire le texte de ce dernier article sans en commenter toutes les dispositions; elles s'expliquent facilement par elles-mêmes ou seront expliquées par des renseignements que nous donnerons plus tard. Nous indiquerons seulement la corrélation entre les numéros de l'art. 192 et ceux de l'art. 191; et nous renverrons aux endroits de cet ouvrage où l'on trouvera les éclaircissements nécessaires.

Art. 191. Sont privilégiées, et dans l'ordre où elles sont rangées, les dettes ci-après désignées : — 1° Les frais de justice et autres, faits pour parvenir à la vente et à la distribution du prix; — 2° Les droits de pilotage, tonnage, cale, amarrage et bassin ou avant-bassin; — 3° Les gages du gardien, et frais de garde du bâtiment, depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente; — 4° Le loyer des magasins où se trouvent déposés les agrès et les apparaux; — 5° Les frais d'entretien du bâtiment et de ses agrès et apparaux, depuis son dernier voyage et son entrée dans le port; — 6° Les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage employés au dernier voyage; — 7° Les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement du prix des marchandises par lui vendues pour le même objet; — 8° Les sommes dues au vendeur, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le navire n'a point encore fait de voyage; et les sommes dues aux créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement avant le départ du navire, s'il a déjà navigué; — 9° Les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrès, apparaux, pour radoub, victuailles, armement, équipement avant le départ du navire; — 10° Le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du navire, dues pour le dernier voyage; — 11° Les dommages-intérêts dus aux affréteurs, pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées, ou pour remboursement des avaries souffertes par lesdites marchandises par la faute du capitaine ou de l'équipage. — Les créanciers compris dans chacun des numéros du présent article viendront en concurrence, et au marc le franc, en cas d'insuffisance du prix.

Art. 192. Le privilège accordé aux dettes énoncées dans le précédent article ne peut être exercé qu'autant qu'elles seront justifiées dans les formes sui-

(1) Nous conseillons aux personnes qui étudient pour la première fois le droit maritime, de passer provisoirement ce chapitre et le titre suivant consacrés à des matières ardues et moins intéressantes que le reste du droit maritime. Elles les reprendront plus tard avec plus de fruit.

Source BIU Cujas

vantes : — 1° Les frais de justice seront constatés par les états de frais arrêtés par les tribunaux compétents; — 2° Les droits de tonnage et autres, par les quittances légales des receveurs; — 3° Les dettes désignées par les numéros 1, 3, 4 et 5 de l'article 191 seront constatées par des états arrêtés par le président du tribunal de commerce; — 4° Les gages et loyers de l'équipage, par les rôles d'armement arrêtés dans les bureaux d'inscription maritime; — 5° Les sommes prêtées et la valeur des marchandises vendues pour les besoins du navire pendant le dernier voyage, par des états arrêtés par le capitaine, appuyés de procès-verbaux signés par le capitaine et les principaux de l'équipage, constatant la nécessité des emprunts; — 6° La vente du navire par un acte ayant date certaine, et les fournitures pour l'armement, équipement et victuailles du navire, seront constatées par les mémoires, factures ou états visés par le capitaine et arrêtés par l'armateur, dont un double sera déposé au greffe du tribunal de commerce avant le départ du navire, ou, au plus tard, dans les dix jours après son départ; — 7° (abrogé par la L. 10 déc. 1874, art. 27); — 8° Les primes d'assurance seront constatées par les polices ou par les extraits des livres des courtiers d'assurance; — 9° Les dommages-intérêts dus aux affréteurs seront constatés par les jugements, ou par les sentences arbitrales qui seront intervenues.

1124. L'art. 191 donne, non seulement la liste des privilèges, mais l'ordre même dans lequel ils doivent passer, ce qui supprime toute possibilité de discussion sur leur classement respectif. C'est un avantage qu'on n'a pas en matière civile pour les privilèges spéciaux sur les meubles, v. art. 2102, C. civ.

Les principes généraux qui paraissent servir de guide au législateur commercial, sont, du reste, les mêmes que posent les commentateurs du Code civil, pour appliquer l'a. 2102. On peut, dans l'a. 191, distinguer trois périodes, auxquelles se rapporte la naissance des créances privilégiées : — 1° après le dernier voyage (1°-5°); — 2° pendant le dernier voyage (6° et 7°); — 3° avant le dernier voyage ou avant tout voyage (8°-11°). Or tous les privilèges des deux premières périodes sont fondés sur ce que la valeur du navire a été conservée dans le patrimoine du propriétaire; par conséquent ceux qui sont devenus créanciers à cette occasion ont rendu service à tous les autres créanciers en conservant leur gage; il est donc juste qu'ils passent avant eux. Si l'on applique la même idée entre les créanciers privilégiés énumérés par les n°s 1-7 de l'article, on voit que les derniers en date ont rendu service aux premiers, en conservant le bien sur lequel ils exercent leur privilège (1), tandis que les premiers n'ont rien fait pour les derniers; il est donc juste, en principe, de *classer ces privilèges dans l'ordre inverse des dates de naissance des créances*; les plus récents primeront les plus anciens. — Les privilèges de la troisième période, de celle qui remonte le plus haut dans le passé, sont fondés : le n° 8 sur la mise de la valeur dans le patrimoine du débiteur ; les n°s 9, 10 et 11, sur ce qu'on appellerait, pour les meubles ordinaires, la convention tacite de gage; mais ici la possession du navire n'étant pas remise au créancier, on ne peut pas exactement parler de gage; je dirai qu'il y a affecta-

(1) Locré, *Esp. du C. com.*, t. III, p. 17. Al. n. 1637.

Source BIU Cujas

tion spéciale du navire au paiement de la dette par la volonté des parties sanctionnée par la loi; en réalité c'est une hypothèque privilégiée tacite. Dans cette période, il faut appliquer, en général, la règle inverse de celle de la période précédente : les plus anciens primeront les plus récents : *prior tempore, potior jure.*

Notons tout d'abord qu'en principe tous les créanciers compris au même numéro de l'article viennent au marc le franc entre eux sans aucune préférence (art. 191, *in fine*) (1).

I. — **Créances nées après le dernier voyage.**

1125. 1° *Frais de justice et autres, faits pour parvenir à la vente et à la distribution du prix* (cf. C. civ., art. 2101, 1°). Ces frais profitent à tous les créanciers, sans exception, privilégiés ou non, puisque les opérations qui y ont donné lieu sont absolument nécessaires pour que les créanciers puissent se faire payer. — Par cette raison même, il faut limiter cet alinéa aux frais faits dans l'intérêt de la masse, et ne pas l'appliquer aux frais faits par chaque créancier, dans son intérêt individuel, comme les frais de production de sa créance, ceux faits pour la justification de ses droits, s'ils sont contestés, etc.; ces frais augmentent seulement la créance et viennent au même rang qu'elle (art. 214, 2e al.) (2).

Dans les « *autres frais* », il faut comprendre aussi ceux faits pour exécuter la vente et donner la libre jouissance à l'adjudicataire; car c'est là une des conditions indispensables pour que le prix d'adjudication puisse être payé et réparti entre les créanciers. Ceci comprendra, p. ex., les sommes dues antérieurement à la vente, pour droits de douane, d'enregistrement, déclarés privilégiés par les lois (3); mais non les frais de la mutation en douane et de l'enregistrement au profit de l'adjudicataire, car ces frais sont à la charge de celui-ci et non à la charge du vendeur (4).

V. pour la justification de ces créances art. 192, 1° et 3°.

1126. 2° *Les droits de pilotage tonnage, çale, amarrage, bassin ou avant-bassin.* Cf. art. 192, 2° (5). Ces droits sont dus pour la mise en sûreté du navire dans le port; eux seuls ont rendu possible la saisie et la vente; de plus, ils doivent être payés à l'administration avant que l'on ne puisse emmener le navire; ils sont donc nécessaires pour donner la libre jouissance à l'adjudicataire, et par là ils se rattachent au 1°.

1127. 3° *Les gages du gardien et frais de garde du bâtiment, depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente* (v. art. 192, 3°). Il s'agit ici sans aucun doute des frais de garde antérieurs à la saisie et qui étaient dus par le propriétaire du navire. Ces frais ont, comme ceux du 2°, conservé le gage des créanciers;

(1) Boulay-Paty, p. 11 et suiv., et Dall., v° *Droit marit.*, n. 233, donnent une règle différente, mais ils se mettent en contradiction manifeste avec le texte de l'article.

(2) Béd., n. 55. Laurin sur Cresp, t. I, p. 90. Desj., n. 107. De Valr., n. 16.

(3) Béd., n. 56, 57. Demang., t. IV, p. 35. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. I, p. 112. Dufour., t. I, p. 161. Laurin, t. I, p. 92. Desj., n. 107. De Valr. n. 17. — Al. n. 1633, les range sous le 2°.

(4) Boulay-Paty, p. 112. Dall., n. 234. Dufour, n. 79. Laurin, t. I, p. 90 et suiv. — *Contrà* : Béd., n. 56, 73. Demang., t. IV, p. 35.

(5) V. des détails sur ces divers droits, dans Desj., n. 110-117.

Source BIU Cujas

ils ont même été simultanés à ceux du 2°; on peut donc s'étonner que le Code ne leur ait pas donné le même rang. Ce qu'on peut dire pour défendre la décision de la loi, c'est qu'ils ne sont pas, comme ceux du 2°, nécessaires pour assurer la libre jouissance de l'adjudicataire, et n'ont donc pas le même lien avec le 1°. — Mais il faut ranger aussi sous ce numéro les frais du gardien, qui doit être établi sur le navire après la saisie (art. 200, *in fine*) comme du reste c'est le droit commun en matière de saisie (C. pr. civ., art. 596 et suiv.; art. 628) : — sans doute habituellement ces frais de gardien sont compris dans les frais de saisie, et comme tels ils pourraient rentrer dans le 1°; mais le texte est formel ici, puisqu'il parle des frais de garde « *jusqu'à la vente* », et conforme à la décision de Valin qui parlait de la garde tant avant que *depuis* la saisie (1).

1128. 4° *Le loyer des magasins où se trouvent déposés les agrès et apparaux.* Cf. art. 192, 3°. — Le propriétaire des magasins, en les abritant, a permis de les conserver avec toute leur valeur pour la vente, et cela depuis l'entrée au port. La loi ne voulant pas forcer les créanciers à vendre les apparaux séparément du navire, ce qui est toujours très désavantageux, donne privilège au bailleur sur le navire tout entier; mais alors, comme il n'a conservé que des accessoires, on comprend qu'il passe après ceux qui, simultanément, ont conservé le corps même du navire (2).

Q. *A-t-il en outre son privilège de bailleur sur les agrès et apparaux, comme garnissant les lieux loués* (C. civ., art. 2102. 1°)? — Nous répondrons négativement : l'art. 191 s'étant occupé de lui a évidemment entendu substituer les avantages qu'il établit en sa faveur à ceux de l'art. 2102, C. civ.; le privilège sur la totalité du navire est l'application modifiée et étendue du privilège ordinaire; le bailleur ne peut donc avoir la prétention de cumuler les deux avantages; — les travaux préparatoires expliquent ainsi notre disposition (3). — Nous en conclurons qu'il ne pourra faire faire une ventilation des agrès et apparaux, pour avoir son premier rang de gagiste sur leur valeur, qu'il devra laisser passer devant lui les trois premiers n^os^ de l'art. 191; et qu'il ne pourra pas exercer un droit de rétention sur les objets déposés chez lui; car ce droit paralyserait celui des autres créanciers qui lui sont préférables.

On ne devrait faire exception à cette doctrine que si les agrès et apparaux étaient vendus séparément ; car alors, étant détachés du navire, ils ne seraient plus grevés des privilèges qui frappent le navire; et ils redeviendraient des meubles ordinaires, auxquels l'art. 2102, C. civ., serait seul applicable. Cela a été dit aussi dans les travaux préparatoires (4). — Mais cette vente séparée sera rare, et serait peu avantageuse pour les créanciers; aussi tous pourraient s'y opposer, y compris le bailleur lui-même (5).

(1) Valin, t. I, p. 362. — *Sic* : Béd., n. 60. Laurin, t. I, p. 93. — *Contrà* : Dufour, n. 91. Caumont, v° *Navire*, n. 2. Al. n. 1634. Demang., t. IV. p. 42. Desj., n. 119. De Valr., n. 22.

(2) V. *Trav. prép.*, Locré, t. XVIII, p. 297. — Comp. Dufour, t. I, p. 171. Demang, t. IV, p. 43. Desj., n. 121. De Valr., n. 23.

(3) V. Locré, *l. cit.* — *Sic* : Béd., n. 62. Al. n. 1635. Desj., n. 121. — *Contrà* : Pard., n. 943. — Comp. Boulay-Paty, t. II, p. 113.

(4) Dufour, n. 97. Béd., n. 64. Al. n. 1635. Demang., t. IV, p. 44. Laurin, t. I, p. 94. Desj., n. 121. De Valr., n. 23. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. I, p. 113.

(5) Béd , n. 65. Demang., t. IV, p. 44, note.

Source BIU Cujas

1129. 5° *Les frais d'entretien du bâtiment et de ses agrès et apparaux, depuis son dernier voyage et son entrée dans le port.* Cf. art. 192, 3°. — Cet alinéa, malgré l'interprétation contraire, donnée sans motifs à l'appui par M. Bédarride (1), doit s'entendre des frais faits *depuis la fin* du dernier voyage et non *pendant* ce voyage : — c'est évidemment le sens naturel du texte dont les deux expressions finales se présentent comme synonymes ; — cela résulte aussi de l'art. 192, 3°, qui, pour la justification de ces frais, demande des états arrêtés par le président du tribunal, comme pour les créances des numéros précédents ; cela suppose qu'il s'agit du même président, et que ces frais ont été faits en France, ce qui serait rarement le cas pour les frais faits pendant un voyage ; — enfin les frais faits au cours du voyage pourront rentrer dans le 7° (2).

Cet alinéa étant ainsi entendu, le rang donné à ces créances s'explique parce que, si elles sont contemporaines des créances précédentes, et antérieures aux suivantes, elles n'ont pas conservé tout le gage commun ; elles l'ont seulement empêché de s'amoindrir, elles n'ont fait gagner aux autres créanciers qu'une valeur égale à la perte que le défaut d'entretien aurait occasionnée sur le prix de vente (3).

II. — **Créances nées pendant le dernier voyage.**

1130. 6° *Les gages et loyers du capitaine et autres gens de l'équipage employés au dernier voyage.* Cf. art. 192, 4° ; et *infrà*, tit. 5, art. 250. — Les soins et le travail du capitaine et de l'équipage ont conservé le navire pendant le voyage, et rendu possible l'exercice du droit des autres créanciers. Aussi ont-ils eu de tout temps et spécialement d'après l'ord. de 1681 (liv. I, tit. XIV, art. 37), un privilège de premier ordre sur le navire ; mais on faisait passer avant eux les frais de justice, faits dans leur intérêt comme dans celui des autres créanciers (4). Le Code, avec raison, fait passer avant eux les créances des cinq premiers numéros de l'art. 191 ; car ils profitent de ces dépenses, qui ont été faites après la naissance de leurs propres créances, et pour conserver leur gage. — Ils ont d'ailleurs, en outre, un privilège sur le fret (art. 271) ; mais les autres créanciers ne peuvent les forcer à se faire payer d'abord sur celui-ci, pour qu'ils prennent moins sur le navire ; ils sont, comme tous les créanciers qui ont deux sûretés, complètement maîtres de leur choix (5).

« *Les gages et loyers* » des matelots comprennent leurs salaires, sous quelque forme qu'ils aient été promis ; soit sous forme d'une somme fixée par mois ou par voyage, soit sous forme de part dans le profit ou dans le fret : — en effet, dans ces derniers cas, ils rendent les mêmes services et méritent la même protection, et le mot « loyers », quoiqu'il s'applique moins techniquement à

(1) *Comm. marit.*, n. 66.

(2) Dufour, n. 101. Demang., t. IV, p. 45, note 1. Laurin, t. I, p. 95. Desj., n. 123. De Valr., n. 24.

(3) Cette disposition est au contraire critiquée par Demang., t. IV, p. 44-45.

(4) Valin sur cet art. de l'ord.

(5) Valin sur l'ord. I, 4, art. 19. — Trib. civ., Marseille, 13 juin 1874, *Journ. Mars.*, 75. 2. 8, etc. — Boulay-Paty, t. I, p. 115. Béd., n. 69. Demang., t. IV, p. 48. Dufour, t. I, n. 112. Laurin, t. I, p. 100. Desj., n. 130.

Source BIU Cujas

ces cas où le louage d'ouvrage se combine avec une sorte de société, les comprend cependant dans la pensée du législateur, comme l'indique la rubrique du titre V, comparée avec l'ensemble des dispositions de ce titre, et aussi l'a. 271 qui consacre le privilège d'une manière générale, malgré toutes les distinctions faites par les articles précédents; — sans doute l'art. 260, pour l'engagement au fret ou à la part, dit que les matelots ne sont payés que sur le fret; mais l'esprit du législateur dans cet article est uniquement de fixer la quotité de leurs droits et non le gage qui en garantit le paiement; l'art. 271 qui vient ensuite est tout à fait général (1). — Il faudrait en dire autant des choses ou sommes promises aux matelots comme accessoires de leurs salaires, et de tout ce que le propriétaire leur doit personnellement comme conséquence de leur engagement, frais de maladie, indemnité pour rupture de voyage, frais de retour (2).

Mais il n'en serait pas de même de la gratification accordée au capitaine, sous le nom de *droit de chapeau* (v. *infrà*, n. 1237); parce que cette gratification lui est donnée, non pas par l'armateur qui loue ses services, mais par les chargeurs qui lui confient des marchandises. On peut donc bien dire que l'espoir, pour le capitaine, d'avoir ces gratifications, a pu le déterminer à accepter de l'armateur des gages moins élevés; mais il ne s'ensuit pas qu'elles fassent partie de ses gages; — d'ailleurs ce n'est pas une dette du navire; celui-ci ne peut donc y être affecté (3).

1131. 7° *Les sommes prêtées au capitaine pour les besoins du bâtiment pendant le dernier voyage, et le remboursement des marchandises par lui vendues pour le même objet.* Cf. art. 192, 5°. — Le capitaine, en cas de nécessité, a le droit, au cours du voyage, d'emprunter pour ces objets sur le corps du navire, et même d'engager ou de vendre des marchandises du chargement (art. 234). Les sommes ainsi obtenues ont sauvé le gage commun et permis au navire d'atteindre le port où il pourra être vendu; elles ont donc rendu service à tous les créanciers antérieurs; voilà pourquoi elles sont privilégiées. — N'aurait-on pas dû les faire passer avant les gages des matelots ou au moins les faire concourir avec eux? Le Code ne l'a pas pensé, parce que les matelots ont continué, même après les réparations, à travailler à la conservation du navire; ils ont donc conservé le gage des prêteurs; ceux-ci au contraire n'ont pas conservé celui des matelots, car en quelque endroit que le navire eût été vendu, faute de réparations, les matelots auraient toujours été payés sur le prix (4).

(1) Béd., n. 70. Al. n. 1637. Demang., t. IV, p. 47. Desj., n. 127. De Valr.. n. 28. — *Contrà* : Dall., n. 680, 682. Caumont, v° *Gens de mer*, n. 30. Dufour, n. 104. Cresp et Laurin, t. I, p. 95. — Cf. Cass. 14 mai 1873, D. P. 74. 1. 105.

(2) Béd., n. 74. Fillieau, *Traité des engagements des équipages*, p. 213. Demang., t. IV, p. 45-46. Laurin, t. I, p. 97. — *Contrà* pour les frais de maladie : Cass. 19 févr. 1872, D. P. 72. 1. 33, etc.

(3) Aix, 21 nov. 1833, *J. Mars.*, 14. 1. 257. Béd., n. 71, 74. Al. n. 1637. Demang., t. IV, p. 46. Laurin, t. I, p. 98. Desj., n. 129. — Exceptionnellement un droit de ce genre est promis au capitaine par l'armateur; alors il serait privilégié : trib. Mars., 17 juill. 1872, *Journ. Mars.*, 72. 1. 219, etc. Desj., n. 129. — Comp. De Valr., n. 30.

(4) Valin sur l'ord. I, 14, art. 16. Pot., *Contr. à la gr.*, n. 54. — Béd., n. 79. Demang., t. IV, p. 51. Desj., n. 134.

Source BIU Cujas

Il faut remarquer que si, d'après l'art. 234 cité, le capitaine peut, en cas de nécessité, emprunter à la grosse sur le navire, notre alinéa n'exige pas, pour accorder le privilège au 7e rang, qu'il y ait eu un prêt à la grosse; un prêt pur et simple (1) aurait le même rang, et passerait avant les prêts à la grosse qui n'auraient pas conservé le navire au cours du voyage et qui, d'après notre article, n'ont que le 9e rang (2). Si c'est un emprunt à la grosse qui a ainsi conservé le navire au cours du voyage, il tire de cette circonstance un caractère de faveur tout spécial, qui lui faisait gagner deux rangs sous l'empire du Code; qui depuis la loi du 10 décembre 1874, lui conservera son privilège; et qui produira encore d'autres différences que nous discuterons au titre XI, ci-dessous.

La loi ne classe nulle part ceux qui auraient, à crédit, fait les réparations ou fourni les victuailles au port de refuge; car nous n'avons pas admis qu'ils fussent compris au 5° ci-dessus. Mais il faut les assimiler par identité complète de raison à ceux qui ont prêté des deniers pour cet objet; car, en fournissant à crédit, ils ont avancé ces valeurs au capitaine (3).

Par application du dernier alinéa de notre article, tous ceux qui auront contribué à la réparation d'une même avarie, qu'ils soient fournisseurs directs, ou prêteurs, ou propriétaires de marchandises vendues à cet effet, concourront au marc le franc. — **Q.** *En serait-il de même si, au cours d'un même voyage, le navire avait éprouvé plusieurs sinistres distincts qui, à plusieurs reprises, l'aient forcé à relâcher, soit dans différents ports, soit dans le même?* Non; ceux qui auraient contribué à la réparation des dernières avaries passeraient avant ceux qui auraient réparé les premières; toujours par la raison qu'ils ont conservé leur gage; sans doute, notre art. 191, dern. al., mènerait à la solution contraire; mais notre solution est consacrée formellement, en cas de prêts à la grosse successifs, par l'art. 323, 2e al.; et il y a exactement les mêmes raisons en cas de prêts ordinaires ou de fournitures à crédit (4). —

(1) Les emprunts ordinaires étaient assez rares dans ces circonstances à l'époque où le Code a été rédigé. Car les capitalistes du port de refuge, ne connaissant pas le capitaine ni les armateurs, ne devaient donner crédit qu'au navire même, en se faisant promettre les gros intérêts correspondant aux risques qu'ils couraient. Il fallait supposer, pour qu'un emprunt ordinaire fût possible, que les armateurs avaient des correspondants au port de refuge. Actuellement, grâce au télégraphe électrique, le capitaine pourra presque partout se faire ouvrir un crédit sur les lieux par les armateurs ou leur banquier; et alors il ne sera pas obligé de subir la lourde charge du profit maritime; à moins que les armateurs n'aiment encore mieux le subir, pour mettre leur fortune de terre à l'abri de l'art. 216 (v. *infrà*, n. 1186).

(2) Dufour, n. 202. Aub. et Rau, § 263 bis. Béd., n. 81. Al. n. 1639. Demang., t. IV, p. 52. De Valr., n. 36.

(3) Emerigon, *Contr. à la grosse*, ch. 12, sect. 4. — Trib. com. Marseille, 19 juin 1835, *J. Mars.*, 15. 1. 296. — Dufour, n. 116. Béd., n. 90. Demang., t. IV, p. 51. De Valr., n. 41.

(4) Marquardus, liv. 2, ch. 8, n. 78. Kuricke, quest. 25, p. 280. Casaregis, disc. 18, n. 14. Valin, *Ord.*, I, 14, art. 16. Emerigon, *Contr. à la gr.*, ch. 12, sect. 4. — Aix, 5 juill. 1867, *Journ. Mars.*, 67. 1. 78. Pard., n. 919. Dageville, t. III, p. 221, 334. Delvincourt, t. II, p. 337, note 3. Dufour, n. 126-132. Caumont, v° *Emprunt à la gr.*, § 2. Béd., n. 80. Al. n. 1640. Demang., t. IV, p. 53. Laurin, t. I, p. 136 et suiv. Aubry et Rau, § 263, note 47. Desj., n. 167. De Valr., n. 43. — *Contrà* : Vincens. t. III, p. 303. Brav., *Manuel*, 7e éd., p. 324.

Source BIU Cujas

Une autre solution s'impose à nous dans le cas où des marchandises du chargement ont été vendues pour la réparation de plusieurs sinistres successifs. En effet, relativement à la première vente, les marchandises sauvées devraient contribuer à indemniser les propriétaires des marchandises vendues : a. 298, 3e et 5e al.; en observant que le navire sera certainement abandonné par ses propriétaires, puisque par hypothèse, le prix du navire est déjà insuffisant pour payer tout le monde. Dès lors si nous supposons plusieurs ventes successives, les propriétaires des marchandises vendues en second lieu ne pourraient avoir la prétention de passer sur le prix du navire avant les propriétaires des marchandises vendues en premier lieu, puisqu'ils devaient contribuer à les indemniser; une seule solution est donc possible : c'est le concours entre tous les propriétaires de marchandises vendues successivement pour divers besoins du navire. On revient ainsi pour ce cas à la règle de l'art. 191, *in fine* (1).

III. — Créances nées avant tout voyage ou avant le dernier voyage.

1132. 8o *Les sommes dues au vendeur, aux fournisseurs et ouvriers employés à la construction, si le navire n'a point encore fait de voyage, — et les sommes dues aux créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement, avant le départ du navire, s'il a déjà navigué.* Cf. art. 192, 6o. Cet alinéa consacre un privilège pour des personnes qui n'ont plus conservé le gage commun, mais qui l'ont *mis dans le patrimoine du* débiteur : le vendeur ou les constructeurs pour le tout; ceux qui ont réparé le navire ou complété son armement, pour la plus-value produite par les réparations ou l'armement. Il est juste que ces créanciers soient primés par tous ceux qui, au cours du dernier voyage ou depuis, ont conservé le navire.

Il faut séparer deux privilèges de nature très différente mentionnés dans cet alinéa : d'une part celui du vendeur, d'autre part celui pour construction, réparation ou armement du navire.

1133. A. *Privilège du vendeur de navire.*

En lisant notre alinéa on devrait croire que le vendeur n'a son privilège qu'autant que la vente a eu lieu avant tout voyage du navire, et qu'aucune vente postérieure au premier voyage ne pourra plus à tout jamais donner lieu au privilège. Malgré tout ce que cette solution a d'irrationnel, nous n'avions pas cru, dans notre première édition, pouvoir échapper au texte si formel de notre article; c'est une règle élémentaire que les privilèges sont une matière exceptionnelle, de droit étroit, et ne peuvent pas s'étendre par analogie; aucun des auteurs qui admettent une solution contraire ne nous avait fourni une réponse satisfaisante à ces arguments si nets. Pourtant, après de nouvelles réflexions et une étude plus approfondie des précédents et des travaux préparatoires, nous croyons maintenant pouvoir admettre le privilège pour le vendeur de navires, à quelque époque que la vente ait eu lieu : — d'abord, en considérant l'ensemble de notre législation, il n'est pas

(1) Dufour, n. 133-136. Caumont, vo *Empr. à la gr.*, n. 31, § 5. Al. n. 1641. Demang., t. IV, p. 53-54. Desj., n. 167. De Valr., n. 43. — *Contrà :* Emerigon, *Contr. à la gr.*, ch. 12, sect. 4. Boulay-Paty, t. I, p. 118. Béd., n. 84.

Source BIU Cujas

exact de dire que nous soyons ici dans une matière exceptionnelle et de droit étroit; c'est en effet un principe général et absolu de notre droit que tout vendeur a un privilège sur l'objet vendu; l'art. 2102, 4°, consacre ce privilège sur les meubles; l'art. 2103, 1°, le consacre pour les immeubles; ces deux articles comprennent donc évidemment l'universalité des biens, et quelle que soit la place que l'on attribue aux navires, parmi les meubles ou dans une catégorie mixte entre les meubles et les immeubles, il est impossible de ne pas les faire rentrer dans l'art. 2102, combiné ou non avec l'art. 2103; si donc notre art. 191 n'existait pas, personne ne pourrait hésiter à admettre le privilège pour le vendeur de navire; — cette première observation renverse tout à fait la charge de la preuve entre les deux opinions adverses : il n'est plus nécessaire de trouver ce privilège organisé de toutes pièces par l'art. 191; il suffit, pour qu'il existe, que l'art 191 ne le proscrive pas, directement ou indirectement; — sans doute la mention qu'en fait l'art. 191 avec la condition que le navire n'ait pas encore navigué, pourrait très sérieusement être considérée comme restreignant le droit commun en ce qui concerne le vendeur de navire; mais il faudrait pour cela que l'intention de restreindre ainsi les droits du vendeur, fût bien constante; tout au contraire, l'étude des précédents et des travaux préparatoires ne permet pas d'attribuer au législateur cette pensée restrictive; — l'ord. de 1681 (L. I, tit. 14) donnait dans deux articles (16 et 17) deux listes de privilèges, suivant que le navire avait ou n'avait pas déjà navigué; sans doute le privilège du vendeur ne figurait pas dans la première; mais aucune de ces deux listes n'était considérée comme complète et exclusive; on n'hésitait pas à y faire de nombreuses additions (cf. n. 1130); spécialement quant au vendeur, Valin (sous l'art. 17) et Emerigon (*Cont. à la gr.*, ch. 12. sect. 4) lui donnaient privilège dans tous les cas, complétant ainsi, en ce qui le concerne, l'art. 16; et il fallait considérer à l'appui de leur opinion que, dans le cas de l'art. 17, la liste étant très courte, la mention du vendeur y avait été presque forcée, tandis qu'il n'en était pas de même dans l'article précédent; — lors de la discussion de notre article au Conseil d'Etat, le projet ne renfermait aucune disposition relative au vendeur, ni dans notre alinéa, ni dans aucun autre; M. Bigot-Préameneu réclama en sa faveur; après un échange d'observations, où sans doute M. Berlier interprétait l'ordonnance dans son sens le plus étroit, mais où M. Bigot-Préameneu, le promoteur de la modification, réclamait pour le vendeur l'application du droit commun, il fut décidé que l'on ferait mention de lui dans notre 8e alinéa (1); — cette mention, faite après coup, fut assez maladroitement insérée, pour que les mots « *si le navire n'a point encore fait de voyage* » paraissent tomber sur le vendeur comme sur le constructeur; on aurait dû mettre un trait après *le vendeur*, comme après les mots que nous venons de citer, et modifier légèrement la phrase; mais cette petite maladresse de rédaction ne nous paraît pas permettre d'attribuer au législateur une pensée restrictive, tout à fait irrationnelle, qui n'apparaît d'aucune autre façon (2); — nous verrons d'ailleurs bientôt que la liste de l'art. 191 n'est

(1) Séance du 7 juillet 1807; Locré, t. XVIII, p. 299, 300.

(2) *Sic* : Dufour, n. 140, 141. Demang., t. IV, p. 59 (sans discussion). — *Contrà* : Béd., n. 108 (sans discussion). — Depuis notre 2e édition, M. Desjardins (n. 140) adopte

Source BIU Cujas

pas exclusive, et que l'énumération faite par l'article n'empêche pas qu'on n'applique aux navires le droit commun des art. 2101 et 2102.

Quant à la durée de ce privilège du vendeur, v. *infrà*, n° 1140.

1134. B. *Privilège pour construction, réparation ou armement du navire.* Dans le cas où le navire n'a pas encore navigué, la loi donne privilège aux « *fournisseurs et ouvriers employés à la construction* ». — L'application la plus simple de cette disposition serait au cas où une personne ferait construire elle-même un navire pour son compte, achèterait les matériaux nécessaires et traiterait directement avec des ouvriers; les fournisseurs des matériaux et les ouvriers seraient privilégiés. Ce mode de construction est ce qu'on appelle la construction *par économie* (1); il était très usité autrefois; il est très rare maintenant, si ce n'est peut-être pour les grandes entreprises de transport maritime qui peuvent avoir des chantiers de construction à elles. — L'application de notre alinéa est plus difficile lorsqu'un entrepreneur vient se placer entre les ouvriers et le propriétaire du navire; le privilège alors appartiendra-t-il à l'entrepreneur ou aux ouvriers? Il faut encore distinguer ici deux hypothèses que beaucoup d'auteurs ont confondues. On peut supposer d'abord que le propriétaire fournisse les matériaux et traite avec un entrepreneur uniquement pour la main-d'œuvre; ce sera un certain genre de *construction à forfait*. Ce cas a toujours été et sera toujours infiniment rare; et pourtant c'est le seul sur lequel raisonnent la plupart des auteurs, le seul du moins auquel puissent s'appliquer en bonne logique les arguments qu'ils emploient. Pour nous, nous nous garderons d'y insister; nous nous bornerons à dire que les ouvriers nous paraissent avoir une action directe contre le propriétaire en vertu de l'art. 1798, C. civ., et que c'est cette action directe qui est privilégiée, car ce sont les ouvriers que vise directement le texte de notre art. 191, 8° (2). L'entrepreneur, agissant de son côté contre le propriétaire après avoir payé les ouvriers, pourrait être privilégié comme fournisseur de la main-d'œuvre. — Mais l'hypothèse de beaucoup plus fréquente, à peu près la seule pratique, c'est celle de la construction *à l'entreprise* ou encore *à forfait*, où celui qui a besoin d'un navire s'adresse à un entrepreneur de construction, qui fournit à la fois les matériaux et la main-d'œuvre. Dans ce cas, l'art. 1798, C. civ., est tout à fait hors de cause, par la raison très simple qu'il suppose un entrepreneur faisant travailler sur la chose d'autrui, tandis qu'au moment où le travail se fait, la carcasse du futur navire n'appartient aucunement à celui qui l'a commandé, mais uniquement au constructeur (3). Dès lors le navire se trouve entre les mains du

la même opinion que nous; mais toute son argumentation se réduit à un procédé fort commode : « Après ces mots « n'a pas encore fait de voyage, » il faut, dit-il simplement sous-entendre ceux-ci « depuis la vente. » Aj. De Valr., n. 57 (sans discussion).

(1) V. Cresp et Laurin, t. I, p. 223-225. Desj., n. 60.

(2) Valin, t. I, p. 369. Emerigon, t. II, p. 563 et suiv. Dageville, t. II, p. 24. Boulay-Paty, t. I, p. 130 et suiv. Dufour, n. 163 et suiv. Caumont, v° *Navire*, n. 33. Béd., n. 104. Al. n. 1650. — *Contrà :* Dall., n. 65, 66. Persil, *Quest. hypoth.*, t. I, p. 72. — Comp. Aubry et Rau, § 263 bis, note 50.

(3) En effet, le constructeur étant propriétaire des matériaux, reste propriétaire de l'objet à la confection duquel ils sont employés; — sans doute il a vendu le navire et ordinairement la vente transfère la propriété, mais cette règle ne s'applique pas aux

Source BIU Cujas

constructeur-propriétaire grevé de privilège au profit des fournisseurs et ouvriers, et nullement au profit du constructeur (1); celui-ci sera seulement, après la livraison, vendeur du navire, et il aura le privilège du vendeur; mais, comme nous le verrons bientôt (n. 1140), il passera après les fournisseurs et ouvriers qui sont ses propres créanciers, et qui ont un droit de suite sur le navire (2).

Les fournisseurs ayant traité avec un entrepreneur n'auront de privilège qu'autant qu'ils aurout fait des fournitures en vue d'un navire déterminé. Mais s'il s'agit de grandes maisons de construction qui font d'immenses approvisionnements de bois, de fer et de matières premières, sans aucune destination précise, il est évident que leurs fournisseurs ne peuvent avoir compté sur aucun gage spécial, et n'auront pas de privilège; d'ailleurs, il serait souvent impossible de reconnaitre en fait la provenance des matériaux employés à tel ou tel navire (3).

Dans le cas où le navire a déjà navigué, le privilège existe au profit des « *créanciers pour fournitures, travaux, main-d'œuvre, pour radoub, victuailles, armement et équipement* ». Ils sont à la place des constructeurs dont nous venons de parler et dont le privilège a disparu par l'effet du voyage (v. *infrà*, n. 1138).

Celui qui aura fourni l'armement du navire avant le premier voyage sera privilégié, ainsi que celui qui aurait concouru au radoub, s'il avait dû être fait avant le premier voyage; ces créanciers rentrent exactement dans les termes de notre alinéa (4).

choses futures; — on ne peut pas dire que la propriété des matériaux soit transférée à mesure de leur emploi dans la construction; car ce qu'il a vendu, c'est un navire complet, prêt à naviguer, et non une succession de morceaux de navire; son obligation est indivisible, et il ne pourrait pas s'acquitter pour moitié en livrant le navire à moitié construit; — jusqu'à la livraison celui qui le lui a commandé peut le refuser, comme ne remplissant pas les conditions voulues, et le constructeur pourrait s'acquitter en livrant un autre navire, s'il en avait en chantier plusieurs de même modèle; — l'art. 1788, C. civ., est très formel sur ce point; car lorsque l'ouvrier fournit la matière, il laisse la chose à ses risques jusqu'à la livraison. — *Sic :* Rej. et Cass. 17 mai 1876, D. P. 78. 1. 97-103; Rennes, 4 mars 1880, D. P. 81. 2. 210, etc. Delam. et Lepoitv., t. V, p. 91-96. Demang., t. IV, p. 14 et suiv. Laurin sur Cresp, t. I, p. 233 et suiv. Desj. n. 144. De Valr., n. 46. — *Contrà* : Trib. comm. Seine, 19 mars 1859, *J. Mars.*, 36. 2. 46, etc. Dufour, t. II, p. 574. Caumont, v° *Armateur*, § 2.— V. les articles de M. Levillain, dans la *Revue générale du droit*, 1877, p. 586; 1878, p. 57, 181, 389; 1879, p. 277.

(1) Mêmes arrêts. — Delam. et Lepoitv., t. VI, p. 124. Demang., t. IV, p. 65 et suiv. Desj., n. 144. De Valr., n. 46.

(2) Rennes, 27 avril 1877, D. P. 79. 2. 221. — Mais ils n'ont pas de droit de préférence sur les portions du prix versées entre les mains du constructeur : Cass. 17 mai 1876, D. P. 78. 1. 97-103. Emerigon, *Contr. à la grosse*, c. 12, sect. 7. Boulay-Paty, t. I, p. 133. Desj., n. 144. De Valr., n. 46. — *Contrà* : Valin, t. I, p. 317, Laurin, t. I, p. 633.

(3) Béd., n. 105.

(4) Il n'est pas nécessaire, comme le prétendent beaucoup d'auteurs, d'étendre le sens de l'article pour l'appliquer à ces cas. V. Pard., n. 954. Dageville, t. II, p. 23. Béd., n. 107. Al. n. 1652. Demang., t. IV, p. 64. Desj., n. 143. De Valr., n. 51. — Dufour, n. 151 et suiv., admet le privilège pour l'armement, mais non pour le radoub avant le premier voyage; seulement alors il donne le privilège de l'art. 2102, 3°.

Source BIU Cujas

1135. 9° *Les sommes prêtées à la grosse sur le corps, quille, agrés, apparaux, pour raboub, victuailles, armement, équipement avant le départ du navire.* Cf. art. 192, 7°. — Cet alinéa a été abrogé par la L. 10 décembre 1874, sur l'hypothèque des navires, a. 27. Nous avons donc seulement à voir sommairement ce qu'il signifiait et ce qui l'a remplacé.

Au premier abord, il pouvait sembler donner un privilège à ceux qui avaient avancé de l'argent pour les réparations dont il est question au numéro précédent (1), et l'on pouvait s'étonner à bon droit qu'il n'eût pas mis ces prêteurs sur le même rang que ceux qu'ils avaient permis de payer, puisqu'ils avaient rendu le même service qu'eux (2). On faisait remarquer que si les deniers avaient été réellement employés à payer les créanciers du n° 8, ceux-ci n'étant plus créanciers, le neuvième rang équivalait au huitième; mais on répondait avec raison que les créanciers du n° 8 pouvaient n'être payés qu'en partie, et qu'alors les prêteurs à la grosse étaient primés par les créances non encore éteintes (3).

Mais, en réalité, notre alinéa avait une tout autre portée. Il faut remarquer qu'à la différence du n° 7, il ne parlait que du prêt à la grosse; pourtant les raisons indiquées ci-dessus se seraient aussi bien appliquées à un prêt ordinaire. D'autre part, l'art. 192, 7°, n'exigeait pas la preuve que les deniers prêtés avaient réellement servi aux réparations ou à l'armement (4). En somme, malgré les termes de l'article, cet emploi des deniers était indifférent; ce qui était important, c'était que les parties eussent *voulu* faire un *prêt à la grosse*. Le privilège était fondé ici sur la convention tacite de gage (ou d'hypothèque; car on ne peut guère appeler gage une affectation spéciale qui n'exige pas la mise en possession du créancier). C'était simplement l'application et le classement du privilège établi par l'art. 320 pour tout prêteur à la grosse; il fallait bien que notre n° 9 fût l'application de l'article 320, car sans cela on n'aurait su où classer le privilège établi par cet article.

C'est parce qu'on pouvait ainsi affecter un navire par privilège au remboursement d'un emprunt qui n'avait pas été employé sur le navire, que la loi du 10 décembre 1874 a supprimé ce privilège. Il aurait, en effet, permis d'anéantir à tout moment, au moyen d'un prêt à la grosse de ce genre, les hypothèques consenties et inscrites antérieurement, puisque, en tant que privilège, il aurait primé toutes les hypothèques (5). — Réciproquement on pouvait sans inconvénient supprimer ce privilège ainsi appliqué; car si l'on veut affecter le navire comme sûreté au paiement d'une dette, la loi nouvelle offre un moyen bien simple, parfaitement adapté au but qu'on se propose, et qui respecte le droit des tiers : c'est l'hypothèque.

(1) Valin, *Ord.*, l. I, t. 14, art. 16. Emerigon, *Contr. à la gr.*, ch. 12, sect. 4.

(2) Dufour, n. 201. Béd., n. 116. Al. n. 1656. Demang., t. IV, p. 71-72.

(3) Béd., n. 116.

(4) Valin, *Ord.*, l. I, t. 14, art. 16. Demang., t. IV, p. 72, 73. — *Contrà* : Dufour, n. 203.

(5) C'est à tort qu'un arrêt d'Aix, 22 nov. 1876, D. P. 78. 2. 101, a refusé le privilège à un prêt contracté avant la loi de 1874, parce que le prix du navire n'était distribué que depuis cette loi. Cette décision viole le principe de la non rétroactivité des lois (C. civ. a. 2) qui protège certainement toutes les garanties stipulées par un créancier. V. Aubry et Rau, 4e éd., § 30, note 55. Demol., t. I, n. 60.

Source BIU Cujas

Mais alors, dira-t-on, ceux qui auront prêté réellement pour les réparations ou l'armement du navire ne pourront pas obtenir un privilège, ils pourront tout au plus stipuler une hypothèque; mais ils seront primés par les assureurs et par les chargeurs (nos 11 et 12). Non : ils auront une ressource qu'ils avaient déjà sous l'empire du Code, et qui seule pouvait déjà garantir efficacement leur créance : c'est de payer directement les créanciers du no 8 et de se faire subroger à leurs droits (1). De cette façon ils viendront au même rang qu'eux, et si une partie seulement de ceux-ci sont payés, ils concourront avec les autres du chef de ceux qui auront été payés. — Ce système est donc irréprochable; il sauvegarde tous les intérêts légitimes.

1136. 10o *Le montant des primes d'assurance faites sur corps, quille, agrès, apparaux et sur armement et équipement du navire dues pour le dernier voyage.* Cf. art. 192, 8o. — Nous regardons ce privilège comme fondé sur une affectation du navire résultant de la convention tacite des parties, cette interprétation de volonté étant justifiée elle-même par les usages constants du commerce. En effet, il est placé entre deux catégories de privilèges fondés sur la convention de gage. Il est, d'autre part, impossible de recourir à l'idée d'une valeur mise dans le patrimoine (2) : — sans doute l'indemnité que paieront les assureurs rétablira après un sinistre la valeur du navire assuré dans le patrimoine du débiteur, mais ce sera seulement au profit de ses créanciers chirographaires, d'après la doctrine très généralement admise (v. *infrà*, n. 1143, 1320), que les droits des créanciers privilégiés ne se transportent pas du navire sur l'indemnité d'assurance; dès lors l'assureur ne devrait primer que les créanciers chirographaires, tandis qu'il prime au moins une catégorie de privilégiés, ceux du no 11; — de plus, en discutant les diverses situations possibles, on se convainc que jamais la créance de la prime ne peut grever la valeur même fournie par les assureurs; car si le navire n'éprouve pas de sinistre, le privilège existe sur le navire, quoique alors les assureurs ne rendent aucun service aux créanciers; s'il périt en entier, il ne peut être question d'un privilège à exercer sur lui, seulement les assureurs compenseront la prime avec une partie de l'indemnité qu'ils auront à payer; enfin, si le navire périt en partie ou subit des avaries, les assureurs exerceront leur privilège sur la partie sauvée qu'ils n'ont pas conservée, et cela parce qu'ils ont à payer une indemnité qui remplacera la partie perdue et en conservera la valeur dans le patrimoine du débiteur. On voit que ce qui est affecté au privilège, ce n'est jamais la valeur conservée par les assureurs. D'ailleurs, même dans le dernier cas, les assureurs auront bien rarement à user de leur privilège; car la créance de la prime s'éteindra par compensation avec l'indemnité qu'ils auront à payer et qui lui sera le plus souvent supérieure.

Si ce privilège est fondé sur une affectation tacite du navire aux assureurs, son rang s'explique très bien d'après les principes posés plus haut : il est primé par celui pour réparations du navire et pour prêt à la grosse qui lui

(1) Pard., n. 954. Dall., n. 257. Dufour, n. 181. Béd., n. 106, 117. Massé, n. 2976. Al. n. 1653, 1656. Demang., t. IV, p. 72.

(2) C'est cependant la raison donnée par Valin, *Ord.*, l. I, tit. 14, art. 16. Emerigon, *Assur.*, ch. 3, sect. 9. Dufour, n. 215. Cauvet, *Assur.*, n. 245. Demang., t. IV, p. 78.

Source BIU Cujas

sont antérieurs; car la créance de la prime ne naît qu'au moment où le navire prend la mer (art. 341 et 328) (1). Il prime celui des chargeurs, parce que, si le chargement est antérieur au départ, les avaries des marchandises ou le défaut de délivrance ne se produiront, au contraire, habituellement qu'après le commencement de la navigation.

1137. 11° *Les dommages-intérêts dus aux affréteurs pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées ou pour remboursement des avaries souffertes par lesdites marchandises par la faute du capitaine ou de l'équipage.* Cf. art. 192, 9°. — Ce privilège, de l'aveu de tous, résulte d'une affectation tacite du navire au recours des chargeurs, cela est démontré par l'art. 280, qui affecte aussi réciproquement les marchandises aux recours que peut avoir l'armateur. — Son rang se trouve expliqué par ce que nous venons de dire sous l'alinéa précédent.

Q. *Les affréteurs pourront-ils invoquer ce privilége si le capitaine a omis ou refusé de charger les marchandises qu'il s'est engagé à prendre?* — Il ne faut pas l'admettre, parce que les privilèges sont de droit étroit, et que notre alinéa ne parle que des marchandises *chargées*; il ne donne donc pas de privilège quand les marchandises ne sont pas chargées; — sans doute l'art. 289 ne contient pas cette formule restrictive; mais l'ensemble de ces décisions amène au même résultat : si ces marchandises ne sont pas chargées, il ne pourrait pas y avoir lieu au privilège de l'armateur sur elles; or, l'art. 280 paraît bien faire de la réciprocité une des conditions de ce privilège (2).

1138. **Durée de ces privilèges.**

Nous ne parlons ici que de leur durée normale, de celle que la loi leur assigne par la disposition même qui les constitue, indépendamment de toute circonstance extrinsèque, notamment sans supposer que le navire change de maître et qu'il puisse y avoir lieu à une purge (pour ce dernier cas, v. au § 2).

Les n°s 1 et 2 visent des frais qui précèdent immédiatement ou accompagnent la saisie et la vente; ils supposent nécessairement que les privilèges dont ils parlent s'exerceront dans un délai très court.

Toutes les autres créances dont parle notre article, sauf celles du vendeur et des constructeurs, sont subordonnées au dernier voyage; elles remontent tout au plus aux préparatifs faits en vue de ce dernier voyage. C'est ce qui résulte du texte exprès de la loi, sauf pour le n° 4 et pour le n° 11; mais il faut évidemment appliquer à ceux-ci la même restriction : — d'abord le n° 4, supposant que les agrès et apparaux sont encore déposés dans les magasins loués, suppose bien évidemment que le navire n'a pas réarmé depuis ce dépôt; — le n° 11 ne doit s'appliquer qu'aux chargeurs pour le dernier voyage, car ceux-ci ne peuvent être mieux traités que tous les créanciers qui passent avant eux, notamment les prêteurs à la grosse et les assureurs (n°s 9 et 10) (3).

(1) Béd., n. 126, 127. — Les auteurs que nous avons combattus plus haut ne justifient pas d'une manière satisfaisante le rang assigné aux assureurs : V. Cauvet, n. 245. Dufour, n. 225. Demang., t. IV, p. 78.

(2) Trib. Marseille, 3 mars 1870, D. P. 74. 2. 176. Valin, *Ord.*, l. 1, tit. 14, art. 16. Boulay-Paty, t. I, p. 150. Dall., n. 273. Béd., n. 134, 674. Al. n. 1661. Demang., t. IV, p. 82, 83. De Valr., n. 727.

(3) De Valr., n. 74.

Source BIU Cujas

Ceci étant posé, il résulte évidemment de l'art. 191 que tous les privilèges dont nous parlons disparaissent lorsque le navire a fait un nouveau voyage; car, à partir de ce moment, le voyage qui avait fait naître ces créances n'est plus *le dernier*. Ce n'est pas là une extinction accidentelle du privilège; il disparaît parce que les conditions essentielles de son existence ne subsistent plus, comme dans l'art. 2101, C. civ., le privilège pour les frais d'une maladie qui se trouve ne plus être la dernière, ou pour les fournitures antérieures aux derniers six mois ou à la dernière année (art. 2101, 5°) (1). Il s'ensuit que les créanciers des cinq premiers numéros ne doivent pas laisser partir le navire avant d'être payés, et que les autres peuvent sans danger laisser s'accomplir le voyage en cours ou le plus prochain voyage en vue duquel ils ont traité; mais une fois ce voyage terminé, ne doivent pas laisser repartir le navire sans faire leurs diligences. La loi a considéré que ces délais étaient bien suffisants pour l'exercice de leurs droits, et qu'il y aurait surprise pour les autres créanciers à voir apparaître plus tardivement leurs privilèges. — Du reste tous les créanciers visés par l'art. 191 resteront créanciers chirographaires lors même que leur privilège aura disparu par l'effet du voyage.

Quant au constructeur, la loi, en exigeant que le navire n'ait pas encore navigué, le met tout simplement en demeure d'exercer ses droits avant le premier départ du navire, comme les créanciers des cinq premiers numéros. — Nous réservons pour le moment ce qui concerne le vendeur.

1139. Q. Quand le navire aura-t-il fait un voyage, de façon à faire disparaître tous les privilèges des cinq premiers numéros, de façon à remplacer toute la série des privilèges relatifs au précédent voyage par la série des créanciers relatifs à ce nouveau voyage? L'art. 194 définit par certaines présomptions légales le voyage qui pourra éteindre le droit de suite des créanciers (art. 193). Q. *Faut-il l'appliquer aussi ici, où il s'agit d'éteindre le droit de préférence?* — 1er S. *Oui* : sans doute, l'art. 194, par sa place et les derniers mots de son texte, se réfère plus directement à l'art. 193 et au droit de suite; mais sa disposition est tout à fait générale et définit le voyage en mer d'une manière absolue; — ses motifs s'appliquent aussi au droit de préférence : le législateur a voulu empêcher qu'on n'éteignît les privilèges par un voyage de quelques heures, une simple promenade en mer. — 2e S. *Non* (!) : — l'a. 194 pose des présomptions très arbitraires, on ne peut donc l'appliquer en dehors du cas précis auquel il se réfère; — or sa place montre bien qu'il se réfère au droit de suite; la fin du texte, parlant d'une opposition des créanciers *du vendeur*, limite de même sa portée; et le commencement du texte, qu'on dit être général, répétant les mots mêmes de l'art. 193, *voyage en mer*, au lieu de dire simplement voyage, resserre encore le lien qu'il y a entre les deux articles; — il est bien sûr qu'il faudra un voyage sérieux pour produire de l'effet quant au droit de préférence; mais il faudra le caractériser par les circonstances de fait et non par les règles arbitraires de l'art. 194; les juges discerneront facilement le voyage véritable du voyage fictif; l'art. 194 complique la question plutôt qu'il ne la simplifie (v. *infrà*, n. 1148); il n'y a aucun avantage à y recourir; — le danger est moins grand ici que pour le

(1) V. Bordeaux, 5 mars 1861, D. P. 62. 2. 54. — Demang., t. IV, p. 71.

Source BIU Cujas

droit de suite; car l'intérêt du propriétaire est bien moindre; en général le nouveau voyage ne supprimera pas tout privilège sur le navire; il substituera seulement une nouvelle série de créanciers privilégiés, à la série précédente (1).

Du moment qu'on n'applique pas une règle uniforme puisée dans l'art. 194, *faut-il admettre que le dernier voyage ne devra pas s'entendre de la même façon dans les divers alinéas de l'art. 191, et que pour chaque privilège il aura un sens différent?* — Beaucoup d'auteurs l'admettent : — sans doute, dans un certain nombre de cas, la durée du voyage importera peu, s'il est sérieux; c'est dans toutes les hypothèses où le Code veut que la créance soit née « depuis l'entrée dans le port » ou « avant le départ du navire » (v. art. 191, 3°, 5°, 8°); — dans d'autres cas, la durée du voyage se mesurera sur le voyage réel; ce sera toutes les fois qu'il n'y aura aucune convention précisant, entre le créancier et le débiteur, le sens du mot *voyage*, p. ex. dans et 7° et le 8° (2); — mais si une convention a fixé la durée des obligations des parties, cette durée sera prise comme celle du voyage quant aux privilèges qui garantissent ces obligations : ainsi les matelots seront privilégiés pour les salaires dus depuis tout le temps pour lequel ils sont engagés d'après le rôle d'armement (art. 191, 6°, et 192, 2°), lors même qu'ils feraient plusieurs voyages pendant ce temps (3); ainsi, dans les rapports avec les assureurs (art. 191, 10°), le dernier voyage s'entendra de tout le *voyage assuré* ou de tout le temps couvert par l'assurance, lors même que le navire ferait plusieurs voyages réels pendant ce temps (4), et réciproquement si l'on a assuré séparément le voyage d'aller et le voyage de retour, après le retour l'assureur du voyage du retour sera seul privilégié, parce que ce voyage seul est le dernier voyage (5); enfin il en sera de même dans les rapports avec les chargeurs. — Pour nous, nous ne saurions admettre cette doctrine qui nous paraît tenir compte trop exclusivement de l'intérêt des créanciers privilégiés : — en subordonnant la durée des privilèges au dernier voyage, le législateur paraît avoir voulu laisser aux créanciers privilégiés un temps convenable et bien suffisant pour faire valoir leurs droits, mais empêcher que les privilégiés postérieurs ou les chirographaires ne soient trompés dans leur attente par l'apparition de créances accumulées depuis longtemps par la négligence ou la collusion du créancier; — en présence de cette explication si rationnelle de l'article, pourrait-on admettre que, des

(1) Valin, *Ord.*, l. I, tit. 14, art. 17. — Cass. 12 mai 1858, D. P. 58. 1. 208; Caen, 12 août 1861, S. 63. 2. 49, et la note. — Al. n. 1638. Aubry et Rau, § 263 bis, note 49. Desj., n. 131, 146, 153. De Valr., n. 42.

(2) Dufour, n. 123. Al. n. 1643. Demang., t. IV, p. 69. Laurin sur Cresp. t. I, p. 104. Desj., n. 146.

(3) Trib. comm. Marseille, 9 avril 1862. *J. Mars.*, 62. 1. 130, etc. — *Ord.*, l. 3, tit. 4, art. 8. Emerigon, ch. 17, sect. 11. — Pard., n. 672. Caumont, v° *Gens de mer*, n. 9. Béd., n. 72, 476. Dufour, n. 107-111. Al. n. 1638. Demang., t. IV, p. 47-48. Desj., n. 131. De Valr., n. 26.

(4) Cass. 12 mai 1858, D. P. 58. 1. 208; Trib. comm. Marseille, 5 déc. 1865, *J. Mars.*, 66. 1. 18, etc. — Emerigon, ch. 12, sect. 3. — Caumont, v° *Assurance*, n. 141, § 1. Cauvet, *Des assurances*, n. 246, 248. Béd., n. 128. Al. n. 1658, 1659. Demang., t. IV, p. 60. Laurin sur Cresp, t. I, p. 113 et suiv. Desj., n. 153. — *Contrà* : Dufour, n. 219 et suiv.

(5) V. anal. Rouen, 6 juin 1852, *Lehir*, 57. 2. 522. Al. n. 1659. — *Contrà* : Dufour, n. 225. Desj., n. 153.

Source BIU Cujas

matelots engagés pour quatre ou cinq ans, des assureurs, ayant fait une assurance à terme pour la même durée, puissent, après que le navire a fait vingt ou trente ou cent voyages durant ce temps, réclamer l'intégralité de leurs salaires ou de leurs primes, et absorber peut-être la valeur totale du navire ; — le législateur, en reproduisant toujours la même formule, « le dernier voyage », paraît bien évidemment avoir voulu adopter le même délai suffisant pour sauvegarder les droits de tous ; — ce délai doit s'entendre de ce qu'on appelle un voyage complet, comprenant l'*aller et le retour* ; tous les créanciers dont les droits sont nés pendant le voyage ou à propos de ce voyage attendront naturellement pour agir le retour en France ; mais quand le navire y sera revenu, ils n'auront pas de raison sérieuse pour ne pas agir, pour ne pas faire régler leurs droits à ce moment, et spécialement en cas de louage de matelots ou d'assurance pour une longue période, les matelots et les assureurs doivent naturellement faire payer alors ce qui leur revient pour le voyage accompli (1) (v. spécialement pour les matelots, *infrà*, n. 1219).

Très généralement le navire partira de son port d'attache pour y revenir, puisque c'est là son domicile légal ; et les *expéditions* qu'il doit prendre avant son départ indiqueront cette destination finale ; les créanciers antérieurs au départ auront donc toute facilité pour agir ; c'est sur cette hypothèse normale que s'est fondé le législateur pour établir sa règle. Quelquefois le navire devra revenir dans un autre port de France ou d'Europe, ses expéditions l'indiqueront encore, et les créanciers devront se tenir prêts à agir au port de retour. Il est possible cependant que le navire change sa destination au cours du voyage, surtout pour le retour, d'après les occasions de chargement qu'il rencontre ; dans ce cas, si c'est seulement un petit allongement du voyage, un voyage accessoire qu'il fait, il faudra considérer comme un voyage unique tout le temps où il est éloigné du port d'attache (2) ; mais si, après être revenu dans un autre port de France ou d'Europe, il repart pour un voyage d'une importance comparable à celui qu'il avait entrepris, sans se préoccuper de toucher à son port d'attache, ou s'il se met à faire un service entre deux pays étrangers, alors il faudra décider que son premier voyage s'est terminé lorsqu'il a touché en France ou en Europe, ou lorsqu'il a renoncé, au moins provisoirement, à y revenir. Sans doute, dans ce cas, les créanciers privilégiés seront trompés dans leur attente ; mais il n'y a pas de règle qui ne puisse, dans certains cas, présenter des inconvénients ; d'ailleurs les créanciers sont exposés à bien d'autres pertes par suite des fortunes de mer. Enfin, il n'y a pas de fiction que l'on puisse raisonnablement mettre ici à la place de la réalité ; il est impossible de soutenir que le même voyage dure toujours tant que le navire n'est pas rentré à son port d'attache (3).

1140. Nous avons réservé jusqu'ici le privilège du vendeur. C'est que, suivant nous, il n'est nullement subordonné au dernier voyage du navire (4),

(1) *Sic*, absolument, De Valr., n. 42, 68. *Sic*, au moins pour les assureurs : Dufour, n. 119 et suiv. Desj., n. 153.

(2) Dufour, n. 122-123. Demang., t. IV, p. 52. Desj., n. 137, pour le privilège du 191, 7°.

(3) *Contrà* : les mêmes auteurs. — Comp. De Valr., n. 42.

(4) *Contrà* : Emerigon, *Contr. à la gr.*, ch. 12. Locré, t. II, p. 26. Boulay-Paty, n. 122. Caumont, n. 35. Laurin, t. I, p. 105 et suiv. Desj., n. 140.

Source BIU Cujas

ni à aucun autre voyage entre les mains de l'acheteur. — C'est en lisant inexactement l'art. 191, 8°, qu'on a pu soutenir qu'il était éteint par le premier voyage postérieur à la vente (1) : — si en effet on applique au vendeur les mots « si le navire n'a pas encore navigué » (interprétation que nous avons repoussée plus haut), il faut dire qu'après le premier voyage du navire aucune vente ne pourra plus donner le privilège, mais, à moins d'ajouter au texte (2), on ne peut jamais lui faire signifier que, chaque vente produisant un privilège, chaque voyage consécutif l'éteindra. — On ne peut pas admettre non plus que le premier voyage entre les mains de l'acheteur éteigne le privilège du vendeur, par application de l'art. 194 (3). Cette opinion est fondée encore sur une intelligence superficielle de l'art. 194. Cet article suppose des privilèges ou des créances existant *contre le vendeur* et suivant le navire (en vertu de l'art. 190) entre les mains de l'acheteur; ce droit de suite s'éteint par le voyage dont parlent les art. 193, 194; mais cet article n'est nullement applicable à un privilège né directement contre l'acheteur, contre lequel on n'invoque qu'un droit de préférence; il ne serait applicable qu'à l'égard d'un sous-acheteur atteint alors par un droit de suite. — Aucun texte, par conséquent, ne limite la durée du privilège du vendeur; donc il subsiste quel que soit le nombre des voyages faits par le navire pourvu qu'il soit resté entre les mains de l'acheteur (4). Et cela se comprend : le vendeur a mis toute la valeur du navire dans le patrimoine de l'acheteur; il l'y a mise d'une manière définitive; tandis que tous les autres créanciers privilégiés ont seulement mis dans ce patrimoine une partie de sa valeur et d'une manière beaucoup moins stable, car toutes les opérations qui ont donné lieu à leurs créances sont de nature à se renouveler fréquemment et à des intervalles même assez rapprochés.

Il faut reconnaître que le privilège du vendeur passera ici, comme en droit civil pour les immeubles, après tous les créanciers privilégiés de son chef; car du moment que le droit de suite existe, tous les privilèges subsistent après la vente; et le vendeur ne peut prétendre à primer ceux dont il devait avant la vente subir la préférence. Mais une fois que ces privilèges, venus de son chef, seront éteints en vertu des art. 193, 194, alors il aura, à l'encontre des créanciers personnels de l'acheteur, le rang déterminé par l'art. 191, 8°.

1141. **Des autres privilèges sur les navires. Q.** *Faut-il admettre sur les navires les privilèges ordinaires, en dehors de ceux énumérés par l'art. 191?* (C. civ., art. 2101, 2102; C. com., art. 195, 549.) A première vue on pourrait croire à une pensée restrictive dans le début de l'art. 191 : « *Sont privilégiées, et dans l'ordre où elles sont rangées, les dettes ci-après désignées* »; et l'on pourrait ajouter, pour corroborer cette première impression, que, si l'on admettait d'autres privilèges en vertu du droit commun, on ne saurait où leur faire

(1) Caen, 12 août 1861, S. 63. 2. 49, et la note. Dufour, n. 141. Laurin, t. I, p. 105, 106. Desj., n. 140. De Valr., n. 58.

(2) Comme le fait tranquillement M. Desjardins, n. 140.

(3) Aix, 17 juill. 1828, D., v° *Dr. marit.*, n. 252. Béd., n. 95. Al. n. 1644 et suiv.

(4) Valin, *Ord.*, liv. 1, tit. 14, art. 17. Demang., t. IV, p. 62.

Source BIU Cujas

une place, puisque l'art. 191 établit une classification impérieuse entre les privilèges qu'il énumère. Mais il faut remarquer que les navires rentrant dans la catégorie des meubles (art. 190) tombent directement sous la formule générale des art. 2101 et 2102, C. civ.; il faudrait donc une disposition bien formelle pour les soustraire à l'application de ces textes; or quelque conjecture que puisse suggérer l'art. 191 sur la pensée du législateur, on n'y trouve pas une expression suffisante pour proscrire l'application du droit commun; — il est impossible d'admettre que les privilégiés généraux, dont la créance est vue avec tant de faveur par le législateur, puissent se faire payer sur toute la fortune mobilière du débiteur, et soient obligés de s'arrêter devant son navire, qui forme peut-être la plus grande partie de son actif; — il est impossible, parmi les privilégiés spéciaux, que, par exemple, celui qui a conservé le moindre meuble soit payé le premier sur sa valeur, et qu'il n'en soit pas de même de celui qui a conservé ou sauvé le navire, souvent au péril de sa vie; — quant à la difficulté de classification, nous allons voir qu'elle se réduit à peu de chose (1).

Il y aura seulement une réserve à faire : c'est que les créanciers dont l'art. 191 a parlé ne pourront pas, lorsqu'ils ne seront pas dans les conditions imposées par cet article, invoquer les dispositions de droit commun qui pourraient s'appliquer à eux. En s'occupant d'eux, le législateur a précisé et modifié à leur égard les règles du droit commun. Ainsi les matelots ou le capitaine ne pourraient pas, pour leurs gages de l'avant-dernier voyage, prétendre qu'ils rentrent dans la catégorie des gens de service (C. civ., art. 2102, 4°) ou des ouvriers et commis des marchands (C. com., art. 549) (2).

1142. Quels seront maintenant les privilèges de droit commun qui pourront s'appliquer aux navires?

Ce seront d'abord tous les privilèges généraux de l'art. 2101, C. civ. Nous ferons seulement observer que les frais de justice sont déjà mentionnés et classés au premier rang par l'art. 191. — Quant aux autres, leur classification sera facile soit que l'on fasse passer en droit commun les privilégiés généraux avant les spéciaux, soit qu'on les fasse passer après, rien ne sera dérangé à la liste de l'art. 191; les privilégiés généraux se placeront tous ensemble avant ceux de l'a. 191 ou à leur suite (3).

Parmi les privilèges spéciaux de l'art. 2102, C. civ., en éliminant ceux du vendeur et du bailleur des magasins où sont déposés les agrès et apparaux, il ne peut être question que de ceux fondés sur le gage et sur la conservation de la chose. — Quant au gage, on avait essayé de le constituer sur les navires; mais la difficulté, c'est qu'il exige la possession par le créancier. On avait pris divers moyens pour éluder cette condition (4); la L. 10 déc. 1874 a satisfait à ce besoin de la pratique en organisant l'hypothèque maritime;

(1) Dufour, n. 242 et suiv. Demang., t. IV, p. 83 et s. Al. n. 1667. Laurin sur Cresp, t. I, p. 130. Desj., n. 159. De Valr., n. 82 et suiv.

(2) Paris, 6 nov. 1866, D. P. 67. 2. 28. — Laurin sur Cresp, t. I, p. 130. Desj., n. 159. De Valr., n. 32.

(3) Comp. De Valr., n. 87.

(4) V. Demang., t. IV, p. 6, 7, 83. Al. n. 1665. Laurin, t. I, p. 131 et suiv. E. Mallet, *L'hypothèque maritime*, p. 9 et suiv. V. dans Desj., n. 160-162, une longue discussion sur ce point.

Source BIU Cujas

il ne peut plus guère être question du gage proprement dit. — Le privilège fondé sur la conservation de la chose a une application très importante au profit de ceux qui peuvent concourir au sauvetage du navire; l'art. 2102, 3°, permet de leur accorder un privilège pour lequel l'art. 261, C. com., (aj. ord. 1681, l. 4, tit. 9, a. 24, 26; Décl. 10 janv. 1770; L. 9-13 août 1791, a. 5, 6) ne donnerait qu'une indication insuffisante (1). Ils doivent être classés avant tous les créanciers antérieurs au sauvetage, puisqu'ils ont conservé leur gage; c'est le principe appliqué par plusieurs alinéas de l'art. 191, les 2°, 3°, 5°, 7°. Ils seraient au contraire primés par les créanciers postérieurs en date dont le privilège serait fondé sur une cause analogue. Ce classement ne dérangera que bien légèrement celui de l'art. 191. (2).

Enfin le privilège consacré par le Code de commerce au profit du commissionnaire (art. 95) peut-il exister sur un navire? — On l'a admis au profit du *consignataire* du navire, c'est-à-dire d'un commissionnaire spécial chargé de recevoir le navire à son arrivée dans un port lointain, d'en prendre soin et d'organiser tout ce qui concerne son retour (3). — Il est pourtant difficile de faire rentrer le navire parmi « les *marchandises* expédiées, déposées ou consignées »; — d'ailleurs pour nous la question est déjà tranchée dans le sens de la négative, puisque nous avons reconnu (n. 535) que le privilège n'existe qu'au profit du commissionnaire chargé de vendre; or ce n'est certainement pas là le rôle d'un consignataire de navire (4).

1143. **Assiette des privilèges.** Ces privilèges portent sur le navire avec tous ses accessoires; ce que nous avons dit plus haut (n. 1116) suffit amplement pour déterminer l'objet qui y est affecté. La seule question qui reste pendante est de savoir si, en cas de perte du navire, ils se transporteront sur l'indemnité due par les assureurs du navire. Nous examinerons cette question, à un point de vue tout à fait général, au n° 1320.

§ 2

Droit de suite des créanciers et son extinction.

1144. La règle générale de notre droit, non seulement en matière civile, mais aussi en matière commerciale, est que « les meubles n'ont point de suite par hypothèque » (C. civ., art. 2119); ce qui doit s'entendre en ce sens qu'en général ils ne donnent pas lieu à un droit de suite, pas plus en vertu de privilèges que d'hypothèques. L'art. 190, 2e al., déroge formellement à cette règle, en présentant bien, du reste, sa disposition comme une exception au principe que les navires sont meubles. Se plaçant immédiatement dans l'hypothèse de la vente d'un navire, il déclare qu'il est affecté aux dettes « du vendeur »; ce qui dit bien clairement qu'*après la vente* (puisqu'il y a un vendeur) il reste, entre les mains de l'acheteur, affecté aux dettes du vendeur.

(1) Rej. 29 mai 1878, D. P. 78. 1. 427. Al. n. 1664, 1667. Desj., n. 164. De Valr., n. 86.
(2) Comp. Desj., n. 165-166, 169. De Valr., n. 84.
(3) Trib. comm. Marseille, 26 oct. 1869, *J. Mars.*, 69. 1. 313. — Dufour, n. 242, 243. Demang., t. IV, p. 83, 84. Desj., n. 163.
(4) Al. n. 1666. De Valr., n. 85.

Source BIU Cujas

Cela serait déjà une grave dérogation au droit commun pour les dettes privilégiées que nous venons d'étudier; c'est l'extension aux navires d'une règle habituellement spéciale aux immeubles. Mais l'art. 190 va encore plus loin, en appliquant cette disposition « spécialement à celles que la loi déclare privilégiées »; il montre bien que le commencement de l'alinéa comprend même les *dettes chirographaires* (1). Un droit de suite, pour celles-ci, est une règle qui n'a aucune analogie dans notre droit. Certains auteurs ne voient dans l'art. 190, 2e al., que l'application de l'art. 1167, C. civ., permettant aux créanciers de faire annuler les aliénations faites par leur débiteur en fraude de leurs droits (2). Mais cette explication est en désaccord avec la généralité des termes de l'art. 190, qui maintient l'affectation du navire aux dettes du vendeur, sans exiger aucune des conditions nécessaires pour l'exercice de l'action révocatoire de l'art. 1167 : la preuve de l'insolvabilité du vendeur, de sa mauvaise foi et de la collusion de l'acheteur; — de plus, l'art. 196, 2e al., distingue avec soin les deux droits des créanciers, le droit de suite de l'art. 190 et le droit de révocation de l'art. 1167 (3).

Il suit aussi de cette doctrine que les créanciers ne seront astreints à aucune demande en justice pour exercer leurs droits : ils saisiront directement le navire entre les mains du vendeur, sans que celui-ci puisse leur opposer la mutation de propriété (cf. C. civ., art. 2169); ce droit de saisie résulte bien du texte de l'art. 190, 2e al., qui déclare le navire encore affecté aux dettes du vendeur; or, pour toute espèce de biens, être affecté à une dette, c'est pouvoir être saisi pour cette dette. L'acheteur aurait certainement le droit de délaisser le navire pour éviter l'ennui de suivre la procédure de saisie (cf. C. civ., art. 2172), car ce droit appartient à tout détenteur non personnellement obligé à la dette (4). Il pourrait aussi éviter la saisie en payant complètement les créanciers; alors ceux-ci évidemment ne pourraient se plaindre (cf. C. civ., art. 2168). Enfin il pourrait offrir aux créanciers son prix d'achat, mais sans que cette offre ait les effets attachés par le C. civ. à l'offre à fin de purge (C. civ., art. 2183 et suiv.); les créanciers seraient maîtres d'accepter cette offre (5), mais ne seraient pas obligés de surenchérir s'ils refusaient de l'accepter; en effet, une pareille obligation ne peut résulter que d'un texte qui fait absolument défaut ici; le Code de commerce a d'ailleurs organisé une autre purge dont nous allons parler immédiatement.

1145. Cette purge spéciale se produit très facilement et très promptement :

Art. 193. Les privilèges des créanciers seront éteints, — Indépendamment des moyens généraux d'extinction des obligations; — Par la vente en justice

(1) Rouen, 20 mai 1864, *J. Mars.*, 64. 2. 18. Valin, *Ord.*, l. 1, tit. 10, art. 2. Pard., n. 941, 949. Delam. et Lepoitv., t. V, p. 166, 167. Dufour, n. 40. Caumont, v° *Navire*, n. 10 et suiv. Béd., n. 451. Al. n. 1630. Laurin, t. I, p. 88, 89. — *Contrà* : Houzard, *Rev. prat.*, t. XXIII, p. 174.

(2) Boulay-Paty, t. I, p. 168. Aubry et Rau, t. IV, § 313, n. 14. — L'explication de Valin n'est pas claire sur ce point : *Ord.*, l. 4, tit. 10, art. 2.

(3) Béd., n. 49. Demang., t. IV, p. 32. De Valr., n. 4, 5.

(4) Dufour, n. 395 et suiv. Caumont, v° *Navire*, n. 43. Al. n. 1671. Laurin, t. I, p. 180, 181. Desj., n. 212.

(5) Si les créanciers acceptent cette offre, ils perdent évidemment le droit de saisir. V. Pard., n. 950. Dagev., t. II, p. 54. Béd., n. 151. Al. n. 1671.

Source BIU Cujas

faite dans les formes établies par le titre suivant; — Ou lorsqu'après une vente volontaire, le navire aura fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

Cet article ne parle que de l'extinction « des privilèges »; mais il doit évidemment s'appliquer aussi au droit de suite des créanciers chirographaires : — d'abord, il serait bien singulier que ce dernier droit subsistât, lorsque celui des créanciers privilégiés est éteint; il y a un *a fortiori* à tirer de l'art. 193; — de plus, l'ordonnance parlait, dans le même article, du droit de suite des créanciers ordinaires et de son extinction au moyen d'un voyage en mer ou de la vente par décret; elle rapprochait les dispositions qui forment maintenant l'art. 190, 2e al., et l'art. 193, et qu'on a séparées dans le Code pour insérer la liste des privilèges; rien n'indique qu'on n'ait pas voulu maintenir la relation intime qui existait entre ces deux dispositions (1).

Le Code rappelle d'abord les modes d'extinction par voie de conséquence; ce sont les causes générales d'extinction des obligations. Nous n'avons rien de spécial à en dire; il est clair que, quand la créance est éteinte, il ne peut plus être question du droit de suite.

Il y a ensuite les causes qui éteignent spécialement le droit de suite, *principaliter et per se*, comme la renonciation du créancier, la perte ou la prise du navire. — Enfin le Code indique les faits qui purgent le navire de ce droit; ce sont : d'une part, la vente sur saisie, conformément au droit commun, et, d'autre part, le voyage en mer au nom de l'acheteur, et sans opposition de la part des créanciers du vendeur. Nous n'avons à insister que sur ces deux derniers modes d'extinction.

1146. I. — **Vente sur saisie**. C'est l'application pure et simple du droit commun : v. C. pr. civ., art. 777 (2). — Notre article se sert du mot *vente en justice*, qui pourrait, s'il était seul, comprendre d'autres hypothèses, p. ex. la vente d'un navire appartenant à des mineurs ou à un failli (art. 572), celle qui peut devenir nécessaire en cas de désaccord entre les copropriétaires (art. 220, 3e al.). Mais la suite de l'alinéa limite la portée des premiers mots en renvoyant au titre suivant; il ne s'agit donc ici que de la vente forcée sur saisie; c'est aussi ce qu'indique l'art. 197; — cette solution est, du reste, conforme au droit commun, d'après lequel c'est seulement la vente forcée qui purge par elle-même les privilèges et hypothèques (C. pr. civ., art. 772, 3e al.; 777, dern. al.; v. aussi ci-dessus, n. 1078);—la L. 10 déc. 1874, fournit un argument de plus; car depuis son a. 18, dern. al., c'est seulement la vente faite conformément aux art. 201 et suiv., C. com., qui réduit le droit des créanciers hypothécaires à un droit de préférence sur le prix (3). — Les autres ventes que nous venons de citer rentreront dans le cas suivant.

(1) Cass. 16 mars 1864, S. 64. 1. 111. — Dufour, n. 34 et suiv.. 328. Béd., n. 137, 138. Demang., t. IV, p. 86. Desj., n. 191.

(2) Cf. *Ord.* 1673, l. 1, tit. 12, art. 1; liv. 2, tit. 10, art. 2; et Valin sous ces articles.

(3) Demang., t. IV, p. 89, 90. De Valr., n. 93. — *Contrà :* Pard., n. 950. Dagev., t. II. p. 4. Dufour, n. 361. Béd., n. 144, 1351. Al. n. 1668. Laurin, t. I, p. 168, 169. Desj., n. 196 et suiv. (avec quelques distinctions).

Source BIU Cujas

1147. II. — **Voyage en mer** au nom de l'acheteur et sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

Alors le droit de suite de ces derniers ne peut plus être opposé à l'acheteur. Mais toutes ces conditions sont nécessaires pour que les droits des créanciers soient éteints, sans cela leur droit de suite persiste indéfiniment (1).

Il faut que le voyage ait eu lieu « *sous le nom de l'acheteur* », c'est-à-dire après que la mutation de propriété aura été inscrite sur les registres matricules de la douane et sur l'acte de francisation; il faut aussi que le congé de sortie ait été pris sous le nom de l'acheteur (2). C'est le moyen légal de faire connaître la mutation aux tiers et de les mettre en demeure de faire valoir leurs droits; avant cela, elle ne leur est pas opposable. — Mais cette inscription ne suffit pas, il faut aussi le voyage en mer; car tant que le navire ne bouge pas, les tiers, que rien n'avertit, n'ont aucune raison qui les pousse à aller consulter les registres matricules ou à se faire exhiber l'acte de francisation.

Il faut, du reste, combiner cette règle avec ce que nous avons dit sur la durée des privilèges. Un voyage fait sans la mutation en douane, pourrait nuire beaucoup aux créanciers privilégiés; il leur ferait perdre leurs privilèges, comme cela arriverait s'il n'y avait pas eu de vente, attendu qu'ils ne seront plus créanciers pour *le dernier voyage*. Mais, redevenus simples chirographaires, ils auraient néanmoins le droit de suite qu'avaient et qu'ont encore les créanciers chirographaires; ils pourraient faire vendre le navire entre les mains de l'acheteur, ou le forcer à leur en payer le prix. Seulement, ils auraient à subir le droit de préférence des créanciers privilégiés pour le dernier voyage; du moins de ceux qui, ne traitant pas directement avec le propriétaire, mais avec le capitaine, n'ont pas pu s'apercevoir que l'acte de francisation n'était pas au nom de l'acheteur. Cela nous paraît être la conséquence nécessaire de l'art. 191 et de l'art. 216, 1er al. (3).

Il faut, de plus, que le voyage ait été fait « *sans opposition de la part des créanciers du vendeur.* » Nous pensons qu'il s'agit ici d'une opposition entre les mains de l'acheteur, lui défendant de payer son prix à leur préjudice (4). On a souvent parlé d'une opposition entre les mains des préposés des douanes, leur défendant de remettre au capitaine ses expéditions pour le départ; mais nous n'admettons pas que cette opposition soit possible (v. *infrà*, n. 1169). — Pendant le cours du voyage, ils peuvent encore former opposition entre les mains de l'acheteur (art. 194, *in fine*).

Cette opposition sauvegardera leur droit de saisir le navire avant son départ ou à son retour. En effet, par l'opposition, l'acheteur se trouve averti de

(1) Rouen, 26 mai 1840, D., v° *Dr. marit.*, n. 1464. — Valin, *Ord.*, liv. 2, tit. 10, art. 2. Boulay-Paty, t. I, p. 160. Dufour, n. 364. Béd., n. 145, 148. Al. n. 1669.

(2) Cass. 16 mars 1864, D. P. 64. 1. 161. — Dufour, n. 367, 382. Caumont, v° *Navire*, n. 41, § 4. Béd., n. 145. Demang., t. IV, p. 96, 97. Desj., n. 205. — *Contrà :* Cauvet, *Rev. de législ.*, 1849, p. 373 et suiv. Al. n. 1669. De Valr., n. 95.

(3) Dufour, n. 441, 442. — *Contrà :* Demang., t. IV, p. 102, 103.

(4) Béd., n. 151. Demang., t. IV, p. 98. — Il n'est pas nécessaire de la signifier au vendeur, puisque le Code ne l'exige pas : Dufour, n. 389. Demang., t. IV, p. 99. — *Contrà :* Béd., n. 151. Al. n. 1670. — Il n'est pas non plus nécessaire qu'elle soit suivie immédiatement d'une poursuite en justice : Demang., t. IV, p. 98.

Source BIU Cujas

garder son prix entre ses mains, soit pour le payer aux créanciers du vendeur, s'ils veulent l'accepter en maintenant la vente, soit pour le retenir définitivement si par l'effet de la saisie la vente se trouve résolue. Si les créanciers saisissent le navire, ils passeront avant tous les créanciers de l'acheteur (1). Mais l'opposition faite au cours du voyage les laisserait exposés à voir passer devant eux les privilèges nés pendant ce voyage, comme nous venons de le dire.

Le résultat de cette disposition, c'est qu'aucun acheteur prudent ne paiera son prix à son vendeur, avant la fin du premier voyage fait sous son nom.

1148. Mais quand le navire aura-t-il fait un voyage en mer?

Art. 194. Un navire est censé avoir fait un voyage en mer : — Lorsque son départ et son arrivée auront été constatés dans deux ports différents et trente jours après le départ; — Lorsque, sans être arrivé dans un autre port, il s'est écoulé plus de soixante jours entre le départ et le retour dans le même port, ou lorsque le navire, parti pour un voyage de long cours, a été plus de soixante jours en voyage, sans réclamation de la part des créanciers du vendeur.

Ces présomptions ont été posées pour éviter que l'acheteur, voulant éteindre rapidement les privilèges dont il s'agit, ne fît faire au navire un voyage de quelques jours ou même de quelques heures, une véritable promenade en mer. On a cherché de diverses manières à définir le voyage; on n'a trouvé rien de mieux que la rédaction de notre article qui était proposée par la commission (2).

Le premier alinéa, supposant que le navire se rend dans un port différent du port de sortie, exige un intervalle de trente jours au moins entre le départ et l'arrivée (3). C'est une exigence peut-être un peu forte pour les navires qui font le cabotage et pour les vapeurs, même faisant des voyages de long cours; mais ce délai a paru nécessaire pour déjouer les fraudes que l'on craignait; de plus les voyages plus courts s'additionneront, comme nous allons le voir; de sorte que cette solution ne rend pas la purge impossible (4). — Des auteurs entendent autrement le texte de l'art. 194 : pour eux, peu importe la durée du voyage, lors même qu'il n'aurait duré qu'un jour, si le navire est ensuite resté vingt-neuf jours au port d'arrivée, le droit de suite sera purgé; ils rattachent les mots « *et trente jours après le départ* » à la proposition initiale de

(1) Et ceux mêmes qui auraient négligé de former opposition viendront en concours avec les opposants; car c'est seulement à l'encontre de l'acheteur qu'ils sont déchus, la loi ne leur enlève que le droit de suite, mais non le droit de préférence : Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 10, art. 2. Al. n. 1671. *Contrà* : Dufour, n. 439 et suiv.

(2) L'ordonnance (l. 2, tit. 10, art. 2) exigeait toujours et seulement un changement d'amirauté. — Actuellement, nous pouvons ajouter avec tous les auteurs qu'il faut que le navire fasse un voyage commercial, et ne se déplace pas seulement pour se faire radouber, lors même que les autres conditions de l'article seraient remplies : *Ord.*, l. 2, tit. 10, art. 2. Pard., n. 950. Boulay-Paty, t. I, p. 166. Dagev., t. II, p. 47. Dufour, n. 447. Al. n. 1672. Demang., t. IV, p. 92.

(3) Le départ et l'arrivée seront *constatés* par les registres d'entrée et de sortie, tenus par l'administration dans chaque port.

(4) *Sic* : Pard., n. 950. Boulay-Paty, t. I, p. 165. Dageville, t. II, p. 48. Béd., n. 150. Al. n. 1672.

Source BIU Cujas

l'article : « le navire est censé avoir fait un voyage en mer » (1). Mais cette manière d'entendre l'article est contraire au sens naturel de la phrase, qui ne serait vraiment pas française si elle devait se lire comme on le veut; — elle est contredite aussi par l'absence de toute ponctuation avant les mots « et trente jours... »; ce qui fait que ces mots ne peuvent se rattacher qu'à la proposition « lorsque son départ et son arrivée auront été constatés... »; — enfin l'alinéa suivant, exigeant très formellement que les soixante jours dont il parle se soient placés entre le départ et l'arrivée, il doit en être de même des trente jours du 1er al., sans cela les dispositions de la loi seraient tout à fait incohérentes (2).

Q. Quid *si le navire, dans un voyage unique, a fait plusieurs échelles sur sa route, pour déposer des marchandises ou en prendre, ou encore s'il a réellement fait dans ce délai plusieurs voyages distincts en renouvelant complètement sa cargaison?* Faudra-t-il dire qu'aucun de ses voyages ne sera compté tant que le navire ne sera pas resté trente jours de suite en mer? Telle ne nous paraît pas être la pensée des rédacteurs du Code : — ce système retarderait indéfiniment, pour certains navires, la purge du droit de suite, que le Code a certainement voulu limiter à un temps très court; il renferme une exigence complètement inutile pour le but qu'on se proposait, qui est d'empêcher qu'on ne fasse circuler le navire sans but, uniquement pour éteindre le droit des créanciers; — le texte de l'art. 194, qui doit être entendu restrictivement, puisqu'il s'agit d'une présomption légale, exige seulement que le départ et l'arrivée aient été constatés à trente jours de distance, dans deux ports différents, sans s'occuper de ce qui s'est passé dans l'intervalle; — enfin, c'est ainsi que M. Berlier a entendu le texte (3) en signalant les difficultés que ce système pourrait faire naître pour le classement des privilèges, et son interprétation n'a été combattue par personne (4). — Nous dirons donc qu'il faut et qu'il suffit, pour purger, d'établir l'arrivée du navire dans un port, trente jours au moins après le départ qui a suivi l'inscription de la vente sur l'acte de francisation, sans se préoccuper des arrêts intermédiaires (5); et l'expiration seule des trente jours n'opère pas la purge jusqu'au moment de la plus prochaine arrivée du navire dans un port (6). Bien entendu il faudrait excepter le cas de fraude manifeste; comme si le navire, après un voyage d'un jour à vide, était resté inactif dans un port de relâche, pour repartir vide le trentième jour et

(1) Dufour, n. 452-460. Al. n. 1672. Demang., t. IV, p. 94. Laurin, t. I, p. 174 et suiv. Desj., n. 202. De Valr., n. 116. — Les mêmes auteurs (sauf Laurin et Desjardins) appliquent leur doctrine lors même que dans l'intervalle le navire serait rentré au port de départ.

(2) Aussi Demangeat (t. IV, p. 95) ne parvient pas à s'expliquer le second alinéa de l'art. 194.

(3) Locré, t. XVIII, p. 304.

(4) Béd., n. 150. Desj., n. 201 (implicit.). De Valr., n. 116.— *Contrà*, dans ses motifs, Cass. 12 mai 1858, D. P. 58. 1. 208.

(5) Béd., n. 150. — Pour les auteurs qui n'exigent pas trente jours d'intervalle entre le départ et l'arrivée (v. note 1 ci-dessus), la question se pose autrement; ils se demandent si le navire peut être considéré comme *arrivé*, quand il est dans un port d'échelle ou de relâche, et ils répondent négativement : Dufour, n. 449-450. Al. n. 1672. Demang., t. IV, p. 92, 93. Laurin, t. I, p. 173; — *contrà* : Béd., n. 150.

(6) Rennes, 24 déc. 1858 (cité par Dufour, n. 461). — *Contrà* : Demang., t. IV, p. 94.

Source BIU Cujas

arriver le trente et unième, dans un troisième port. La loi, par ses présomptions, peut diminuer les cas de fraude, mais ne peut pas les supprimer tous; et les juges sont là pour en tenir compte.

Quant aux difficultés signalées par M. Berlier, elles ne sont pas graves; les divers voyages, faits dans les trente jours étant considérés comme un seul voyage, les arrêts intermédiaires seront considérés, au point de vue de la purge, comme de simples escales, et on leur appliquera les règles que nous avons indiquées pour les dépenses faites au cours du dernier voyage (v. notamment, art. 191, 6° et 7°, n. 1130 et suiv.).

1149. Notre article suppose ensuite que le navire, sans entrer dans un autre port, est revenu à son port de départ. Il exige alors qu'un intervalle de soixante jours sépare la sortie et l'entrée. L'hypothèse se réalisera rarement; pourtant elle n'est pas impossible; par exemple, pour un navire de pêche, ou dans le cas où le port de destination se trouverait bloqué et où le capitaine n'aurait pas pu entrer dans un des ports voisins de la même puissance, comme le lui enjoint l'art. 279.

Enfin, lorsque le navire est parti pour un voyage au long cours, il suffit, pour l'extinction du droit de suite, qu'il ait été plus de soixante jours en voyage sans réclamation de la part des créanciers du vendeur. L'expiration des soixante jours sans réclamation éteint immédiatement le droit de suite; l'acheteur peut librement payer son prix; les créanciers du vendeur ne pourront plus le forcer à repayer; ils ne pourront pas non plus saisir le navire au préjudice des créanciers, privilégiés ou non, de l'acheteur. — Mais la fin de l'article n'abroge pas le premier alinéa : s'il arrive avant les soixante jours, mais après trente jours de navigation, la purge sera opérée (1).

1150. Q. *Les créanciers du vendeur postérieurs à la vente, mais antérieurs à l'inscription de cette vente sur les registres matricules et sur l'acte de francisation, pourront-ils faire opposition et saisir le navire entre les mains de l'acheteur?* Il nous paraît impossible d'en douter : — cette inscription est exigée dans l'intérêt des créanciers du vendeur; or, les plus lésés seraient précisément ceux qui nous occupent, qui lui auraient donné du crédit en comptant sur le navire, vendu à leur insu; si les créanciers chirographaires ne peuvent invoquer le défaut de transcription en matière immobilière, c'est qu'ils n'ont pas de droit de suite; mais, du moment que la loi accorde ce dernier droit, elle doit donner aussi le droit de se prévaloir du défaut de publicité de l'aliénation (2).

Q. Quid *de ceux qui, la vente étant inscrite régulièrement, sont depuis devenus créanciers du vendeur pendant la durée du voyage?* — Pour ceux-là, la vente inscrite avait complètement dessaisi le vendeur à leur égard, avant la naissance de leur créance; ils n'ont donc jamais eu de droits sur le navire; il ne peut être question pour eux d'un droit de suite (3).

(1) Béd., n. 150. Demang., t. IV, p. 95-96. Laurin, t. I, p. 177. Desj., n. 204. — *Contrà* : Dufour, n. 468.

(2) Cass. 16 mars 1864, S. 64. 1. 611. Caumont, v° *Navire*, n. 43. Dufour. n. 388, 516. Béd., n. 152. Demang., t. IV, p. 99. Laurin, t. I, p. 179, 180. Desj., n. 207. De Valr., n. 98. — *Contrà* : Bordeaux, 22 août 1860, S. 60. 2. 49. Pard., n. 950. Dageville, t. II, p. 56. Delvincourt, t. II, p. 194. Dall., n. 291. Al. n. 1629, 1670.

(3) Béd., n. 152.

Source BIU Cujas

§ 3

De la vente volontaire des navires.

Art. 195. La vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit, et peut avoir lieu par acte public, ou par acte sous signature privée. — Elle peut être faite pour le navire entier, ou pour une portion du navire. — Le navire étant dans le port ou en voyage.

1151. La disposition importante de cet article est celle qui exige que la vente soit faite par écrit (1). Elle a certainement pour but de proscrire la preuve testimoniale (2). Mais elle soulève des difficultés.

Q. *L'écrit est-il exigé* ad solemnitatem *ou seulement* ad probationem? En d'autres termes, la vente sans écrit est-elle absolument nulle, ou peut-elle être prouvée par les modes de preuve ordinaires, notamment l'aveu et le serment? — D'abord, à l'égard des tiers, l'écrit est nécessaire, car, sans lui, la douane ne fera pas la mutation sur les registres (Décr. 21 sept. 1793, art. 4; L. 17 vend. an II, art. 18); et ne l'inscrira pas au dos de l'acte de francisation (3). — Entre le vendeur et l'acheteur, nous admettrons que la vente pourra se prouver autrement, notamment par l'aveu et le serment : suivant la règle que nous avons déjà appliquée et que nous appliquerons encore plus tard, nous n'admettons pas, sans un texte tout à fait formel, que l'écrit soit exigé pour la validité même de l'acte; ce qui est tout à fait exceptionnel et exorbitant dans notre droit (4).

Q. *Pourra-t-on prouver la vente entre les parties par la correspondance ou par les livres?* — 1er S. *Oui* : — la loi a voulu seulement proscrire la preuve testimoniale; — les livres et la correspondance sont des preuves écrites; si l'on admet l'aveu comme preuve, les livres et la correspondance seront valables comme contenant un aveu (5). — 2e S. *Non* (!) : — la loi ne demande pas seulement une preuve écrite, elle indique spécialement l'acte public et l'acte sous signature privée : or, l'énumération de l'article 109 prouve que ces mots désignent un écrit signé par les deux parties et excluent la correspondance et les livres qui sont nommés à part; — par conséquent, la loi, en exigeant au moins un acte sous seing privé, proscrit implicitement la preuve de l'aveu

(1) De plus, l'acte doit contenir copie de l'acte de francisation : L. 27 vendémiaire an II, art. 18.

(2) Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 10, art. 3. Pard., n. 607. Delvincourt. t. II, p. 194. Boulay-Paty, t. I, p. 167. Caumont, v° *Navire*, n. 45, § 2. Dall., v° *Dr. marit.*, n. 91. Dufour, n. 477, 488. Béd., n. 155. Demang., t. IV, p. 20. Desj., n. 73.

(3) Pard., t. III, p. 28 et suiv. Delam. et Lepoitv., t. IV, p. 183 et suiv. Dufour, n. 489, 490. Al. n. 1675. Demang., t. IV, p. 20. Laurin, p. 264. — *Contrà :* Béd., n. 156.

(4) Trib. comm. Marseille, 2 août 1860, *J. Mars.*, t. XXXVIII. 1. 238. Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 10, art. 3. Pard., n. 607. Delvincourt, t. II, p. 194. Boulay-Paty, t. I, p. 167. Caumont, v° *Navire*, n. 45, § 2. Dall., v° *Dr. marit.*, n. 91. Dufour, n. 477, 488. Demang., t. IV, p. 20. Desj., n. 72. De Valr., n. 127. — *Contrà* : Delam. et Lepoitv., t. IV, n. 89. Béd., n. 156.

(5) Bordeaux, 23 avril 1872, D. P. 73. 2. 37. Demang., t. IV, p. 20-21.

Source BIU Cujas

extrajudiciaire par tout autre moyen, de même que l'article 1355, C. civ., n'accepte pas la preuve d'un aveu verbal quand la preuve testimoniale n'est pas admise (1).

Puisque nous admettons que l'article 195 établit en notre matière les exigences du droit civil, nous en conclurons que l'acte sous seing privé devra être fait double (art. 1325) (2). — Mais il n'y a pas à soulever de question pour la date certaine (art. 1328, C. civ.); puisque la mutation en douane est nécessaire pour que l'acte soit opposable aux tiers, même aux créanciers chirographaires du vendeur (3).

1152. Il résulte, en effet, de l'interprétation que nous avons donnée à l'article 193 (v. n. 1147, 1150), que la vente non inscrite sur les registres de la douane et sur l'acte de francisation n'est pas opposable aux tiers créanciers du vendeur, privilégiés ou non (4). — Nous pensons qu'il en faut dire autant du *tiers-acquéreur*, à qui le vendeur aurait vendu une seconde fois, et qui aurait fait inscrire son acquisition; car les raisons sont exactement les mêmes pour le droit de suite du premier acheteur que pour le droit de suite des créanciers (5). La jurisprudence admet que si les tiers avaient personnellement connu la vente, ils ne pourraient argumenter du défaut de publicité (6).

1153. La vente des navires est, comme toute vente, soumise à des droits d'**enregistrement**. D'après la L. 21 avril 1818, art. 56 et 64, elle ne payait qu'un droit fixe d'un franc. La L. 28 février 1872, art. 5, 2°, la soumet à un droit proportionnel de 2 %, comme toute transmission de meubles à titre onéreux, en revenant ainsi au régime de la L. 22 frim. an VII, art. 69, § 5, n° 1.

1154. Art. 196 La vente volontaire d'un navire en voyage ne préjudicie pas aux créanciers du vendeur. — En conséquence, nonobstant la vente, le navire ou son prix continue d'être le gage desdits créanciers, qui peuvent même, s'ils le jugent convenable, attaquer la vente pour cause de fraude.

La loi veut dire que le voyage pendant lequel la vente a eu lieu ne compte pas pour la purge des droits des créanciers du vendeur (7); c'est unique-

(1) Rej. 26 mai 1852, D. P. 52. 1. 178; Bordeaux, 5 juin 1851, *J. Mars.*, 61. 2. 114. — Delam. et Lepoitv., t. V, n. 89. Dufour, n. 477, 488. Al. n. 1675 et suiv. Cresp, t. I, p. 260. Massé, n. 2562. Desj., n. 73. De Valr., n. 129.

(2) Dufour, n. 480. Al. n. 1679. Demang, t. IV, p. 22. Laurin, t. I, p. 261 et suiv. Desj., n. 73.

(3) Dufour, n. 516 et suiv. Béd., n. 152. Cresp, t. I, p. 266 et suiv. — *Secus* : Pard., n. 607. Dageville, t. II, p. 51. Dall., n. 93. Al. n. 1679. Boulay-Paty, t. I, p. 168.

(4) Rouen, 31 juill. 1876, D. P. 78. 2. 101, etc., etc. — Pard., n. 607, 620. Delam. et Lepoitv., t. IV, p. 85 et suiv. De Valroger, *Rev. crit.*, t. XXV, p. 193 et suiv. Caumont, v° *Navire*, n. 45, et v° *Armateur*, n. 9. Dufour, n. 508. Béd., n. 155. Demang., t. IV, p. 22 et suiv. Cresp et Laurin, t. I, p. 265 et suiv. Desj., n. 76. De Valr., n. 136. — *Contrà* : Cauvet, *Rev. de législ.*, t. III, p. 286.

(5) Cass. 3 juin 1863, S. 63. 1. 287. Desj., n. 76. — *Contrà* : Al. n. 1675-1677. — Comp. Dufour, n. 512, 513. — Mais évidemment la mutation en douane n'est pas nécessaire *inter partes* : Rennes, 7 juin 1878, D. P. 79. 2. 125.

(6) Trib. Marseille, 9 mai 1876, *Journ. Mars.*, 76. 1. 186, etc. Dufour, n. 512. Laurin, t. I, p. 268. De Valr., n. 137.

(7) Demang., t. IV, p. 103. De Valr., n. 148.

Source BIU Cujas

ment le voyage subséquent, fait sous le nom de l'acheteur, et sans une saisie ou une opposition de leur part, qui pourrait les éteindre. Le *voyage* doit s'entendre ici dans le sens que nous avons défini au n. 1139; c'est seulement après le retour en France que les créanciers seront mis à même d'exercer leurs droits, de surveiller les mouvements du navire et de connaître la mutation de propriété (1). — La réserve de la fin de l'article fait allusion au droit commun de l'art. 1167, C. civ.

1155. Nous devons insister un peu sur les **droits du vendeur**.

Nous avons déjà suffisamment parlé de son *privilège* (n. 1134, 1140); nous avons seulement à nous demander s'il subsiste même en cas de faillite de l'acheteur. Nous admettons l'affirmative, car l'art. 191, 8°, le consacre absolument sans réserver le cas de faillite, et l'art. 550, dernier al., qui supprime dans ce cas le privilège du vendeur d'effets mobiliers ne renvoie qu'à l'a. 2102, 4°, C. civ., et non à notre a. 191 (2). — Quant au droit de *revendication* de l'art. 2102, 4°, C. civ., proscrit en cas de faillite par le même art. 550 pour tous les effets mobiliers, comme il n'en est pas parlé spécialement à propos des navires, il faut dire que pour ceux-ci il reste exclu en cas de faillite par la proscription générale (3). — Enfin, le *droit de résolution* du vendeur non payé (C. civ., art. 1654) est admis en cas de faillite dans certains cas particuliers, indiqués sous le nom de *revendication* par l'art. 576 (c'est du moins ainsi que nous entendons cet article, v. n. 1005); mais les termes de cet article ne peuvent évidemment s'appliquer aux navires, car il parle de *marchandises expédiées*, de livraison *dans les magasins* du failli, et les conditions qu'il exige ne peuvent se rencontrer pour les navires. Mais qu'en conclurons-nous? **Q.** *Le droit de résolution pourra-t-il être invoqué par le vendeur de navire non payé?* — 1er S. *Non* : — du moment que l'art. 576 ne peut s'appliquer à ce cas, nous n'avons plus rien qui nous autorise à admettre un droit de revendication du vendeur; car les art. 574 et suiv. sont essentiellement limitatifs; ce droit serait très dangereux pour les créanciers de l'acheteur; — surtout puisque, en l'absence d'aucune cause spéciale d'extinction inscrite dans la loi, il faudrait le faire durer pendant trente ans (4). — 2e S. *Oui* (!) : — nous avons vu, à propos des art. 574 et suiv. (n. 998), qu'il y a beaucoup de cas de revendication qui n'ont pas été prévus par ces articles; sans doute, ces articles sont limitatifs en un sens : c'est que, dans les matières dont ils s'occupent, on ne peut admettre des applications de la revendication en dehors de celles qu'ils ont prévues; l'argument *à contrario* est parfaitement légitime dans cette mesure; mais pour les matières dont ils n'ont pas traité, la revendication est admissible quand elle résulte d'ailleurs des principes : d'où

(1) Comp. Dufour, n. 611. Béd., n. 160. Al. n. 1681. Demang., t. IV, p. 103. Laurin, t. I, p. 379 et suiv. Desj., n. 82.

(2) Bordeaux, 5 juill. 1859, S. 60. 2. 83. — Renouard, t. II, p. 275. Lainné, p. 385. Dufour, n. 148. Al. n. 1647. Demang., t. IV, p 63. Laurin, t. I, p. 105. De Valr., n. 63. — *Contrà :* Dageville, t. II, p. 26.

(3) Emerigon, ch. 12, sect. 4, n. 7. Dageville, t. II, p. 26. Dufour, n. 144-146, 195. Demang., t. IV, p. 62, 63. De Valr., n. 63. — Béd., n. 99, et Al. n. 1647, repoussent absolument la revendication, même en dehors du cas de faillite.

(4) Marseille, 6 mars 1851, *J. Mars.*, t. XXX. 1. 53, etc. Boulay-Paty, t. I, p. 122. Béd., n. 93 et suiv. Laurin, t. I, p. 108-109.

Source BIU Cujas

nous concluons que, l'art. 576 étant inapplicable aux navires, le droit de résolution doit exister pour eux en vertu de l'article 1654, C. civ.; — d'ailleurs, les motifs des restrictions de l'art. 576 (v. n. 1006) ne s'appliquent pas non plus aux navires : les navires ne sont pas, comme les marchandises, destinés à être revendus dans un délai très court; — l'art. 576 se rattache intimement à la règle « en fait de meubles possession vaut titre »; c'est à raison de cette règle que les tiers ont pu accorder du crédit à l'acheteur sur la seule vue des marchandises en sa possession; or cette règle est inapplicable aux navires, comme nous allons le montrer tout à l'heure; ceux qui veulent traiter avec l'acheteur ne doivent pas s'en rapporter à sa seule possession, ils doivent exiger une preuve écrite de la vente (art. 195); ils doivent de plus exiger la mention sur l'acte de francisation, sans laquelle le droit de l'acheteur est très précaire; ils ne peuvent même compter sur le navire qu'après un voyage en mer au nom de l'acheteur (art. 193); car jusque-là ils sont exposés au droit de suite des créanciers du vendeur; ils ne peuvent donc avoir aucune sécurité jusqu'à ce moment; ils ne seront donc pas injustement surpris par le droit de résolution du vendeur; — cette considération nous fournit aussi un terme au delà duquel le droit de résolution ne pourra pas s'exercer : ce sera le voyage en mer des art. 193 et 194; il est évident que le droit de résolution du vendeur ne saurait aller au delà; car sans cela ses créanciers reprendraient indirectement ce que l'art. 193 leur enlève, en exerçant du chef du vendeur le droit de résolution (art. 1166, C. civ.). — Ce droit nous paraît donc à la fois inattaquable et renfermé dans de justes limites. (1).

Appendice : de la prescription applicable à la propriété des navires.

1156. La règle de l'art. 2279, C. civ. : « en fait de meubles possession vaut titre » ne s'applique pas aux navires : — en effet, les motifs de cette règle ne se rencontrent pas pour les navires : ce ne sont pas des biens dont les mutations s'opèrent fréquemment et rapidement, comme celles des autres meubles, par de simples traditions manuelles; au contraire la vente des navires doit toujours être écrite (art. 195) et mentionnée sur les registres de la douane; l'acheteur doit donc toujours pouvoir montrer son titre, et il peut exiger du vendeur, avant d'acheter, qu'il lui prouve la filiation de sa propriété; il ne risque donc pas, comme l'acheteur des autres meubles, d'être surpris par une revendication imprévue, et c'est uniquement ce danger contre lequel l'art. 2279 a voulu protéger les acquéreurs de meubles, pour ne pas enlever toute sécurité à la propriété mobilière; — l'art. 190, 2e al., conservant un droit de suite au moins pour les créanciers du vendeur, pendant un certain temps après la vente, lors même que l'acheteur a acquis *à domino* et est en possession; il est impossible d'admettre que l'acheteur qui aurait acquis *à non domino* fût immédiatement à l'abri de toute action; — enfin la création de l'hypothèque maritime par le législateur a encore rapproché les navires des immeubles. (2).

(1) De Valr., n. 62.

(2) Cass. 18 janv. 1870, D. P. 70. 1. 128, et la note de M. Labbé sous cet arrêt dans S. 70. 1. 145. Pard., t. III, n. 617. Dagev., t. II, n. 157. Boulay-Paty, t. I, n. 251. Goujet et Merger, *Dict.*, v° *Navire*, n. 146. Dall., n. 94. Dufour, n. 593 et suiv. Béd., n. 161 bis.

Source BIU Cujas

Si l'acheteur, ayant acquis *à non domino*, ne devient pas immédiatement propriétaire, il est impossible d'admettre qu'il le devienne par l'effet du premier voyage en mer fait sous son nom ; on ne peut pas lui permettre d'invoquer pour cela les art. 190, 2e al., et 193 : car l'art. 193 n'éteint par le voyage en mer que le droit de suite des créanciers, il n'éteint pas le droit de propriété d'un véritable propriétaire, sans l'assentiment duquel on a vendu (1).

Enfin on ne peut pas appliquer aux navires la prescription de dix à vingt ans au profit d'un possesseur de bonne foi (C. civ., art. 2265) : car, — d'une part cet article ne parle que des immeubles, et une prescription étant toujours exceptionnelle ne peut s'étendre hors de ses termes; — d'autre part on n'aurait aucune règle certaine pour apprécier si le véritable propriétaire est domicilié dans le ressort de la cour d'appel de la situation réelle du navire; car le port d'attache ne peut pas être considéré comme la situation réelle du navire, pendant que celui-ci est en voyage ; — enfin la bonne foi peut très difficilement se supposer ici en présence des formalités exigées pour la mutation de propriété (v. *suprà*, n. 1151) (2).

La propriété des navires ne pourra donc se prescrire que par trente ans (C. civ., art. 2262). Mais les trente ans commenceront à courir dès la prise de possession, avant toute mutation, en douane (3); car le véritable propriétaire a pu agir avant la mutation, quoique sans doute il ait été moins averti à ce moment; et dès qu'une action a pu être exercée pendant trente ans, elle est éteinte.

Notons en terminant que le capitaine ne peut jamais prescrire le navire (art. 430; v. *infrà*, n. 1441).

§ 4

De l'hypothèque des navires.

1157. L'hypothèque des navires a été créée par la **L. 10 décembre 1874**, pour fournir à notre marine marchande un nouvel élément de crédit, en permettant d'utiliser à cet effet une valeur que l'on n'estime pas à moins de trois cents millions pour la France entière. Cette institution figurait déjà dans le projet de révision du livre II du code de commerce, élaboré par une commission nommée en 1865, mais qui n'avait pas abouti avant la chute de l'Empire. Détachée de ce projet, pour faire l'objet d'une proposition de loi spéciale par MM. Peulvé, Grivart et Savoye, elle avait été récemment recommandée d'une façon toute particulière à l'Assemblée nationale par l'una-

Demang., t. IV, p. 12-13. Cresp., t. I, p. 218 et suiv. Al. n. 1077. De Folleville, *Possession des meubles*, n. 60. Desj., n. 57. De Valrog., t. I, n. 3.— *Contrà :* Rouen, 3 juill. 1867, D. P. 67. 2. 57. Merlin, *Rép.*, v° *Navire*, § 1.

(1) Boulay-Paty, t. I, p. 351. Dageville, t. II, p. 57. Dall., n. 188. Béd., n. 161 ter, 1034, 1945. Labbé dans S. 70. 1. 145. Al. n. 1680. Demang., t. IV, p. 28-29. — *Contrà :* Pard., n. 618. Dufour, n. 593 et suiv.

(2) Béd., n. 1934. Al. n. 1680. Demang., t. IV, p. 29. Laurin et Cresp, t. I, p. 289. — Desj., n. 90. — *Contrà* : Labbé dans S. 70. 1. 145.

(3) Desj., n. 90. — *Contrà* : Béd., n. 1932, 1933.

Source BIU Cujas

nimité de la commission nommée par le gouvernement, en exécution de la L. 28 juillet 1873, pour rechercher les remèdes à apporter aux souffrances de la marine marchande. Aussi elle a été admise à peu près sans opposition (1).

L'institution d'une hypothèque sur des objets déclarés meubles par l'art. 190 a soulevé des scrupules dans la commission chargée d'élaborer le projet de loi, et des objections lors de la discussion de ce projet. Mais il a été très judicieusement constaté qu'il n'était pas possible d'établir aucune autre sûreté réelle sur le navire; le gage, auquel on aurait pu songer, était en effet impossible, puisqu'il est de son essence que le créancier soit mis et reste en possession de l'objet engagé (C. civ., art. 2076; C. com., art. 92), tandis que le navire ainsi remis au créancier perdrait toute utilité pour son propriétaire (2); on a fait remarquer aussi que ce moyen ne permettrait pas d'affecter le navire à plusieurs créanciers successivement, ni, dans le cas très fréquent de copropriété, d'affecter séparément les parts des différents copropriétaires. Enfin, le rapporteur de la commission, M. Alfred Dupont, a expliqué que celle-ci n'avait pas voulu de parti pris et *à priori* consacrer cette innovation d'une hypothèque sur un meuble, mais qu'on avait décidé d'organiser l'affectation volontaire des navires aux créanciers, en se conformant aux nécessités pratiques, et de ne lui donner un nom que quand on aurait pu voir le résultat d'ensemble. Or, après le travail fait, il a été clair pour tout le monde qu'on avait constitué un droit d'hypothèque sur les navires, et on l'a appelé ainsi. En effet, il était impossible de donner un autre nom à une sûreté qui n'exige pas le nantissement du créancier, qui peut être constituée séparément sur les parts des copropriétaires, et affectée à divers créanciers successivement, entre lesquels le rang se détermine par l'ordre des inscriptions, et enfin qui donne lieu au droit de suite.

Nous ne commenterons pas tous les détails de la loi, qui sont en très grand nombre empruntés aux règles de la législation civile sur l'hypothèque des immeubles. On trouvera facilement l'explication de ces règles dans les commentaires du code civil. Nous insisterons principalement sur les traits particuliers de l'hypothèque des navires (3). — Nos explications se rangeront fa-

(1) Sur cette matière, consulter : Alauzet, *Comment. de la L.* 10 *déc.* 1874, *sur l'hypothèque maritime*; F. Paulmier, *Etude sur l'hyp. marit.*; Em. Mallet, *L'hypoth. marit.*; Bédarride, *Commentaire de la L.* 10 *déc.* 1874, *sur l'hyp. marit.* — Pour la législation comparée : René Millet, *Bulletin de la Soc. de législ. comparée,* 1874, p. 94 et suiv., et Mallet, *op. cit.*

(2) Avant la loi de 1874, on éludait cette exigence de nos codes, en déguisant le nantissement sous forme d'une vente avec mutation en douane (*Travaux prép. de* 1874, D. P. 75. 4. 64: v. Civ. rej. 27 févr. 1877, D. P. 77. 1. 209, et la note; Mallet, *op. cit.*, p. 10 et suiv.). Mais ce procédé violait un principe essentiel de notre droit, puisqu'il permettait au créancier gagiste de disposer du gage sans aucune formalité, contrairement à la règle des art. 2078, C. civ., et 93, 4e al., C. comm. (v. *suprà*, n. 496).

(3) La loi nouvelle, avant même sa mise en vigueur, avait déjà subi des critiques très sévères, v. l'*Hypothèque maritime et ses conséquences*, par M. Billette, directeur d'une compagnie d'assurance (Paris, Dubuisson, 1875). Cette brochure a fait l'objet de deux articles de M. Lyon-Caen, dans la *Gazette des tribunaux* des 1er et 2 avril 1875. V. également *Révision de la loi du* 10 *déc.* 1874, par le même M. Billette; et une *lettre* de

Source BIU Cujas

cilement sous les quatre chefs suivants : — 1° nature de l'hypothèque des navires ; — 2° conditions pour l'établissement et la mainlevée de cette hypothèque ; — 3° transmission ; — 4° droits des créanciers hypothécaires et purge.

La loi, à propos de l'hypothèque, a touché à deux autres points importants : elle a modifié, à l'égard des navires, l'art. 883 du code civil sur l'effet déclaratif du partage ; nous traiterons ce point au titre III ; — elle a aussi supprimé le privilège établi en cas de prêt à la grosse par l'art. 191, 9° ; nous en avons dit un mot sous cet article : nous y reviendrons au titre IX.

I. — Nature de l'hypothèque des navires.

1158. L'art. 1er de la loi, en autorisant l'hypothèque sur les navires, n'admet que l'hypothèque conventionnelle. En effet, c'est comme moyen de crédit que l'on a voulu créer l'institution nouvelle ; or, l'hypothèque conventionnelle fournit seule un moyen de crédit ; les autres sont fondées sur des considérations tout autres qui n'appelaient pas à nouveau la sollicitude du législateur.

Une certaine limite a été mise à la concession nouvelle ; l'hypothèque ne peut être constituée sur des navires de moins de vingt tonneaux (art. 29). On a considéré que des embarcations d'un tonnage plus faible ne seraient pas un moyen de crédit bien utile, et qu'elles n'ont peut-être pas une attache assez fixe pour offrir une sûreté sérieuse aux créanciers.

Mais on a, au contraire, étendu la faveur de la loi nouvelle, même aux navires en construction (art. 5), en exigeant seulement certaines déclarations au bureau du receveur des douanes du lieu, dans le but de préciser l'identité du navire qui n'est pas encore immatriculé (même art. 5). Cette concession était éminemment conforme au but général de la loi ; c'est surtout au moment et en vue de la construction des navires que les propriétaires ont besoin d'argent et de crédit, puisque c'est alors qu'a lieu la plus grande avance de fonds.

L'art. 4 fait une application pure et simple des principes du droit civil en déclarant que « l'hypothèque consentie sur le navire ou une portion du navire s'étend, à moins de convention contraire, au corps du navire, aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires. » Ces objets sont, nous l'avons dit, analogues aux immeubles par destination qui sont compris dans l'hypothèque de l'immeuble même (cf. C. civ., art. 2133) (1).

Il résulte également de cet article que les parts indivises de copropriété dans les navires peuvent être hypothéquées (2).

L'hypothèque a sur les navires des effets aussi énergiques que sur les immeubles. Notamment elle produit à la fois un droit de préférence réglé entre créanciers hypothécaires par la date des inscriptions (art. 10), et un droit de suite (art. 18, 1er et 2e al.).

Courcy, dans le *Journal du Havre* du 25 mai 1875. — Nous discuterons à leur lieu et place les principales critiques, qui nous semblent au moins exagérées.

(1) L'hypothèque ne porterait pas sur le fret ; et ne pourrait même pas y être étendue par une convention formelle ; car la créance du fret est un meuble ordinaire, et n'est pas un *accessoire* du navire. *Sic* : Mallet, p. 41. Paulmier, p. 27. Morel, p. 47.

(2) Rennes, 25 mars 1879, D. P. 81. 2. 9.

Source BIU Cujas

II. — **Conditions pour l'établissement et la mainlevée de l'hypothèque.**

1159. Pour l'**établissement** la loi fait une grande faveur, en n'exigeant pas un acte authentique, comme en droit civil (v. C. civ., art. 2127). L'art. 2 veut seulement qu'un écrit soit rédigé, mais cet écrit peut être sous signatures privées, et, en conséquence, l'art. 3 exige bien que le mandat à l'effet de constituer hypothèque soit spécial, mais il n'exige pas qu'il soit authentique. — De ce que le mandat doit être spécial, il s'ensuit que la faculté d'hypothéquer n'est pas comprise de plein droit dans les pouvoirs du capitaine (1). Seulement cette observation n'a pas une très grande portée pratique; car pour qu'on puisse hypothéquer le navire au cours du voyage, il faut que le propriétaire ait rempli certaines formalités avant le départ (v. n. 1160); et l'accomplissement de ces formalités constituera un mandat suffisamment spécial.

L'acte, s'il est sous seing privé, jouit aussi des faveurs accordées aux actes commerciaux pour l'*enregistrement* (v. *suprà*, n. 448) : il peut être enregistré pour un droit fixe de 2 francs, et il pourra figurer dans l'inscription, qui est un écrit public, sans payer le droit proportionnel (art. 2, 2e al.). La fin de l'art. 2 ajoute : « Mais le droit proportionnel pourra être ultérieurement exigé dans les cas où les actes sous seing privé y sont assujettis, conformément aux lois sur l'enregistrement. » Cette réserve nous parait se référer, non pas au droit commun en matière d'enregistrement, mais aux règles spéciales établies pour les actes de commerce par la L. 11 juin 1859, art. 22 (v. n. 448) : cette constitution d'hypothèque étant un acte commercial (sauf peut-être dans quelques cas rares, pour lesquels nous ferions exception), les « lois sur l'enregistrement », dont parle l'article, doivent être les lois sur l'enregistrement des actes commerciaux. Nous en conclurons que l'acte constitutif, enregistré au droit fixe de 2 fr., pourra être produit en justice sans payer le droit proportionnel, et que celui-ci ne sera perçu qu'après le jugement et sur les valeurs faisant l'objet du jugement. — L'art. 15, 2e al., ajoute qu'au moment de la radiation l'acte sous seing privé ne paiera pas non plus le droit proportionnel, bien qu'il soit mentionné dans l'acte authentique nécessaire pour la radiation, avec cette seule condition que l'acte authentique se borne à donner mainlevée pure et simple.

1160. La **publicité** est exigée pour l'hypothèque des navires comme pour celle des immeubles (art. 6). Et la sanction est que les hypothèques n'ont rang qu'à la date de leurs inscriptions (art. 10, 1er al.); celles inscrites le même jour ayant toutes le même rang, quelle que soit l'heure de leur inscription (art. 10, 2e al.; cf. C. civ., art. 2147) (2).— « L'inscription garantit, au même rang que le capital, deux années d'intérêt, en sus de l'année courante » (art. 13; cf. C. civ., art. 2151).

L'inscription doit être faite sur un registre spécial tenu par le receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé, et mentionnée, par le receveur

(1) Laurin, t. I, p. 201 et suiv.

(2) Cette règle n'est pas sans inconvénients en matière maritime, vu la rapidité des transactions; on aurait pu exiger la mention de l'heure, en imitant et en complétant ce qui a lieu en matière d'assurances (v. n. 1312). Mallet, p. 74.

Source BIU Cujas

des douanes, au dos de l'acte de francisation (art. 6). Si le navire est enconstruction, l'inscription doit être faite au lieu où il se trouve, car il n'est pas encore immatriculé; et comme il n'a pas encore d'acte de francisation, il n'est pas fait de mention sur cet acte. Mais au moment de la francisation, les inscriptions non rayées y sont reportées; de même que dans le cas où le navire change de port d'immatricule, on reporte sur le registre du nouveau port les inscriptions prises au port d'attache précédent (art. 7).— Le receveur des douanes est tenu de délivrer à tous ceux qui le requièrent l'état des inscriptions subsistantes sur un navire, ou un certificat qu'il n'en existe aucune (art. 16).

On a longuement discuté, à l'Assemblée nationale, sur la convenance qu'il y avait à charger de cette inscription les receveurs des douanes. Mais il y avait les plus grands avantages à charger les mêmes fonctionnaires de tout ce qui concerne l'état de la propriété des navires, et au contraire les plus grands inconvénients à séparer ces renseignements. Seulement il a été nécessaire d'imposer un cautionnement aux receveurs des douanes comme garantie pour les particuliers, et l'on a déclaré, en même temps, que la responsabilité de la régie des douanes, pour les faits de ces agents, ne s'applique pas au nouvel ordre de fonctions créé par la loi nouvelle (art. 30).

Les formalités de l'inscription sont indiquées dans les articles 8 et 9; ce sont, sauf de légères différences, les mêmes que pour l'inscription des hypothèques sur les immeubles (C. civ., art. 2148 et 2150). Elles se résument dans la présentation du titre constitutif en original, ou en expédition (s'il est authentique et rédigé en minute), avec deux bordereaux contenant toutes les indications nécessaires à l'inscription. L'un des bordereaux reste entre les mains du receveur des douanes, l'autre est rendu au requérant avec mention de l'inscription faite; la même mention est faite sur le titre constitutif (art. 6, *in fine*). — Les bordereaux doivent être signés par le requérant; c'est une exigence qui n'existe pas en droit civil; on l'a établie comme compensant, dans une certaine mesure, les garanties de l'acte authentique qui n'est pas exigé ici.

La loi accorde au propriétaire du navire la faculté de l'hypothéquer au cours du voyage, ce qui aurait été impossible sans un texte spécial, puisque, au cours du voyage, on n'a pas pu faire inscrire l'hypothèque au port d'attache. Elle exige seulement une déclaration, avant le départ, de la somme pour laquelle on veut user de la faculté d'hypothéquer; moyennant cela, l'inscription des hypothèques sur l'acte de francisation suffira pour assurer leur rang (1), avec une mention sur les registres du lieu où l'hypothèque est consentie (2); la loi indique les agents qui, hors de France, pourront faire cette inscription (v. art. 26).

1161. Pour la **radiation** de l'hypothèque, la loi est plus sévère que pour

(1) L'hypothèque pendant le voyage ne pourra être consentie que par le capitaine ou le consignataire du navire; le propriétaire resté en France ne pourra la constituer; cela résultait déjà de l'art. 6, car l'acte de francisation voyage nécessairement avec le navire (art. 226, n. 1211). Mallet, p. 53.

(2) La loi française ne peut pourtant pas en cela commander aux fonctionnaires étrangers. — L'absence de mention sur les registres du lieu n'entraînerait pas la nullité. Alauzet, *op. cit.*, p. 47. Paulmier, p. 101.

Source BIU Cujas

sa constitution. Après avoir dit, dans l'article 13, qu'elle a lieu, soit du consentement des parties, soit en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, elle exige (art. 15) pour la radiation volontaire, un *acte authentique* de consentement donné par le créancier ou son cessionnaire justifiant de ses droits. — On a exigé cet acte authentique surtout comme garantie de l'identité du créancier consentant à la radiation, pour éviter qu'une personne quelconque, se disant créancière, ne pût, en consentant à la radiation, détruire les droits du créancier véritable; le notaire vérifiera cette identité, ce dont on ne pouvait pas charger le receveur des douanes. — On n'a pas cru devoir exiger la même condition pour la constitution de l'hypothèque, parce que, d'une part, la constitution d'une hypothèque par un autre que le propriétaire n'est pas un mal irrémédiable, celui-ci pouvant, dès qu'il s'en aperçoit, agir en radiation pour rétablir son crédit entamé; et, d'autre part, pour une raison plus péremptoire, c'est que, pour faire faire l'inscription, il faut présenter l'acte de francisation (art. 6), ou avoir fait la déclaration de l'article 26; le premier venu ne peut pas remplir ces conditions.

La radiation est mentionnée, en outre, sur l'acte constitutif, s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, et il doit être représenté à cet effet (art. 15). C'est afin qu'on ne puisse pas plus tard tromper les tiers, en leur cédant une hypothèque rayée. — S'il est reçu en minute, on n'a pas exigé que l'on fît faire pour cela une nouvelle expédition; ce qui n'aurait pas rempli le but, puisqu'on aurait pu en obtenir une autre non revêtue de cette mention. — La radiation est aussi mentionnée sur l'acte de francisation, quand il revient entre les mains du receveur des douanes (même art. 15).

Pour épargner aux parties, au moins dans certains cas, la nécessité d'un acte authentique de radiation, et pour éviter les inconvénients des inscriptions, qui pourraient se perpétuer lorsqu'elles n'auraient plus de raison d'être, la loi (art. 11), imitant la disposition de l'art. 2154, C. civ., fait périmer l'effet des inscriptions par un délai assez court; ici trois ans (au lieu de dix ans, en droit civil). Elles cessent de produire aucun effet, si, avant l'expiration de ce délai, l'inscription n'a pas été renouvelée sur le registre, et si elle n'est pas reproduite aussi sur l'acte de francisation, dès le retour du navire au port d'attache. Cela obligera les prêteurs à faire surveiller avec beaucoup de soin le retour du navire; il faudra qu'ils aient pour cela un correspondant au port d'attache. On aurait pu leur épargner ce souci, en ordonnant au receveur des douanes de faire d'office cette mention sur l'acte de francisation qui doit, dès le retour, être déposé entre ses mains par le capitaine. Il y aurait pour cela un précédent dans l'art. 2108, C. civ. (1).

III. — **Transmission de l'hypothèque.**

1162. D'après l'art. 12 : « Si le titre constitutif de l'hypothèque est à ordre, sa négociation par voie d'endossement emporte la translation du droit hypothécaire. » Cet article ne fait que consacrer en notre matière l'opinion, très généralement admise et adoptée par la jurisprudence, d'après laquelle la

(1) En l'absence d'un texte, on ne peut imposer cette obligation au conservateur. Mallet, p. 79. *Contrà :* Al. *op. cit.*, p. 28. Paulmier, p. 113.

Source BIU Cujas

transmission par endossement d'une créance à ordre emporte, sans autre formalité, transmission de l'hypothèque qu'elle garantit (v. ci-dessus, n. 752) (1).

On avait objecté que cette règle produirait des difficultés pour la purge, puisque le cessionnaire, n'étant pas connu, ne pourra recevoir les significations et verra son droit éteint sans avoir pu le garantir. On a répondu, un peu laconiquement, que ce serait au créancier à veiller à la conservation de ses droits. Mais quel moyen aurait-il de les conserver? Je pense qu'il faudrait autoriser le cessionnaire à faire faire, sur le registre de la douane, mention de l'endossement, de façon à obliger le propriétaire à lui adresser les significations à fin de purge. On peut argumenter dans ce sens de ce qui a lieu pour les warrants; le cessionnaire d'un warrant peut faire transcrire sa cession sur les registres du magasin général, pour que le porteur du récépissé ne puisse libérer la marchandise sans le prévenir (L. 28 mai 1858, art. 6).

IV. — Droits des créanciers hypothécaires.

1163. Le droit des créanciers s'exerce non seulement sur le navire, mais encore sur ses accessoires (art. 4). En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, il s'exerce sur les objets sauvés ou leur produit; et pour l'exercer, les créanciers peuvent méconnaître les termes qui suspendaient l'exercice de leurs créances (art. 17). Enfin il peut toujours, dans le même cas de perte ou d'innavigabilité (2), s'exercer sur le produit des assurances qui auraient été

(1) Alger, 7 mai 1870, D. P. 72. 2. 1 ; Cass. 26 déc. 1871, D. P. 72. 1. 319.

(2) En lisant le texte de l'art. 17, on pourrait croire que ce droit appartient toujours aux créanciers hypothécaires, même pour les sinistres qui n'entraînent pas la perte ou l'innavigabilité du navire. Car on n'y voit pas clairement que la seconde disposition de l'article soit limitée au seul cas prévu par la première. Mais le rapport fait au nom de la commission ne laisse aucun doute sur le sens restrictif à donner à la seconde disposition (*Sic :* Laurin, t. I, p. 194). — On peut alors se demander le motif de cette restriction; on a dit vaguement, dans le rapport, qu'on avait eu pour but d'éviter aux assureurs des embarras trop fréquents. — Nous croyons qu'il est possible d'en donner une raison plus sérieuse. Les assureurs se sont déjà plaints, par l'organe de M. Billette et de M. de Courcy (*opp. citt.*), des surprises que pourrait leur causer l'a. 17; ils auront beau, disent-ils, ne payer l'indemnité à l'assuré que sur la présentation d'un certificat négatif émané du receveur des douanes ; comme il s'écoulera toujours un certain temps entre la remise de cette pièce et le paiement, ils ne seront jamais sûrs qu'une hypothèque n'aura pas été inscrite dans cet intervalle, ce qui les forcerait à payer deux fois. Voici ce qu'il faut leur répondre avec le même art. 17 : c'est que cet inconvénient ne peut se produire en cas de perte ou d'innavigabilité du navire, parce que l'on ne peut inscrire une hypothèque sur un bien qui n'existe plus ou sur des débris qui sont jugés n'être plus un navire (v. l'article cité de M. Lyon-Caen). Dès lors aussi l'on conçoit que l'art. 17 soit limité à ces deux cas, et ne s'applique pas aux avaries plus ou moins considérables, parce que, dans cette dernière hypothèse, le navire existe toujours comme navire, et que les surprises signalées pourraient se produire. D'ailleurs le plus souvent, en cas d'avaries, l'indemnité sera employée à réparer le navire et reconstituera le gage des créanciers hypothécaires (Laurin, t. I, p. 194. Comp. Dufour, n. 263). De plus, les assureurs pourraient très bien exiger qu'on leur présentât un nouveau certificat négatif d'inscription au moment même où ils paieront.

M. Billette critique en sens inverse la distinction de l'art. 17, en se plaçant au point de vue des prêteurs, parce que, dit il, l'assuré pourra très souvent anéantir leurs

Source BIU Cujas

faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué; dans ce cas, l'art. 17 tranche, en leur faveur, une question qui est controversée pour les créanciers privilégiés et que nous avons résolue, pour ceux-ci, en sens inverse (v. n. 1143). L'article ajoutant que « l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au paiement de l'indemnité d'assurance », les assureurs ne pourront valablement se libérer qu'entre les mains des créanciers, quand même ceux-ci n'auraient fait aucunes diligences spéciales, et quand même la police serait à ordre ou au porteur, ce qui sera une grande gêne (1). La loi a voulu précisément dispenser les créanciers de notifications, qui seraient très coûteuses, vu le nombre habituellement considérable des assureurs.

Le même art. 17 leur permet encore de faire assurer le navire pour la garantie de leurs créances, et il règle que, dans ce cas, les assureurs qui les remboursent sont subrogés à leurs droits contre le débiteur.

1164. Le **droit de préférence** des créanciers hypothécaires s'exerce après celui des créanciers privilégiés; c'est le droit commun; et l'art. 27 de la loi ajoute, pour le dire, un paragraphe à l'art. 191 du Code de commerce. Mais pour garantir ce droit de préférence, il était nécessaire de supprimer le privilège résultant du prêt à la grosse avant le voyage (art. 191, 9°, et 192, 7°); car, au moyen d'un emprunt de ce genre, le propriétaire aurait pu, à tout moment, faire passer les prêteurs, comme privilégiés, avant des créanciers hypothécaires inscrits depuis longtemps; l'art. 27 a opéré aussi cette suppression (2), et l'art. 28 en développe seulement une conséquence, en modifiant l'art. 233, C. com. (v. sous cet article).

1165. Le **droit de suite** est consacré par l'art. 18. Mais ce même article, considérant la fréquence de la division de la propriété du navire entre plusieurs personnes, le peu d'inconvénients de cette copropriété, et l'exception faite par l'art. 220, 3e al., à la règle que nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision, déclare que le créancier qui n'a hypothèque que sur une portion du navire ne peut vendre que cette portion, sauf dans le cas où plus de la moitié lui serait hypothéquée, ce qui est encore une application de l'art. 220, 3e al., combiné avec l'art. 1166, C. civ., d'après lequel un créancier peut exercer les droits qu'a son débiteur. — Pour les mêmes raisons, le même art. 18 déroge à la règle de l'effet déclaratif du partage : on aurait enlevé tout crédit aux divers copropriétaires du navire, si leurs créanciers hypothécaires avaient pu crain-

droits en évitant de faire prononcer l'innavigabilité du navire et en réglant en avaries. Mais il faut répondre que la subrogation légale à l'indemnité d'assurance, étant établie *en cas de* perte ou d'innavigabilité, existe lorsque ces faits se sont produits, quel que soit le parti que prenne l'assuré (délaissement ou action d'avaries). De plus, les prêteurs ont un moyen bien simple, c'est de faire par la convention ce que la loi ne fait pas, c'est de se faire subroger expressément, dans tous les cas, aux droits de l'assuré contre l'assureur en signifiant à celui-ci la subrogation. Dès lors personne n'aura plus à se plaindre : les prêteurs obtiendront toutes les garanties désirables, et les assureurs, devant être prévenus par la signification, ne craindront plus d'être surpris par des inscriptions tardives valant opposition à leur égard.

(1) Laurin, t. I, p. 194-195.

(2) Le texte de l'art. 27 est absolu; il doit donc être appliqué même aux navires de moins de 20 tonneaux ; quoique, ceux-ci n'étant pas susceptibles d'hypothèque, la raison de l'article n'existe pas. — *Contrà :* Mallet, p. 94.

Source BIU Cujas

dre à tout moment qu'un partage ou une licitation ne vînt résoudre leurs droits. Cette dérogation ne s'applique pas aux cas ordinaires d'indivision, provenant d'une succession ou d'une communauté. Nous reviendrons sur cette règle au titre III.

1166. L'acquéreur du navire peut éviter le droit de suite des créanciers hypothécaires de son vendeur par la **purge**. Mais cette purge n'est pas facile et rapide comme pour les privilèges (art. 193, C. com.); elle suit à peu près les règles du Code civil pour la purge des hypothèques existant sur les immeubles (C. civ., art. 2181 et suiv.). Elle se résume dans des notifications faites aux créanciers hypothécaires (art. 19), avec offre de payer le prix d'acquisition entre leurs mains (art. 20); et dans le droit, pour les créanciers (même non hypothécaires; car la loi dit : tout créancier), de faire une surenchère du dixième dans les dix jours des significations (art. 21, 22). Faute de surenchère, le prix est irrévocablement fixé à l'égard des créanciers; en cas de surenchère, il se trouve définitivement fixé par l'adjudication qui en est la suite (art. 23). Le prix est réparti entre les créanciers, soit à l'aimable, soit dans un ordre judiciaire (art. 25). — « *La réquisition de mise aux enchères n'est pas admise en cas de vente judiciaire* » (art. 24). C'est-à-dire que la vente sur saisie (nous croyons, pour des raisons déjà indiquées n. 1146, qu'il ne s'agit que de celle-là) purge par elle-même les hypothèques, et cela sans que l'on puisse, comme en droit commun, faire la surenchère du sixième (1).

Toutes les dispositions que nous venons d'étudier n'ont été exécutoires qu'à partir du 1er mai 1875.

Les auteurs qui avaient critiqué la loi avaient prédit qu'elle serait inapplicable. Et les assureurs, se fondant sur les raisons indiquées à la note 2 de la page 901, avaient refusé dans les premiers temps d'assurer des navires hypothéqués; ils exigeaient la déclaration que le navire à assurer n'était pas hypothéqué. Cette prétention aurait bien rendu impossible l'hypothèque maritime. Depuis lors ils sont revenus sur cette décision. Mais ils considèrent toujours que les navires hypothéqués sont un mauvais risque, parce qu'un armateur besogneux fait des réparations insuffisantes; ils exigent qu'on leur déclare les hypothèques existant sur les navires sous la peine de la réticence (art. 348), et ils augmentent leurs primes en conséquence.

Malgré ces résistances, l'application de la loi, quoique peu étendue encore, n'a pas été nulle. D'après les renseignements fournis par M. Mallet, p. 123, du 1er mai 1875 à juin 1876, il y a eu 47 navires hypothéqués pour la somme totale de 1,193,700 fr.; sur lesquels 21 en 1875 et 26 en 1876; 44 avant le départ, 1 en cours de voyage, 2 en construction (à Nantes). Depuis cette époque le développement de l'hypothèque maritime n'a pas été bien considérable.

Il résulte de la loi de 1874, que l'hypothèque sur les navires, n'étant contraire à aucune disposition de la loi française, peut être constituée sur des navires étrangers, et qu'elle aura son efficacité en France, si le navire y est vendu, pourvu que l'acte constitutif ait été rendu exécutoire par les tri-

(1) Laurin, t. I, p. 211.

Source BIU Cujas

bunaux français (cf. C. civ, a. 2123, 4o al.). L'art. 2120 C. civ., ne peut pas faire obstacle à cette solution, car le navire étranger garde sa nationalité, lors même qu'il se trouve dans un port français. Il a été jugé à bon droit qu'il suffit que les conditions exigées par la loi étrangère soient remplies, et que notamment l'inscription en France n'est pas nécessaire (1).

(1) Cass. 25 nov. 1879, D. P. 80. 1. 56; Grenoble, 11 mai 1881, D. P. 83. 2. 65, et la note de M. Levillain. — *Contrà :* Aix, 22 nov. 1876, D. P. 78. 2. 101.

Source BIU Cujas

TITRE II.

DE LA SAISIE ET VENTE DES NAVIRES.

1167. Ce titre contient des règles de procédure que nous nous contenterons de résumer.

La saisie doit, ici comme partout ailleurs, être précédée d'un *commandement* de payer (art. 198), lequel est adressé au propriétaire, s'il s'agit d'une action qui concerne la fortune générale du propriétaire, et peut être facultativement signifié au capitaine seulement, s'il s'agit d'une créance à laquelle le navire est affecté par privilège (art. 199).

La *saisie*, faite par un huissier, qui en dresse procès-verbal (art. 200), est notifiée dans le délai de trois jours au propriétaire, s'il demeure dans l'arrondissement du tribunal; et, si le propriétaire n'est pas domicilié dans l'arrondissement, elle est notifiée au capitaine; dans ce dernier cas, le délai est allongé d'un jour par deux myriamètres et demi de distance du domicile du propriétaire (art. 201). Cette notification doit contenir citation devant le tribunal pour voir procéder à la vente.

Pour les bâtiments de plus de dix tonneaux, la *vente* est faite en trois audiences successives, de huitaine en huitaine; à chaque audience les enchères sont reçues (art. 205); la vente ne devient définitive qu'après la troisième audience; le juge peut même accorder une ou deux remises de huitaine (art. 206). Chaque audience est précédée : — de criées et publications à la bourse ou dans la principale place publique du lieu où le bâtiment est amarré (art. 202); — d'insertions dans les journaux (art. 202); — d'affiches en divers lieux, notamment au grand mât du bâtiment (art. 203 et 204). — Pour les navires de dix tonneaux et au-dessous, il n'y a qu'une audience avec des formalités moins compliquées (art. 207).

L'adjudication fait cesser les fonctions du capitaine (art. 208); car l'adjudicataire doit avoir la libre disposition du navire et ne peut être obligé d'avoir à compter avec le capitaine, qui aurait peut-être droit à une indemnité (v. art. 218). S'il prétend avoir droit à une indemnité ou à un dédommagement pour des frais qu'il a pu faire en vue de son commandement, il s'adressera au propriétaire saisi (art. 208 ; v. *infrà*, n. 1180).

L'adjudicataire est tenu de payer ou de consigner son prix dans les vingt-quatre heures; sous peine de voir revendre le navire à sa *folle enchère* (art. 209).

Quant aux détails des demandes en distraction et des oppositions qui peuvent être faites au paiement du prix, voyez les art. 211-213.

Source BIU Cujas

D'après l'art. 214, les créanciers sont colloqués, tant pour le principal que pour les intérêts et frais, savoir : — s'ils sont privilégiés, dans l'ordre de l'art. 191 ; — s'ils sont chirographaires, au marc le franc. Depuis la L. 10 déc. 1874, que nous venons d'étudier, il faut ajouter, entre les deux classes de créanciers, les créanciers hypothécaires qui sont payés d'après l'ordre de leurs inscriptions et avant tous les chirographaires.

1168. L'art. 215 doit nous arrêter un peu plus :

Art. 215. Le bâtiment prêt à faire voile n'est pas saisissable, si ce n'est à raison de dettes contractées pour le voyage qu'il va faire ; et même dans ce dernier cas, le cautionnement de ces dettes empêche la saisie. — Le bâtiment est censé prêt à faire voile lorsque le capitaine est muni de ses expéditions pour son voyage.

Il faut rapprocher cet article de l'art. 231, déclarant que, dans les mêmes circonstances, le capitaine et les gens de l'équipage ne peuvent être arrêtés pour dettes civiles (1).

Le motif de la disposition principale, c'est l'inconvénient grave qu'il y aurait, pour les chargeurs, à voir leurs marchandises arrêtées au moment du départ et à être obligés de les décharger ; inconvénient qui se retournerait contre les créanciers saisissants eux-mêmes, à raison des indemnités que leur débiteur devrait aux chargeurs, et du fret qu'il ne pourrait pas gagner. Les créanciers pourront, du reste, saisir le navire à son retour. Il est vrai qu'ils risquent de perdre leur gage, s'il vient à périr en mer ; mais ils ont à s'imputer d'avoir agi si tard ; ils étaient avertis. — Il est évident que, pendant qu'il est en mer, le navire ne peut pas être saisi ; il y a impossibilité matérielle, les formalités légales ne pourraient pas être accomplies (2).

La loi fait exception à l'égard des dettes contractées pour le voyage que le navire va faire. — Et encore, dans ce cas, le législateur permet de lever l'obstacle de la saisie, en donnant caution à ces créanciers : leur sûreté est ainsi remplacée par une autre. La caution doit s'obliger à payer toutes leurs créances, si, par suite de la perte du navire ou des nouveaux privilèges établis par le voyage, elles ne peuvent plus être payées sur le navire ; la loi le dit clairement : ce sont *ces dettes* que l'on doit cautionner. Il ne suffirait pas que la caution garantît le retour du navire, ou ce que la saisie immédiate aurait pu procurer au créancier (3).

1169. Le second alinéa précise, par une présomption légale, le moment où le navire est prêt à faire voile ; c'est « lorsque le capitaine est muni de ses expéditions, pour son voyage ». Nous verrons bientôt que le capitaine qui a dû déposer, dès son arrivée au port, entre les mains de l'administration des douanes, les actes de propriété du navire, l'acte de francisation, le rôle d'é-

(1) Le Consulat de la mer, ch. 283 (Collect. Pardessus, t. II, p. 309), ne parlait que de cette dernière règle ; l'école italienne l'avait étendue au navire ; mais l'ord. de 1681 n'avait pas admis cette extension.

(2) Demang., t. IV, p. 105-106. Desj., n. 222. De Valr., n. 152, 210.

(3) Dufour, n. 851 et suiv. Béd., n. 262. Al. n. 1705. Demang., t. IV, p. 111. Laurin, t. I, p. 168. Desj., n. 228. De Valr., n. 217. — *Contrà* : Béd., t. I, n. 262. Dall., v° *Droit marit.*, n. 110.

Source BIU Cujas

quipage, ne peut partir qu'après les avoir repris, et qu'il lui faut, en outre, un congé de sortie donné par le capitaine du port. Ce sont là les *expéditions* dont il doit être muni pour que le navire soit réputé prêt à faire voile. Dès lors, quand même le navire serait retenu dans le port par des vents contraires, la saisie ne peut plus avoir lieu, sauf pour les créances indiquées ci-dessus.

La douane peut refuser de remettre au capitaine ses expéditions, s'il n'est pas en règle avec les lois sur la police de la navigation ou avec les lois fiscales. — Des créanciers, pressés par le temps et n'ayant pas de titre exécutoire pour saisir le navire même, ont prétendu pouvoir, dans leur intérêt personnel, et, du moins en obtenant l'autorisation du président du tribunal, faire opposition entre les mains de la douane ou du capitaine du port, pour empêcher la remise au capitaine de ses expéditions. Ils invoquaient l'art. 557, C. pr. civ., permettant de faire saisie-arrêt entre les mains d'un tiers sur les sommes ou effets appartenant à un débiteur. Mais cette prétention a été justement repoussée, par la raison que les expéditions ne sont pas des effets mobiliers, appréciables à prix d'argent et susceptibles d'être vendus pour payer le créancier, et que c'est uniquement à des *effets* de ce genre que se réfère l'art. 557. C'est au créancier de s'y prendre à temps, pour pouvoir faire une véritable saisie sur le navire (1).

1170. Q. *L'article 215 est-il applicable aux bâtiments de fleuve ou de rivière?* Nous avons déjà établi (n. 1116) que les dispositions du livre II sont inapplicables aux bateaux faisant le service d'eau douce; cette règle est surtout vraie pour les dispositions exorbitantes, comme celles de notre article (2).

Q. *Est-il applicable dans un port de relâche?* Nous n'hésitons pas à l'admettre, car le texte est absolu et ne distingue pas ; les motifs sont aussi identiquement les mêmes (3). Le navire sera insaisissable à partir du moment où le capitaine aura repris ses *expéditions* qu'il doit déposer à son entrée. — Les dettes pour lesquelles la saisie restera exceptionnellement permise seront alors celles contractées au port de relâche, et celles-là seulement (4). — Il faut supposer que le port de relâche est un port français; car, pour toutes les lois de procédure, il faut se conformer à la législation du lieu où l'on agit.

Q. *Est-il applicable aux navires étrangers en France?* Nous l'admettons aussi en vertu du texte tout à fait général de notre article; — de plus, l'intérêt des chargeurs est très probablement un intérêt français; il mérite donc la même protection; il est aussi de l'intérêt de la France de ne pas repousser les navires étrangers, en leur faisant un sort plus dur qu'aux Français; — quant à

(1) Trib. comm. Marseille, 20 février 1855, *J. Mars.*, t. XXXIV. 1. 103. Pard., n. 610. Dufour, n. 833 et suiv. Al. n. 1708. Demang., t. IV, p. 108-109. Laurin, t. I, p. 163-164. Desj., n. 224. De Valr., n. 211. — *Contrà* : Béd., n. 169, 170, 257.

(2) Dufour, n. 843. Al. n. 1702. Demang., t. IV, p. 109 et suiv. Laurin, t. I, p. 50, 162. Desj., n. 218. De Valr., n. 215. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. I, p. 245. Dageville, t. II, p. 109. Dall., n. 111. Béd., n. 264.

(3) Dufour, n. 838. Béd., n. 258. Al. n. 1709. Demang., t. IV, p. 109. Laurin, t. I, p. 165. Desj., n. 225.

(4) Pard., n. 610. Boulay-Paty, t. I, p. 245. Dageville, t. II, p. 102. Delvincourt, t. II, p. 197, note 7. Dufour, n. 849-850. Béd., n. 259. Al. n. 1703. Demang., t. IV, p. 109. — *Contrà* : Laurin, t. I, p. 166.

Source BIU Cujas

la facilité qu'a le navire étranger d'échapper et de ne plus revenir en France, il faut répondre que la loi aurait pu en tenir compte, comme elle l'a fait pour les personnes (C. civ., art. 16; C. pr. civ., art. 166); mais que dans son silence, on ne peut suppléer une exception de ce genre; — que d'ailleurs les créances des Français sur le navire étranger se rapporteront très probablement au voyage projeté et que la saisie sera possible pour elles; quant à ceux qui auront suivi la foi d'un capitaine étranger sans autre garantie que son navire, ils ont été imprudents : c'est à eux de veiller sur leur gage (1).

(1) Dufour, n. 846. Caumont, v° *Navire*, n. 68. Demang., t. IV, p. 110. Laurin, t. I, p. 162. Desj., n. 226. De Valr., n. 215. — *Contrà :* Boulay-Paty, t. I, p. 244. Dageville, t. II, p. 110. Dall., n. 112. Al. n. 1702.

Source BIU Cujas

TITRE III.

DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES.

Le Code réunit sous cette rubrique trois matières assez différentes qui feront l'objet de trois chapitres : — 1° De la copropriété des navires ; — 2° Contrat d'engagement du capitaine ; — 3° Obligations des propriétaires envers les tiers à raison des faits du capitaine.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA COPROPRIÉTÉ DES NAVIRES.

1171. La propriété des navires est très souvent indivise entre plusieurs personnes. En effet, un navire représente une valeur considérable, et il n'y a pas beaucoup de fortunes particulières qui puissent aisément le payer ; mais surtout c'est une propriété soumise à des risques très grands, et ceux qui pourraient l'acheter ne se soucient pas d'exposer toute leur fortune ou la majeure partie de leur fortune à des dangers de ce genre. — Dans l'intérêt du commerce, il fallait donc rendre plus facile le jeu de cette copropriété.

Or la copropriété présente, en général, un inconvénient économique considérable : c'est le principe très équitable d'ailleurs, qu'il faut l'unanimité des copropriétaires pour prendre un parti, pour employer, exploiter, aliéner l'objet indivis ; d'où il résulte que l'opposition d'un seul peut entraver les mesures les plus utiles, *in pari causâ, melior est causa prohibentis.* Cet inconvénient est le motif qui a fait poser la règle que nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision (C. civ., art. 815) ; cet état étant souvent nuisible, chacun a le droit d'en sortir dès qu'il le veut.

L'application de ce principe aurait été particulièrement funeste pour les navires à raison de la nécessité fréquente où l'on est de les avoir en copropriété. Et d'autre part il était possible d'y déroger sans injustice, par la raison qu'il n'y a pas plusieurs manières de tirer parti de la propriété d'un navire. On peut l'acquérir pour faire des transports qu'on a besoin de faire ; mais alors, s'il est acquis par plusieurs dans ce but, cela suppose une société préexistante avec des rapports parfaitement définis entre eux ; il n'y a plus simple indivision ; nous n'avons pas à nous occuper de ce cas. En dehors de ce cas, on ne peut l'acquérir que pour en louer l'usage et en perce-

Source BIU Cujas

voir les loyers. Dès lors, il est clair que tous les communistes sont moralement obligés de se prêter à tout ce qui est nécessaire pour remplir ce but; que nul n'a un intérêt légitime à empêcher l'affrètement du navire, et qu'en cas de dissidence, il est juste que la minorité se conforme à l'avis de la majorité; car, en supposant même que la majorité ne fasse pas le mieux qu'il serait possible de faire, il serait encore plus nuisible à tous que l'on ne fît rien du tout. — Tel est le motif de l'article 220, 1er al. :

Art. 220, 1er al. En tout ce qui concerne l'intérêt commun des propriétaires d'un navire, l'avis de la majorité est suivi.

Cf. Ord. 1681, L. 2, tit. VIII, art. 5. — Par les raisons que nous venons de donner, tous sont censés avoir promis, par le contrat ou le quasi-contrat qui a donné naissance à l'indivision, de se conformer à l'avis de la majorité. Du reste, la loi ne parle qu'à défaut de stipulation expresse; la convention d'acquisition ou la volonté du donateur ou testateur qui a fait naître l'indivision a pu régler autrement les rapports entre les copropriétaires (1).

Pour que la règle de l'art. 220, 1er al., soit applicable, il faut que tous aient été consultés ; il ne suffirait pas d'avoir l'avis d'un nombre suffisant pour former la majorité ; car les raisons données par les autres pourraient changer cette majorité (2).

1172. Cette règle rapproche la copropriété d'un navire et la société, où la même règle est de principe. Q. *S'ensuit-il que cette copropriété soit une société, même en participation?* Cela a été soutenu comme thèse absolue et dans tous les cas (3). C'est à tort, suivant nous; car, sauf cette règle qui se justifie par des raisons spéciales et sauf ses conséquences, nous ne trouvons aucun des caractères des sociétés (v. ci-dessus, n. 153) : — bien souvent la copropriété du navire n'a pas pour origine une convention ; — même quand elle naît d'une convention, elle n'a pas pour objet la production d'un résultat nouveau, mais la jouissance d'un objet commun, de la même manière dont en jouirait un propriétaire unique; — il n'y a aucune durée fixée expressément ou tacitement à cette situation ; — surtout il n'y a aucun lien personnel entre les communistes; ils n'ont pas contracté *intuitu personæ* : d'où il suit que chacun peut librement aliéner sa part sans le consentement des autres; que la communauté se continuera, même après la mort d'un des copropriétaires, avec ses héritiers (4).

Mais cette décision, ainsi posée en thèse générale, devra subir une très large exception. Elle cessera d'être vraie toutes les fois que les copropriétaires armeront eux-mêmes le navire, pour l'affréter ensuite, soit en totalité, soit surtout par parties; car cet armement du navire est une entreprise de transport, une opération commerciale, qui suppose des avances de fonds,

(1) Rennes, 22 juill. 1863, S. 64. 2. 637. — Pard., n. 620. Dageville, t. II, p. 151. Béd., n. 316. Al. n. 1736. Demang., t. IV, p. 166.

(2) Caen, 9 déc. 1861, S. 62. 2. 264. — Al. n. 1736. Demang., t. IV, p. 166. Cresp et Laurin, t. I, p. 252. Desj., n. 324. De Valr., n. 305.

(3) Civ. rej. 27 fév. 1877, D. P. 77. 1. 209 (2 arrêts). De Fresquet, p. 47. Cresp et Laurin, t. I, p. 338 et suiv.

(4) Caumont, v° *Armateur*, n. 8. Béd., n. 317-318. Al. n. 1630. Demang., t. IV, p. 166. Desj., n. 321. De Valr., n. 302.

Source BIU Cujas

une collaboration active des personnes ou des capitaux, et non pas seulement la jouissance passive d'un bien commun. Il donne donc à la copropriété tous les caractères des sociétés (1).

Il faut conclure de cette doctrine que les propriétaires d'un navire ne sont pas commerçants par cela seul, tant qu'ils ne l'exploitent pas eux-mêmes (2).

1173. Qu'il y ait ou non société, la règle de l'art. 220, 1er al., est toujours vraie. Elle s'applique « *en tout ce qui concerne l'intérêt commun des propriétaires* » ; c'est-à-dire, d'après les motifs donnés ci-dessus, à tout ce qui est nécessaire pour l'exploitation du navire (3) : le choix de l'affréteur et la fixation du prix de l'affrètement, si le navire est affrété en entier; la détermination du voyage à faire, des marchandises à recevoir en charge, des prix de transport, dans le cas contraire ; le choix, le salaire et la révocation du capitaine; l'agrément des gens de l'équipage; les dépenses d'équipement et d'armement. — La sanction de cette disposition est dans l'art. 233 qui permet, si quelques propriétaires refusent de contribuer aux dépenses d'armement, d'hypothéquer leur part dans le navire, avec autorisation du juge (4).

De ce que nous venons de dire, il suit que l'obligation de suivre l'avis de la majorité n'existerait plus s'il ne s'agissait plus de l'exploitation normale et ordinaire du navire; par exemple s'il s'agissait, faute de trouver du fret, d'acheter des marchandises pour le charger (en supposant que le navire ne fût pas déjà destiné à faire des transports pour le compte des copropriétaires, ce qui d'ailleurs impliquerait certainement une véritable société entre eux); en effet, ce n'est pas là l'emploi prévu du navire ; ceux qui ont bien voulu s'engager à courir les risques des expéditions ordinaires ne se sont pas engagés à courir les risques de la spéculation commerciale sur les marchandises (5). — Il en serait de même, suivant nous, si la majorité voulait déclarer que le navire ne naviguerait plus, et serait employé autrement, comme logement, hôpital, moulin, etc., car ce n'est pas non plus un fait normal et prévu; la communauté n'a plus l'objet qu'elle avait originairement; dès lors, faute de pouvoir arriver à une solution, il faudrait recourir à la licitation (art. 220, 3e al.) (6).

Quant à la question de savoir si le navire sera assuré ou non, on décide

(1) Desj., n. 321. De Valr., n. 302. — Les arrêts de Rej. 27 fév. 1877, cités à la note 3 de la page précédente, emploient sans doute la formule générale que nous avons critiquée ; mais en fait ils statuaient sur des espèces où les propriétaires étaient aussi armateurs; et les conclusions de M. l'avocat général Bédarrides ne nous paraissent fournir d'arguments concluants que pour cette hypothèse.

(2) Rennes, 4 mars 1880, D. P. 81. 2. 210

(3) Comp. Pard., n. 621. Al. n. 1736. Demang., t. IV, p. 167. Cresp et Laurin, t. I, p. 375.

(4) Trib. comm. Marseille, 31 août 1832, *J. Mars.*, t. XVI. 1. 151. — Pard., t. III, p. 47, 48. Béd., n. 326. Cresp et Laurin, t. I, p. 360.

(5) Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 8, art. 5, avec une consultation d'Emérigon et de Ricard. — Boulay-Paty, t. I, p. 342. Caumont, v° *Armateur*, n. 19. De Fresquet, p. 48. Béd., n. 330. Al. n. 1737. Demang., t. IV, p. 167 et suiv. Cresp et Laurin, t. I, p. 357. Desj., n. 329. De Valr., n. 304.

(6) Béd., n. 324, 334. Al. n. 1738. Demang., t. IV, p. 170. — Desj., n. 327, seulement après un appel à la justice. — *Contrà* : De Valr., n. 304.

Source BIU Cujas

très généralement que la majorité ne liera pas la minorité, par la raison péremptoire qu'il n'y a pas nécessité de prendre un parti en commun, chacun étant libre de faire assurer sa part dans le navire (art. 335), et se trouvant aussi bien protégé par ce moyen que si tout le navire était assuré (1). Seulement, s'il y avait un armateur-gérant (v. *infrà*, n. 1175), il faudrait considérer l'assurance du navire comme comprise dans son mandat, car les copropriétaires lui ont donné mandat de prendre toutes les précautions dans l'intérêt du navire (2)

Nous admettons, au contraire, que la majorité pourrait hypothéquer le navire en entier; car cela peut être nécessaire pour l'exploitation commune, sans préjudice du droit pour chaque copropriétaire d'hypothéquer sa part (L. 10 déc. 1874, art. 3) (3).

On admet très généralement qu'une fois une décision prise, il y a droit acquis pour tous ; et que la majorité ne pourrait revenir sur la décision (4). Mais le texte oblige toujours la minorité à suivre l'avis de la majorité, et des raisons très sérieuses peuvent amener à modifier la première décision (5).

Détermination de la majorité.

Art. 220, 2e al. La majorité se détermine par une portion d'intérêt dans le navire, excédant la moitié de sa valeur.

1174. Il n'eût pas été juste de donner la prépondérance à la majorité en nombre si elle ne représente pas la plus grande partie des intérêts engagés. Il suit de l'article qu'un propriétaire, s'il a plus de la moitié, entraînerait à lui seul la décision.

Très communément, surtout dans les ports de la Méditerranée, la propriété d'un navire est divisée en vingt-quatre parts qu'on nomme *quirats* et les copropriétaires sont appelés *quirataires*. Les quirats peuvent d'ailleurs se subdiviser. La majorité nécessaire sera donc celle qui représentera plus de douze quirats. — Dans les ports de l'Océan, la propriété est souvent divisée en centièmes ou en millièmes.

Q. *Que faire en cas de partage égal*, chaque opinion représentant la moitié des intérêts engagés, douze quirats? — 1er S. : *Le navire devra naviguer :* — il faut sortir de l'indécision; or le meilleur moyen est de se décider en faveur du parti qui répond au but normal et habituel de la propriété d'un navire; — c'était l'opinion d'Emérigon et de Valin (6). — 2e S. : *Il faudra liciter* (!) : — c'est déjà une règle très exorbitante que de permettre à la majorité de lier la minorité; il ne faut pas exagérer cette règle sans texte, en imposant un avis qui n'a pas même pour lui la majorité ; — il peut y avoir des raisons très sérieuses de refuser un voyage dans un moment et dans des cir-

(1) Caumont, vo *Armateur*, n. 19. De Fresquet, p. 48. Béd., n. 328. Al. n. 1736. Demang., t. IV, p. 167. — *Contrà* : Laurin, t. I, p. 359. Desj., n. 330.

(2) Béd., n. 329.

(3) Mallet, *de l'hyp. marit.*, p. 34. Paulmier, p. 20. Desj., n. 328.

(4) Pard., t. III, p. 48. Béd., n. 335. Al. n. 1737. Demang., t. IV, p. 173. Cresp et Laurin, t. I, p. 356.

(5) De Valr., n. 307. — Comp. Desj., n. 331.

(6) Emér., *Contr. à la grosse*, ch. 4, s. 4. Valin, t. I, p. 585. — Delaporte, t. I, p. 446. Boulay-Paty, t. I, p. 346, 347.

Source BIU Cujas

constances données ; — la loi a prévu les embarras qui pouvaient naître d'un partage égal ; c'est pour cela que dans l'art. 220, 3e al., elle permet à la moitié seulement de demander la licitation ; c'est donc là la solution qu'a voulue le législateur ; l'ord. de 1681 (livre II, tit. VIII, art. 6) ordonnait la licitation précisément dans notre hypothèse (1).

1175. Souvent l'administration du navire commun est confiée à l'un des copropriétaires qu'on appelle alors **armateur-gérant ;** ce qui supposera presque toujours une exploitation à frais commun, et par conséquent une société. L'armateur-gérant est le mandataire des autres ; ses pouvoirs sont déterminés par la convention qui lui donne le mandat (2). Il est nommé par la majorité des propriétaires, ses mandants (3) ; et révocable de même (4), à moins qu'il ne soit lui-même propriétaire de plus de douze quirats, auquel cas il est sûr d'avoir toujours la majorité, ou à moins qu'il n'ait acquis la copropriété à la condition expresse qu'il serait armateur-gérant, ou encore à moins qu'il n'ait été nommé par l'acte primitif d'acquisition ou dans l'acte constitutif d'une société formée entre les copropriétaires ; car ce contrat étant irrévocable, le mandat qui en est une des conditions devient irrévocable par cela même (arg. art. 1856, C. civ.) (5).

Les actes de l'armateur-gérant obligent ses mandants envers les tiers. Mais **Q.** *dans quelle mesure?* — 1er S. *Jamais au delà de leur intérêt dans le navire* : — l'art. 216 (v. *infrà*, n. 1183) pose cette règle pour les actes du capitaine ; il doit en être de même pour l'armateur-gérant ; — il est de tradition que les propriétaires sont traités comme de simples commanditaires à l'égard des conséquences de leur copropriété dans le navire ; la situation se présente bien ici comme une commandite ; car il y a un gérant à côté de cointéressés qui ne gèrent pas (6). — 2e S. *Sans restriction* : — en général les comandants sont tenus *in infinitum* des obligations contractées en leur nom par le mandataire ; — l'art. 216 est exorbitant, et ne peut être étendu hors des cas qu'il prévoit ; or il ne parle que du capitaine ; — les traditions que l'on invoque n'allaient pas plus loin que l'art. 216 ; — de ce qu'il y a un gérant et des non gérants, il ne s'ensuit pas (y eût-il société) qu'il y ait une commandite ; cette situation peut très bien se rencontrer dans une société en nom collectif (v. *suprà*, n. 179 et suiv.) (7).

Les copropriétaires, tenus au delà de leur part, devront être en général déclarés *solidaires* : — car l'existence d'un armateur-gérant suppose presque forcément une exploitation active, un armement fait en commun ; or, nous

(1) Marseille, 31 mai 1836, *J. Mars.*, t. XVII. 1. 153. — Béd., n. 324. Laurin, t. I, p. 355. Desj., n. 325.

(2) Consult. Rouen, 16 juin 1853, D. P. 53. 2. 158. Cresp et Laurin, t. I, p. 348, 349. De Valr., n. 312.

(3) De Valr., n. 312.

(4) Nantes, 14 févr. 1872, *J. Nantes*, 1872. 1. 119. — Béd., n. 344. Demang., t. IV, p. 171. Cresp et Laurin, t. I, p. 348. De Valr., n. 315.

(5) Béd., n. 344. Demang., t. IV, p. 171. Cresp et Laurin, t. I, p. 348. De Valr., n. 315.

(6) Dageville, t. II, p. 132. Dall., n. 289.

(7) Boulay-Paty, t. I, p. 291, 294. Béd., n. 340, 342. Al. n. 1724. Demang., t. IV, p. 171. De Valr., n. 313.

Source BIU Cujas

avons dit que cette exploitation active constitue une société, et qu'elle est commerciale; donc il y a entre les copropriétaires une société commerciale; — si cette société n'est pas une commandite, elle ne peut être qu'une société en nom collectif; car, supposant une collaboration active et connue en général des tiers, elle ne saurait être une participation (v. n. 366); la solidarité s'ensuit donc forcément; — sans doute l'art. 216, 3e al., exclut suivant nous, l'idée de solidarité, mais il ne se place pas dans l'hypothèse d'une société; il parle en effet du capitaine qui n'est *que copropriétaire* (1).

Licitation du navire.

Art. 220, 3e al. La licitation du navire ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires, formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire, s'il n'y a, par écrit, convention contraire.

1176. Cet alinéa déroge à la règle de l'art. 815, C. civ., d'après lequel le partage peut être demandé par un seul des copropriétaires. Du moment que la loi avait supprimé, par les dispositions précédentes, les inconvénients économiques de la copropriété, il n'y avait plus lieu de maintenir la règle de l'art. 815, qui est fondée sur ces inconvénients.

L'article n'exige pas cependant la majorité pour cela, il se contente de la moitié seulement de l'intérêt total dans le navire. Cette règle était nécessaire pour offrir une solution dans tous les cas où il y aurait partage égal dans les délibérations à prendre (2); elle pouvait être admise sans injustice, car elle n'a pour effet que de diminuer l'écart qui existe entre notre article et le droit commun. — Il paraît bien évident (quoiqu'on l'ait contesté) que s'il y a une majorité pour la demande en licitation, cela ne peut l'empêcher de triompher (3).

Il résulte de la loi que la convention peut interdire ou élargir cette faculté.

(1) Civ. rej., 27 févr. 1877, D. P. 77. 1. 209 (2 arrêts). Pot., *Obligations*, n. 351. *Charte-partie*, n. 50. Valin, t. I, p. 359. Emerigon, *Assur.*, t. II, p. 453. Pard., t. IV, p. 18. Dageville, t. II, p. 131. Laurin, t. I, p. 391. Desj., n. 260. De Valr., n. 302. — *Contrà* : Béd., n. 343. Al. n. 1724. Demang., t. I, p. 171.

(2) On a soutenu que la licitation ne pourrait pas être provoquée si le partage égal se produisait, non pas dans le choix du voyage à faire, mais dans la question de savoir si le navire naviguerait ou ne naviguerait pas. On disait que l'avis favorable à la navigation devait toujours l'emporter; car les copropriétaires doivent être censés avoir consenti d'avance à se prêter à l'exploitation du navire, et la navigation est le seul moyen de l'exploiter : Valin, *Ord.*, l. II, tit. 8, art. 6. Emérigon, *Contr. à la gr.*, ch. 4, sect. 4, § 3. Boulay-Paty, t. I, p. 346, 347. Delaporte, t. I, p. 436. — Mais le texte ne distingue pas; le droit de liciter est absolu, si la moitié le demande; et d'ailleurs les copropriétaires ne se sont pas engagés à laisser naviguer le navire dans des conditions peut-être très désavantageuses, tandis qu'en attendant un peu, on pourrait en tirer un très bon parti : Trib. comm. Marseille, 31 mai 1836, *J. Mars.*, t. XVI. 1. 153. Béd., n. 322 et suiv. Demang., t. IV, p. 170. Cresp et Laurin, t. I, p. 353 et suiv.

(3) Vincens, t. III, p. 129. Al. n. 1738. Laurin, t. I, p. 370 et suiv. Desj., n. 336. De Valr., n. 321. — *Contrà* : Bordeaux, 22 mars 1858, *J. Mars.*, t. 37. 2. 65. Valin, liv. 2, tit. 8, art. 5. Emerigon, t. II, p. 429. Boulay-Paty, t. I, p. 361. Dageville, t. II, p. 155. Dall., n. 191. Cresp, t. I, p. 368 et suiv.

Source BIU Cujas

Elle n'est exercée en tous cas que sous le contrôle de la justice, puisque la loi dit qu'elle peut être « *accordée* » ; les juges apprécieront s'il n'y a pas fraude de quelques-uns au détriment des autres. — Quant à la licitation, elle pourra être faite à l'amiable si toutes les parties sont majeures et présentes, sinon elle devra être faite en justice devant le tribunal civil ; rien n'oblige à suivre les formes indiquées par le titre II, pour les ventes forcées sur saisie (1).

1177. La L. 10 décembre 1874, art. 18, 3e al., fait une autre dérogation au droit commun ; elle supprime, en cas de partage ou de licitation du navire, la règle de l'art. 883, C. civ., d'après laquelle le partage et les actes équivalents ont un *effet déclaratif*, et notamment effacent les hypothèques consenties pendant l'indivision par les copropriétaires qui ne gardent pas le bien. L'art. 883 est une conséquence du caractère essentiellement transitoire qu'a d'ordinaire l'indivision. Du moment que l'on organisait cette indivision de manière à en faire un état normal et permanent, on ne pouvait plus conserver cette règle. Spécialement dans une loi qui instituait l'hypothèque sur les navires, il fallait permettre à chacun des copropriétaires de trouver du crédit sur sa part de copropriété en offrant à ses créanciers hypothécaires un droit certain et incommutable. — La loi, avec toute raison, excepte de la règle nouvelle les cas où l'indivision conserve son caractère transitoire, c'est-à-dire ceux où elle résulte d'une succession ou de la dissolution d'une communauté conjugale. Dans ces cas, la règle de l'art. 883 ne produit aucun inconvénient ; au contraire, elle présente tous les avantages qu'elle offre en droit commun, notamment d'éviter les recours compliqués entre héritiers.

CHAPITRE II.

CONTRAT D'ENGAGEMENT DU CAPITAINE.

1178. Il est défendu de faire naviguer un navire sans un *capitaine* breveté par l'Etat, appelé autrefois *maître* dans l'Océan et *patron* dans la Méditerranée. — Les conditions pour être capitaine sont : — d'être Français ; — d'avoir vingt-quatre ans au moins ; — soixante mois de navigation, dont douze sur les bâtiments de l'Etat ; — enfin, d'avoir subi des examens. Ces examens sont de deux degrés : ils peuvent faire décerner le *brevet* de *capitaine au long cours*, permettant de diriger toute espèce de voyage, ou seulement celui de *maître au cabotage* pour des voyages restreints, le long des côtes (v. art. 337 : avant l'ord. du 25 novembre 1827, il fallait distinguer le grand et le petit cabotage). V. Règl. gén. de 1866, art. 204 ; L. 14 juin 1854 ; décr. 26 janvier 1857. Cf. Décr. 22 octobre 1863 (2).

(1) Rouen, 4 déc. 1861, D. P. 62. 2. 85. Laurin, t. I, p. 371 et suiv. De Valr., n. 325. — *Contrà :* Trib. de Boulogne, 21 déc. 1860, D. P. 61. 3. 47. Pard., 6e éd., t. 2, n. 616. Al. n. 1740. Cresp, t. I, p. 371.

(2) Certaines conditions sont aussi exigées pour le second et pour le lieutenant. V. règl. gén. 1866, art. 213. — Pour la navigation *au bornage*, c'est-à-dire avec une embarcation de 25 tonneaux au plus, et à 15 lieues au plus du port d'attache, aucun examen n'est requis ; il suffit d'être marin inscrit : Décr. 20 mars 1852, art. 3.

Source BIU Cujas

Le choix du capitaine parmi les brevetés appartient au propriétaire du navire; en cas de plusieurs copropriétaires, il appartiendrait à la majorité (art. 220, 1er al.); en cas d'armateur-gérant, ce choix est en général compris dans les pouvoirs de celui-ci (1); enfin, dans le cas où l'armement est laissé aux soins de l'affréteur de la totalité du navire, c'est celui-ci qui choisit en général le capitaine. Ces diverses personnes, qui traitent avec le capitaine, peuvent être désignées sous le nom commun d'*armateurs;* c'est ce mot que nous emploierons.

1179. Le contrat d'engagement du capitaine est essentiellement un *louage de services* (2); mais il est compliqué de *mandat*, et même d'un mandat bien plus étendu que n'est en droit commun le mandat général ou tacite : car le capitaine peut obliger le propriétaire par tous ses faits et engagements relatifs au navire et à l'expédition, au moins jusqu'à concurrence de la valeur du navire (art. 216, v. *infrà*); il peut même disposer du navire dans certains cas, soit en l'affectant à des emprunts à la grosse (art. 234), soit en le vendant même (art. 237); enfin, la mission du capitaine à qui est confiée, non seulement une partie si considérable de la fortune de l'armateur, mais encore la vie de l'équipage et peut-être des passagers, est essentiellement une mission de confiance. Aussi la loi a dû donner toute facilité pour le révoquer; il faut que, s'il a le moindre doute, l'armateur puisse le remplacer. C'est là le motif de l'art. 218 :

Art. 218. Le propriétaire peut congédier le capitaine. — Il n'y a pas lieu à indemnité, s'il n'y a convention par écrit.

La disposition du 1er al., d'après les motifs indiqués ci dessus, est d'ordre public (3), et c'est précisément parce que le législateur la considère comme essentielle que dans le 2e al. il refuse en principe tout droit à une indemnité. Il s'ensuit qu'on ne pourrait, par aucune convention, soit expresse, soit tacite, s'enlever la faculté de révoquer le capitaine (4); par conséquent aussi que l'indication du nom du capitaine dans la charte-partie (art. 273) ne donne pas à l'affréteur le droit de s'opposer au changement du capitaine (5). — Le même droit de congédiement appartient à l'armateur non propriétaire qui a choisi le capitaine (6).

1180. Comme nous venons de le dire, c'est pour ne pas gêner la révocation que le Code refuse au capitaine le droit à une indemnité (7), ce qui est contraire à la règle ordinaire en matière de louage de services, contraire même à la règle admise pour les matelots (art. 270), qui ont droit à une indemnité si

(1) Rouen, 16 juin 1853, D. P. 53. 2. 158. De Valr., n. 286.

(2) Cass. 6 avril 1852, D. P. 52. 1. 149. — Laurin, t. I, p. 566, 567. Desj., n. 261.

(3) Nantes, 10 avril 1875, *J. Nantes*, 1875. 1. 185. — Béd., n. 306. Laurin, t. I, p. 649. De Valr., n. 285.

(4) Rennes, 18 juill. 1865, S. 66. 2. 154. — Béd., n. 306. Al. n. 1727. Demang., t. IV, p. 162. Desj., n. 345.

(5) Al. n. 1727. V. Dall., n. 587.

(6) Bordeaux, 25 juin 1860, S. 61. 2. 143. — Al. n. 1730.

(7) Seuls Laurin (t. I, p. 650 et suiv.) et Filleau (*Tr. de l'engagement des équipages*, 2e éd., p. 74), admettent le droit à une indemnité toutes les fois que le congédiement a eu lieu sans cause. — V. *infrà*, n. 1231.

Source BIU Cujas

leur renvoi n'a pas une cause légitime. — Mais cette règle pour le capitaine n'est pas considérée par la loi comme d'ordre public, parce qu'en définitive l'indemnité due n'empêcherait pas absolument la révocation, et qu'elle peut même n'être pas une gêne sérieuse pour l'armateur. Aussi l'article admet le droit à une indemnité dans le cas où il y a convention en ce sens, mais en exigeant une convention écrite (2e al.). Nous entendons cet alinéa comme exigeant une convention écrite sur l'indemnité même, et non pas comme se référant au cas où le contrat d'engagement a été passé par écrit; car ce dernier fait n'a aucune importance pour déterminer le droit à une indemnité, et le 2e al. entendu ainsi supprimerait le principe du premier, car l'engagement du capitaine est toujours constaté par écrit, ne fût-ce que par le rôle d'équipage (1).

Ce que le 2e al. refuse au capitaine, c'est une indemnité pour le fait seul du congédiement, c'est-à-dire pour ce qu'il aurait gagné par son travail pendant le voyage, et pour la perte qu'il subira en attendant un nouvel engagement. C'est là le sens naturel des mots. — Mais ce serait dépasser le sens et l'esprit de l'article, se serait une iniquité que de refuser au capitaine le remboursement des frais qu'il a pu faire, p. ex. pour s'équiper, se rendre au port d'armement, et aussi le salaire pour les soins qu'il a donnés à l'armement; ce travail n'est pas habituellement payé à part, il est compris dans le salaire promis pour le voyage; mais si l'on refuse au capitaine de faire ce voyage, il faut bien lui payer le temps qu'il a consacré utilement à l'expédition projetée (2). S'il est congédié au cours du voyage, il a aussi droit à ses frais de retour, indépendamment de son salaire jusqu'à sa révocation (3). Enfin, il aurait encore droit à une indemnité pour la manière injurieuse et diffamatoire dont aurait été fait le congédiement (4). La règle de l'art. 218, 2e al., ne s'applique que dans le cas où le capitaine est congédié par une mesure personnelle; mais non lorsque le contrat est rompu par une cause extrinsèque, comme la saisie du navire ou la rupture du voyage (v. *infrà*, n. 1231).

1181. Il n'y a pas réciprocité entre l'armateur et le capitaine : celui-ci ne peut renoncer librement au mandat au cours du voyage; l'importance de ses fonctions, qui a motivé l'art. 218, l'oblige au contraire à terminer le voyage :

Art. 238. Tout capitaine de navire, engagé pour un voyage, est tenu de l'achever, à peine de tous dépens, dommages et intérêts envers les propriétaires et les affréteurs.

Au fond, c'est l'application de l'art. 2007, 2e al., C. civ. — Il peut se faire qu'il y ait impossibilité absolue pour le capitaine de continuer son commandement, p. ex. pour cause de maladie; alors il devra être remplacé par l'ar-

(1) Aix, 10 août 1828, et Dall., v° *Dr. marit.*, n. 592. Béd., n. 308. Al. n. 1728. Demang., t. IV, p. 162-163. Laurin, t. I, p. 656. Desj., n. 346. De Valr., n. 289. — *Contrà* : Trib. comm. Marseille, 19 sept. 1828, *J. Mars.*, t. X. 1. 33.

(2) Trib. comm. Marseille, 20 oct. 1830, D., v° *Dr. marit.*, n. 590. — Pard., n. 626. Boulay-Paty, t. I, p. 331. Dageville, t. II, p. 146. Béd., n. 310. Al. n. 1727. Demang., t. IV, p. 163. Desj., n. 349. De Valr., n. 287.

(3) Mêmes auteurs, et Cass. 8 mars 1832, S. 32. 1. 256.

(4) Rouen, 16 juin 1853, D. P. 53. 2. 158. — Desj., n. 347. De Valr., n. 288.

Source BIU Cujas

mateur avant le départ; en route, sa place sera prise de plein droit par le second, si celui-ci a les qualités requises; sinon son remplaçant serait nommé par le commissaire des classes en France, et à l'étranger par le consul français.

1182. **Art. 219. Si le capitaine congédié est copropriétaire du navire, il peut renoncer à la copropriété, et exiger le remboursement du capital qui la représente. — Le montant de ce capital est déterminé par des experts convenus ou nommés d'office.**

Le capitaine peut n'être devenu copropriétaire qu'en comptant sur le commandement du navire; voilà pourquoi il peut forcer les autres à racheter sa part. — S'il est copropriétaire de plus de moitié, il ne peut être congédié, car il aura toujours la majorité pour lui (1). Cependant pour des causes très graves on pourrait recourir aux tribunaux (2). — Le rachat de sa part devra être payé par tous les copropriétaires; car la majorité lie en cela la minorité, d'après le principe général de l'art. 220 (3).

CHAPITRE III.

OBLIGATION DES PROPRIÉTAIRES ENVERS LES TIERS A RAISON DES FAITS DU CAPITAINE.

Art. 216, 1er al. (Ainsi modifié : Loi du 14 juin 1841.) Tout propriétaire de navire est civilement responsable des faits du capitaine, et tenu des engagements contractés par ce dernier, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition.

1183. Le propriétaire est *tenu des engagements* contractés par le capitaine, en vertu des principes du mandat (C. civ., art. 1998). Il est *responsable des faits* du capitaine, c'est-à-dire de ses délits ou quasi-délits, en vertu de l'art. 1384, C. civ. (4); mais il est bien certain qu'il ne s'agit là que de la responsabilité civile; et que le propriétaire ne pourrait être poursuivi *pénalement* pour les crimes, les délits du capitaine, ni pour les infractions aux règlements commises par celui-ci, à moins qu'il n'en fût personnellement coauteur ou complice. — S'il y a plusieurs copropriétaires, ils ne sont pas nécessairement solidaires entre eux pour ces obligations, comme le prouve l'art. 216, 3e al., d'après lequel le capitaine copropriétaire n'est tenu personnellement

(1) Pard., t. III, p. 54. Boulay-Paty, t. I, p. 332. Béd., n. 311. Al. n. 1729. Demang., t. IV, p. 163. Desj., n. 352. De Valr., n. 294. — Mais hors ce cas, il pourra toujours être congédié, alors même qu'il aurait été désigné par la convention qui a fait naître l'indivision; l'a. 218 qui est d'ordre public doit l'emporter sur l'a. 1856 C. civ. : Rouen, 16 mai 1838, D., v° *Droit marit.*, n. 588. Desj., n. n. 352.

(2) Béd., n. 311. Demang., t. IV, p. 163. — *Contrà :* Desj., n. 352.

(3) Boulay-Paty, t. I, p. 337. Dageville, t. II, p. 150. Dall., n. 598. Al. n. 1732. Demang., t. IV, p. 164. Cresp et Laurin, t. I, p. 383. Desj., n. 356. De Valr., n. 298. — *Contrà* : Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 8, art. 4. Pard., n. 626.

(4) Poitiers, 23 févr. 1876, D. P. 76. 2. 132.

Source BIU Cujas

que *dans la proportion* de son intérêt (1). Ils le seraient seulement suivant nous, s'il y avait armement en commun impliquant entre eux une véritable société.

Ces responsabilités ne s'appliquent que « *pour ce qui est relatif au navire ou à l'expédition* », c'est-à-dire pour les contrats ou les actes faits par le capitaine dans ses fonctions de directeur du navire; cette limitation résulte aussi des principes généraux du mandat ou de l'art. 1384. Ainsi il ne serait pas responsable de la contrebande faite par le capitaine à son insu (2); à moins que le capitaine n'eût affrété le navire pour faire de la contrebande, car alors il aurait agi comme capitaine (3).

1184. Un caractère très important du mandat du capitaine et de la responsabilité civile du propriétaire, c'est que leur portée est déterminée par les usages d'une manière absolue, et ne pourrait pas être restreinte par les conventions des parties (4); pour les tiers, le capitaine est toujours le représentant du propriétaire dans toute l'étendue légale du mandat. Il faut, en effet, que les tiers puissent compter sur cette étendue ainsi fixée, qu'ils ne puissent pas être surpris par des restrictions qu'ils ne peuvent pas connaître; cela est nécessaire pour que la navigation soit possible, pour que les capitaines puissent trouver partout les secours ou le concours du travail et des capitaux dont ils ont besoin; pour que la vie des équipages, sans parler des valeurs chargées à bord, ne soit pas exposée faute des réparations nécessaires. Ainsi l'on ne pourrait pas interdire, par une convention quelque formelle qu'elle fût, au capitaine d'emprunter à la grosse dans les conditions de l'art. 234 (5). Ainsi le propriétaire ne pourrait pas stipuler qu'il ne répondrait pas des fautes ou des faits du capitaine (6).

Il suit encore de la même observation que la responsabilité de l'art. 216, 1er al., existerait pour le propriétaire lors même qu'il aurait loué son navire désarmé, quoique le capitaine ne soit pas alors de son choix (v. *suprà*, n. 1178), parce que les tiers ne sont pas tenus de connaître cette circonstance (7). D'ailleurs, il aurait son recours contre l'armateur (8), lequel pourrait aussi être poursuivi par les tiers, en vertu du mandat donné par lui au capitaine (9). Mais le propriétaire ne serait pas tenu des obligations con-

(1) Al. n. 1724 Béd., n. 299. Demang., t. IV, p. 160. — *Contrà :* Civ. rej., 27 févr. 1877, D. P. 77. 1. 209 (2 arrêts). Valin, t. I, p. 169. Pot., *Contr. à la grosse*, ch. 2, sect. 11. Desj., n. 229. De Valr., n. 231.

(2) Béd., n. 276-277. Laurin, t. I, p. 618 et suiv. De Valr., n. 245 (comp. n. 230). — V. cep. Desj., n. 265.

(3) Laurin, t. I, p. 618. — *Contrà :* Béd., n. 276-277.

(4) V. cep. De Valr., n. 246.

(5) Pard., n. 630. Dageville, t. II, p. 208. Béd., n. 278, 355, 443 et suiv. Al. n. 1762. Cresp et Laurin, t. I, p. 638, 639. — *Contrà :* Aix, 16 mars 1875, *J. Aix*, 1875, p. 308.

(6) Desj., n. 276. — *Contrà :* Cass. 14 mars 1877, D. P. 77. 1. 449.

(7) Trib. comm. Bordeaux, 4 avril 1856, *J. Mars.*, t. XXXIV. 2. 121 ; Trib. comm. Marseille, *J. Mars.*, t. XXXIV. 1. 257. — Caumont, v° *Armateur*, n. 1 et 2. Dall., n. 211. Béd., n. 279. Al. n. 1709. Demang., t. IV, p. 158. Cresp et Laurin, t. I, p. 607 et suiv. De Valr., n. 222.

(8) Dall., n. 211, 212. Béd., n. 279. Al. n. 1709. Demang., t. IV, p. 158. De Valr. n. 222.

(9) Douai, 28 mai 1845, D. P. 45. 2. 141. — De Valr., n. 222.

Source BIU Cujas

tractées par l'affréteur-armateur sans la participation du capitaine (1).

Il s'ensuit encore que la même responsabilité existerait pour les faits de celui par lequel le capitaine se serait fait remplacer, lors même que cela lui aurait été interdit (2); — même aussi pour les faits du pilote pris à bord pour franchir un passage difficile, car le propriétaire doit être présumé avoir consenti d'avance à l'emploi du pilote partout où il est nécessaire (3).

La règle de l'art. 216, 1er al., doit s'étendre aussi aux faits de l'équipage préposé par le capitaine qui agit comme mandataire du propriétaire (combinaison des art. 1998 et 1384, C. civ.) (4); — et aux faits des passagers, dans la mesure où l'autorité du capitaine pouvait les empêcher (5).

1185. Le capitaine pourrait aussi être obligé personnellement, par ses délits et ses quasi-délits (6); mais non par les contrats faits dans l'intérêt de l'expédition (7), car le mandataire oblige son mandant sans s'obliger lui-même, et la qualité du capitaine même révèle aux tiers qu'il ne traite pas pour son compte, n en son nom, mais pour le compte de l'armateur. Il est sans doute plus exact de l'appeler commissionnaire, car il fait des actes de commerce ; mais c'est un commissionnaire de la seconde espèce dont parle l'art. 94, 2e al., et auquel il faut appliquer toutes les règles du mandat civil (v. *suprà*, n. 510 et suiv.; et *infrà*, n. 1242). Dans le droit romain, il traitait en son nom (L. 1, § 17, D., *De exercit. actione*), comme tout mandataire. Mais la pratique s'est modifiée dans le courant du moyen âge ; et la règle qu'il ne s'engage pas personnellement est devenue la coutume universelle de toute l'Europe au dix-septième siècle (8). Il engagerait seulement sa responsabilité s'il excédait son mandat (9).

1186. Le propriétaire jouit d'une faculté très exorbitante consacrée par l'art. 216, 2e al. :

Art. 216, 2e al. Il peut, dans tous les cas, s'affranchir des obligations ci-dessus par l'abandon du navire et du fret.

On formule souvent cette règle en disant que la fortune de terre du propriétaire ne peut pas être engagée par les actes du capitaine. Elle est tout à fait contraire au principe du droit commun de l'unité du patrimoine affecté en entier à l'ensemble des dettes d'un débiteur (C. civ., art. 2093); elle revient à une cession de biens partielle. Il suit encore de cette règle que les créanciers qui ont traité avec le capitaine n'ont aucun débiteur personnellement engagé.

(1) Cass. 11 juin 1845, D. P. 45. 1. 279. — Demang , t. IV, p. 158.

(2) Emérig., *Contr. à la grosse*, ch. 4, sect. 2. Boulay-Paty, t. I, p. 288 et suiv. Béd., n. 1710. Desj., n. 272.

(3) Trib. com. Rouen, 20 févr. 1874, S. 74. 2. 90, etc. — Béd., n. 281. Al. n. 1714. Laurin, t. I, p. 621. Desj., n. 274. De Valr. n. 239.

(4) Req. 29 mars 1854, D. P. 54. 1. 235. Trib. civ. Marseille, 8 avril 1870, *J. Mars.*, 72. 2. 128. — Dall., n. 375. Al. n. 1715. Laurin, t. I, p. 620, 621. Desj., n. 274. De Valr., n. 237.

(5) Trib. comm. Marseille, 25 févr. 1833, *J. Mars.*, t. XIII. 1. 357. — Emerigon, *Assur.*, t. I, p. 381. Laurin, t. I, p. 621. Desj., n. 274. De Valr., n. 241.

(6) Béd., n. 282, 296. Desj., n. 382.

(7) Req. 10 août 1875, D. P. 76. 1. 384. — Béd., *ibid.* Desj. n. 379. De Valr., n. 232.

(8) Frémery, p. 181-195.

(9) Al. n. 1963. De Valr., n. 232.

Source BIU Cujas

— Cette règle, introduite par l'usage à une époque où le capitaine était propriétaire au moins en partie du navire et considéré comme le gérant d'une commandite, a été conservée même après qu'on eut appliqué au capitaine les règles du mandat qui le dégagent de toute obligation personnelle (v. n. précédent) (1). Elle est repoussée par plusieurs nations, notamment par l'Angleterre. Mais en France, et dans plusieurs autres pays, elle est considérée par les armateurs comme une protection indispensable contre les pouvoirs si considérables qu'on est obligé d'accorder aux capitaines dont la responsabilité pécuniaire offre en général peu de garanties; et dans l'enquête de 1841, on a constaté que les chargeurs et les autres personnes qui traitent habituellement avec les capitaines n'ont pas réclamé contre cette règle.

En effet, c'est en 1841 seulement que cette règle a reçu expressément toute l'extension qu'elle a maintenant. Le Code ne parlait que de la responsabilité *pour les faits du capitaine*; de là la question de savoir s'il fallait l'appliquer même aux obligations nées des contrats passés par celui-ci; et la Cour de cassation, entendant restrictivement une disposition aussi exorbitante, avait refusé de l'étendre à ces contrats (2). De là grand émoi des propriétaires de navires, à qui l'on donna satisfaction par la L. 14 juin 1841, en adoptant le texte actuel de l'art. 216 (3). — Il faut remarquer que, comme compensation de cette règle, les créanciers, même chirographaires, ont un droit de suite sur le navire (art. 190, 2e al.). Dès lors on peut dire que c'est le navire seul qui doit; c'est une ressemblance de plus entre les navires et les personnes.

1187. Il résultera de cette règle que le capitaine, au cours du voyage, ne trouvera guère à emprunter qu'à la grosse; car les prêteurs, n'ayant aucune garantie personnelle à attendre, exigeront une garantie réelle sur le navire, et prendront un profit maritime très élevé pour compenser les risques de perte. Cela se retournera contre les armateurs. Il ne pourrait en être autrement que si les armateurs s'obligeaient personnellement envers les prêteurs (4), ce qui serait souvent possible maintenant grâce au télégraphe. En effet, soit que les armateurs s'obligent personnellement au moment du contrat, p. ex. pour les engagements des matelots au lieu de leur demeure (5), soit qu'ils le fassent plus tard en acceptant, p. ex., des traites émises sur eux par le capitaine ou en signant le billet de grosse (6), soit qu'ils renoncent expressément au bénéfice de l'a. 216, 2e al., (7), ils pourraient être poursuivis sur leur fortune de terre.

1188. La règle de l'art. 216, 2e al., étant exorbitante, doit être renfermée

(1) V. l'excellente étude de Frémery sur l'origine et la portée de cette règle : *Etudes de Dr. comm*, p. 179 et suiv.; en observant seulement qu'il écrivait avant la loi de 1841 dont nous allons parler. — V. également le rapport de M. Dalloz sur la loi de 1841 : D., v° *Dr. marit.*, n. 16, note.

(2) Cass. 16 juill. 1827, 1er juill. 1834, D., v° *Dr. marit.*, n. 203.

(3) V., depuis cette loi, Req. 31 déc. 1856, D. P. 57. 1. 188.

(4) V. Req. 11 avril 1870, D. P. 72. 1. 54. — Béd., n. 275, 288 et suiv., 296, 298. Al. n. 1712. Demang., t. IV, p. 155, 156.

(5) Rouen, 16 juill., 2 août 1873, D. P. 74. 2. 174, 179; Civ. rej. 27 févr. 1877, D. P. 77. 1. 209. — Demang., t. IV, p. 156. Laurin, t. I, p. 626 et suiv. De Valr., n. 254.

(6) Req. 7 nov. 1854, D. P. 54. 1. 437.

(7) Poitiers, 3 juill. 1876, D. P. 78. 2. 449.

Source BIU Cujas

dans les termes mêmes de la loi; or elle ne parle que de ce qui est « *relatif au navire et à l'expédition* », c'est-à-dire aux actes qui sont compris dans le mandat habituel et nécessaire du capitaine (v. *suprà*, n. 1184). Elle ne s'appliquerait pas au cas où on lui aurait donné des fonctions et un mandat plus étendus, p. ex. à la gestion de la cargaison que le propriétaire aurait lui-même mise à bord (1), ni aux opérations de commerce que le capitaine pourrait être chargé de faire au loin (2). L'esprit de l'article ne comprend pas ces cas plus que son texte (3).

Mais il faudrait comprendre dans les faits du capitaine ceux de l'équipage, choisi et agréé par lui (art. 223), et dont il répond, comme ayant pouvoir sur lui. Le 2e al. de l'art. 216 doit s'appliquer à eux comme le premier (4).

La faculté d'abandon consacrée par cet alinéa ne pourrait être accordée aux copropriétaires à l'égard des actes de l'armateur-gérant, qui n'est nullement compris dans le texte (5) (v. *suprà*, n. 1175).

L'armateur qui ne serait pas propriétaire du navire ne pourrait certainement user de la faculté dont nous parlons; car il ne pourrait offrir l'abandon du navire; tout au plus pourrait-il offrir celui du fret s'il avait sous-loué le navire; mais cela ne peut suffire pour éteindre le droit de ses créanciers (6).

1189. Quant au propriétaire, il suffit, pour se décharger, qu'il abandonne le navire et le fret qui est dû pour le voyage à propos duquel les engagements ont été pris par le capitaine (7). C'est seulement le *fret net* qui doit être abandonné, déduction faite des frais (8). — Si le fret est encore dû par le chargeur, ou s'il a été touché par le capitaine, il suffira que le propriétaire abandonne sa créance contre le chargeur ou le capitaine (9). S'il est chargeur lui-même, il devra abandonner le fret qu'il aurait payé sur un au-

(1) Cass. 30 août 1859, D. P. 59. 1. 350. — Béd., n. 285, 286. Al. n. 1713. Demang., t. IV, p. 156. Desj., n. 283. — *Contrà* : Emérigon, *Contr. à la gr.*, ch. 4, sect. 11, § 3. Boulay-Paty, t. I, p. 287 et suiv.

(2) Boulay-Paty, t. I, p. 287 et suiv. Béd., n. 286.

(3) On a beaucoup demandé que la faculté d'abandon soit appliquée aux dépenses occasionnées par l'échouement d'un navire à l'entrée d'un port ou dans un fleuve, et dont l'administration exige l'enlèvement, ainsi qu'aux frais des réparations à faire pour ce fait aux ouvrages des ports (V. les brochures de M. de Courcy : *Le commerce maritime et la jurisprudence administrative en matière de grande voirie*, Paris 1870; et *La navigation intérieure et la jurisprudence administrative en matière de grande voirie*, Paris, 1870). — Plusieurs des projets de loi sur la réforme du droit maritime ont tenu compte de ces réclamations.

(4) Rouen, 8 avril 1864, S. 64. 2. 99. — Béd., n. 287. Demang., t. IV, p. 155. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 59.

(5) Nantes, 12 juill. 1871, *J. Nantes*, 1871. 2. 213. — Béd., n. 337. Cresp et Laurin, t. I, p. 349. Desj, n. 260.

(6) Demang., t. IV, p. 158-159. Desj., n. 260. De Valr., n. 279. — *Contrà* : Al. n. 1709.

(7) Bordeaux, 14 nov. 1850, *J. Mars.*, t. XXIX. 2. 145. — Béd., n. 294. Laurin, t. I, p. 629 et suiv. Desj., n. 289. De Valr., n. 263.

(8) Cass. 18 avril 1872, D. P. 72. 1. 185. — Laurin, t. I, p. 631. Desj., n. 289. — *Contrà* : De Valr., n. 265.

(9) Rej. 17 avril 1872, S. 72. 1. 389. — Béd., n. 294 bis. Demang., t. IV, p. 156, 157. Desj., n. 289. De Valr., n. 268.

Source BIU Cujas

tre vaisseau au cours de la place (1); mais il n'est jamais obligé d'abandonner la cargaison à lui appartenant (2).

Il pourrait faire cet abandon quand même le navire aurait péri; cela résulte du texte, qui ne distingue pas, et de l'esprit de la loi, qui limite au navire et au fret le droit de gage des créanciers (3).

Q. *Si le navire était assuré, le propriétaire devrait-il abandonner le montant de l'assurance?* La négative a été formellement consacrée par une déclaration faite dans les travaux préparatoires de la loi de 1841, et l'on a dit, pour justifier cette solution, que les primes étant payées sur sa fortune de terre, l'assurance qui les représente doit être à l'abri de l'action des créanciers ayant traité avec le capitaine (4). Pourtant cette règle est contraire à un principe fondamental en matière d'assurances, car le propriétaire gagnera à la perte de son navire, puisqu'au lieu d'un navire grevé de dettes, il aura une somme d'argent parfaitement libre entre ses mains. — Seulement les créanciers hypothécaires seraient subrogés aux droits à l'indemnité: L. 10 déc. 1874, a. 17.

L'abandon pourrait être fait en même temps que le délaissement aux assureurs (v. art. 369 et suiv.); car celui-ci ne transporte aux assureurs la propriété du navire que grevée de toutes ses charges; les assureurs ne peuvent donc se plaindre de l'abandon fait par le propriétaire, et le délaissement ne nuit en rien à ses créanciers (5).

S'il y a plusieurs copropriétaires la majorité ne lierait pas la minorité sur cette question d'abandon (6). Mais chacun pourrait individuellement se libérer en abandonnant sa part de copropriété (7).

1190. **Art. 216, 3e al. Toutefois, la faculté de faire abandon n'est point accordée à celui qui est en même temps capitaine et propriétaire ou copropriétaire du navire. Lorsque le capitaine ne sera que copropriétaire, il ne sera responsable des engagements contractés par lui, pour ce qui est relatif au navire et à l'expédition, que dans la proportion de son intérêt.**

Le capitaine, propriétaire du navire, est personnellement tenu, en vertu des contrats qu'il a faits, quoiqu'il ne dût l'être en aucune de ces deux qua-

(1) Aix, 10 févr. 1831, D., vo *Droit marit.*, n. 219. — Béd., n. 294. Al. n. 170. Demang., t. IV, p. 158. Desj., n. 289. De Valr., n. 264. — *Contrà*: De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 138.

(2) Laurin, t. I, p. 632.

(3) Rouen, 16 déc. 1868, D. P. 72. 2. 79. — Al. n. 1717. Demang., t. IV, p. 157. Desj., n. 287. De Valr., n. 262. — L'abandon serait-il possible dans le cas où le navire aurait péri dans un nouveau voyage entrepris depuis le commencement des poursuites? V. pour l'affirmative : De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 175 et suiv.; — pour la négative : Poitiers, 3 juill. 1876, D. P, 77. 2. 70.

(4) Req. 13 févr. 1882, D. P. 82. 1. 129. — Béd., n. 295. Al. n. 1719, Demang., t. IV, p. 157. Laurin, t. I, p. 632-633. Desj., n. 291. De Valr., n. 272. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 192 et suiv.

(5) Même arrêt. — Boulay-Paty, t. I, p. 293. Dageville, t. II, p. 127. Dall., n. 221. Béd., n. 291, 292. Al. n. 1720. Demang., t. IV, p. 158. Laurin, t. I, p. 637. Desj., n. 295, De Valr., n. 276.

(6) Desj., n. 287.

(7) Duvergier, *Lois*, 1841, p. 322, Dall., vo *Dr. marit.*, n. 217, Béd., n. 293, Desj., n. 287.

Source BIU Cujas

lités si elles avaient été séparées. Il faut dire qu'il est tenu comme propriétaire; car l'article mesure sa responsabilité personnelle pour les contrats à sa part de propriété dans le navire. Ce qui permet de le grever comme propriétaire, c'est qu'il ne peut se plaindre, comme les autres propriétaires, d'être mis à la merci d'autrui. Il est dans la même situation qu'un propriétaire qui a ratifié les engagements du capitaine (v. n. 1187) (1). — Quant à ses délits, il en est tenu pour le tout, comme tout capitaine.

L'art. 217 se référait à l'hypothèse d'un navire armé en course; il est sans application depuis la déclaration internationale du 16 avril 1856, qui a aboli la course au moins pour les nations qui y ont adhéré et dont la France fait partie.

(1) Rapport de M. Dalloz en 1841. Béd., n. 298. Al. n. 1722. Demang., t. IV, p. 159-160. — V. la critique de cette disposition dans quelques-unes de ses applications possibles, par de Courcy, *Quest.*, t. II, p. 115 et suiv.

Source BIU Cujas

TITRE IV.

DU CAPITAINE.

1191. Le législateur a déjà réglé, au titre précédent, le contrat d'engagement du capitaine et la faculté de le congédier (v. notre ch. II), ainsi que l'étendue de la responsabilité des propriétaires du navire, à raison des actes du capitaine (v. notre ch. III). Les matières qu'il traite dans notre titre peuvent se ranger sous les trois chefs suivants : — 1° Principe général de la responsabilité du capitaine envers ses mandants; — 2° Pouvoirs; — 3° Devoirs du capitaine

Il faut noter, en dehors du droit commercial privé, que le capitaine a des fonctions publiques, comme *officier de police* (Décr. 24 mars 1852, art. 3, 5, 97); comme *officier de l'état civil* (C. civ., art. 59, 60, 61, 86, 87), et même comme *officier ministériel* pour les testaments (C. civ., art. 988).

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ DU CAPITAINE ENVERS SES MANDANTS.

1192. Le capitaine est essentiellement le mandataire de l'armateur, mandataire avec des pouvoirs très étendus (1); il est aussi, dans une certaine mesure, le mandataire des chargeurs, pour tout ce qui concerne le transport des marchandises chargées; il est, à peu près, à cet égard, comme le voiturier.

L'étendue de sa responsabilité, dans cette double fonction, est fixée par l'art. 221 :

Art. 221. Tout capitaine, maître ou patron, chargé de la conduite d'un navire ou autre bâtiment, est garant de ses fautes, même légères, dans l'exercice de ses fonctions.

C'est l'application du droit commun : C. civ., art. 1137, 1992. Comme il

(1) Il a même pouvoir de soutenir des procès en leur nom, malgré la règle que *nul ne plaide par procureur* : Frémery, p. 197. De Valr., n. 234. V. aussi Req. 10 août 1875, D. P. 76. 1. 384.

Source BIU Cujas

est mandataire salarié, sa responsabilité doit s'apprécier très sévèrement; cela résulte aussi des pouvoirs si larges qu'il a, et de l'importance des intérêts et même des existences confiés à sa vigilance. Mais cette sévérité ne sort pas des règles du droit commun (1).

Art. 230. La responsabilité du capitaine ne cesse que par la preuve d'obstacles de force majeure.

Comp. art. 97, 98, 103, 104, en matière de transports terrestres. C'est à lui qu'incombe la preuve (mêmes art., et C. civ., art. 1147, 1148, 1302, 1305, 1807, 1808) (2).

Nous ne nous occuperons pas ici de sa responsabilité à l'égard des chargeurs (art. 222, 229); nous en parlerons à propos du contrat d'*affrètement* (tit. VI), qui est l'origine de ses obligations à leur égard. Dans cet endroit, nous établirons qu'il n'est tenu, envers eux, que par la réception des marchandises, et pour les fautes qu'il peut commettre *dans l'exécution* du contrat de transport (3).

1193. La loi a cru nécessaire de préciser ses obligations sur un point particulier :

Art. 227. Le capitaine est tenu d'être en personne dans son navire, à l'entrée et à la sortie des ports, havres ou rivières.

On a craint qu'étant alors souvent dans le voisinage de son domicile, il ne tardât trop à quitter la terre, ou ne fût trop empressé à s'y rendre; et, fréquemment, cette négligence de sa part aurait pu facilement se justifier à ses yeux par la présence d'un pilote à bord du navire. Mais le voisinage de la terre et le passage dans des endroits généralement fréquentés offrent des dangers tout particuliers qui demandent tous les soins et toute la vigilance du capitaine. — Eût-il à bord un pilote, le rôle du capitaine n'est pas annulé pour cela; d'abord, si les textes obligent le capitaine d'un navire de plus de 80 tonneaux à prendre un pilote aux approches des côtes, aucun ne lui impose l'obligation d'obéir aveuglément aux ordres du pilote; et, dans le silence des textes, le capitaine reste le seul commandant du navire (4); en tout cas, il doit être là, pour faire exécuter avec promptitude et intelligence les indications du pilote, pour assurer l'obéissance de l'équipage, veiller lui-même sur les obstacles que l'on peut rencontrer, prévenir le pilote, et insister pour empêcher toute négligence de sa part (5).

(1) Al. n. 1742. Demang., t. IV, p. 200. Laurin, t. I, p. 658. Desj., n. 378. — *Contrà* : Béd., n. 358, d'après lequel il serait tenu de sa faute très légère. — V. pour les détails d'application la très intéressante discussion de M. de Courcy, *Questions*, t. II, p. 101 et suiv.

(2) Al. n. 1757. Demang., t. IV, p. 202. De Valr., n. 396.

(3) V. Rennes, 16 juin 1860, D. P. 61. 2. 161.

(4) « Le pilote, dit M. de Courcy, n'est qu'une carte marine parlante ». *Quest. de dr. marit.*, t. II, p. 106. V. dans le même sens : Laurin, t. I, p. 588. Desj., n. 470. — Le pilote est d'ailleurs responsable de toutes ses fautes et négligences; et le capitaine est déchargé des fausses manœuvres exclusivement imputables au pilote : Caen, 16 juill. 1879, D. P. 81. 2. 169. De Valr., n. 381.

(5) Caumont, v° *Capitaine*, n. 32. Béd., n. 395. De Fresquet, p. 74. Laurin, t. I, p. 587 et suiv. De Valr., n. 381.

Source BIU Cujas

La sanction de l'article 227 est dans l'article 228 (v. n. 1212) : le capitaine est responsable envers tous les intéressés au navire et au chargement; mais il n'en résulte pas qu'il ne puisse pas se décharger en prouvant qu'il a été exempt de faute (cf. a. 230, *suprà*) (1). — Il serait aussi responsable envers les tiers à qui un dommage serait causé par la manœuvre du navire, en vertu de l'art. 1382, C. civ. (2).

1194. Q. *Le capitaine est-il commerçant?* On l'a soutenu, soit parce qu'il fait habituellement beaucoup des actes énumérés dans l'art. 633 comme actes de commerce, soit parce qu'il fait profession de s'engager pour le service des bâtiments de commerce (art. 633, dern. al.) (3). Mais nous ne l'admettrons pas : — il fait journellement les divers contrats maritimes énumérés par l'art. 633, mais il ne les fait pas pour lui-même, ni en son nom, à la grande différence du commissionnaire ordinaire; il ne s'oblige pas du tout et n'oblige que le propriétaire (v. *suprà*, n. 1185); — sans doute, il peut se trouver obligé, s'il excède les limites de son mandat, mais ce n'est pas là un fait normal, une habitude chez lui; — quant aux engagements personnels qu'il prend en louant ses services, on ne peut pas dire non plus qu'ils constituent sa profession habituelle; ces contrats, il ne les fait pas fréquemment, il peut tout au plus les renouveler trois ou quatre fois dans la même année, et encore pas tous les ans, car il aspire certainement à rendre sa position aussi fixe que possible; il ne gagne pas sur ces contrats, mais sur son travail une fois loué; sa profession consiste *à travailler* pour ceux qui ont loué ses services, et non pas à faire des contrats d'engagements; c'est le cas de dire : ce ne serait pas là un métier; — enfin son engagement est déclaré acte de commerce comme étant l'accessoire des expéditions maritimes (v. n. 48) : or, nous avons vu que les actes qui ne sont commerciaux qu'en vertu de la théorie de l'accessoire ne confèrent pas la qualité de commerçant, même lorsqu'ils sont habituels (v. n. 55) (4). — Nous en conclurons que le capitaine n'est pas obligé de tenir des livres pour son propre compte, de publier son contrat de mariage, qu'il ne pourrait être mis en faillite, que ses billets ne seront pas présumés faits pour le commerce.

Mais pour la *compétence*, nous admettons que ses contestations avec l'armateur seront jugées par les tribunaux de commerce : — car il a fait au moins un acte isolé de commerce en s'engageant (art. 633, dern. al.) : — il rentre aussi dans l'art. 634, 1°, car il est bien, vis-à-vis de l'armateur, dans la position d'un *facteur*, puisqu'il a un mandat général pour tout ce qui concerne l'expédition (5).

(1) Cass. 17 août 1834, S. 34. 1. 233. Al. n. 1755. Laurin, t. I, p. 586. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 104. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. II, p. 27. Dageville, t. II, p. 190. Béd., n. 399, 403. Demang., t. IV, p. 216 et suiv.

(2) Trib. comm. Rouen, 29 fév. 1874, *J. Pal.*, 74, p. 364. Caumont, v° *Abordage*, n. 191-194. Beaussant, *Code marit.*, t. I, p. 388. Demang., t. IV, p. 216. Laurin, p. 587 et suiv. — *Contrà* : Béd., n. 394.

(3) Bordeaux, 18 août 1831, D., v° *Actes de com.*, n. 295.

(4) Aix, 6 juill. 1866, *J. Mars.*, 1867. 1. 22. — Laurin, t. I, p. 568, 569. Desj., n. 375. De Valr., n. 327.

(5) Laurin, t. I, p. 568, 569.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

POUVOIRS DU CAPITAINE.

1195. Comme nous venons de le dire au n. 1192, nous réservons pour le titre VI ses droits et devoirs envers les chargeurs.

Formation de l'équipage.

Art. 223. Il appartient au capitaine de former l'équipage du vaisseau, et de choisir et louer les matelots et autres gens de l'équipage; ce qu'il fera néanmoins de concert avec les propriétaires, lorsqu'il sera dans le lieu de leur demeure.

Son mandat comprend le pouvoir de choisir l'équipage; c'est même à lui qu'appartient essentiellement ce choix, parce qu'il exige des connaissances spéciales. Il a toute latitude loin de la demeure des propriétaires. Quand il est au lieu de leur demeure (1), il doit agir de concert avec eux : ce n'est pas à dire que ceux-ci pourront lui imposer leur choix; ils auront seulement le droit d'écarter les matelots qui ne leur plairaient pas; ils ont un droit de *veto* (2). Si les propriétaires ont un commissionnaire ou un correspondant sur les lieux, le capitaine doit se concerter avec lui : cela a été dit dans les travaux préparatoires; il y a une grande analogie avec l'art. 232, où les fondés de pouvoir sont mis sur le même rang que les propriétaires (3). — La sanction de cette obligation du capitaine sera sa responsabilité vis-à-vis des propriétaires, mais non la nullité à l'égard des matelots de bonne foi; leur engagement tiendra de part et d'autre (4).

Toute liberté est laissée aux intéressés dans leur choix (Ord. 17 juillet 1784, art. 5; Règl. gén. 1866, art. 224); sauf qu'ils ne peuvent prendre plus du quart de l'équipage en matelots étrangers (L. 21 sept. 1793, art. 2; Règl. gén. 1866, art. 224).

Quant au nombre, le capitaine doit avoir un équipage suffisant, et serait responsable de son insuffisance (v. Règl. gén. 1866, art. 215).

Quant aux conditions de l'engagement, et notamment au règlement des salaires, le capitaine devra se conformer entièrement aux volontés du propriétaire qui paie (5). — Toute liberté doit leur être laissée sur ce point par

(1) Il n'est pas nécessaire qu'ils soient domiciliés dans le port où se trouve le vaisseau, pourvu qu'ils y demeurent; la loi ne demande rien de plus : Desj., n. 389. De Valr., n. 347. *Contrà* : Laurin, t. I, p. 574 et suiv. — Il ne suffit pas qu'ils demeurent dans l'arrondissement; s'ils ne demeurent pas sur les lieux mêmes, le capitaine garde sa liberté : Poitiers, 18 fév. 1872, S. 72. 2. 228. Caumont, v° *Armateur*, n. 350. Demang., t. IV, p. 182. Laurin, t. I, p. 572, 573. Desj., n. 389. De Valr., n. 347. *Contrà* : Boulay-Paty, t. II, p. 57. Dall., n. 361.

(2) Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 1, art. 5. Al. n. 1748. Demang., t. IV, p. 179. Laurin, t. I, p. 576. Desj., n. 389. De Valr., n. 348.

(3) Valin, *l. cit.* Al. n. 1749. Demang., t. IV, p. 179 et suiv. Desj., n. 388.

(4) Aix, 27 févr. 1869, *J. Mars.*, 69. 1. 291. — Pard., n. 629. Al. n. 1748. Laurin, t. I, p. 577. Desj., n. 390. — *Contrà* : De Valr., n. 348.

(5) Béd., n. 369. Demang., t. IV, p. 180. — Laurin, p. 571, soutient qu'il ne peut

Source BIU Cujas

les commissaires de l'inscription maritime, quoique toute convention de ce genre doive être communiquée à ceux-ci, et ne devienne définitive que lorsqu'elle a été portée par eux sur le *rôle d'équipage* (Ord. 31 oct. 1784, tit. 14, art. 11; L. 24 mars 1852; Règl. gén. 1865, art. 225, 226).

Le choix du *subrécargue* appartient aux chargeurs, car il est exclusivement leur mandataire.

Autorité sur l'équipage.

1196. Le capitaine a pouvoir pour constater ou réprimer les fautes de discipline, délits et crimes commis par les gens de l'équipage ou même les passagers, dans les formes déterminées par la L. 24 mars 1852 (Règl. gén. 1866, a. 210).

Armement et affrètement du navire.

Art. 232. Le capitaine, dans le lieu de la demeure des propriétaires ou de leurs fondés de pouvoir, ne peut, sans leur autorisation spéciale, faire travailler au radoub du bâtiment, acheter des voiles, cordages et autres choses pour le bâtiment, prendre à cet effet de l'argent sur le corps du navire, ni fréter le navire.

1197. Il résulte d'abord *à contrario*, de cet article, que les actes dont il parle (1) sont, en principe, compris dans le mandat général du capitaine, et qu'il peut librement les faire partout ailleurs qu'au lieu de la demeure des proprétaires ou de leurs fondés de pouvoir, sauf ce qui sera dit à l'article 234. — Ce mandat pourrait être limité par les ordres des propriétaires, indiquant, p. ex., au capitaine les conditions de l'affrètement qu'il pourra faire au port d'arrivée; mais ces limitations, obligatoires entre le capitaine et l'armateur, et rendant le premier responsable envers le second, n'auraient aucun effet à l'égard des tiers affréteurs (v. *suprà*, n. 1184), qui pourraient exiger, même à l'encontre des propriétaires, dans les limites de l'art. 216, l'exécution des contrats passés par le capitaine (2).

Au contraire, au lieu de la demeure des propriétaires ou de leurs fondés de pouvoir, le capitaine ne peut valablement traiter ces actes sans leur autorisation spéciale (cf. Ord. 1681, L. 2, tit. 1, art. 17). Il n'y avait plus, en effet, de raison pour étendre autant le mandat du capitaine lorsque les propriétaires peuvent eux-mêmes consentir. — **Q.** Quid *si les propriétaires ou leurs fondés de pouvoir sont sur les lieux, quoiqu'ils n'y demeurent pas*? On pourrait être tenté d'exiger alors leur consentement. Cela sera exact dans leurs rapports avec le capitaine, qui serait responsable envers eux s'il avait traité sans leur consentement. Mais à l'égard des tiers, il ne faut pas l'exiger; car ces tiers ne sont pas obligés de connaître leur présence sur les lieux, et, sa-

être maître de son choix qu'en étant maître des salaires, et que par conséquent le salaire qu'il aura promis aux matelots leur sera dû, sauf seulement recours du propriétaire contre le capitaine. Mais nous avons vu qu'il n'est pas absolument maître de son choix; de plus la solution proposée ne respecte pas la liberté qu'on veut assurer au capitaine, puisqu'on le place sous le coup de dommages-intérêts; s'il ne peut trouver un équipage dont il soit sûr, aux conditions fixées par le propriétaire, il devra refuser le commandement.

(1) La résiliation d'un affrètement y serait aussi comprise : Req. 26 avril 1880, D. P. 80. 1. 450.

(2) Req. 12 févr. 1840, S. 40. 1. 225. — Demang., t. IV, p. 185.

Source BIU Cujas

chant que leur demeure n'est pas là, ont dû compter sur la généralité du mandat légal du capitaine (1). — Il faudrait aussi, et par les mêmes raisons, excepter le cas où les tiers n'auraient été avertis par rien que les propriétaires avaient sur les lieux un fondé de pouvoir (2).

L'interdiction de prendre de l'argent à la grosse pour l'armement s'étend certainement à l'hypothèque du navire; quoique le législateur de 1874 ait omis de modifier l'article 232, comme il a modifié l'art. 233 : il résulte des a. 3 et 26 de la L. de 1874, qu'il faut toujours un mandat spécial du propriétaire pour que le capitaine puisse hypothéquer (3).

L'interdiction de fréter le navire ne s'applique qu'à l'affrètement total; ou à celui d'une partie considérable du navire. Car, lorsqu'un voyage est décidé pour le navire et qu'il est en charge pour une destination déterminée, les affrètements de détail à faire pour cette destination ne sont plus que des actes d'administration usuelle qu'on ne peut refuser au capitaine le droit de faire (4).

1198. La **sanction** de l'article serait, pour les dépenses et emprunts destinés à l'armement, la nullité, à l'égard du propriétaire, des obligations contractées sur les lieux sans son consentement par le capitaine (5). Cependant, s'il en avait réellement profité, les tiers auraient contre lui l'action résultant de la gestion d'affaires (C. civ., art. 1375) (6). — Quant à l'affrètement, il y aurait aussi nullité au profit du propriétaire (7), sans que l'affréteur puisse invoquer cette nullité, puisqu'il a pu et dû connaître que le capitaine, excédant son mandat, l'exposait à la nullité, et qu'il a néanmoins consenti (8).

1199. **Art. 233 (modifié par la L. 10 déc. 1874, art. 28). Si le bâtiment est frété du consentement des propriétaires, et que quelques-uns d'eux fassent refus de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédition, le capitaine pourra, en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite aux refusants de fournir leur contingent, emprunter hypothécairement, pour leur compte, sur leur part dans le navire avec autorisation du juge.**

C'est la conséquence du consentement donné par les propriétaires et la sanction de l'obligation pour la minorité de se conformer à la décision de la majorité (art. 220, 1er al.).

Q. *Mais si les propriétaires* (ou la majorité) *étaient d'accord pour refuser d'exécuter le contrat, le capitaine pourrait-il user contre eux tous de la faculté accordée par l'art.* 233? — 1er S. *Oui* : le capitaine, coobligé des propriétaires en vertu du contrat d'affrètement, a un intérêt personnel à ce que le contrat soit exé-

(1) Béd., n. 437.

(2) Béd., n. 437. Demang., t. IV, p. 182-183.

(3) De Valr., n. 407.

(4) Béd., n. 438. Desj., n. 398.

(5) Béd., n. 431. Al. n. 1760. Demang., t. IV, p. 183. De Valr., n. 408. *Contrà* : Laurin, t. II, p. 11.

(6) Béd., n. 431. — Comp. Al. n. 1148. Desj., n. 399.

(7) Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 1, art. 17. Boulay-Paty, t. II, p. 55, 270. Dagev., t. II, p. 207. Béd., n. 434-435. Demang., t. IV, p. 184. — Comp. Emérigon, *Contr. à la gr.*, ch. 4, sect. 3. Pard., n. 630, 662. Delvincourt, t. II, p. 227. Al. n. 1760.

(8) Valin, *l. cit.* Béd., n. 436. Demang., t. IV, p. 184.

Source BIU Cujas

cuté; il a donc le droit d'invoquer l'article 233; — en tout cas, il agira également au nom des chargeurs, dont il est aussi mandataire (1). — 2e S. *Non*(!): — le capitaine ne s'est pas du tout obligé personnellement par le contrat d'affrètement (v. n. 1185, et n. 1242); il ne devient le mandataire des chargeurs que lorsque les marchandises lui ont été remises; or, ici, ses mandants refusent de les recevoir; — d'ailleurs, l'art. 233 n'est pas écrit dans l'intérêt des chargeurs et ne peut être invoqué par eux; ceux-ci ne peuvent se prévaloir que d'une obligation de faire laquelle se résout en dommages-intérêts (C. civ., art. 1142); l'art. 233 suppose que « *quelques-uns* » seulement refusent de contribuer; le capitaine agit alors comme représentant les droits de la majorité contre la minorité (2).

Il faut en conclure aussi que la majorité pourrait exercer même par un autre mandataire le même droit contre la minorité (3).

Le Code permettait au capitaine d'emprunter à la grosse, pour ce motif, sur la portion d'intérêt que les récalcitrants avaient dans le navire; la L. 10 déc. 1874, art. 28, lui donne, au contraire, le droit d'hypothéquer leur part. En effet le prêt à grosse antérieur au départ ne donnant plus de privilège sur le navire (abrogation de l'art. 191, 9°, par l'art. 27 de la loi), le seul moyen de grever leur part, et seulement leur part, sera dorénavant l'hypothèque.

Mais le capitaine (ou la majorité des copropriétaires) n'aurait pas le droit, s'il ne trouvait pas à emprunter, de saisir les biens des récalcitrants; ce serait, même dans le cas où tous avaient primitivement consenti à l'affrètement, exagérer les droits déjà exorbitants accordés aux propriétaires les uns contre les autres; la loi n'a dit nulle part qu'ils puissent être atteints sur leur fortune de terre à raison de leurs devoirs réciproques (4).

Réparations et ravitaillement au cours du voyage.

1200. Le capitaine a certainement le mandat de faire réparer et de ravitailler le navire, si cela est nécessaire au cours du voyage. Il en a même le devoir absolu dans l'intérêt à la fois de son équipage, des propriétaires et des chargeurs, puisqu'il doit effectuer le voyage promis. A cet effet, il a le droit d'employer d'abord les fonds que les propriétaires ont mis à sa disposition.

Mais il sera souvent nécessaire d'emprunter pour ces besoins, car ils n'auront pas été prévus. Il pourra alors faire un emprunt pur et simple, en tirant des lettres de change sur les propriétaires, ou emprunter à la grosse sur le vaisseau (5). Il devrait, en général, préférer le premier moyen, puisqu'il ne grèvera pas les propriétaires de la prime de grosse très forte, et que ceux-ci auront toujours la possibilité, en cas de perte ou de détérioration du navire,

(1) Pard., n. 630. Locré, *Esp. du C. com.*, sur l'art. 233. Dall., n. 370. Béd., n. 440. Al. n. 1763. Demang., t. IV, p. 186. Laurin, t. II, p. 237.

(2) De Valr., n. 422. — Desj., n. 401, avec une distinction.

(3) Boulay-Paty, t. II, p. 60. Béd., n. 240. Al. n. 1763.

(4) Boulay-Paty, t. II, p. 60. Dageville, t. II, p. 210. Béd., n. 442, Al. n. 1763. — *Contrà* : Demang., t. IV, p. 187. De Valr., n. 421.

(5) Rouen, 16 mars 1860, S. 60. 2. 529, etc. Locré, *Esp. du C. com.*, t. III, p. 113. Boulay-Paty, t. II, p. 71. Delvincourt, t. II, p. 210. Al. n. 1764. Demang., t. IV, p. 190 191. Desj., n. 504. — *Contrà* : Dageville, t. II, p. 215 et suiv.

Source BIU Cujas

de se libérer en abandonnant le navire et le fret, pourvu qu'ils n'aient pas accepté ces traites (1). Mais précisément à cause de cette faculté de se libérer, les prêteurs n'ayant pas plus de sûreté dans un prêt simple que dans le prêt à la grosse, préféreront ce dernier moyen, qui leur donnera un intérêt plus fort, et ils l'imposeront le plus souvent au capitaine. S'il convenait aux armateurs d'éviter les charges de l'emprunt à la grosse, ils devraient recommander au capitaine de leur demander, par lettre ou par le télégraphe, leur engagement personnel envers le prêteur, toutes les fois que cela serait possible.

1201. A raison de la gravité de ces emprunts qui grèvent le navire d'un droit réel, la loi ne laisse pas au capitaine toute liberté de les faire; elle lui impose des conditions plus sévères :

Art. 234, 1er al. (Ainsi modifié : Loi du 14 juin 1841). Si pendant le cours du voyage, il y a nécessité de radoub, ou d'achat de victuailles, le capitaine, après l'avoir constaté par un procès-verbal signé des principaux de l'équipage, pourra, en se faisant autoriser en France par le tribunal de commerce, ou, à défaut, par le juge de paix, chez l'étranger par le consul français, ou, à défaut, par le magistrat des lieux, emprunter sur le corps et quille du vaisseau, mettre en gage ou vendre des marchandises jusqu'à concurrence de la somme que les besoins constatés exigent.

Il faut donc trois conditions : — 1° la nécessité, qui ne doit pas être limitée aux cas énumérés dans notre art. 234, mais comprendre tous les *besoins* de la navigation (art. 191, 7°), et *toutes autres nécessités pressantes* (art. 298); p. ex. pour empêcher la saisie du navire (2), ou pour terminer le transport des marchandises après innavigabilité du navire (3); — 2° la constatation de la nécessité par un procès-verbal signé des principaux de l'équipage (4); — 3° l'autorisation par le magistrat du lieu. — L'emprunt pur et simple, donnant privilège sur le navire comme l'emprunt à la grosse (art. 191, 7°), est aussi grave que lui, et ne doit être permis au capitaine que dans les mêmes conditions. — L'hypothèque du navire, d'après la loi de 1874, a. 26, ne sera possible que si cette faculté a été organisée d'avance, ce qui implique un mandat spécial donné au capitaine (5).

En aucun cas, le capitaine n'a le droit de vendre le navire ni les apparaux (6) pour les besoins indiqués dans l'art. 233; cela, en effet, au lieu de faciliter le transport, le rendrait immédiatement impossible (v. art. 237).

Mais la fin du premier alinéa lui permet, aux conditions indiquées, de mettre en gage et même de vendre des marchandises du chargement jusqu'à concurrence des besoins. Il pourrait évidemment aussi emprunter à la grosse

(1) De Couder, v° *Capitaine*, n. 84. Desj., n. 504.

(2) Req. 10 août 1869, S. 69. 1. 471.

(3) Cass. 19 août 1879, D. P. 80. 1. 97. — Al. n. 1768. Demang., t. IV, p. 193. Desj., n. 506. De Valr., n. 425.

(4) V. les critiques de M. de Courcy, *Quest.*, t. I, p. 44 et suiv. — On admet des équivalents : Aix, 3 janv. 1878, D. P. 80. 1. 97. Valin, t. I, p. 442. Desj., n. 508.

(5) Desj., n. 504.

(6) L'ordonnance permettait de vendre les apparaux; mais les travaux préparatoires montrent clairement qu'ils sont compris dans l'interdiction. Béd., n. 451. Desj., n. 505. De Valr., n. 427.

Source BIU Cujas

sur ces marchandises (1). On a considéré que c'était aussi dans l'intérêt de la cargaison que les réparations et le ravitaillement ont lieu, qu'on peut donc en disposer quand cela est nécessaire, et sauf indemnité. Nous étudierons plus loin (sous l'art. 298) la portée de cette règle à l'égard des chargeurs; continuons à nous placer seulement au point de vue des propriétaires du navire. En principe, ce sont eux qui profitent des dépenses dont il s'agit, car le navire réparé leur appartient; et les victuailles achetées, ce sont eux qui sont obligés de les fournir en vertu de l'affrètement, puisqu'ils se sont obligés à faire tout ce qu'il faut pour réaliser le voyage promis. Ils doivent donc indemniser les propriétaires des marchandises (art. 234, 2e al.; v. *infrà*, n. 1251); ceux-ci peuvent, du reste, refuser de courir ces risques en déchargeant leurs marchandises (art. 234, 3e al.; v. n. 1254).

1202. La **sanction** des obligations imposées au capitaine par l'art. 234 est dans l'art. 236.

Art 236. Le capitaine qui aura, sans nécessité, pris de l'argent sur le corps, ravitaillement ou équipement du navire, engagé ou vendu des marchandises ou des victuailles, ou qui aura employé dans ses comptes des avaries et des dépenses supposées, sera responsable envers l'armement, et personnellement tenu du remboursement de l'argent ou du paiement des objets, sans préjudice de la poursuite criminelle s'il y a lieu.

Si la procédure de l'art 234 est régulièrement suivie, les propriétaires du navire ou des marchandises ne peuvent argumenter du défaut de nécessité pour demander la nullité du contrat; car, autrement, les tiers ne pourraient plus compter sur rien, et l'intervention du magistrat a pour but de les mettre à couvert. — Il n'y aura plus alors pour le propriétaire que l'action en dommages-intérêts contre le capitaine à raison de ses fautes ou de sa fraude, et le droit de forcer celui-ci à rembourser l'argent emprunté ou le prix des objets vendus; mais sans qu'il cesse d'être tenu lui-même à ce remboursement et même avec privilège sur le navire.

Si au contraire les formalités de l'art. 234, 1er al., n'ont pas été remplies, il est certain que les tiers n'ont pas le privilège de l'art. 191, 7°; car l'article 192, 5° et l'a. 312, 2e al., sont formels pour subordonner le privilège à l'accomplissement de ces formalités (2). **Q.** *Ont-ils au moins une action personnelle contre le propriétaire?* Ils n'ont pas, suivant nous, l'action fondée sur le mandat du capitaine, car celui-ci a évidemment excédé les bornes de son mandat, telles qu'elles sont déterminées légalement par l'art. 334, et en dehors de son mandat légal, il n'a plus le pouvoir d'obliger le propriétaire (C. civ., a. 1998) (3). Ils auront l'action fondée sur la gestion d'affaires (C. civ., art. 1375),

(1) Req. 4 déc. 1866, D. P. 67. 1. 161, solution implicite. — Béd., n. 453. Al. n. 1765. Demang., t. IV, p. 191. Laurin, t. II, p. 346. Desj., n. 505. De Valr., n. 428.

(2) Desj., n. 181. De Valr., n. 436.

(3) Rennes, 18 nov 1859, D. P. 60. 2. 133. Boulay-Paty, t. II, p. 62 et suiv.; t. III, p. 24. Dageville, t. II, p. 217. Delvincourt, t. II, p. 210, n. 1. Al. n. 1960. — *Contrà* : Cass. 4 déc. 1866, D. P. 67. 1. 161; Trib. comm. Marseille, 19 févr. 1877, 18 févr. 1879, *J. Mars.*, 77. 1. 13, et 79. 1. 110, etc., etc. Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 1, art. 19. Emérigon, *Contr. à la gr.*, ch. 4, sect. 5, § 2. Pard., n. 900. Dall., n. 442, 1271. Caumont, v° *Empr. à la gr.*, § 2, n. 7. Dufour, n. 295, 296. Béd., n. 457. Demang., t. IV, p. 189. Desj., n. 508. De Valr., n. 436.

Source BIU Cujas

et le privilège fondé sur la conservation de la chose (art. 2102, 2°, C. civ.); mais avec l'inconvénient très grave d'avoir à prouver eux-mêmes l'utilité de l'emprunt ou de la vente.

Interdiction de vendre le navire.

Art. 237. Hors le cas d'innavigabilité légalement constatée, le capitaine ne peut, à peine de nullité de la vente, vendre le navire sans un pouvoir spécial des propriétaires.

1203. La vente du navire dépasse son mandat quelque étendu qu'on le suppose, aussi la vente est nulle même à l'égard des tiers (1). — Il y aura innavigabilité toutes les fois que le navire ne vaudra pas la peine d'être réparé; c'est-à-dire toutes les fois que les dépenses à faire pour le réparer égaleraient ou dépasseraient la valeur qu'il aura après les réparations (2). — L'innavigabilité est constatée par des experts, anciens navigateurs, nommés par le juge du lieu, et prononcée par ce juge, c'est-à-dire, en pays français, par le tribunal de commerce ou le juge de paix, à l'étranger par le consul, vice-consul, ou agent français; enfin, à défaut, par l'autorité du lieu (Décr. 13 août 1791, tit. III) (3). Alors il y a pleine sécurité pour les acheteurs, à moins qu'on ne prouve un dol de leur part (4). Cette déclaration ne couvrirait pas le capitaine s'il l'avait obtenue par fraude (5).

1204. **Art. 249. Si les victuailles du bâtiment manquent pendant le voyage, le capitaine, en prenant l'avis des principaux de l'équipage, pourra contraindre ceux qui auront des vivres en particulier de les mettre en commun, à la charge de leur en payer la valeur.**

CHAPITRE III.

DEVOIRS DU CAPITAINE.

1205. Nous avons déjà parlé des devoirs qui précisent et limitent l'exercice de ses pouvoirs ; nous n'avons à parler ici (et nous le ferons assez sommairement) que de certaines obligations spéciales qui lui sont imposées et des formalités qu'il doit remplir.

§ Ier

Obligations spéciales.

1206. **Art. 235. Le capitaine, avant son départ d'un port étranger ou des colonies françaises pour revenir en France, sera tenu d'envoyer à ses proprié-**

(1) Béd., n. 471, 472. Laurin, t. I, p. 593. Desj., n. 518. De Valr., n. 448.

(2) Rouen, 3 juill. 1867, D. P. 68. 2. 59. — Al. n. 1772. Demang., t. IV, p. 195. Desj., n. 520.

(3) Même arrêt

(4) Req. 3 avril 1867, S. 67. 1. 385. — Demang., t. IV, p. 195. Desj., n. 522. De Valr., n. 452.

(5) Béd., n. 471. De Valr., n. 452.

Source BIU Cujas

taires, ou à leurs fondés de pouvoir, un compte signé de lui, contenant l'état de son chargement, le prix des marchandises de sa cargaison, les sommes par lui empruntées, les noms et demeures des prêteurs.

Il s'agit ici d'un voyage de retour : le capitaine, qui a une grande latitude pour l'organiser et pour affréter son navire, doit prévenir au plus tôt ses propriétaires de ce qu'il a fait, pour qu'ils puissent assurer le navire ou les marchandises, s'occuper de les revendre si elles voyagent pour leur compte, préparer les fonds pour faire face aux engagements pris, et plus tard, s'il y a lieu, agir contre les assureurs des marchandises. On veut aussi, en imposant cette obligation au capitaine, empêcher qu'il ne puisse, après son départ, substituer des marchandises à d'autres (1). — Cette obligation ne lui serait pas imposée si les propriétaires du navire avaient à bord un **subrécargue**, chargé de veiller sur la cargaison.

1207. **Art. 241. Le capitaine ne peut abandonner son navire pendant le voyage, pour quelque danger que ce soit, sans l'avis des officiers et principaux de l'équipage ; et, en ce cas, il est tenu de sauver avec lui l'argent et ce qu'il pourra des marchandises les plus précieuses de son chargement, sous peine d'en répondre en son propre nom. — Si les objets ainsi tirés du navire sont perdus par quelque cas fortuit, le capitaine en demeurera déchargé.**

Cet article se comprend facilement. — L'avis des officiers et des principaux de l'équipage doit être nécessairement pris par le capitaine ; mais leur décision ne le lie pas ; il devrait rester à bord, s'il croyait personnellement pouvoir encore tenir (2). — Cet avis doit être constaté sur le livre de bord et signé de tous les délibérants. — Le tout, sauf impossibilité de recourir à cette procédure, et sauf au capitaine à être couvert après coup, si l'événement prouve qu'il y avait nécessité d'abandon (3).

1208. **Art. 239. Le capitaine qui navigue à profit commun sur le chargement, ne peut faire aucun trafic ni commerce pour son compte particulier, s'il n'y a convention contraire.**

Art. 240. En cas de contravention aux dispositions mentionnées dans l'article précédent, les marchandises embarquées par le capitaine pour son compte particulier sont confisquées au profit des autres intéressés.

Cette prohibition est spéciale au capitaine qui navigue *à profit commun sur le chargement* (cf. art. 251). Ce mode d'engagement du capitaine suppose que a cargaison appartient aux propriétaires du navire et au capitaine : celui-ci a tant pour cent des bénéfices à réaliser. Il y a alors une véritable société entre les propriétaires et le capitaine ; et alors il faut appliquer l'art. 1847, C. civ., d'après lequel l'associé qui a promis d'apporter son industrie doit compte à la société de tous les gains qu'il fait dans cette industrie ; cela est vrai surtout pour celui qui est le gérant de la société, comme l'est le capi-

(1) Béd., n. 463. Al. n. 1770. Demang., t. IV, p. 219.

(2) Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 1, art. 26, 27. Béd., n. 490. Al. n. 1775. Demang., t. IV, p. 227.

(3) Req. 11 fév. 1836, D., v° *Droit marit.*, n. 485. — Béd., n. 492, 493. Al. n. 1775. Demang., t. IV, p. 228. Laurin, t. I, p. 591. Desj., n. 479. De Valr., n. 468.

Source BIU Cujas

taine; — on devait craindre qu'il ne cherchât à vendre ses marchandises de préférence aux autres, et en tous cas il aurait fait baisser les prix par la concurrence.

La défense n'existe que pour les marchandises à charger sur le même navire: cela résulte de l'art. 240 qui parle des « *marchandises embarquées par le capitaine pour son compte particulier* »; on ne s'exprimerait pas ainsi pour des marchandises chargées sur un autre navire (1). Mais il pourrait devoir des dommages-intérêts à ses associés pour la concurrence qu'il aurait faite à la société (2).

Cette interdiction ne s'applique pas au capitaine qui navigue *à fret commun*, car le texte ne le vise pas et il ne fait aucun tort à la société, qui n'a pour but que le gain sur le transport et non sur les marchandises (3).

§ 2

Formalités à remplir par le capitaine.

1209. **Tenue du livre de bord.**

Art. 224. Le capitaine tient un registre coté et paraphé par l'un des juges du tribunal de commerce, ou par le maire ou son adjoint dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce. — Ce registre contient — Les résolutions prises pendant le voyage, — La recette et la dépense concernant le navire, et généralement tout ce qui concerne le fait de sa charge, et tout ce qui peut donner lieu à un compte à rendre, à une demande à former.

Ce livre correspond au livre-journal des commerçants; il a la même utilité de servir de renseignements pour tous les faits du voyage et de preuve pour ou contre le capitaine. Les résolutions qui y seront portées seront souvent un moyen de justification pour lui (v. art. 239). Et faute de se registre il pourra difficilement se justifier; son *rapport*, rédigé par lui-même après coup, ne serait pas admis à sa décharge (4).

Il tient en outre habituellement un *livre de loch* où il mentionne spécialement les faits de la navigation.

1210. **Visite du navire** *avant le départ.*

Art. 225. Le capitaine est tenu, avant de prendre charge, de faire visiter son navire, aux termes et dans les formes prescrites par les règlements. — Le procès-verbal de visite est déposé au greffe du tribunal de commerce; il en est délivré extrait au capitaine.

Cette visite a pour but de constater si le navire est en état de naviguer sûrement. Il y a d'abord là un intérêt général, celui de la vie de l'équipage et

(1) Béd., n. 482, 484. Al. n. 1774. Demang., t. IV, p. 224, 225. De Valr., n. 462. — *Contrà :* Valin, *l. cit.* Dall., n. 479.

(2) Al. et Demang., *l. cit.*

(3) Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 1, art. 28. Dall., n. 480. Béd., n. 485. Al. n. 1774. Demang., t. IV, p. 224.

(4) Béd., n. 299.

Source BIU Cujas

peut-être des passagers; puis l'intérêt des chargeurs; et enfin celui des armateurs eux-mêmes pour leur responsabilité ultérieure envers les chargeurs ou leur recours contre les assureurs en cas de sinistre.

La visite est faite par des *officiers visiteurs*, anciens navigateurs, constructeurs ou charpentiers, à la requête du capitaine qui doit en prendre l'initiative (L. 13 août 1791, tit. III, art. 12, 13, 14; Règl. gén. 1866, art. 184).—Il doit en être fait deux avant chaque voyage, l'une avant l'armement, l'autre après l'armement avant de prendre charge (1). — Cela n'est exigé que pour les voyages au long cours; quant aux navires qui naviguent au cabotage, il suffit d'une visite par an (Décr. 17 août 1779, art. 3) (2); il y a même exemption pour les petits bâtiments (Règl. 13 fév. 1785, art. 10). — Aux termes de la L. 29 janv. 1881, a. 2, pour les navires au long cours, la visite n'est plus obligatoire que s'il s'est écoulé six mois depuis la dernière visite; à moins qu'ils n'aient subi des avaries.

A défaut de tribunal de commerce dans le port, le dépôt du procès-verbal est fait au greffe de la justice de paix. Ord. 1er nov. 1826.

La peine de l'omission de la visite, outre les responsabilités civiles, est une amende de 25 à 300 fr. (L. 24 mars 1852, art. 83; Règl. gén. 1866, art. 186). — V. aussi art. 297; *infrà*, n. 1261.

1211. **Documents à avoir à bord.**

Art. 226. Le capitaine est tenu d'avoir à bord — L'acte de propriété du navire, — L'acte de francisation, — Le rôle d'équipage, — Les connaissements et chartes-parties, — Les procès-verbaux de visite, — Les acquits de paiement ou à caution des douanes.

Le *rôle d'équipage* est la seule pièce qui ne soit pas définie ailleurs dans cet ouvrage. Il est obligatoire pour tout bâtiment exerçant la navigation maritime (L. 19 mars 1852, art. 1. V. la définition de cette navigation, *ibid.* (3), et Règl. gén. 1866, art. 191). — Il doit être renouvelé à chaque voyage pour les bâtiments armés au long cours; et tous les ans pour ceux armés au cabotage ou à la pêche (L. 19 mars 1852, art. 2) (4). — Il doit contenir, outre les indications précisant l'identité du navire, « les noms et prénoms, la filiation, le lieu et l'époque de la naissance, le domicile, le signalement, le quartier, les folio et numéro d'inscription, le grade au service, la qualité à bord du bâtiment et les conditions d'engagement *de toutes les personnes composant l'équipage* » (Règl., gén. 1866, art. 191). Il faut ajouter les noms, prénoms, etc., des passagers (arg. L. 19 mars 1852, art. 4; Règl. gén. 1866, art. 272). — Le capi-

(1) Mais la visite n'est exigée par aucun texte après le chargement : Demang., t. IV, p. 206; — ni au moment de prendre charge pour le retour : Béd., n. 383. Al. n. 1751. Laurin, t. I, p. 582; *contrà* : Caumont, v° *Capitaine*, n. 27, § 3.

(2) Le Code, qui renvoie aux *règlements*, n'a pas entendu abroger ce texte ancien : Bordeaux, 27 fév. 1826, D., v° *Dr. marit.*, n. 2007. Demang., t. IV, p. 206-207. Desj., n. 407. De Valr., n. 366. — *Contrà :* Pard., n. 630. Al. n. 1751, 1752.

(3) Elle comprend la navigation sur la partie maritime d'un fleuve : Rouen, 7 février 1881, D. P. 82. 2. 25.

(4) Les rôles des paquebots transatlantiques peuvent n'être renouvelés que tous les six mois (Règl. gén., art. 200). Il y a dispense complète pour les yachts et bateaux de plaisance (Règl. gén., art. 192).

Source BIU Cujas

taine est obligé d'exhiber son rôle d'équipage sur la réquisition de qui de droit, sous peine d'une amende de 100 à 500. fr. suivant les cas (L. 19 mars 1852, art. 3) (1).

Il faut ajouter encore d'autres documents à ceux de l'art. 226 :

le *congé* : acte délivré par la douane pour établir que le navire est toujours en droit de se prévaloir de l'acte de francisation qu'il a obtenu ; il affirme l'identité du navire avec celui qui a fait l'objet de la francisation ; c'est le passe-port du navire (Règl. gén. 1866, art. 161, 162, 164; v. Décr. 27 vend. an II, art. 5, 9, 22). — Le congé est valable pour un an, ou pour la durée du voyage, si le voyage dure plus d'un an (Décr. 27 vend. an II, art. 5; L. 6 mai 1841, art. 20);

le *manifeste*, ou état général de la cargaison, pour la douane (2);

une *patente de santé*, s'il y a lieu, c'est-à-dire si le navire vient d'un pays suspect au point de vue sanitaire ;

un exemplaire de l'instruction du 2 juill. 1828 sur les actes de l'état civil; et un exemplaire de la L. 24 mars 1852 (Règl. gén., art. 205).

1212. **Sanction** des dispositions précédentes :

Art. 228. En cas de contravention aux obligations imposées par les quatre articles précédents, le capitaine est responsable de tous les événements envers les intéressés au navire et au chargement.

1213. **Obligations à l'arrivée.**

Art. 242. Le capitaine est tenu, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, de faire viser son registre, et de faire son rapport. — Le rapport doit énoncer — Le lieu et le temps de son départ, — La route qu'il a tenue, — Les hasards qu'il a courus, — Les désordres arrivés dans le navire, et toutes les circonstances remarquables de son voyage.

Le *registre* à faire viser, c'est le livre de bord. — Le *rapport* s'appelle souvent le *consulat*, sans doute parce qu'il est fait en France devant les juges-consuls, et à l'étranger devant les consuls français. Le capitaine doit déposer comme pièces à l'appui de son rapport : 1° l'acte de francisation ; 2° le congé ; 3° le rôle d'équipage; 4° les acquits à caution, connaissements et chartes-parties ; 5° son livre de bord (Règl gén. 1866, art. 252). Les deux premières pièces restent déposées jusqu'au départ du navire (Décr. 27 vend. an II, art. 82; Règl. gén., art. 207). — Aux énonciations exigées par l'art. 142, l'ord. 29 oct. 1833, art. 10, en a ajouté beaucoup d'autres (v. cette ord.).

Le délai de vingt-quatre heures doit se compter du moment où l'on a jeté l'ancre (3).

Les articles suivants indiquent l'autorité devant laquelle doit être fait le rapport, et les conditions dans lesquelles il doit être fait suivant les cas :

Art. 243. Le rapport est fait au greffe, devant le président du tribunal de commerce. — Dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commece, le rapport est fait au juge de paix de l'arrondissement. — Le juge de paix qui a

(1) V. Cr. rej. 18 août 1881, D. P. 82. 1. 324.
(2) V. pour les détails une note dans D. P. 1877. 1. 145.
(3) Béd., n. 497.

Source BIU Cujas

reçu le rapport est tenu de l'envoyer, sans délai, au président du tribunal de commerce le plus voisin. — Dans l'un et l'autre cas, le dépôt en est fait au greffe du tribunal de commerce.

Art. 244. Si le capitaine aborde dans un port étranger, il est tenu de se présenter au consul de France, de lui faire un rapport, et de prendre un certificat constatant l'époque de son arrivée et de son départ, l'état et la nature de son chargement.

Art. 245 Si pendant le cours du voyage, le capitaine est obligé de relâcher dans un port français, il est tenu de déclarer au président du tribunal de commerce du lieu les causes de sa relâche. — Dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce, la déclaration est faite au consul de France, ou, à son défaut, au magistrat du lieu.

Art. 246. Le capitaine qui a fait naufrage, et qui s'est sauvé seul ou avec partie de son équipage, est tenu de se présenter devant le juge du lieu, ou, à défaut de juge, devant toute autre autorité civile, d'y faire son rapport, de le faire vérifier par ceux de son équipage qui se seraient sauvés et se trouveraient avec lui, et d'en lever l'expédition.

Art. 247. Pour vérifier le rapport du capitaine, le juge reçoit l'interrogatoire des gens de l'équipage, et, s'il est possible, des passagers, sans préjudice des autres preuves. — Les rapports non vérifiés ne sont point admis à la décharge du capitaine, et ne font point foi en justice, excepté dans le cas où le capitaine naufragé s'est sauvé seul dans le lieu où il a fait son rapport. — La preuve des faits contraires est réservée aux parties.

Le rapport non vérifié ne peut être invoqué par le capitaine. Mais il pourrait être invoqué contre lui, sauf aux juges à en apprécier la valeur (1). Lors même que les juges n'admettraient pas la preuve qu'on prétendrait tirer du rapport, les tiers pourraient prouver par d'autres moyens (2).

Il faut appliquer ces solutions au cas où le capitaine n'aurait pas fait du tout de rapport. Il ne lui sera pas interdit, même à lui, de prouver par d'autres moyens (3).

1214. Art. 248. Hors les cas de péril imminent, le capitaine ne peut décharger aucune marchandise avant d'avoir fait son rapport, à peine de poursuites extraordinaires contre lui.

Cette règle est une mesure sanitaire : il faut que l'autorité du lieu puisse, à l'aide de son rapport, vérifier s'il n'y a pas de danger à débarquer les marchandises venant d'un lieu suspect. On a inséré cette règle dans le code de commerce pour bien établir la responsabilité du capitaine envers les intéressés, si, faute par lui de s'y être conformé, les marchandises sont confisquées ou détruites par mesure sanitaire. — Cette règle protègera aussi l'intérêt des douanes, et celui des chargeurs; car les énonciations du rapport rendront souvent plus difficiles le détournement des marchandises (4).

(1) Béd., n. 526. Al. n. 1785. Demang., t. IV, p. 244-245. Laurin, t. I, p. 601.

(2) Dageville, t. II, p. 264. Dall., n. 529. Béd., n. 525. Al. n. 1784. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. II, p. 139.

(3) Pard., n. 829 et suiv. Béd., n. 503, 504. De Fresquet, p. 82. Demang., t. IV, p. 237. Laurin, t. I, p. 605.

(4) Béd., n. 531. Al. n. 1786. Demang., t. IV, p. 247.

Source BIU Cujas

1215. **Appendice** : *Exemption de la contrainte par corps au moment du départ :*

Art. 231. Le capitaine et les gens de l'équipage qui sont à bord, ou qui sur les chaloupes se rendent à bord pour faire voile, ne peuvent être arrêtés pour dettes civiles, si ce n'est à raison de celles qu'ils auront contractées pour le voyage ; et même, dans ce dernier cas, ils ne peuvent être arrêtés s'ils donnent caution.

Cet article était applicable à tous les gens de l'équipage. Il s'expliquait par les mêmes motifs que l'art. 215 (v. *suprà*, n. 1168) ; il a été abrogé par la suppression de la contrainte par corps (L. 22 juill. 1867) (1). — Mais leurs biens pouvaient et peuvent toujours être saisis, sauf les loyers des matelots, que nos lois déclarent insaisissables (v. au titre suiv.).

(1) Sans doute la loi de 1867 conserve la contrainte par corps pour les réparations civiles résultant de délits ; mais il faut décider qu'elles n'ont jamais été comprises dans l'exemption de l'article 231 : Valin, *Ord.*, l. 2, tit. 1, art. 14. Al. n. 1758. Demang., t. IV, p. 198. Par conséquent, cet article est bien complètement abrogé par la loi de 1867.

Source BIU Cujas

TITRE V.

DE L'ENGAGEMENT DES MATELOTS ET AUTRES GENS DE L'ÉQUIPAGE (1).

1216. Tout citoyen français qui se destine à la navigation maritime est soumis à **l'inscription maritime**. L'inscription se fait sur des registres matricules; en diverses catégories : inscrits provisoires, inscrits définitifs, maîtres au cabotage, capitaines au long cours, pilotes ou pilotes aspirants, hors de service (v. L. 3 brum. an IV; Règl. gén., 1866, art. 38-81) (2).

Engagement des matelots.

1217. **Art. 250. Les conditions d'engagement du capitaine et des hommes d'équipage d'un navire sont constatées par le rôle d'équipage ou par les conventions des parties.**

Le *rôle d'équipage* ou *rôle d'armement* est dressé par le commissaire des classes avant le voyage; on ne doit embarquer aucun matelot qui n'y soit inscrit (L. 19 mars 1852, art. 3); toute convention relative à l'engagement des matelots doit y être portée (v. Ord. 31 oct. 1784, tit. XIV, art. 9, 10, 11; Règl. gén. 1866, art. 225, 226); elle n'est définitive que par son inscription sur ce rôle (art. 270, 5e al.). Même si un matelot est engagé pendant le voyage, on doit le faire porter sur le rôle d'équipage par le consul du premier port où l'on aborde (Ord. 31 oct. 1784, tit. XIV, art. 13).

A l'arrivée, le commissaire des classes dresse le *rôle de désarmement* d'après le rôle d'équipage qui doit lui être remis immédiatement par le capitaine (v. n. 1213); il constate l'accomplissement de l'engagement des matelots, et leur liberté pour des engagements futurs. C'est aussi à ce moment qu'on règle les salaires devant le commissaire des classes (3).

(1) Nous ne développons pas beaucoup cette matière, qui ne présente pas un grand intérêt juridique.

(2) V. des détails dans Demang., t. IV, p. 48 et suiv. Desj., n. 509 et suiv. De Valr., t. I, p. 29 et suiv.

(3) On reconnaît même à l'administration de la marine, le droit de recouvrer les salaires et d'actionner l'armateur au moins dans l'intérêt des matelots absents ou de la famille des matelots décédés : Rouen, 24 déc. 1879, D. P. 80. 2. 233. Desjardins, n. 611. — Il a même été jugé que ce droit appartient à l'administration alors même que le matelot est présent : trib. com. Rouen, 29 déc. 1879, D. P. 82. 2. 25; cette solution est beaucoup plus douteuse : v. Desj., n. 611.

Source BIU Cujas

Il semble donc que malgré l'art. 250 il y ait rarement lieu de rechercher les *conventions des parties*. Il faut cependant admettre sans hésiter d'abord que les tribunaux peuvent recevoir la preuve des conventions des parties, au moins avant la confection du rôle d'équipage (1). Mais même après la rédaction du rôle d'équipage, il ne leur est pas absolument interdit de consulter ces conventions. Le rôle d'équipage ne relate que sommairement les accords des parties; l'ord. de 1784, a. 10, ne parle expressément que des *salaires* comme devant y être notés; beaucoup de détails ne seront donc constatés que dans les conventions des parties (2). Même en ce qui concerne les salaires, il est généralement reconnu qu'aucune modification ne pourrait être faite aux accords constatés par le rôle d'armement : c'est dans un intérêt d'ordre public que nos lois exigent le contrôle de l'administration de la marine (3). Pourtant nous ne pensons pas qu'il soit interdit au capitaine de promettre aux matelots dans une circonstance exceptionnelle une rémunération supplémentaire (4). — Dans tous les cas où il y a lieu de se référer aux conventions des parties, la preuve pourra en être faite par tous les moyens ordinaires, puisque la loi ne reproduit pas l'exigence de l'ordonnance, qui voulait une preuve écrite (liv. III, tit. IV, art, 1), mais qui décidait aussi que les matelots seraient crus sur leur serment (5). C'est seulement pour l'exercice de leur privilège sur le navire que le rôle d'armement peut seul faire preuve (v. art. 192, 4°).

1218. Il est défendu au capitaine d'engager un matelot sans s'assurer, par l'inspection de son livret, qu'il a été congédié du dernier navire sur lequel il était embarqué (Ord. 31 octobre 1784, tit. XIV, art. 6; L. 23 mars 1852, art. 70). De même que les matelots ne peuvent manquer à leurs engagements, ni quitter le navire sur lequel ils sont embarqués, sans avoir été congédiés, sous peine d'être traités comme déserteurs (Ord. 31 oct. 1784, tit. XIV, art. 14, et tit. XVIII; L. 24 mars 1852) (6).

Réciproquement le capitaine ne peut les congédier sans cause, sous peine de dommages-intérêts fixés par l'art. 270, et restant définitivement à sa charge, car c'est lui qui est en faute. Il ne peut jamais les congédier en pays étranger :

Art. 270. Tout matelot qui justifie qu'il est congédié sans cause valable a droit à une indemnité contre le capitaine. — L'indemnité est fixée au tiers des loyers, si le congé a lieu avant le voyage commencé. — L'indemnité est fixée à la totalité des loyers et aux frais du retour, si le congé a lieu pendant

(1) Rouen, 14 août 1858, *J. Havre*, 59. 2. 244, etc. Desj., n. 625. De Valr., n. 514. — *Contrà :* Filleau, n. 15. Laurin, t. I, p. 467.

(2) Rouen, 24 déc. 1879, D. P. 80. 2. 233; 7 févr. 1881, D. P. 82. 2. 25. Desj., n. 625. De Valr., n. 515. — Mais c'est à tort que les arrêts de Rouen argumentent en ce sens des art. 1321, et 1341, 2e al., C. civ., car ce n'est pas une question de preuve qui est en jeu : Desj., n. 625.

(3) De Valr., n. 515. V. trib. Marseille, 21 sept. 1860, *J. Mars.*, 38. 1. 263.

(4) Marseille, 24 mars 1863, D. P. 63. 1. 99. Caumont, v° *Gens de mer*, n. 12, § 5. Béd., n. 545. Laurin, p. 467 et suiv. — *Contrà :* Dall., n. 634.

(5) Bug. sur Pot., t. IV, p. 448. Boulay-Paty, t. III, p. 167. Al. n. 1789. Desj., n. 624. De Valr., n. 515. — *Contrà* : Béd., n. 545. Demang., t. IV, p. 257. Cresp et Laurin, t. I, p. 464 et suiv.

(6) V. Crim. cass. 6. juill. 1877, D. P. 77. 1. 405.

Source BIU Cujas

le cours du voyage. — Le capitaine ne peut, dans aucun des cas ci-dessus, répéter le montant de l'indemnité contre les propriétaires du navire. — Il n'y a pas lieu à indemnité, si le matelot est congédié avant la clôture du rôle d'équipage. — Dans aucun cas le capitaine ne peut congédier un matelot dans les pays étrangers.

Cet article a été déclaré d'ordre public par le décr. du 4 mars 1852; les conventions des parties ne peuvent donc y déroger. — Le dernier alinéa ne s'applique qu'au congédiement arbitraire, mais un matelot pourrait être débarqué à l'étranger pour cause légitime appréciée par le consul ou autre agent français du lieu (Décr. 4 juin 1860, art. 14; D. P. 60. 4. 64).

Salaires des matelots.

1219. Les salaires des matelots sont garantis par un privilège à la fois sur le navire (cf. art. 191, 6°) et sur le fret que leur travail a permis de gagner.

Art. 271. Le navire et le fret sont spécialement affectés aux loyers des matelots.

Nous avons déjà suffisamment parlé du privilège sur le navire (n. 1130). — Quant au privilège sur le fret, ils l'exerceront par une opposition entre les mains des chargeurs (1). S'ils le laissent payer sans opposition, ils n'ont plus de droit à exercer (2). S'il avait été payé d'avance, ils n'auront pas eu de privilège (3). — Le fret qui leur est affecté est seulement le fret du voyage pour lequel ils ont été engagés. Si le navire a fait plusieurs échelles, et que le fret des marchandises déchargées à chaque échelle ait été payé immédiatement, comme cela est très probable, ils ne pourront exercer leur privilège, car ils ne peuvent se faire payer hors du port d'armement (v. *infrà*) (4). Mais si à l'arrivée dans ce port, une partie de ce fret était encore due, nous pensons qu'ils pourraient exercer leur privilège sur cette partie.

Les salaires des matelots sont, de plus, déclarés **insaisissables**, si ce n'est pour loyers et subsistances ou hardes fournis du consentement du commissaire des classes (Ord. 1er nov. 1745; Règl. 17 juillet 1816) : ces dispositions ont pour but d'empêcher que les matelots ne puissent dissiper d'avance ces salaires en empruntant; aussi elles sont d'ordre public et aucune convention ne peut y déroger (décr. 4 mars 1852). — Par la même raison, il est défendu de leur payer ces salaires ailleurs qu'au port d'armement si ce n'est du consentement des commissaires des classes ou des consuls (Décl. 18 déc. 1728, art. 5 et 6, et arrêté du 19 janv. 1734; déclarés d'ordre public par le décr. 4 mars 1852). Si le navire désarme au loin, les salaires dus aux matelots doivent être payés aux officiers des classes ou aux officiers de marine de la

(1) Cette opposition peut être faite au cours du voyage : Desj., n. 664. *Contrà* : Filleau, n. 77.

(2) Paris, 5 nov. 1866, D. P. 67. 2. 28. Valin, t. I, p. 751. Béd., n. 635. Desj., n. 664. De Valr., n. 652. — Si le fret était encore entre les mains du capitaine, le privilège pourrait être exercé à l'encontre des créanciers de l'armateur : De Valr., n. 652.

(3) Nous ne pouvons admettre que l'affréteur soit obligé de payer de nouveau, à moins qu'il n'y ait eu intention de frauder les matelots : Al. n. 1827. *Contrà* : Cass. 10 juin 1879, D. P. 79. 1. 340. Valin, t. I, p. 403. Boulay-Paty, t. II, p. 259. Béd., n. 635. Laurin, t. I, p. 100. De Valr., n. 652.

(4) Paris, 6 nov. 1866, S. 67. 2. 2. — Demang., t. IV, p. 322 et suiv.

Source BIU Cujas

colonie pour être envoyés par eux au port d'armement. Ces règles ont pour but d'empêcher qu'ils ne dissipent leurs salaires au détriment de leurs familles, de les ramener au foyer domestique et aussi d'assurer certaines retenues qui doivent être faites pour la caisse des invalides de la marine.

Formes des salaires.

1220. Les salaires promis aux matelots peuvent prendre quatre formes différentes :

1° **Au mois** : c'est le mode ordinaire, conforme à ce qui a lieu dans les autres louages de service, le salaire étant proportionnel au temps. D'ailleurs, quoiqu'on dise au mois, l'engagement n'est pas limité à un seul mois, et ne doit pas nécessairement cesser avec la fin d'un mois : le matelot doit servir pendant tout le voyage (v. *suprà*, n. 1218) et est payé proportionnellement au temps qu'il a duré (v. art. 252, 4e al.).

2° **Au voyage**. Les salaires sont fixés à forfait pour toute la durée du voyage; les risques d'augmentation et de diminution dans la durée sont pour le matelot. Aussi le salaire est dû intégralement dès que le voyage a été commencé (v. art. 252 *infrà*). Cette stipulation est rare; car les salaires sont habituellement calculés sur la durée ordinaire du voyage. Or, il y a très peu de chances qu'il soit raccourci (v. cependant, art. 252, 254, 256, *infrà*), la plupart des accidents tendront à l'allonger; les mauvaises chances sont donc pour le matelot.

3° **Au profit** ou **à la part** : le matelot doit avoir pour salaire une part des profits de l'expédition. Cette convention n'a guère lieu que pour la pêche ou la course.

4° **Au fret**: le matelot doit toucher une certaine part du fret gagné par le navire. Cette convention suppose que le fret à gagner est encore incertain; autrement on fixerait tout de suite la somme qui reviendra au matelot, et il serait loué au voyage. Aussi elle n'a guère lieu que dans la navigation au cabotage, où le navire prend et décharge des marchandises aux différents ports qu'il touche.

Dans ces deux derniers cas, le matelot est associé à tous les risques, bons ou mauvais, de l'opération commerciale à laquelle il participe; sans néanmoins risquer de perdre plus que son travail (1). Mais la part qui revient au matelot n'en est pas moins un salaire muni d'un privilège, et insaisissable (2) (v. n. 1130).

Droits des matelots en cas de rupture ou de modification du voyage.

1221. Il faut combiner les règles ci-dessus posées pour les divers modes d'engagement avec la règle qu'en cas de force majeure empêchant l'exécution d'un contrat, il n'est pas dû de dommages-intérêts (C. civ., art. 1302). Il faut observer aussi qu'en cas de rupture ou de modification du voyage, *volontaire* de la part des propriétaires, ceux-ci ne sont pas traités aussi sévèrement que s'ils avaient congédié le matelot sans motifs (art. 270, *suprà*, n. 1218), parce que ces décisions peuvent être déterminées par des raisons très légiti-

(1) Trib. Saint-Valery, 14 février 1843, *J. Mars.*, 1. 2. 53. De Valr., n. 525.
(2) Cass. 14 mai 1873, D. P. 74. 1. 105.

Source BIU Cujas

mes, imposées par l'intérêt évident des propriétaires, et que les matelots ont dû prévoir ces éventualités qui sont ordinaires dans l'exploitation des navires.

Rupture avant le départ :

1222. 1° *En cas de force majeure.*

Art. 253. S'il y a interdiction de commerce avec le lieu de la destination du navire, ou si le navire est arrêté par ordre du gouvernement avant le voyage commencé, — il n'est dû aux matelots que les journées employées à équiper le bâtiment.

1223. 2° *En cas de rupture volontaire.*

Art. 252, 1er et 2e al. Si le voyage est rompu par le fait des propriétaires, capitaine ou affréteurs, avant le départ du navire, les matelots loués au voyage ou au mois sont payés des journées par eux employées à l'équipement du navire. Ils retiennent pour indemnité les avances reçues. — Si les avances ne sont pas encore payées, ils reçoivent pour indemnité un mois de leurs gages convenus.

Pour les matelots engagés au profit ou au fret, l'indemnité est réglée par les tribunaux (v. art. 257, *in fine*, n° suivant).

Rupture ou modification au cours du voyage.

1224. 1° *En cas d'engagement au profit ou au fret.*

Art. 257. Si les matelots sont engagés au profit ou au fret, il ne leur est dû aucun dédommagement ni journées pour la rupture, le retardement ou la prolongation de voyage occasionnés par force majeure. — Si la rupture, le retardement ou la prolongation arrivent par le fait des chargeurs, les gens de l'équipage ont part aux indemnités qui sont adjugées au navire. — Ces indemnités sont partagées entre les propriétaires du navire et les gens de l'équipage dans le même proportion que l'aurait été le fret. — Si l'empêchement arrive par le fait du capitaine ou des propriétaires, ils sont tenus des indemnités dues aux gens de l'équipage.

Avec cette forme d'engagement, les matelots courent les risques de l'opération, puisqu'ils y sont associés. — Dans le cas du dernier alinéa, ils ont droit à une indemnité, car les propriétaires ou le capitaine ne doivent pas leur enlever les chances de gain sur lesquelles ils ont compté.

La loi ne fixe pas l'indemnité due; celle-ci sera réglée suivant le droit commun de l'art. 1149, C. civ.

1225. 2° *En cas d'engagement au voyage.*

Les matelots sont payés de tout le voyage, malgré tout raccourcissement; aussi il ne leur est dû aucune indemnité :

Art. 252, 3e al. Si la rupture arrive après le voyage commencé, les matelots loués au voyage sont payés en entier aux termes de leur convention.

Art. 254, 4e al. Le loyer des matelots engagés au voyage est payé aux termes de leur engagement.

Art. 256. Si la décharge du navire se fait volontairement dans un lieu plus rapproché que celui qui est désigné par l'affrètement, il ne leur est fait aucune diminution.

Source BIU Cujas

En cas de prolongation volontaire y a lieu à une augmentation proportionnelle :

Art. 255. Si le voyage est prolongé, le prix des loyers des matelots engagés au voyage est augmenté en proportion de la prolongation.

Il ne résulte pas de notre article, ni des textes cités au n. 1218, qu'ils ne peuvent se refuser à continuer le voyage, quelque prolongé qu'il soit (1); ils seraient seulement obligés de subir l'allongement résultant d'un léger détournement (2).

1226. 3° *En cas d'engagement au mois.*

Art. 252, 4e al. Les matelots loués au mois reçoivent leurs loyers stipulés pour le temps qu'ils ont servi, et en outre, pour indemnité, la moitié de leurs gages pour le reste de la durée présumée du voyage pour lequel ils étaient engagés.

Art. 254. Si l'interdiction de commerce ou l'arrêt du navire arrive pendant le cours du voyage, — dans le cas d'interdiction, les matelots sont payés à proportion du temps qu'ils auront servi ; — dans le cas de l'arrêt, le loyer des matelots engagés au mois court pour moitié pendant le temps de l'arrêt.

En cas d'arrêt, ils continuent leur service sur le navire; mais ils n'ont presque rien à faire ; aussi l'on réduit leur salaire de moitié.

Perte des salaires en cas de naufrage.

1227. **Art. 258. En cas de prise, de bris et naufrage, avec perte entière du navire et des marchandises, les matelots ne peuvent prétendre aucun loyer. — Ils ne sont point tenus de restituer ce qui leur a été avancé sur leurs loyers.**

Cette règle est motivée sur ce que le salaire des matelots était considéré comme une représentation du fret, qui est perdu en cas de naufrage ; et sur le désir d'encourager les matelots au sauvetage. — Mais cette règle a été abandonnée par beaucoup de nations : il est choquant de voir le malheur des matelots qui ont travaillé pour rien, surtout lorsque le propriétaire est presque toujours couvert par une assurance; il est reconnu que le sentiment du devoir et de leur conservation suffit pour les encourager au sauvetage. Aussi tous les projets de réforme du droit maritime proposent la suppression de cette règle. — Sous l'empire même du Code, il est certain que l'art. 258 ne peut s'appliquer aux loyers acquis pour un précédent voyage (3). — En cas de naufrage au retour, les loyers du voyage d'aller ne sont pas perdus : — la loi étant très rigoureuse, il faut l'entendre restrictivement ; — d'ailleurs les propriétaires auront gagné le fret du voyage d'aller ; l'un des motifs de la règle fait donc défaut (4).

(1) Filleau, p. 161 et suiv. Desj., n. 704. De Valr., n. 557. — *Contrà :* Béd., n. 574. Laurin, t. I, p. 474.

(2) De Valr., n. 557.

(3) Cass. 1er juin 1869, D. P. 69. 1. 393. — Desj., n. 712. De Valr., n. 581.

(4) Cass. 10 juin 1879, D. P. 79. 1. 340 (2 arrêts). — Valin, l. 3, tit. 4, a. 8. Emérigon, *Assur.*, ch. 17, sect. 11. Pard., n. 681. Locré, *Esp. du C. com.*, t. III, p. 197. Boulay-Paty, t. II, p. 224. Dageville, t. II, p. 309 et suiv. Delvincourt, t. II, p. 239 et suiv. Béd., n. 588 et suiv. Desj., n. 712. De Valr., n. 579. — *Contrà* : Bordeaux, 28 août 1851, *Collect. Lehir*, 52. 2. 137. Valin, *Ord.*, l. III, tit. 4, art. 8. Laurin, t. I, p. 515 et suiv. Filleau, p. 79.

Source BIU Cujas

Les articles suivants règlent et tempèrent le principe de l'art. 258 :

Art. 259. Si quelque partie du navire est sauvée, les matelots engagés au voyage ou au mois sont payés de leurs loyers échus sur les débris du navire qu'ils ont sauvés. — Si les débris ne suffisent pas, ou s'il n'y a que des marchandises sauvées, ils sont payés de leurs loyers subsidiairement sur le fret.

Art. 260. Les matelots engagés au fret sont payés de leurs loyers seulement sur le fret, à proportion de celui que reçoit le capitaine.

Art. 261. De quelque manière que les matelots soient loués, ils sont payés des journées par eux employées à sauver les débris et les effets naufragés.

Droits du matelot malade, tué, blessé ou pris.

1228. **Art. 262. Le matelot est payé de ses loyers, traité et pansé aux dépens du navire, s'il tombe malade pendant le voyage, ou s'il est blessé au service du navire.**

La loi ne limitant pas la durée du temps pour lequel les loyers sont dus, ils doivent être payés pour tout le voyage jusqu'au retour du navire au port de désarmement, puisque les matelots ne peuvent être congédiés au cours du voyage (v. au n. 1218) (1). — Cet article s'applique évidemment quelle que soit la forme des salaires du matelot (2).

Art. 263. Le matelot est traité et pansé aux dépens du navire et du chargement, s'il est blessé en combattant contre les ennemis et les pirates.

Art. 264. Si le matelot, sorti du navire sans autorisation, est blessé à terre, les frais de ses pansement et traitement sont à sa charge ; il pourra même être congédié par le capitaine. — Ses loyers, en ce cas, ne lui seront payés qu'à proportion du temps qu'il aura servi.

Art. 265. En cas de mort d'un matelot pendant le voyage, si le matelot est engagé au mois, ses loyers sont dus à sa succession jusqu'au jour de son décès. — Si le matelot est engagé au voyage, la moitié de ses loyers est due s'il meurt en allant ou au port d'arrivée. — Le total de ses loyers est dû s'il meurt en revenant. — Si le matelot est engagé au profit ou au fret, sa part entière est due s'il meurt le voyage commencé. — Les loyers du matelot tué en défendant le navire sont dus en entier pour tout le voyage, si le navire arrive à bon port.

Les art. 266, 267, 268 et 269 n'ont plus d'application ; car les risques d'être pris comme esclave n'existent heureusement plus.

Droit au rapatriement.

1229. Tout matelot congédié sans sa faute loin du port d'armement a droit à être rapatrié aux frais de l'armement. On a toujours considéré, avec raison, que la promesse de retour au port d'armement est sous-entendue dans le contrat d'engagement du matelot ; et que le rapatriement est dû au même titre que les salaires. Cette règle est même d'ordre public : décr. 4 mars 1852,

(1) Cass. 13 nov. 1871, D. P. 72. 1. 34 ; Rouen, 7 févr. 1881, D. P. 82. 2. 25, etc. — Béd., n. 602 bis. Demang., t. IV, p. 299.

(2) Cass. 19 fév. 1872, D. P. 72. 1. 33. — Béd., n. 602 ter. Demang., t. IV, p. 297. De Valr. n. 601.

Source BIU Cujas

art. 1er (1). Elle est consacrée, en cas de rupture volontaire de voyage, par l'art. 252, dern. al., pour les matelots engagés au mois ou au voyage :

Art. 252, dern. al. Les matelots loués au voyage ou au mois reçoivent, en outre, leur conduite de retour jusqu'au lieu du départ du navire, à moins que le capitaine, les propriétaires ou affréteurs, ou l'officier d'administration, ne leur procurent leur embarquement sur un autre navire revenant audit lieu de leur départ.

Cette disposition a été généralisée par le décret du 4 juin 1860 (D. P. 60. 4. 64), quelle que soit la forme de l'engagement des matelots; ce décret affecte à cette obligation le navire et tous les frets gagnés par lui depuis qu'il a quitté son port d'armement. La légalité, et, par suite, la force obligatoire de ce décret avait été contestée; mais elle est admise constamment par la jurisprudence (2) : car les règles qu'il pose sont simplement la consécration ou l'interprétation de dispositions de lois antérieures : de notre art. 252, dern. al., combiné avec les art. 257 *in fine*, 262 et 263, 270 *in fine*, C. com., de l'ord. 1er août 1743, art. 8, de l'arrêté 5 germinal an XII, art. 7.

Comme le rapatriement des matelots intéresse aussi l'Etat, à raison de l'inscription maritime, il doit être fait, dans le plus bref délai possible, par les soins des consuls et agents français du lieu, sauf recours contre l'armement pour le remboursement des frais (3). Lorsque l'armement ne doit pas payer ces frais, ou ne les doit pas intégralement, ils sont supportés par l'Etat. Le décr. 4 juin 1860 (D. P. 60. 4. 64) pose le principe et règle les détails d'exécution.

Défense de charger des marchandises pour leur propre compte.

1230. **Art. 251. Le capitaine et les gens de l'équipage ne peuvent, sous aucun prétexte, charger dans le navire aucune marchandise pour leur compte, sans la permission des propriétaires et sans en payer le fret, s'ils n'y sont autorisés par l'engagement.**

Primitivement, les matelots n'étaient pas payés en argent; ils étaient rétribués par le droit qu'ils avaient de charger des marchandises pour leur propre compte; c'est ce qu'on appelait l'*ordinaire* ou la *portée* des matelots. L'ordonnance de 1681 a consacré la suppression de cet usage, et le Code a reproduit son interdiction. — Mais il admet la stipulation contraire. Celle-ci est souvent faite par le capitaine et les principaux de l'équipage; c'est ce qu'on appelle le *port permis*.

(1) Rej. 18 mai 1870, S. 70. 1. 245. — Demang., t. IV, p. 286. Desj., n. 741.

(2) Cass. ch. réun., 6 févr. 1877, D. P. 77. 1. 114; Rennes, 13 janv. 1880, D. P. 81. 2. 6, etc., etc. Caumont, v° *Armateur*, n. 107, et v° *Rapatriement*. Demang., t. IV, p. 286 et suiv. Desj., n. 741. — *Contrà* : Béd., n. 598 bis. Laurin, t. I, p. 533 et suiv. — Cette obligation existe même en cas de rupture par force majeure, v. les textes cités : Cass. 6 fév. 1877, D. P. 77. 1. 114.

(3) L'Etat a pour cela une action directe contre l'armateur : Cass. 6 février 1877, D. P. 77. 1. 114. Celui-ci est tenu sur sa fortune de terre : Rouen, 2 août 1873, D. P. 74. 2. 180. Desj., n. 745. Et l'action n'est pas soumise à la prescription de l'a. 433 : Cass. 31 déc. 1879, D. P. 80. 1. 133.

Source BIU Cujas

L'ancien usage donnait lieu, et l'usage actuel du *port permis* donne encore lieu, quoique moins fréquemment, au **contrat de pacotille** : c'est un contrat par lequel le *donneur* remet au *preneur* des marchandises pour les transporter en franchise, grâce à son port permis, les vendre, et partager les bénéfices produits par la vente, ou les bénéfices faits sur les *retours*, c'est-à-dire sur les marchandises achetées avec le prix des premières et rapportées en France avec la même franchise de transport; c'est une véritable association en participation. A la fin de l'opération, le donneur prélève le capital qu'il a avancé; les frais déboursés sont remboursés à celui qui les a faits, et le surplus se partage entre les parties dans les proportions convenues.

L'interdiction de l'art. 251 ne s'applique pas au *coffre* des matelots, destiné à contenir leurs hardes; ils peuvent librement disposer de cet espace, et y mettre des marchandises s'il y a des vides, à moins de stipulation contraire dans l'engagement (1).

1231. **Art. 272. Toutes les dispositions concernant les loyers, pansement et rachat des matelots, sont communes aux officiers et à tous autres gens de l'équipage.**

Cet article fait naître la question de savoir si les indemnités, ordonnées par les articles 252, 254, 257, sont dues au **capitaine** malgré l'art. 218 qui lui refuse toute indemnité en cas de congédiement. Nous pensons qu'il faut lui appliquer les art. 252, 254, 257; parce que la prohibition de l'art. 218 ne se réfère qu'au congédiement fait comme mesure personnelle contre lui et fondé sur ce qu'il n'a plus la confiance de ses patrons. Son texte ni ses motifs ne s'appliquent au cas où la mesure est générale pour tout l'équipage et fondée sur des raisons extrinsèques, comme la rupture du voyage ou la saisie du navire (v. n. 1180) (2). Il faut supposer bien évidemment que la rupture du voyage ne lui est pas imputable; car alors certainement il n'aurait droit à aucune indemnité; il en devrait plutôt une lui-même.

(1) Desj., n. 494.

(2) Valin, *Ord.*, l. 1, tit. 14, art. 13. Emérigon, *Assur.*, ch. 20, sect. 7. Locré, t. III, p. 55. Boulay-Paty, t. I, p. 219. Dageville, t. II, p. 92. Caumont, v° *Navire*, n. 80; v° *Armateur*, n. 87-98; v° *Gens de mer*, n. 60. Béd., n. 224 et suiv., 567 et suiv. Laurin, t. I, p. 155, 156. Desj., n. 69. — *Contrà* : Dall., n. 144 et 700. Dufour, n. 761 et suiv. Al. n. 1694, 1798. — Comp. Pard., n. 626, 627. Demang., t. IV, p. 137; 267-268.

Source BIU Cujas

TITRE VI.

DES CHARTES-PARTIES, AFFRÈTEMENTS OU NOLISSEMENTS.

1232. Le contrat d'affrètement fait l'objet de ce titre et des deux titres suivants. Il porte ce nom d'*affrètement* dans les ports de l'Océan, et celui de *nolissement* dans ceux de la Méditerranée.

C'est *un contrat par lequel le propriétaire d'un navire, ou le capitaine pour lui, loue tout ou partie du navire*, ordinairement pour le transport de marchandises d'un port à un autre (1). — Le propriétaire, locateur du navire, est appelé le *fréteur;* et le commerçant qui fait faire le transport se nomme l'*affréteur*; il deviendra plus tard le *chargeur*.

En outre, ce contrat contient le plus souvent la *promesse* de se charger du *transport* maritime (2). Le *contrat de transport* proprement dit, comparable au contrat de transport terrestre dont nous avons parlé au Livre Ier, tit. 6, sect. 3, se complète au moment de la remise des marchandises au capitaine sur le navire, c'est-à-dire au moment du *chargement*. L'écrit destiné à constater le chargement est le *connaissement*, qui correspond à la lettre de voiture dans les transports terrestres. C'est à partir de ce moment-là que le fréteur, et aussi le capitaine personnellement, se chargent, comme le voiturier, de la garde et du transport des marchandises, deviennent responsables de la perte et des avaries, arrivées autrement que par force majeure. — Il y a donc deux phases bien distinctes dans la position des parties; il sera bon, pour la clarté, de les étudier séparément.

Souvent aussi il n'y a en réalité qu'un contrat de transport maritime, comme lorsqu'on expédie quelques caisses par un navire; alors le contrat est uniquement constaté par le connaissement (3).

La répartition des matières dans les titres 6, 7 et 8, n'est pas très logiquement faite par le Code. Pour établir une division rationnelle, en nous écartant le moins possible du Code, nous traiterons : — au titre VI, le contrat d'affrètement proprement dit; — au titre VII, le chargement avec le connaissement et les obligations personnelles qu'il impose au capitaine; — au titre VIII, les obligations des propriétaires et des chargeurs, et leurs modifications par les divers événements ultérieurs.

(1) On peut louer, *fréter* un navire pour un autre objet, p. ex. pour une exploration scientifique, pour un voyage d'agrément, pour la pêche.

(2) Comp. Cresp. et Laurin, t. II, p. 12 et suiv. De Valr., n. 666, 667.

(3) De Courcy, *Questions*, t. I, p. 125.

Source BIU Cujas

Dans ce titre VI nous étudierons deux objets : — 1° formes du contrat d'affrètement; — 2° obligations des parties résultant de ce contrat.

CHAPITRE PREMIER.

FORMES DU CONTRAT D'AFFRÈTEMENT.

Art. 273, 1er al. Toute convention pour louage d'un vaisseau, appelée charte-partie, affrètement ou nolissement, doit être rédigée par écrit.

1233. Cette disposition existait déjà dans l'ordonnance (liv. 3, tit. I, art. 1). Elle doit être entendue comme exigeant un écrit, non pour la validité du contrat lui-même, mais seulement pour la preuve. Il s'ensuit qu'on pourrait prouver le contrat par d'autres modes, comme l'aveu, le serment, la correspondance, les factures signées du capitaine, le livre de bord, le manifeste (1); — et surtout par le connaissement, qui, constatant par écrit une phase ultérieure du contrat, et son exécution partielle, constate implicitement, mais très sûrement, ce contrat (2). En pratique, pour les chargements peu considérables, ceux qui ne comprennent que quelques colis, on se contente du connaissement sans avoir dressé préalablement une charte-partie; et l'art. 286 paraît bien consacrer cet usage en disant que le prix du fret peut être constaté par la charte-partie **ou** *par le connaissement* (3). — Nous admettons de plus, quoique cette solution soit plus contestée, la preuve testimoniale au-dessous de 150 fr. ou avec un commencement de preuve par écrit : — pour nous l'art. 273, comme celui de l'ordonnance, a seulement pour but de prohiber la preuve par témoins au-dessus de 150 fr.; — c'est ainsi que Valin entendait l'article de l'ordonnance; — et dans les travaux préparatoires au conseil d'Etat, on voit qu'on l'a entendu de la même façon (4). — Il y a donc dérogation au droit commun des matières commerciales, où en général la preuve testimoniale est toujours admise (art. 109), et retour au droit commun du Code civil (art. 1341).

La **charte-partie** est proprement l'écrit destiné à constater le contrat d'affrètement. On applique quelquefois moins proprement ce mot au contrat lui-même, comme l'indique le premier alinéa de notre article. — L'origine de ce mot est dans l'habitude où l'on était anciennement de rédiger la convention en un seul original, et de déchirer ensuite le papier, la *charte*, en deux par-

(1) Aix, 23 févr. 1875, D. P. 78. 5. 81. — Valin, t. I, p. 618. Pot., *Charte-partie*, n. 12-14. Locré, t. III, p. 198 et suiv. Boulay-Paty, t. II, p. 268. Delvincourt, t. II, p. 277. Pard., t. III, p. 168. Brav., *Manuel*, p. 360. Massé, t. VI, n. 200. Dall., n. 803. Cresp, t. II, p. 33. Desj., n. 763.

(2) Locré, t. III, p. 215. Béd., n. 645. Al. n. 1831. Cresp, t. II, p. 73 et suiv. Desj., n. 763.

(3) Valin, t. I, p. 618. Béd., n. 645. Al. n. 1831. Laurin, t. II, p. 72. De Valr., n. 671. De Courcy, *Questions de Droit maritime*, t. I, p. 125-126.

(4) Aix, 23 févr. 1875, D. P. 78. 5. 81. — Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 1, art. 1. Pard., n. 708. Boulay-Paty, t. II, p. 268. Locré, p. 200. Dageville, t. II, p. 345 et suiv. Béd., n. 642-645. Al. n. 1831. — *Contrà :* Cresp. t. II, p. 34 et suiv. Desj. n. 763. De Valr., n. 671.

Source BIU Cujas

ties à peu près égales, remises à chacun des contractants. On se garantissait ainsi contre les fausses pièces, puisque chaque moitié n'avait de valeur que par son rapprochement et sa correspondance exacte avec l'autre. Mais cette méthode avait un inconvénient grave : c'est qu'en cas de débat, l'un des contractants, en refusant de produire sa moitié, rendait inutile celle qui se trouvait entre les mains de l'autre. Aussi, déjà dans notre ancien droit, avait-on abandonné cet usage pour recourir à la formalité des doubles. — Il faut admettre actuellement que la rédaction en double original (C. civ. art. 1325) est nécessaire pour la charte-partie; car la pensée de notre art. 275, 1er al., est de revenir à toutes les exigences du droit civil pour la preuve (1).

Mentions que doit contenir la charte-partie.

Art. 273, 2e al. et suiv. Elle énonce — Le nom et le tonnage du navire, — Le nom du capitaine, — Les noms du fréteur et de l'affréteur, — Le lieu et le temps convenus pour la décharge, — Le prix du fret ou nolis, — Si l'affrètement est total ou partiel, — L'indemnité convenue pour les cas de retard.

1234. Ces mentions se réfèrent à quatre points : les noms des parties, l'objet loué, le prix, les conditions d'exécution du contrat.

1° *Les noms des parties;* ceux du fréteur et de l'affréteur sont évidemment essentiels. Celui du capitaine présente un intérêt particulier à l'affréteur, parce qu'il peut appeler sa confiance, s'il le connaît. Pourtant il ne faut pas considérer que cette mention constitue un droit acquis pour l'affréteur, et puisse empêcher le propriétaire d'user du droit absolu de révocation qui lui est concédé par l'art. 218, et que le texte de l'art. 273 ne contredit pas (2).

1235. 2° *L'objet loué.* C'est le navire (3) qui est désigné à la fois par son nom et par son tonnage; les deux mentions se complétant l'une par l'autre, car il ne peut guère arriver que deux navires aient à la fois le même nom et le même tonnage. — On doit indiquer aussi si l'affrètement est total ou partiel. On peut, en effet, louer tout le navire, armé ou désarmé; on peut aussi n'en louer qu'une partie déterminée; enfin, on peut stipuler simplement qu'on chargera telle quantité de marchandises, indiquée soit par son volume, mètre cube, tonneau de jauge de 1 mèt. 44, etc.; soit par son poids, tonne métrique de 1000 k., quintal métrique de 50 k., ou tonneau d'affrètement variable pour chaque espèce de marchandises suivant sa nature plus ou moins encombrante et fixé par le décret du 25 août 1861 (v. *suprà*, n. 476) (4).

(1) Béd., n. 643. Laurin, t. II, p. 55. De Couder, v° *Charte-partie*, n. 11. Cf. Demol., t. XXIX, n. 388. — *Contrà* : Al. n. 1832. Pard., t. I, n. 245. Boulay-Paty, t. II, p. 272. Delvincourt, t. II, p. 277. Caumont, v° *Affréteur*, n. 19. Cresp, t. II, p. 52. Desj., n. 764. De Valr., n. 674.

(2) Béd., n. 649. Al. n. 1836.

(3) Cette mention est évidemment essentielle, à peine de nullité du contrat comme contrat d'affrètement : Pard., n. 709. Boulay-Paty, t. II, p. 275. Béd., n. 648. Al. n. 1835. Laurin, t. II, p. 93. Comp. Desj., p. 768. — Mais on pourrait se charger de transporter tels objets à tel port sans désigner le navire; ce serait alors un autre contrat *sui generis;* et il faut reconnaître que la convention qui omettrait de désigner le navire pourrait souvent (et devrait alors) s'interpréter dans ce sens (C. civ., a. 1157).

(4) Ce décret n'a réglé la composition du tonneau d'affrètement qu'en vue de l'exécution de la L. 3 juillet 1861, son titre le dit formellement; il n'a donc pas autorité lé-

Source BIU Cujas

1236. 3° *Le prix.*

Art. 286, 1er, 2e et 3e al. Le prix du loyer d'un navire ou autre bâtiment de mer est appelé fret ou nolis. — Il est réglé par les conventions des parties. — Il est constaté par la charte-partie ou par le connaissement.

Le mot *fret* peut, du reste, indiquer aussi le chargement à prendre; ainsi on dit qu'un capitaine trouvera du fret dans tel port.

A défaut de la charte-partie, le fret pourra être déterminé par le connaissement; et, à défaut encore, par l'usage. Le contrat ne serait pas nul pour cette omission (1).

Art. 286, 4e al. Il a lieu pour la totalité ou pour partie du bâtiment, pour un voyage entier ou pour un temps limité, au tonneau, au quintal, à forfait, ou à cueillette, avec désignation du tonnage du vaisseau.

Le règlement du fret dépend, en général, de la manière dont l'affrètement est fait : — 1° *Quant à la durée du louage.* Ainsi, l'affrètement peut être fait au voyage ou au mois; le fret sera fixé au voyage ou au mois. Mais en cas d'affrètement pour un voyage déterminé, le fret peut néanmoins être fixé à tant par mois. Dans le fret au mois, un mois commencé est dû en entier. — Le point de départ du fret au mois est fixé par l'article 275 :

Art. 275. Si le navire est frété au mois, et s'il n'y a convention contraire, le fret court du jour où le navire a fait voile.

En effet, le temps du chargement est concédé comme *starie*, ou payé comme *surestarie* (v. *infrà*, n. 1239). Et le retard du départ causé par force majeure est au risque du navire (art. 277, v. *infrà* n. 1260). — 2° *Quant à l'étendue de l'espace loué* : si le navire est affrété en totalité ou pour une portion déterminée, le fret sera habituellement fixé à tant par tonneau de jauge; il pourrait être aussi fixé *à forfait*. — Si l'on convient de charger une certaine quantité de marchandises, l'unité qui détermine la quantité à charger sert aussi d'unité pour le fret; ainsi, au Havre on fixe le fret par volume d'un mètre cube ou par poids de 700 k. (poids moyen du mètre cube de marchandises); à Bordeaux, on le fixe au volume du tonneau de jauge de 1 mèt. 44. ou au poids de 1000 k., etc. On pourrait aussi le fixer *à forfait* pour un lot donné de marchandises. — 3° *Quant au caractère conditionnel de la convention,* dans le cas d'affrètement *à cueillette*, c'est-à-dire fait à la condition que le capitaine pourra compléter son chargement dans un certain délai (v. *infrà*, n. 1238).

1237. On ajoute souvent, au prix du fret qui sera touché par l'armateur, une certaine somme destinée au capitaine pour le rémunérer des soins qu'il

gale dans les conventions particulières, mais il a une grande autorité morale, et depuis que la L. 13 juin 1866 lui a donné autorité légale pour les ventes faites au tonneau de mer, il sera bien difficile de lui refuser cette autorité pour les affrètements. L'usage l'accepte d'ailleurs universellement.

(1) Pot., *Charte-partie*, n. 8. Boulay-Paty, t. II, p. 311. Béd., n. 655. Al. n. 1841, 1877. Laurin, t. II, p. 89 et 95. Desj., n. 768. Quelquefois on stipule *fret nul;* mais c'est seulement pour faciliter la négociation du connaissement en évitant le privilège du fréteur sur les marchandises. Cela n'empêche pas qu'entre les parties un fret ne soit dû : Béd., n. 721.

Source BIU Cujas

devra donner au chargement. C'est ce qu'on appelait autrefois le chapeau, la cape, les chausses, le vin ou le pot de vin du capitaine; cette stipulation est encore connue aujourd'hui sous le nom de **droit de chapeau;** et l'on stipule souvent pour le fret tant par tonneau, plus 10 p. °/₀ d'avaries (1) *et de chapeau.* — On s'est demandé qui est-ce qui profiterait de ce droit de chapeau, si rien n'avait été dit sur ce point dans la convention d'affrètement, ni dans celle d'engagement du capitaine. La question était controversée avant le Code. Nous pensons qu'il faut toujours attribuer ce droit au capitaine personnellement; cela résulte à la fois de son nom et de son origine; — si l'on peut dire que le fret serait plus fort sans cela, on peut répondre que le capitaine aurait, de son côté, stipulé de l'armateur des honoraires plus forts, s'il n'avait pas compté sur les profits résultant de cet usage (2). — Souvent aussi actuellement on stipule, à la place du droit de chapeau, un droit de **primage** de tant p. °/₀ qui s'ajoute au fret. Ce droit est certainement pour le fréteur, et non plus pour le capitaine (3).

1238. 4° *Les conditions d'exécution du contrat.*

Parmi ces conditions, il y a d'abord la *durée* du louage. Le navire peut être loué pour un voyage, soit simple, soit aller et retour (4), soit avec plusieurs escales, c'est-à-dire le droit ou l'obligation de s'arrêter dans différents ports. Il peut être loué au mois : cela a lieu habituellement pour l'affrètement total des navires destinés au cabotage ou à un service régulier entre deux ports.

Il peut y avoir aussi une *condition* proprement dite mise à l'affrètement. C'est ce qui se rencontre dans l'*affrètement à cueillette* : le capitaine ne s'engage à charger un certain lot de marchandises que s'il trouve à compléter son chargement. — Un délai doit évidemment être convenu pour l'exécution de cette condition, car on ne peut pas rester indéfiniment en suspens. Si les parties avaient omis d'en indiquer un, les tribunaux y suppléeraient d'après les circonstances et les usages (5). — Dans l'usage, il suffit que le capitaine ait pu trouver les 3/4 de son chargement pour qu'il soit tenu de réaliser son engagement (6).

On doit ensuite déterminer le lieu où le navire sera chargé et déchargé.

1239. Enfin, un autre point doit être fixé par la convention et, à défaut, par l'usage : c'est le temps accordé pour le chargement et le déchargement :

(1) Le mot *avarie*, dont nous expliquerons plus loin, n. 1269, l'étymologie et les autres sens plus usuels, désigne ici un forfait pour la contribution que devaient autrefois les marchandises dans certains droits que le navire doit payer pour sortir du port (v. Frémery, *Etudes de Dr. comm.*, p. 198, 199.)

(2) Valin, t. I, p. 608. Boulay-Paty, t. II, p. 275. Dageville, t. II, p. 349. Dufour, n. 106. Béd., n. 71, 660. Al. n. 1844. Desj., n. 770. — *Contrà* : Pot., *Charte-partie*, n. 57. Trib. comm. Havre, 4 déc. 1857, *J. Mars.*, t. XXXVI. 2. 97, etc. Vincens, t. III, p. 145. Laurin, t. I, p. 98, 99. — Comp. Trib. comm. Nantes, 31 mai 1873, *J. Nantes*, 73. 1. 331. De Valr., n. 683.

(3) De Couder, v° *Charte-partie*, n. 58. Desj., n. 770.

(4) Si le navire est loué en entier, c'est habituellement pour l'aller et le retour. Al. n. 1878.

(5) Béd., n. 722. Al. n. 1878.

(6) Locré, *Esp. du C. com.*, n. 3, p. 240. Al. n. 1878.

Source BIU Cujas

Art. 274. Si le temps de la charge et de la décharge du navire n'est point fixé par les conventions des parties, il est réglé suivant l'usage des lieux.

Ce délai forme ce qu'on appelle les **staries** ou **jours de planche**. — Il est ordinairement de quinze jours pour les voyages au long cours et au grand cabotage; de trois jours pour les voyages au petit cabotage (1). Dans le délai stipulé on ne comprend pas en principe les jours fériés (2), à moins que l'on n'ait parlé de *jours courants* (3). — Tout le temps qui y est ajouté par la faute du chargeur forme les **surestaries**; l'indemnité due par chaque jour de retard doit aussi être fixée par la convention (art. 273; cf. art. 1152, C. civ.), et, à défaut, sera réglée par les tribunaux suivant les usages (cf. art. 1151, C. civ.). Souvent on fixe, en même temps que l'indemnité, un maximum de jours pour la durée des surestaries. Une fois ce temps écoulé, le capitaine a le droit de partir et son fret est dû en entier, même si le chargement est incomplet; s'il consent à attendre encore, l'indemnité se calcule sur de nouvelles bases (souvent un quart en sus des surestaries); c'est ce qu'on appelle alors *contre-surestaries* ou *contrestaries* (4).

Appendice.

1240. **Q.** *Si le navire affrété est vendu, l'acheteur est-il obligé d'exécuter le contrat fait par le précédent propriétaire?* En d'autres termes, l'art. 1743, C. civ., est-il applicable au louage des navires? — Nous admettrons la négative; car l'art. 1743, qui est exceptionnel, est placé sous la rubrique : *Des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux*; il ne s'applique donc qu'aux immeubles; il a pris le contre-pied de la loi *Emptorem*, au Dig., qui ne parlait que du *colonus*; — enfin il est bien certain que pas un seul de nos législateurs n'a pensé au louage des navires en édictant l'art. 1743 (5).

CHAPITRE II.

OBLIGATIONS RÉSULTANT DE L'AFFRÈTEMENT.

1241. Les obligations directes et immédiates des parties sont : — pour le fréteur, l'obligation de tenir le navire à la disposition de l'affréteur en vue du chargement dans la mesure convenue, pour la destination indiquée, au lieu et au temps fixés par le contrat; — pour l'affréteur, de charger sa marchandise dans les mêmes conditions.

(1) Béd., n. 653. Caumont, v° *Affrét.*, n. 69. Laurin, t. II, p. 88. Desj., t. III, p. 462. De Valr., n. 692.

(2) Douai, 24 mars 1880, *J. Havre*, 80. 2. 113, etc. — Desj., n. 779. Laurin, t. II, p. 157, 158.

(3) Trib. Havre, 14 févr. 1881, D. P. 82. 3. 185. — Desj., n. 779.

(4) Béd., n. 706. Al. n. 1840. — Comp. Rouen, 23 août 1876, 9 juill. 1877, D. P. 78. 2. 54. Rej. 10 juill. 1878, D. P. 78. 1. 350.

(5) Béd., n. 727. — *Contrà* : Al. n. 1846. Desj., n. 762. — Le témoignage de Pothier (*Charte-partie*, n. 55) ne peut pas être invoqué, puisque notre ancien droit admettait la règle inverse de celle de l'art. 1743, C. civ.

Source BIU Cujas

Les parties s'obligent de plus éventuellement pour le moment où ces premières obligations seront exécutées : — le fréteur, à veiller à la garde des marchandises et à réaliser le voyage convenu, le tout par l'entremise de son capitaine; — l'affréteur, à payer le fret convenu au temps fixé. — Ces dernières obligations ne sont qu'éventuelles tant que le chargement n'a pas eu lieu; elles sont en un sens potestatives pour les parties, puisqu'en ne réalisant pas le chargement elles s'en dégageraient. Mais les parties, qui absolument sont maîtresses de se dégager ainsi, ne sont pas véritablement libres de le faire, car elles ne pourraient le faire impunément. En effet, les premières obligations ont une sanction et ne pouvaient pas ne pas en avoir; cette sanction est indirectement la sanction des secondes.

L'affréteur d'abord ne peut impunément refuser de charger ses marchandises :

Art. 288, 3e al. Si cependant l'affréteur, sans avoir rien chargé, rompt le voyage avant le départ, il paiera en indemnité, au capitaine, la moitié du fret convenu par la charte-partie pour la totalité du chargement qu'il devait faire.

La loi établit ici un forfait pour l'indemnité due au fréteur, et les parties ne pourraient pas prouver que le dommage réel causé par l'inexécution est plus fort ou moins fort que la moitié du fret (1). — S'il ne charge qu'une partie de ce qu'il avait promis de charger, la sanction de son obligation est qu'il doit néanmoins payer en entier le fret convenu; mais bien entendu le capitaine ne peut alors sans son consentement remplir les vides, et, s'il le fait avec son consentement, ce qu'il reçoit est déduit à l'affréteur (v. art. 287, et 288, 1er, 2e, 4e, al., *infrà*, au tit. VIII).

Réciproquement, le fréteur ne peut refuser de recevoir le chargement convenu. S'il le refusait, il devrait des dommages-intérêts, en vertu des principes généraux des contrats (C. civ., art. 1146 et suiv.), et en vertu de l'art. 289, qui applique ces principes à un cas particulier, comme nous allons le voir immédiatement. La loi, n'ayant établi aucune règle spéciale, aucun forfait pour notre cas, l'indemnité due à l'affréteur sera arbitrée par les tribunaux. — Les art. 289 et 290 appliquent ces principes à un cas spécial : celui où l'affrètement ayant porté sur la totalité ou une quote-part du navire, le capitaine l'avait déclaré d'un plus grand port qu'il n'est; l'affréteur alors ne peut charger tout ce qu'il avait compté charger; il a droit à une indemnité :

Art. 289. Le capitaine qui a déclaré le navire d'un plus grand port qu'il n'est est tenu des dommages-intérêts envers l'affréteur.

Art. 290. N'est réputé y avoir erreur en la déclaration du tonnage d'un navire, si l'erreur n'excède un quarantième, ou si la déclaration est conforme au certificat de jauge.

L'indemnité est due par le fréteur, obligé par l'intermédiaire du capitaine; elle est due aussi par le capitaine, parce qu'il y a eu faute de sa part à ne pas connaître ou à exagérer le port de son navire. — Habituellement l'affrètement a lieu sur la jauge officielle, et celle-ci est d'ordinaire notablement inférieure au port réel du navire (v. *suprà*, n. 1121). On connaît par la pra-

(1) Al. n. 1883.

Source BIU Cujas

tique l'écart habituel de ces deux données; et du reste il y a toujours une certaine incertitude résultant de l'imperfection des méthodes de jaugeage. Le Code le reconnaît lui-même en ne tenant pas compte de l'erreur même en plus qui ne dépasserait pas $^1/_{40^e}$. Mais il résulte de la loi que si l'erreur dépasse $^1/_{40^e}$, on doit indemnité pour le déficit total, et non pas seulement pour ce dont le déficit excède le quarantième (1). D'ailleurs la loi ne protège pas le capitaine dans le cas où il ferait sciemment une déclaration mensongère, lors même que la différence serait moindre de $^1/_{40^e}$ (2).

1242. Q. *Le capitaine est-il personnellement obligé par le contrat d'affrètement?* Il est certain qu'il sera plus tard obligé personnellement à la garde des marchandises quand il les aura reçues à bord (art. 222); il est certain qu'il est personnellement tenu à ne rien faire qui empêche le chargement. Mais si les propriétaires refusent de recevoir le chargement et de faire le voyage promis, le capitaine est-il responsable, avec eux et envers l'affréteur, de l'inexécution du contrat? — 1er S. *Oui* : — c'est lui qui fait le contrat d'affrètement, au moins lorsqu'il est loin de la demeure des propriétaires; même au lieu de leur demeure, c'est encore lui qui loue le navire avec leur autorisation (art. 232); il s'oblige donc comme un commissionnaire qui traite en son nom pour autrui; — Pothier, au *Traité des louages maritimes*, regarde toujours le capitaine comme le vrai locateur principal du navire (v. not. n° 19), c'est contre lui qu'il donne l'action *ex conducto* (nos 26 et suiv., 45 et suiv.), et il ne donne contre ses commettants que l'action exercitoire (art. 48 et suiv.); enfin, il prend soin de s'expliquer formellement sur ce point dans une observation ajoutée au n° 4; — le code de commerce a suivi la même doctrine; car, dans tout le titre VIII, il ne parle jamais que des droits du *capitaine*, comme s'il était le locateur même du navire; s'il a les droits résultant du contrat, il doit en avoir aussi les engagements; et, quant aux obligations, les art. 289 et 297 le déclarent formellement engagé; — enfin, l'art 216, 3e al., refuse au propriétaire qui est en même temps capitaine du navire le droit de se décharger, par l'abandon du navire et du fret, des obligations qu'il a contractées; or cela suppose bien que, comme capitaine, il est tenu (art. 216, 1er al.). — 2e S. *Non* (1) : — le capitaine, soit qu'il contracte seul au loin, soit qu'il contracte avec l'autorisation des propriétaires au lieu de leur demeure, apparaît aux tiers comme un simple mandataire; ceux-ci le voyant agir en tant que capitaine, savent qu'il n'a pas, en son nom personnel, la disposition du navire, qu'il traite pour autrui; ils ne suivent pas sa foi (v. *suprà*, n. 1185); — Pothier paraît dominé encore, soit par la théorie romaine, par les principes de l'action exercitoire qu'il cite à chaque pas et qui partait de la règle que le mandataire s'oblige lui-même et n'oblige pas directement son mandant; soit par les souvenirs de l'époque où le capitaine, copropriétaire du navire, était considéré comme le gérant d'une commandite (v. *suprà*, n. 1186); or ces deux points de vue sont complètement abandonnés en droit moderne; il faudrait donc un texte formel pour appliquer au capitaine les principes de la commission et non ceux du mandat: or nous n'en trouvons aucun dans le Code; —

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 5; l. 3, tit. 6, art. 47. Béd., n. 744.

(2) Pard., n. 709. Al. n. 1886. Laurin, t. II, p. 81. Desj., n. 801. — Comp. pour l'hypothèse inverse : Rouen, 10 août 1874, D. P. 76. 2. 205.

Source BIU Cujas

si, dans le titre VIII, la loi parle à chaque pas des droits, des actions du capitaine, c'est tout simplement parce qu'elle reconnaît que les actions des fréteurs seront en pratique toujours exercées pour eux par le capitaine; — les art. 289, 297, comme l'art. 295, n'obligent le capitaine que parce qu'il y a eu une faute personnelle de sa part; — l'art. 222, qui pose le principe de ses obligations envers les tiers, ne le rend responsable que des marchandises *dont il se charge* (l'Ord., L. 2, tit. I, art. 9, disait très clairement aussi : des marchandises chargées); donc avant le chargement il n'est pas engagé; — nous avons expliqué l'art. 216, 3e al., en disant que c'est comme propriétaire que le capitaine est tenu dans ce cas, sa qualité de capitaine faisant seulement écarter la fin de non recevoir qu'il aurait eue sans cela (v. n. 1190); la fin de ce 3e al. de l'art. 216 dit très formellement que s'il n'est propriétaire que pour une partie, il n'est pas personnellement responsable pour le surplus; — enfin, les travaux préparatoires de la loi de 1841 qui a modifié cet article sont très formels dans notre sens : le projet du 1er al. portait que le propriétaire du navire est *civilement responsable des faits et des engagements* du capitaine; M. Persil, garde des sceaux, fit observer qu' « à l'égard des engagements du capitaine, le propriétaire est plus que responsable; il est seul obligé; *le capitaine s'efface* »; et par suite de cette observation, on a adopté la rédaction actuelle qui exprime cette pensée (1).

Nous avons conclu de cette doctrine (n. 1199) que si tous les propriétaires refusaient d'exécuter le contrat d'affrètement, le capitaine n'a pas le droit de les y forcer en usant contre eux tous du moyen de contrainte mis à sa disposition par l'art. 233, en cas de résistance de quelques-uns d'entre eux. — Nous en avons conclu aussi (n. 1194) que le capitaine n'est pas commerçant.

Bien entendu, il faudrait réserver le cas où le capitaine aurait formellement traité comme commissionnaire, s'engageant en son nom ou se portant fort pour les propriétaires.

Le fait du chargement et la délivrance du connaissement vont modifier complètement la situation du capitaine.

(1) Cf. Rennes, 16 juin 1860, D. P. 61. 2. 161.

Source BIU Cujas

TITRE VII.

DU CONNAISSEMENT.

1243. La réalisation du chargement éteint les obligations principales nées immédiatement de l'affrètement, et fait naître les obligations contractées éventuellement par le même acte. Elle fait naître aussi pour le capitaine des obligations analogues à celles du voiturier dans les transports terrestres. — Le chargement est constaté par un écrit appelé *connaissement*.

Art. 282, 2e al. Les quatre originaux sont signés par le chargeur et par le capitaine, dans les vingt-quatre heures après le chargement. Le chargeur est tenu de fournir au capitaine dans le même délai, les acquits des marchandises chargées.

La signature doit avoir lieu, pour chaque chargeur, dans les vingt-quatre heures après la fin du chargement qui le concerne, et non dans les vingt-quatre heures après la fin du chargement total du navire (1).

A défaut de connaissement, on pourrait néanmoins prouver le chargement par les autres modes de preuve usités en droit commercial (2), et, de plus, par le livre de bord, le manifeste, etc.; car la loi ne contient aucune restriction quant à cette preuve.

Nous étudierons : — 1° les formes du connaissement; — 2° ses effets; — 3° les obligations et pouvoirs du capitaine relativement aux marchandises chargées.

CHAPITRE PREMIER.

FORMES DU CONNAISSEMENT.

1244. **Art. 281. Le connaissement doit exprimer la nature et la quantité ainsi que les espèces ou qualités des objets à transporter. Il indique — Le nom du chargeur, — Le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite. — Le nom et le domicile du capitaine, — Le nom et le tonnage du navire, — Le lieu du départ et celui de la destination. — Il énonce le prix du fret. — Il présente en marge les marques et numéros des objets à transporter. — Le connaissement peut être à ordre, ou au porteur, ou à personne dénommée.**

(1) Béd., n. 693.
(2) Laurin, t. II, p. 139.

Source BIU Cujas

Les connaissements sont souvent rédigés sur des formules imprimées à l'avance et dont on remplit les blancs.

Les mentions du connaissement sont à peu près les mêmes que celles de la lettre de voiture pour les transports terrestres (v. n. 539). Elles correspondent à celles de la *charte-partie*, sur laquelle se greffe le connaissement.

Nous indiquerons seulement quelques légères différences; — en faisant observer, avant tout, qu'aucune des mentions n'est exigée à peine de nullité, pas plus que pour la lettre de voiture, et qu'un connaissement plus ou moins incomplet vaudrait néanmoins entre les parties pour ce qu'il pourrait prouver (1).

Dans les *noms des parties* est ajouté le nom du destinataire; indispensable ici, il était sans intérêt dans la charte-partie. Ce nom pourra être omis dans les connaissements à ordre, et n'être indiqué que dans le premier endossement; il sera souvent inutile dans les connaissements au porteur. — En effet, le connaissement est *naturellement* cessible : il peut être *à personne dénommée* et cessible par les voies civiles, *à ordre* et transmissible par endossement, *au porteur* et susceptible de se transférer par une simple tradition. Cette cessibilité offre l'avange de conserver plus longtemps le choix du destinataire ou du consignataire, pour mieux profiter des circonstances ou des renseignements qu'on peut obtenir.

Relativement aux *objets à transporter*, on peut ici les déterminer avec beaucoup plus de précision : la loi parle des marques, des numéros, de la nature, de la quantité, de l'espèce, de la qualité des marchandises. Dans les marchandises emballées, la quantité du contenu n'a pas besoin d'être indiquée, si le nombre des colis suffit pour empêcher toute erreur; on pourrait même mettre expressément : *mesure à moi inconnue*. — Quant à la qualité, il a été plusieurs fois décidé avec raison que le capitaine n'est pas obligé d'indiquer ni de garantir la qualité intérieure et non apparente, ni les degrés dans la qualité; il peut se borner à constater la qualité générale extérieure et apparente, et ne répondrait pas, p. ex., des falsifications que présenteraient les marchandises, à moins que les colis n'eussent été ouverts (2). Souvent les capitaines repoussent plus expressément encore toute garantie par la clause *sans approuver* ou *que dit être*.

1245. **Art. 282, 1er al. Chaque connaissement est fait en quatre originaux au moins : — Un pour le chargeur, — Un pour celui à qui les marchandises sont adressées, — Un pour le capitaine, — Un pour l'armateur du bâtiment.**

L'original pour l'armateur a été introduit par le Code; il lui servira à contrôler les actes du capitaine, à s'assurer contre les connaissements faux et de complaisance, rédigés après coup; à agir ou à se défendre pendant que le navire est au loin ou s'il est perdu. — Celui du chargeur lui servira à agir au lieu du départ contre l'armateur, si cela est nécessaire, sans avoir besoin de faire revenir l'original envoyé au destinataire. — L'utilité de ceux du capitaine et du destinataire se comprend facilement; ils répondent aux deux

(1) Béd., n. 682.

(2) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 2, art. 2. Locré, t. XVIII, p. 346 et suiv. Béd., n. 677. Al. n. 1860, 1861. De Valr., n. 531.

Source BIU Cujas

exemplaires de la lettre de voiture (v. n. 540). Nous allons, du reste, y revenir.

On voit, d'après notre article, qu'on peut faire plus de quatre originaux; ceux qui seront en plus auront l'utilité des exemplaires multiples de la lettre de change; on pourra les envoyer par diverses voies au destinataire, pour éviter les risques de perte; mais s'ils sont négociables, il faudra prendre des précautions pour empêcher qu'ils ne soient négociés à plusieurs porteurs différents.

Il sera prudent de mentionner sur chaque original le nombre total des originaux rédigés; mais cela n'est pas exigé légalement et à peine de nullité; car les art. 281 et 282 ne reproduisent pas l'exigence de l'art. 1325, C. civ., et le législateur a entendu ici être complet sur la question de forme (v. art. 283).

Timbre du connaissement.

1246. Il est soumis à un timbre de 50 c. par exemplaire, soit qu'il y en ait quatre ou un plus grand nombre (L. 30 mars 1872, art. 3 et 5). Ces timbres sont tous apposés sur l'original destiné au capitaine, afin que les agents qui visitent les papiers du bord puissent facilement constater les infractions; cet original est donc soumis au moins à un timbre de 2 fr.; les autres étant estampillés gratis. Tous ces droits peuvent être acquittés au moyen de timbres mobiles (L. 30 mars 1872, art. 5, et L. 25 mai 1872, art. 4). La sanction est une amende de 50 fr. contre chacune des quatre parties intéressées (L. 30 mars 1872, art. 6).

CHAPITRE II.

EFFETS DU CONNAISSEMENT.

1247. Le connaissement sert d'abord comme **moyen de preuve :**

Art. 283. Le connaissement rédigé dans la forme ci-dessus prescrite fait foi entre toutes les parties intéressées au chargement, et entre elles et les assureurs.

Ce qui est très remarquable, c'est qu'il fait preuve même contre ceux qui ne l'ont pas signé : non seulement contre le chargeur et le destinataire qui ont été représentés, l'un par le capitaine, l'autre par l'expéditeur; mais même contre les *assureurs* qui n'y ont pas été représentés du tout (1); et il faut en dire autant des tiers quelconques; car la règle donnée pour les assureurs n'est que l'application de la règle générale traditionnelle relativement aux tiers (2). Seulement les assureurs et les autres tiers pourront faire la preuve contraire (3). Mais pour que cet effet se produise, il faut que le connaissement soit parfaitement régulier, notamment qu'il soit signé des deux parties (cf. art. 284); notre article le dit.

(1) Boulay-Paty, t. II, p. 306. Béd., n. 698. Al. n. 1873. De Valr., n. 740.

(2) Rej. 18 fév. 1863, *J. Pal.*, 64, p. 183. — Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 2, art. 4. Emérigon, *Assur.*, ch. 11, sect. 6. — Boulay-Paty, t. II, p. 306 et suiv. Béd., n. 699 bis. Al. n. 1875. De Valr., n. 739.

(3) Mêmes autorités.

Source BIU Cujas

Au contraire, entre les parties signataires ou représentées par les signataires, le connaissement même incomplet suffira pour ce qu'il pourra prouver. L'art. 284 part de cette pensée :

Art. 284. En cas de diversité entre les connaissements d'un même chargement, celui qui sera entre les mains du capitaine fera foi, s'il est rempli de la main du chargeur, ou de celle de son commissionnaire; et celui qui est présenté par le chargeur ou le consignataire sera suivi, s'il est rempli de la main du capitaine.

C'est l'application des principes généraux sur les preuves ou sur l'aveu. Si deux exemplaires, se trouvant dans les conditions de l'art. 284, se contredisaient, leur autorité s'annulerait réciproquement, et il faudrait recourir à d'autres modes de preuve.

1248. Le connaissement sert ensuite de **titre à la livraison** des marchandises; celles-ci doivent être remises exclusivement au destinataire dénommé, ou à ses ayants cause régulièrement nantis, ou au porteur régulier du connaissement à ordre ou au porteur (1). Le capitaine qui remettrait les marchandises à un autre en serait responsable (2). Mais il a droit de se libérer valablement en remettant les marchandises à la première personne qui se présente régulièrement nantie d'un exemplaire du connaissement; si l'on a fait plus de quatre originaux et qu'un porteur frauduleux en ait transmis à des personnes différentes, ou si le chargeur avait négocié son propre exemplaire après avoir envoyé au destinataire celui dressé à son intention, les parties n'auraient à s'en prendre qu'à elles de leur imprudence, et n'auraient de recours que contre les auteurs du dommage. C'est à elles de prendre leurs précautions en exigeant que le nombre d'exemplaires et leur destination soient portés sur chaque connaissement, et en se faisant nantir de tous les exemplaires qui peuvent être négociés (3).

Si le connaissement est au porteur, il se transmet de la main à la main. — S'il est à ordre, il se transmet par endossement, dans les formes que nous avons vues à la lettre de change; mais quant au droit qui nous occupe, le droit à la livraison, il importe peu que l'endossement soit irrégulier; quand même il ne vaudrait que procuration à l'effet de prendre livraison, le capitaine se libérerait valablement entre les mains de l'endossataire; car cela ne préjuge en rien la question de propriété, le destinataire pouvant bien souvent ne pas être propriétaire ou acheteur des marchandises (4). — Si le connaissement est à personne dénommée, il pourra comme toute créance nominative, se transmettre par une signification au capitaine (C. civ., art. 1690) (5).

(1) On ne peut opposer au porteur du connaissement les clauses de la charte-partie qui n'y sont pas reproduites : à moins que le connaissement ne se refère expressément à la charte-partie : Poitiers, 25 juin 1876, D. P. 78. 2. 124; Trib. Havre, 22 avril 1879, *J. Nantes*, 79. 2. 33. — De Valr., n. 733. — C. allem., n. 563.

(2) V. Aix, 20 juin 1866, D. P. 69. 1. 135. — Il serait responsable s'il avait sans nécessité remis les marchandises à la douane, qui les eût égarées : Req. 11 nov. 1878, D. P. 79. 1. 446.

(3) De Valr., n. 749. — *Contrà :* Laurin, t. II, p. 147.

(4) De Valr., n. 734.

(5) Boulay-Paty, t. II, p. 314. Dall., n. 850. Béd., n. 689. Al. n. 1868. De Valr.,

Source BIU Cujas

Puisqu'il confère le droit exclusif à la livraison, le connaissement peut admirablement servir, comme la lettre de voiture, à donner la possession anticipée à celui qui en est régulièrement porteur (v. n. 540). — Il permettra d'exécuter une vente entre ses mains par la transmission de la facture et du connaissement, de façon à ce qu'il puisse revendre lui-même et mettre aussi son acheteur en possession par une transmission analogue (v. n. 480, 540) (1); de façon aussi à empêcher la revendication d'un précédent vendeur en cas de faillite du vendeur qui a transféré le connaissement (C. com., art. 576, 2e al.; v. n. 1008) (2). — Il permettra aussi de conférer un droit de gage par la transmission régulière du connaissement (C. comm., art. 92, 2e al.; v. n. 493). C'est par application de cette règle que le connaissement peut accompagner une traite tirée par le vendeur des marchandises sur son acheteur, de façon à la suivre dans toutes les mains où elle passe et à en faciliter l'escompte par la sûreté donnée au preneur que l'acheteur ne pourra retirer les marchandises qu'après avoir acquitté la lettre tirée sur lui. La traite est alors appelée *traite documentaire* (v. n. 776).

CHAPITRE III.

OBLIGATIONS ET POUVOIRS DU CAPITAINE RELATIVEMENT AUX MARCHANDISES CHARGÉES.

1249. Le capitaine, par le fait du chargement, contracte des obligations personnelles analogues à celles du voiturier (3), et qui se résument dans l'obligation de veiller à la garde des marchandises et de les transporter au lieu convenu, dans le temps convenu :

Art. 222. Il est responsable des marchandises dont il se charge. — Il en fournit une reconnaissance. Cette reconnaissance se nomme connaissement.

Il répondrait, comme le voiturier, des *avaries*, de la *perte* des marchandises ou du *retard* (v. n. 558). Comme lui, il est sous le coup de la *double présomption* que le fait dommageable a eu lieu entre ses mains (car il a dû vérifier le bon état des marchandises en les recevant), et que ce fait a eu lieu par sa faute (v. n. 560). — Pour s'exonérer, il doit prouver que le fait ne lui est pas imputable; par exemple, par les raisons suivantes (cf. n. 561, 562).

1° *La force majeure* : art. 230 (v. *suprà*, n. 1192) (4). Cette force majeure sera

n. 749. *Contrà :* Aix, 20 juin 1865, D. P. 69. 2. 136. — Le capitaine serait même responsable s'il livrait au destinataire primitif, nonobstant un simple contre-ordre à lui adressé par l'expéditeur : Rej. 20 mars 1878, D. P. 79. 1. 446.

(1) C'est à raison de cet effet qu'on dit un peu improprement que la transmission du connaissement (notamment par un endos régulier) *transfère la propriété des marchandises :* Cass. 1er mars 1843; Amiens, 29 juill. 1843, *J. Pal.*, 43. 1. 467; 44. 2. 279. Béd., n. 684.

(2) Béd., n. 689.

(3) L'affréteur en est responsable, ainsi que de tous les faits du capitaine et de l'équipage, en vertu du contrat d'affrètement. — Mais il peut s'exonérer par une convention contraire : Alger, 26 déc. 1881, D. P. 82. 2. 213, etc., etc.

(4) Rej. 29 nov. 1881, D. P. 82. 1. 398.

Source BIU Cujas

très fréquente à raison des mille accidents dont la mer peut être la cause. Aussi, le retard, notamment, sera facilement présumé avoir été causé par des cas fortuits; et d'ailleurs, jamais on ne fixera très exactement le délai du voyage.

Cette règle, maintenue par l'art. 310 (v. *infrà*) en cas de *détérioration* par cas fortuit, n'est pas appliquée en cas de *perte* par naufrage, échouement, prise ou pillage (art. 302); car le capitaine en est responsable au moins jusqu'à concurrence de son fret, qu'il perd dans ces cas. Cette différence légale paraît peu logique (1); elle est fondée sur une théorie dont nous discuterons plus loin la valeur (v. *infrà*, n. 302).

Mais la force majeure ne servira d'excuse que si elle n'a pas été précédée d'une faute de la part du capitaine; par ex. d'un mauvais arrimage qui a permis aux marchandises de se choquer ou de se frotter, d'une négligence à fermer les écoutilles, à surveiller la cargaison (2).

Autre exemple :

Art. 229. Le capitaine répond également de tout le dommage qui peut arriver aux marchandises qu'il aurait chargées sur le tillac de son vaisseau sans le consentement par écrit du chargeur. Cette disposition n'est point applicable au petit cabotage.

V. encore art. 225, 227, 228, 295, 297.

2° *La faute de l'expéditeur*, qui aurait mal emballé les marchandises, n'aurait pas déclaré les objets fragiles ou faciles à détériorer par l'eau de mer ou par les émanations de la mer.

3° *Le vice propre de la chose.*

Art. 310. Le chargeur ne peut abandonner pour le fret les marchandises diminuées de prix, ou détériorées par leur vice propre ou par cas fortuit. — Si toutefois des futailles contenant vin, huile, miel et autres liquides, ont tellement coulé qu'elles soient vides, ou presque vides, lesdites futailles pourront être abandonnées pour le fret.

Le premier alinéa se comprend très bien; le capitaine ne peut répondre du vice propre ni du cas fortuit; encore moins des risques de la spéculation commerciale du chargeur. Ce serait l'en faire répondre que de permettre au chargeur de se libérer du paiement du fret en lui laissant des objets sans valeur. — Seulement en fait, si le connaissement est à ordre, le capitaine ne trouvera pas le destinaire pour le poursuivre; et il ira difficilement rechercher au loin le chargeur (3).

Le second alinéa est très exorbitant, car il le rend responsable de faits qui paraissent venir du vice propre ou du défaut d'emballage. On explique ordinairement cette disposition en disant qu'alors le capitaine n'a pas effectué le transport *de la marchandise*, puisque celle-ci n'arrive pas; cette disposition se présente dès lors comme une extension nouvelle de la règle, déjà bien fa-

(1) De Courcy, *Questions de dr. marit.*, t. I, p. 164 et suiv.

(2) Il faut alors prouver que la faute du capitaine a déterminé le dommage : Rej. 29 nov. 1881, D. P. 82. 1. 398.

(3) V. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 167.

Source BIU Cujas

vorable aux chargeurs, qui les dispense de payer le fret en cas de naufrage (1). Du reste, si l'on prouvait le mauvais emballage, l'abandon ne pourrait pas avoir lieu, et le fret entier serait dû (2).

4° *Stipulation formelle.* — Mais seulement, si l'on n'établit pas directement sa faute; cette clause ne l'exonère que de la présomption générale de faute (cf. n. 562) (3).

1250. Le capitaine sera déchargé de sa responsabilité par la réception des marchandises sans protestations (v. art. 435; cf. art. 105). Il peut donc exiger un reçu du destinataire, reçu qui sera accompagné de protestations s'il y a lieu, mais qu'on ne peut lui refuser, puisqu'il le décharge au moins d'une partie de ses obligations, de toutes celles pour lesquelles il n'y a pas lieu de faire des réserves :

Art. 285. Tout commissionnaire ou consignataire qui aura reçu les marchandises mentionnées dans les connaissements ou chartes-parties, sera tenu d'en donner reçu au capitaine qui le demandera à peine de tous dépens, dommages-intérêts, même de ceux de retardement.

Le capitaine sera aussi libéré par la prescription d'un an après l'arrivée du navire (art. 433); sauf les causes d'interruption (art. 434); cf. art. 106.

A l'arrivée, il doit prévenir le destinataire pour qu'il vienne retirer les marchandises; du moins lorsque le connaissement est à personne dénommée. S'il est à ordre ou au porteur, il ne peut prévenir le destinataire qu'il ne connait pas; mais il doit publier son arrivée avec l'indication générale de son chargement, dans les papiers de la localité et suivant les usages locaux (4).

Pouvoirs du capitaine.

1251. Comme chargé de la garde des marchandises et obligé de les transporter à destination, le capitaine a le pouvoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour ce double but. Ce pouvoir peut aller jusqu'à mettre en gage et à vendre même des marchandises pour les nécessités du radoub et du ravitaillement du navire, si le voyage ne peut se continuer autrement, et moyennant les formalités et autorisations indiquées à l'art. 234, 1er al. (v. *suprà* n. 1201). — Il faut permettre aussi au capitaine l'emprunt à la grosse sur le chargement, pour les mêmes motifs ; car cet emprunt n'est pas plus grave que la mise en gage, et il l'est moins que la vente (5). Le privilège qui en résultera pour les prêteurs sur les marchandises ne sera pas subordonné à l'accomplissement des formalités indiquées dans l'art. 234, 1er al : — la place qu'occupe cet article dans le code, montre qu'il se préoccupe uniquement des conditions nécessaires pour couvrir la responsabilité du capitaine à l'égard des armateurs, mais non de la validité de ses actes à l'égard des tiers;

(1) Pot., *Charte-partie*, n. 59, 60. — Pard., n. 718. Boulay-Paty, t. II, p. 487, 495. Delvincourt, t. II, p. 285. Al. n. 1916, 1917.

(2) Pot., *l. cit.* Boulay-Paty, *id.* Béd., n. 823. Al. n. 1918. De Couder, v° *fret*, n. 158 Desj., n. 848. De Valr., n. 945— *Contrà :* Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 25-26. Delvincourt, *l. cit.*

(3) Req. 29 nov. 1881, D. P. 82. 1. 70.

(4) Al. n. 1876.

(5) Jur. constante : Req. 4 déc. 1866, D. P. 67. 1. 161, etc., et tous les auteurs cités à la note suivante.

Source BIU Cujas

— c'est plutôt une précaution prise en faveur des chargeurs (cf. n. 1253); il ne faut pas la retourner contre eux; d'ailleurs en ce qui concerne les marchandises, il n'existe aucun article analogue à l'art. 192, 5°, pour les navires (1).

Ces dépenses sont faites, avant tout, dans l'intérêt des propriétaires du navire, car elles leur profiteront définitivement, puisque le navire reparé leur appartient et que les dépenses de victuailles sont à leur charge, d'après le contrat d'affrètement. Mais cependant elles profitent, au moins transitoirement, aux propriétaires des marchandises, puisqu'elles sont nécessaires (on le suppose) pour amener celles-ci au terme du voyage, où pourra s'accomplir la spéculation qu'ont eu en vue les chargeurs. Voilà pourquoi l'on permet au capitaine de les vendre ou engager. — Il est évident que l'esprit de l'art. 234 est que le capitaine ne doit vendre ou engager les marchandises que s'il y a nécessité pour accomplir le voyage, c'est-à-dire, d'abord, s'il ne peut trouver à emprunter une somme suffisante en affectant le navire seul; ensuite si le navire, une fois réparé, doit présenter une valeur suffisante pour désintéresser les propriétaires des marchandises; enfin s'il ne peut trouver un autre navire qui, tous frais de transbordement compris, réaliserait la fin du transport plus économiquement. Et c'est pour assurer le respect de ces règles que l'art. 234, 1er al., exige une délibération signée des principaux de l'équipage, et une autorisation de l'autorité française du lieu de la réparation.

Si les marchandises ont été vendues, les armateurs doivent indemniser les propriétaires de ces marchandises, puisque les dépenses incombaient aux premiers :

Art. 234, 2e al. Les propriétaires, ou le capitaine qui les représente, tiendront compte des marchandises vendues, d'après le cours des marchandises de même nature et qualité dans le lieu de la décharge du navire, à l'époque de son arrivée.

Le capitaine, qui a rempli les formalités du premier alinéa et qui s'est conformé aux règles que nous venons de poser (cf. art. 236; v. n. 1201, 1202), n'est pas tenu personnellement; il n'a agi que comme mandataire des armateurs et ne doit payer que comme leur représentant.

1252. La loi indique de plus, à l'art. 224, 2e al., comment on établira la valeur des marchandises; mais cet alinéa est modifié par l'art. 298, 1er et 2e al., qui distingue si le navire arrive ou non à bon port, et n'applique la règle de l'art. 234, que dans le premier cas :

Art. 298, 1er et 2e al. Le fret est dû pour les marchandises que le capitaine a été contraint de vendre pour subvenir aux victuailles, radoub et autres nécessités pressantes du navire, en tenant par lui compte de leur valeur, au prix que le reste, ou autre pareille marchandise de même qualité sera vendu au lieu

(1) Jur. constante de la Cour de cassation : Req. 4 déc. 1866, D. P. 67. 1. 161. Valin, *Ord.*, ch. 2, tit. 1, art. 19. Emérig. *Contr. à la gr.*, ch. 1, art. 5, § 2. Béd., n. 456, 932. De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, t. I, p. 58 et suiv. — *Contrà :* Rennes, 18 nov. 1859, D. P. 60. 2. 133. Pard., n. 911. Boulay-Paty, t. 2, p. 65. Dagev., t. 2, p. 223. Al. n. 1960, 1961.

Source BIU Cujas

de la décharge, si le navire, arrive à bon port. — Si le navire se perd, le capitaine tiendra compte des marchandises sur le pied qu'il les aura vendues, en retenant également le fret porté aux connaissements.

Dans le premier cas, il est juste de remettre le propriétaire des marchandises dans la même situation où il serait si celles-ci étaient restées à bord; il les aurait vendues au prix du lieu de la décharge (1). — Dans le second cas, malgré le naufrage, les marchandises auraient pu être sauvées; on ne peut pas traiter le chargeur comme si l'armateur avait eu le droit de les condamner d'avance à être perdues; et d'autre part, il ne serait pas juste que l'armateur qui *devait* faire ces dépenses fût déchargé, par le perte du navire, de l'obligation de les payer. Aussi il doit une indemnité; mais celle-ci est seulement du prix pour lequel les marchandises ont été vendues : en effet c'est uniquement cette valeur dont a profité l'armateur, et, c'est la seule base que l'on pût adopter, on ne sait pas où les marchandises se seraient vendues, en supposant qu'elles eussent été sauvées, ce qui n'est même pas certain (2).

1253. Art. 298, 3e al. **Sauf, dans ces deux cas, le droit réservé aux propriétaires de navire par le paragraphe 2 de l'article 216.**

La loi du 14 juin 1841 a ajouté cet alinéa, comme conséquence de la modification faite à l'art. 216, pour protéger en tous cas la fortune de terre des armateurs contre les engagements pris par le capitaine. Cette solution se comprend bien, si le navire devait, après les réparations, avoir une valeur suffisante pour les payer, en y joignant le fret abandonné aussi; lors même que des accidents ultérieurs auraient diminué sa valeur, il y a une opération utilement faite dans l'intérêt du chargement, pour accomplir le voyage; il n'est pas injuste que le chargement en supporte les risques. Il en sera de même dans le cas où la valeur du navire réparé ne pouvait pas couvrir les dépenses, si l'on n'a pu absolument trouver d'autre moyen de transport et que la vente du chargement sur les lieux eût dû faire subir une perte considérable à ses propriétaires; car alors la dépense a été faite surtout dans l'intérêt du chargement. Mais la règle de notre alinéa paraîtra dure si le capitaine, dominé par la crainte de perdre son commandement (ce qui arriverait au cas où le navire serait condamné), a fait faire des réparations dont il eût mieux valu pour tout le monde s'abstenir : sans doute, les chargeurs

(1) Pot., *Louage marit.*, n. 72, 34, et Valin (*Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 14), voulaient que le chargeur eût toujours droit au prix réel de vente, lors même qu'il serait plus fort que celui du lieu d'arrivée; et lui accordaient une indemnité quand il était plus faible. Cela supposait que la vente aurait été faite pour leur compte. Le Code a, à bon droit, abandonné cette idée, car la vente a été faite dans un intérêt commun, à la suite d'une expropriation pour cause d'utilité commune, autorisée par la loi; ils ne doivent donc pas avoir les bénéfices de cette opération, puisqu'ils n'en courent pas les risques; tout leur droit consiste dans une *indemnité*; et le Code apprécie cette indemnité très exactement. Frémery, p. 224 et suiv., le démontre très bien. Aj. Benecke, t. II, p. 58. — *Contrà* : De Valr., n. 841.

(2) Valin, L. III, tit. I, a. 14. Pot., *Charte-partie*, n. 729. Frémery, *Etudes de Dr. commercial*, p. 225. Laurin, t. II, p. 180. — *Contrà* : Emérigon, *Contr. à la gr.*, t. II, p. 445 et suiv.

Source BIU Cujas

auront un recours personnel contre le capitaine (art. 236); mais celui-ci sera souvent insolvable, et dès lors ne vaudrait-il pas mieux faire retomber sa faute sur les armateurs qui l'ont choisi que sur les chargeurs qui ne l'ont pas choisi? Le législateur de 1841 ne l'a pas pensé : — il a voulu avant tout rassurer les armateurs ; — il a pu le faire sans injustice en considérant que la délibération et l'autorisation de l'art. 234, 1er al., étaient une garantie que la mesure avait été prise, en partie au moins, dans l'intérêt du chargement, et couvraient les prêteurs et les acheteurs; que, d'autre part, les chargeurs avaient agréé le capitaine, puisque son nom est indiqué dans la charte-partie (art. 273) et dans le connaissement (art. 281) ; — enfin on a pris des précautions pour garantir, dans une certaine mesure, les chargeurs contre les abus de pouvoir du capitaine.

1254. Ces précautions consistent d'abord dans le droit pour eux de décharger leurs marchandises pour éviter la dépense si elle leur paraît excessive :

Art. 234, 3e al. (Ajouté par la L. 14 juin 1841). L'affréteur unique ou les chargeurs divers qui seront tous d'accord, pourront s'opposer à la vente ou à la mise en gage de leurs marchandises, en les déchargeant et en payant le fret en proportion que le voyage est avancé. A défaut du consentement d'une partie des chargeurs, celui qui voudra user de la faculté de déchargement sera tenu du fret entier sur ses marchandises.

Cela suppose qu'ils connaissent la situation, ce qui devait être rare lors du vote de la loi, mais pourra se réaliser fréquemment maintenant, grâce au télégraphe électrique. On devra admettre aujourd'hui que, partout où cela serait possible, le capitaine devrait les consulter par cette voie sous peine d'engager sa responsabilité aux termes de l'art. 236.

La seconde atténuation, faite par la loi de 1841 à l'application de l'art. 216 en notre matière, c'est que la perte ne reste pas uniquement à la charge du propriétaire des marchandises vendues, mais se répartit entre tous les intéressés au chargement (1) :

Art. 298, 4e al. Lorsque de l'exercice de ce droit résultera une perte pour ceux dont les marchandises auront été vendues ou mises en gage, elle sera répartie au marc le franc sur la valeur de ces marchandises et de toutes celles qui sont arrivées à leur destination ou qui ont été sauvées du naufrage postérieurement aux événements de mer qui ont nécessité la vente ou la mise en gage.

C'est la conséquence de la présomption, résultant de l'art. 234, 1er al., que la mesure a été prise dans l'intérêt du chargement tout entier. On a considéré aussi que la mesure pouvait porter indifféremment sur toutes les marchandises; il ne serait pas juste que le choix plus ou moins volontaire du capitaine pût faire tomber toute la perte sur les uns en libérant les autres.

(1) C'est la solution que soutenait Frémery avant l'existence de cette loi : *Etudes de Dr. comm.*, p. 226 et suiv.

Source BIU Cujas

TITRE VIII.

DU FRET OU NOLIS.

Ce titre, en mettant de côté les quelques articles que nous en avons déjà expliqués, s'occupe : — 1° de l'obligation des chargeurs de payer le fret ; — 2° des garanties accordées à l'armateur pour cette obligation, auxquelles nous joindrons celles accordées réciproquement aux chargeurs contre les armateurs.

CHAPITRE PREMIER.

OBLIGATION DE PAYER LE FRET.

1255. **Art. 309. En aucun cas le chargeur ne peut demander de diminution sur le prix du fret.**

Cet article peut paraître inutile en présence de l'art. 1134, C. civ., d'après lequel les conventions font la loi des parties. Il peut paraître inexact ; car nous allons voir que certains événements ultérieurs peuvent amener une réduction du fret (art. 296 ; 303, 1er al. ; 234, 3e al.), et si les chargeurs ont droit à certaines indemnités contre le capitaine, ils peuvent certainement les compenser avec leur dette du fret. Ce que la loi veut dire, c'est qu'ils ne peuvent changer les bases fixées au contrat pour le calcul du fret, lors même que le voyage se serait effectué dans des conditions qui, si elles avaient existé ou avaient été connues au moment du contrat, auraient fait fixer le fret à un taux plus réduit ; p. ex. si, le contrat ayant été fait en temps de guerre et à un taux élevé, le voyage s'est accompli en tout ou en partie après la paix faite.

Le Code s'occupe surtout, à notre titre, des modifications que les **événements ultérieurs** doivent ou ne doivent pas apporter à l'obligation de payer le fret entier. Les événements prévus peuvent se ramener à cinq chefs :

1° **Réduction ou augmentation du chargement.**

Art. 287. Si le navire est loué en totalité, et que l'affréteur ne lui donne pas toute sa charge, le capitaine ne peut prendre d'autres marchandises sans le consentement de l'affréteur. — L'affréteur profite du fret des marchandises qui complètent le chargement du navire qu'il a entièrement affrété.

Source BIU Cujas

Art. 288. L'affréteur qui n'a pas chargé la quantité de marchandises portée par la charte-partie est tenu de payer le fret en entier, et pour le chargement complet auquel il s'est engagé. — S'il en charge davantage, il paie le fret de l'excédant sur le prix réglé par la charte-partie. — ..... — Si le navire a reçu une partie de son chargement, et qu'il parte à non charge, le fret entier sera dû au capitaine.

1256. L'affréteur, nous l'avons vu, s'est obligé, par le contrat d'affrètement, à payer le fret en entier, en chargeant les marchandises convenues. Tant qu'il n'a rien chargé, il peut résilier le contrat moyennant indemnité; et la loi fixe cette indemnité à la moitié du fret convenu (art. 288, 3e al., *suprà*, n. 1241). Mais dès qu'il charge une partie de ses marchandises, il doit le fret entier, si le capitaine ne trouve pas à recompléter son chargement; car autrement l'armateur serait lésé. Il faut, en vertu du 4e al. de l'a t. 288, suppléer cette condition dans le premier. — Il y a exception seulement quand le navire a été chargé *à cueillette* : l'engagement du capitaine n'étant que conditionnel (v. n. 1238), le chargement, même réalisé, peut être retiré moyennant la même indemnité du demi-fret :

Art. 291. Si le navire est chargé à cueillette, soit au quintal, au tonneau ou à forfait, le chargeur peut retenir ses marchandises, avant le départ du navire, en payant le demi-fret. — Il supportera les frais de charge, ainsi que ceux de décharge et de rechargement des autres marchandises qu'il faudrait déplacer et ceux du retardement.

Il peut aussi ne pas charger les marchandises qu'il avait dû charger, moyennant la même perte du demi-fret (1). Le retrait ou le non chargement peuvent n'être que partiels; car le texte ne le prohibe pas (2). — Cette faculté peut être exercée même lorsque le navire est prêt à faire voile ; car l'article prévoit expressément une indemnité à payer pour le retardement (3).

1257. Le capitaine, lorsqu'on n'a pas affrété son navire en entier, est maître de chercher aussi un complément de son chargement, en dégageant l'affréteur de l'obligation de payer le fret pour les marchandises qu'il devait charger et qu'il ne charge pas (4). Cela résulte *a contrario* de l'art. 287 qui le lui défend, en cas d'affrètement total, sans le consentement de l'affréteur. Dans ce dernier cas, en effet, celui-ci a un droit de disposition absolue sur le navire pour le voyage projeté, moyennant l'obligation de payer tout le fret; il peut lui convenir de ne pas lui laisser donner toute sa charge, soit pour obtenir plus de rapidité, soit pour éviter que l'abondance des marchandises ne fasse baisser les prix sur le marché de destination. — Seulement le capitaine peut exiger de lui qu'il charge des marchandises suffisantes pour garantir le

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, t. 3, art. 6. Al. n. 1887. De Valr., n, 798. — *Contrà* : Béd., n. 752.

(2) Valin, *l. cit.* — *Contrà :* Béd., n. 752. — Comp. Desj., n. 822. De Valr., n. 799.

(3) Béd., n. 753. — *Contrà* : Al. n. 1887.

(4) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 2. — Boulay-Paty, t. II, p. 366. Dageville, t. II, p. 390. Delvincourt, t. II, p. 293. Béd., n. 738. Al. n. 1882. Desj., n. 823.

Source BIU Cujas

paiement du fret (combin. art. 280, C. com., et 1752, 1766, C. civ.) (1).

Si l'affréteur charge plus qu'il ne devait (art. 288, 2e al.), il y a un supplément au contrat d'affrètement ; la loi suppose à bon droit, l'intention, chez les parties, de le traiter aux mêmes conditions que l'affrètement principal.

1258. **Art. 292. Le capitaine peut faire mettre à terre, dans le lieu du chargement, les marchandises trouvées dans son navire, si elles ne lui ont point été déclarées, ou en prendre le fret au plus haut prix qui sera payé dans le même lieu pour les marchandises de même nature.**

Le capitaine ne peut être obligé au transport sans son consentement. — Mais il ne peut faire mettre à terre les marchandises qu'au lieu du chargement; car ailleurs cette mesure serait trop grave pour leur propriétaire, qui en devra alors le plus haut fret (2). Il faudrait excepter cependant le cas où la présence de ces marchandises compromettrait la marche ou la sûreté du navire, que le capitaine ne peut pas sacrifier; il pourrait alors même les jeter à la mer (3).

2° **Empêchement au voyage.**

1259. **Art. 276. Si, avant le départ du navire, il y a interdiction de commerce avec le pays pour lequel il est destiné, les conventions sont résolues sans dommages-intérêts de part ni d'autre. — Le chargeur est tenu des frais de la charge et de la décharge de ses marchandises.**

Il y a ici obstacle de force majeure; par conséquent l'affréteur, même ayant chargé, ne doit payer, ni le fret, ni aucune indemnité, de même que le fréteur n'a pas à mettre à la voile et ne doit non plus aucune indemnité. La loi laisse aussi à la charge de chacun les dépenses qu'il avait pu faire en vue du voyage: au chargeur les frais de la charge et de la décharge; à l'armateur, les frais d'armement et d'équipement du navire. — Cela s'applique au cas de blocus du port de destination (4), ainsi qu'à la prohibition d'importation ou d'exportation (5). — Mais l'article suppose nécessairement une impossibilité absolue. L'état de guerre, quoique rendant les risques bien plus grands, ne donnerait pas lieu à l'application de l'art. 276. La rupture du voyage dans ce cas serait une rupture volontaire qui ne pourrait avoir lieu que moyennant indemnité de part ou d'autre (6).

3° **Retardement du voyage.**

1260. 1° *S'il a lieu par force majeure;* en principe chacun est obligé de subir le retard, et il n'est dû aucune indemnité; le cas fortuit reste à la charge de celui qui s'en trouve atteint.

(1) Pot., *Charte-partie*, n. 20. Béd., n. 733. Al. n. 1881. Delvincourt, t. II, p. 296. Dageville, t. II, p. 386. Dall., n. 887. Desj., n. 799.

(2) Béd., n. 758. Al. n. 1888. Desj., n. 826. De Valr., n. 801.

(3) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 7. Locré, t. III, p. 361. Boulay-Paty, t. II, p. 274. Dageville, t. II, p. 403. Delvincourt, t. II, p. 280, note 1. Béd., n. 759 et suiv. Al. 1888. Desj., n. 826. De Valr., n. 801.

(4) Req. 1er mai 1848, D. P. 48. 1. 86. — Desj., n. 798. De Valr., n. 712.

(5) Cauvet, t. I, p. 46. Laurin, t. II, p. 201. De Valr., n. 711.

(6) Pot., *Charte-partie*, n. 99. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 1, art. 7. Emérigon, ch. 12, sect. 31, § 2. — Locré, t. III, p. 156. Boulay-Paty, t. II, p. 203, 289. Dageville, t. II, p. 293. Béd., n. 663. Al. n. 1850. Desj., n. 789.

Source BIU Cujas

Art. 277. S'il existe une force majeure qui n'empêche que pour un temps la sortie du navire, les conventions subsistent, et il n'y a pas lieu à dommages-intérêts à raison du retard. — Elles subsistent également, et il n'y a lieu à aucune augmentation de fret, si la force majeure arrive pendant le voyage.

En disant qu'il n'y a lieu à aucune augmentation de fret à raison du retard, la loi implique évidemment que, si le navire est affrété au mois, le fret ne court pas pendant l'arrêt du navire (1).

Art. 278. Le chargeur peut, pendant l'arrêt du navire, faire décharger ses marchandises à ses frais, à condition de les recharger ou d'indemniser le capitaine.

Dans le cas où le chargeur veut résilier le contrat, la loi ne détermine pas l'indemnité due à l'armateur. Mais il paraît bien qu'il aura droit au fret entier, plus les frais de déplacement des autres marchandises; car c'est bien le cas prévu par les art. 288 et 293; rien ne montre, dans l'art. 278, la pensée de déroger à ces articles.

L'art. 296 applique les mêmes principes que l'art. 277 :

Art. 296, 1er et 2e al. Si le capitaine est contraint de faire radouber le navire pendant le voyage, l'affréteur est tenu d'attendre, ou de payer le fret en entier. — Dans le cas où le navire ne pourrait être radoubé, le capitaine est tenu d'en louer un autre.

1er alinéa. L'affréteur ne serait pourtant pas obligé d'attendre indéfiniment, si le délai peut faire perdre les marchandises; il les retirera en payant un fret proportionnel (2).

2e alinéa. L'obligation de louer un autre navire n'incombait point aux armateurs, qui sont libérés par la perte de la chose louée; bien entendu si le navire était en bon état lors du départ (art. 297). Mais elle incombe au capitaine comme mandataire des chargeurs, devant pourvoir aux intérêts de la cargaison en leur absence (3). Aussi, s'il devait payer un fret plus fort, ce fret serait à la charge des chargeurs (v. art. 393) (4).

Il y a une légère exception au principe de l'art. 277, lorsque le retard est causé par l'*arrêt d'une puissance* :

Art. 300. Si le vaisseau est arrêté dans le cours de son voyage par l'ordre d'une puissance, — Il n'est dû aucun fret pour le temps de sa détention si le navire est affrété au mois; ni augmentation de fret, s'il est loué au voyage. — La nourriture et les loyers de l'équipage pendant la détention du navire sont réputés avaries.

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 1, art. 8. De Valr., n. 716.

(2) Rennes, 26 avril 1880, *J. Mars.*, 81. 1. 125. — Targa, ch. 45, n. 9. Casareg., disc. 22. Laurin, t. II, p. 109. Desj., n. 794. De Valr., n. 823.

(3) Emérigon, ch. 12, sect. 16, § 6. Locré, t. III, p. 276 et suiv. Boulay-Paty, t. II, p. 401. Dageville, t. II, p. 416. Delvincourt, t. II, p. 290. Béd., n. 772. Al. n. 1896. Laurin, t. II, p. 111. — *Contrà* : Pot., *Charte-partie*, n. 68. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 11.

(4) Locré, t. III, p. 276 et suiv. Boulay-Paty, t. II, p. 40 et suiv. Béd., n. 772. Al. n. 1896. De Couder, v° *fret*, n. 1231. Laurin, t. II, p. 112. Desj., n. 795. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 158 et suiv.

Source BIU Cujas

Les deux premiers alinéas appliquent le droit commun de l'art. 277, mais le 3e accorde une certaine indemnité à l'armement en décidant que la nourriture et les loyers de l'équipage sont réputés avaries, ce qui veut dire que le chargement contribue à les payer (art. 400, 6°, et 401). Malgré la généralité de ce 3e al., cette règle ne s'applique que si le navire a été affrété au mois (art. 400, 6°); elle ne s'applique pas en cas d'affrètement au voyage, parce que celui-ci constitue un forfait; le fréteur qui a les chances d'une abréviation, doit courir tous les risques de l'allongement du voyage (1).

1261. 2° *Si le retardement a lieu par la faute de l'une des parties*, celle-ci doit indemniser l'autre :

Art. 294. Si le navire est arrêté au départ, pendant la route, ou au lieu de sa décharge, par le fait de l'affréteur, les frais du retardement sont dus par l'affréteur. — Si ayant été frété pour l'aller et le retour, le navire fait son retour sans chargement ou avec un chargement incomplet, le fret entier est dû au capitaine, ainsi que l'intérêt du retardement.

Art. 295. Le capitaine est tenu des dommages-intérêts envers l'affréteur, si, par son fait, le navire a été arrêté ou retardé au départ, pendant sa route, ou au lieu de sa décharge. Ces dommages-intérêts sont réglés par des experts.

Le capitaine est tenu pour sa faute, mais l'armateur en est civilement responsable envers l'affréteur (art. 1384, C. civ., et 216, 1er al., C. com.) (2). — Si l'obstacle venait du fait de l'armateur, celui-ci serait tenu envers l'affréteur; mais non le capitaine (*suprà*, n. 1185, 1242).

Art. 297. Le capitaine perd son fret, et répond des dommages-intérêts de l'affréteur, si celui-ci prouve que, lorsque le navire a fait voile, il était hors d'état de naviguer. La preuve est admissible nonobstant et contre les certificats de visite au départ.

On aurait pu douter que l'on pût prouver contre ces certificats de visite, émanés de représentants de l'autorité (v. n. 1210); mais bien des défauts peuvent échapper aux visiteurs, notamment par une réparation superficielle ou une véritable dissimulation; leur procès-verbal ne saurait donc avoir une autorité absolue. — Le bon ou le mauvais état du navire doit s'apprécier, eu égard aux difficultés du voyage qu'il avait à faire (3).

La perte du fret est encourue lors même que le navire a fini par arriver à destination, car l'article ne distingue pas, et l'on ne peut admettre qu'il se réfère seulement au cas du 3e al. de l'a. 296; car il y a autant de raison de faire perdre tout le fret quoique la marchandise ait fait tout le trajet, que de faire perdre le fret proportionnel quand elle en a fait une partie (4).

(1) Dall., n. 992. Béd., n. 790. Laurin, t. II, p. 204. Desj., n. 833. De Valr., n. 864. — *Contrà* : Valin, t. I, p. 659.

(2) Ils sont solidaires, suivant le droit commun, si l'on ne peut préciser la part de responsabilité incombant à chacun d'eux : Req. 6 juin 1883, D. P. 83. 1. 49.

(3) Rouen, 11 fév. 1876, D. P. 76. 2. 175. De Courcy, *Quest. de Droit marit.*, t. I, p. 152 et suiv.

(4) Req. 6 juin 1882, D. P. 83. 1. 49, etc. — Béd., n. 779. Desj., n. 792. De Valr., n. 835. — *Contrà* : De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 154 et suiv. Levillain, note dans D. P. 83. 1. 49. — En législation nous serions de l'avis de M. de Courcy.

Source BIU Cujas

4° **Voyage incomplet.**

1262. Si l'interruption du voyage a eu lieu par le **fait** ou la **faute** de l'une des parties, elle reste à sa charge :

Art. 293. Le chargeur qui retire ses marchandises pendant le voyage est tenu de payer le fret en entier et tous les frais de déplacement occasionnés par le déchargement : si les marchandises sont retirées pour cause des faits ou des fautes du capitaine, celui-ci est responsable de tous les frais.

Le chargeur paie le fret entier. Et cela lors même que la décharge serait devenue une nécessité par suite de l'avarie des marchandises (1); lors même aussi que le navire se trouverait ensuite tout à fait vide, et dispensé d'accomplir son voyage (2).

Le capitaine perd tout le fret (art. 297). C'est la conséquence du respect dû aux conventions.

1263. Si l'interruption a eu lieu par **force majeure**, il faut distinguer :

1° *Si le voyage partiel profite aux chargeurs*, en leur procurant une quote-part de l'avantage qu'ils auraient eu au voyage total, ils doivent payer une partie correspondante du fret :

Art. 296, 3e al. Si le capitaine n'a pu louer un autre navire, le fret n'est dû qu'à proportion de ce que le voyage est avancé.

C'est dans l'hypothèse où le navire qui avait été affrété est arrêté au milieu du voyage par des avaries et ne peut être radoubé (3). — L'art. 234, 3e al., donne la même solution pour le cas où, le radoub étant possible, il serait nécessaire, pour le faire, de vendre ou d'engager les marchandises, et où tous les chargeurs d'accord préfèrent renoncer au surplus du voyage. Dans ce cas, ils reconnaissent eux-mêmes que le trajet fait leur a été utile. Mais, si tous ne sont d'accord, ceux qui déchargent, ne dispensant pas le capitaine d'achever le voyage, doivent le fret entier.

Art. 303. Si le navire et les marchandises sont rachetés, ou si les marchandises sont sauvées du naufrage, le capitaine est payé du fret jusqu'au lieu de la prise ou du naufrage. — Il est payé du fret entier en contribuant au rachat s'il conduit les marchandises au lieu de leur destination.

Les marchandises rachetées des mains des pirates ou des ennemis profitent de la partie du voyage faite sur le navire; le fret est dû pour une partie correspondante. Si elles sont ensuite menées à destination, tout le voyage est réalisé; le fret est dû en entier; sauf contribution au rachat (v. *infrà*, au titre des avaries) (4).

1264. 2° *Si le voyage partiel ne profite aucunement aux chargeurs*, le Code décide dans la plupart des cas qu'ils ne doivent aucun fret. C'est ce qui a lieu

(1) Bordeaux, 25 juill. 1877, D. P. 78. 2. 249. — Boulay-Paty, t. II, p. 384. Béd., n. 784. Al. n. 1891. Laurin, t. II, p. 206. De Valr., n. 804. — *Contrà* : Rennes, 30 juill. 1841, Dall., v° *Droit marit.*, n. 1015. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 1, art. 9. Desj., n. 844.

(2) Bordeaux, 25 juill. 1877, D. P. 78. 2. 249. — Béd, n. 755. De Valr., n. 805.

(3) Rennes, 26 avril 1880, D. P. 80. 2. 192.

(4) Sur les cas où les marchandises peuvent être considérées comme sauvées, consult. Cass. 13 fév. 1877, D. P. 77. 1. 148, et De Courcy, *Quest. de Droit marit.*, t. I, p. 170 et suiv. De Valr., n. 896. Desj., n. 851.

Source BIU Cujas

en cas de naufrage, échouement, prise ou pillage, entraînant la perte des marchandises :

Art. 302. Il n'est dû aucun fret pour les marchandises perdues par naufrage ou échouement, pillées par des pirates ou prises par les ennemis. — Le capitaine est tenu de restituer le fret qui lui aura été avancé, s'il n'y a convention contraire.

Cette règle est traditionnelle (v. *Guidon de la mer*, ch. 6, art. 2; *Ord.* 1673, l. 3, tit. 1, art. 18). Elle peut se justifier si l'on considère que dans le contrat de transport l'objet essentiel de l'obligation du fréteur est de *faire arriver* les marchandises à destination; or les marchandises naufragées, échouées, prises ou pillées, *n'arrivent pas;* donc l'obligation pour l'affréteur de payer le prix n'a plus de cause, il ne doit rien. Dans ce système, qui est évidemment celui des rédacteurs du Code, on concilie très bien l'art. 302 avec l'art. 310, 1er al.; les marchandises, si détériorées qu'elles soient, *arrivent* néanmoins; donc le fret est dû en entier, si la détérioration a eu lieu par cas fortuit; les marchandises perdues *n'arrivent pas;* donc le fret n'est pas dû (1). — Mais cette théorie nous laisse des doutes sérieux : il nous semblerait plus juste de considérer le contrat de transport comme un louage de service, et de payer le capitaine au prorata de la route parcourue avant la perte; de la sorte, le cas fortuit, conformément aux principes généraux (C. com., art. 100; v. *suprà*, n. 565; *infrà*, n. 1271), resterait à la charge de celui qu'il aurait frappé : l'armateur perdrait son navire, ses avitaillements, le fret qu'il aurait pu gagner pour la fin du voyage, le chargeur perdrait ses marchandises et le fret correspondant au trajet parcouru, de même qu'il les perdrait, si, au lendemain de l'heureuse arrivée, une force majeure détruisait la cargaison; ces risques sont la conséquence forcée de toute spéculation d'outre-mer (2).

Les surestaries sont généralement considérées comme une partie du fret puisqu'elles sont un loyer du navire pour le temps de la charge; on en conclut qu'elles sont aussi perdues dans le cas de l'a. 302 (3).

Il y a exception à l'art. 302, et le fret entier est dû lorsque le chargeur est, par une indemnité, remis dans la même situation où il serait si les marchandises étaient arrivées :

Art. 301. Le capitaine est payé du fret des marchandises jetées à la mer pour le salut commun, à la charge de contribution.

(1) C'est faute d'avoir aperçu cette explication que Valin (*Ord. l. cit.*) ne parvient pas à concilier les deux règles que nous rapprochons; *it.* De Courcy, *Quest. de Droit marit.*, t. I, p. 164 et suiv.; mais ces auteurs voudraient généraliser la règle de l'art. 302. Pour nous, comme nous allons le dire au texte, si l'uniformité devait s'établir, ce devrait être en généralisant celle de l'art. 310.

(2) Ferait-on entendre à une compagnie de chemin de fer que le prix du transport ne serait pas dû si les colis périssent par un cas fortuit avant d'arriver? ou pour prendre un exemple plus simple, un homme qui enverrait un commissionnaire porter un sac d'argent la nuit par un chemin peu sûr serait-il fondé à refuser à celui-ci le prix de sa course, parce que ce malheureux aurait été battu et dévalisé par des voleurs? — Pothier, *Ch.-part.*, n. 63, arrive à la même conclusion par les principes du louage des choses.

(3) Cass. 9 mars 1881, D. P. 81. 1. 477, etc. Desj., n. 828. De Valr., n. 701, 922. — *Contrà* : Aix, 10 janv. 1879, *J. Mars.*, 79. 1. 230.

Source BIU Cujas

Sur le jet et la contribution, v. le titre XII. Si les marchandises étaient chargées sur le tillac, même avec le consentement du propriétaire, comme celui-ci n'a pas droit à être indemnisé par contribution, il ne devra pas le fret (1).

La même exception est appliquée par l'art. 298.

1264 bis. La règle de l'art. 302 ne comprend pas le cas où l'interruption du voyage est causée par une interdiction de commerce avec le pays pour lequel le navire est en route; et une règle différente est donnée par l'art. 299 :

Art. 299. S'il arrive interdiction de commerce avec le pays pour lequel le navire est en route, et qu'il soit obligé de revenir avec son chargement, il n'est dû au capitaine que le fret de l'aller, quoique le vaisseau ait été affrété pour l'aller et le retour.

On a pensé à bon droit que l'armateur souffrait assez de ne gagner qu'un fret pour faire les deux voyages d'aller et de retour, et qu'il était juste que l'affréteur payât le fret promis.

D'ailleurs le capitaine ne doit pas revenir par cela seul que le port de destination est bloqué; il devrait chercher à se rendre dans un des ports voisins de la même puissance :

Art 279. Dans le cas de blocus du port pour lequel le navire est destiné, le capitaine est tenu, s'il n'a des ordres contraires, de se rendre dans un des ports voisins de la même puissance où il lui sera permis d'aborder.

C'est pour cela que l'art. 299 suppose que le pays entier est frappé d'interdiction. Mais, même dans ce cas, la loi ne dit pas qu'il doive nécessairement retourner au point de départ; il pourrait décharger ses marchandises dans un port voisin dépendant d'une autre puissance, s'il juge que tel est l'intérêt des chargeurs (2).

CHAPITRE II.

GARANTIES RÉCIPROQUES DES PARTIES.

Nous ferons trois divisions : — 1° privilège réciproque; — 2° droit pour le capitaine de vendre les marchandises pour se payer; — 3° refus du droit de rétention au capitaine.

I. — Privilège réciproque.

1265. **Art. 280. Le navire, les agrès et apparaux, le fret et les marchandises chargées sont respectivement affectés à l'exécution des conventions des parties.**

D'après la place de cet article, au titre *De l'affrètement*, on pourrait être tenté de croire que le privilège existe avant même le chargement. Mais d'a-

(1) Bordeaux, 1er juill. 1872, D. P. 73. 5. 77; trib. Marseille, 8 févr. 1877, *J. Mars.*, 77. 1. 120. — Desj., n. 853. De Valr., n. 870.

(2) Rouen, 27 fév. 1847, D. P. 48. 2. 150. Béd., n. 673. Al. n. 1856. Desj., n. 808. De Valr., n. 725. — *Contrà* : Trib. com. Bordeaux, 4 juin 1847, D. P. 47. 4. 56.

Source BIU Cujas

bord pour celui des armateurs sur les marchandises, il ne peut évidemment exister qu'après le chargement; car auparavant il ne pourrait reposer sur rien de déterminé. — Quant à celui des affréteurs sur le navire, il serait possible avant le chargement, pour garantir l'obligation des armateurs de recevoir ce chargement; mais nous avons déjà repoussé cette solution (v. n. 1137): — l'article ne parle que des marchandises *chargées;* — son esprit est évidemment d'établir une réciprocité, une égalité de situation entre les deux parties; or l'armateur ne peut être privilégié qu'après le chargement, donc l'affréteur ne le sera aussi qu'alors.

Nous avons suffisamment parlé du privilège des chargeurs sur le navire (v. n. 1137).

Quant au privilège des armateurs, il porte en bloc sur toutes les marchandises comprises dans le même connaissement, pour tous les frets dus par ces marchandises. Mais s'il y a plusieurs connaissements séparés pour le même expéditeur, les marchandises de chaque connaissement répondent séparément des frets qu'elles doivent (1).

Ce privilège, étant fondé sur le nantissement, passera avant celui du vendeur non payé et du commissionnaire; il serait opposable au véritable propriétaire dépossédé autrement que par une perte ou un vol (c. civ., art. 2279) (2).

1266. Le privilège du capitaine ne cesse pas par la délivrance, comme nous l'avons admis pour le voiturier en fondant son privilège sur un droit de gage; c'est la conséquence de ce que la loi lui refuse le droit de rétention (v. *infrà* au n. 1268); mais il s'éteint rapidement, par le délai de quinze jours, à partir de la délivrance :

Art. 307. Le capitaine est préféré, pour son fret, sur les marchandises de son chargement, pendant quinzaine après leur délivrance, si elles n'ont passé en mains tierces.

Il cesse avant les quinze jours, « si elles ont passé en mains tierces ». C'est l'application de la règle « en fait de meubles possession vaut titre » (C. civ., art. 2279); d'où « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque » (C. civ., art. 2119). — Ceux que la loi protège ainsi sont uniquement les acquéreurs de bonne foi d'un droit de propriété ou de gage, et à la condition qu'ils aient la possession réelle des marchandises (3).

Art. 308. En cas de faillite des chargeurs ou réclamateurs avant l'expiration de la quinzaine, le capitaine est privilégié sur tous les créanciers pour le paiement de son fret et des avaries qui lui sont dues.

Le sens de cet article est que la faillite du débiteur survenue dans la quinzaine empêche l'extinction du privilège par l'expiration des quinze jours. En effet, la faillite fixe immédiatement les droits de tous, et les biens du failli

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 3, art. 24. Pard., n. 692. Boulay-Paty, t. II, p. 479 et suiv. Dageville, t. II, p. 454. Delvincourt, t. II, p. 283. Béd., n. 814. Al. n. 1913. Laurin, t. II, p. 191. Desj., n. 859. De Valr., n. 926.

(2) Pard., n. 962. Al. n. 1912.

(3) Trib. Marseille, 15 juill. 1851, *J. Mars.*, 30. 1. 305. — Béd., n. 813. Couder, v° *fret*, n. 343. Laurin, t. II, p. 189. Desj., n. 859. De Valr., n. 927.

Source BIU Cujas

se trouvent dorénavant entre les mains des syndics qui exercent et conservent également les droits de tous les créanciers (1).

Le mot *avaries* désigne ici les *avaries communes*, qui sont privilégiées comme le fret : art. 428.

II. — Droit pour le capitaine de vendre les marchandises pour se payer.

1267. **Art. 305. Si le consignataire refuse de recevoir des marchandises, le capitaine peut, par autorité de justice, en faire vendre pour le paiement de son fret, et faire ordonner le dépôt du surplus. — S'il y a insuffisance, il conserve son recours contre le chargeur.**

C'est la conséquence de son privilège. Il faudra seulement que le capitaine obtienne un jugement condamnant le consignataire à recevoir, et à défaut autorisant la vente (2). Si le connaissement est à ordre ou au porteur, et que personne ne se présente pour réclamer les marchandises, le capitaine n'aura pas à faire prononcer de condamnation; il devra seulement prévenir les chargeurs (3). — La vente devra se faire aux enchères (4).

III. — Refus du droit de rétention au capitaine.

1268. **Art. 306. Le capitaine ne peut retenir les marchandises dans son navire, faute de paiement de son fret; — il peut, dans le temps de la décharge, demander le dépôt en mains tierces, jusqu'au paiement de son fret.**

Le destinataire ou le consignataire a le droit de ne payer le fret qu'après avoir vérifié l'état des marchandises; or la vérification est impossible à bord du navire, où les marchandises sont entassées; le capitaine ne pouvait donc exiger son paiement avant de les avoir sorties du navire. Mais alors, comme il n'a pas de magasins sur les lieux, il ne pouvait en conserver la possession, pour sauvegarder complètement son gage et empêcher l'extinction de son privilège par une revente, qu'en demandant le dépôt entre les mains d'un tiers qui posséderait pour lui. — Ce dépôt n'étant qu'une mesure conservatoire peut être demandé même avant que la décharge ne soit terminée, quoique le fret ne soit exigible qu'après la décharge complète; la règle inverse aurait rendu illusoire le droit du capitaine (5). — Mais si un terme avait été concédé pour le paiement du fret, le capitaine, qui a suivi la foi du destinataire, ne pourrait demander ce dépôt en mains tierces (cf. C. civ., a. 1612) (6).

(1) Béd., n. 815. Laurin, t. II, p. 192. Desj., n. 858.

(2) Bordeaux, 10 mars 1857, S. 57. 2. 543. — Béd., n. 808. Al. n. 1969. De Valr., n. 906.

(3) Boulay-Paty, t. II, p. 470. Dageville, t. II, p. 451. Delvincourt, t. II, p. 287, note 4. Al. n. 1909. De Valr., n. 906.

(4) Cass. 25 mars 1854, S. 54. 1. 651. — De Valr., n. 906.

(5) Béd., n. 810. De Valr., n. 915.

(6) Béd., n. 811. De Valr., n. 917. — *Contrà* : Trib. Marseille, 15 déc. 1876, *J. Mars.*, 77. 1. 46.

Source BIU Cujas

Suivant l'ordre que nous avons indiqué déjà dans notre introduction au livre II (n. 1114), et qui est bien plus logique que celui du Code, nous allons étudier le titre XI, *des avaries*, puis le titre XII qui s'y rattache intimement. Nous reviendrons ensuite en arrière au titre X, *des assurances*, et au titre IX, *des prêts à la grosse*.

Source BIU Cujas

TITRE XI.

DES AVARIES.

1269. Le mot *avarie* a, de nos jours, un sens bien éloigné de son étymologie première. Il vient du mot *aver* (*avers* au pluriel), qui désignait autrefois le chargement, l'*avoir* des chargeurs sur le bâtiment (1). Or, certains droits que le capitaine payait à l'entrée ou à la sortie des ports étaient, d'après les usages, supportés par les propriétaires du chargement et répartis entre eux. Cela donnait lieu au compte de l'*averie*, qui devint ainsi synonyme du mot *contribution* (2) ; tel est encore le sens du mot anglais *average*. L'art. 406 a proscrit cet ancien usage, du moins dans le silence des parties; mais on stipule encore souvent à forfait une contribution de ce genre, et en se servant du même mot : on ajoute au fret, p. ex., 10 °/₀ *d'avarie et de chapeau* (v. n. 1237). — Sauf cet emploi unique, le mot *avarie* a ultérieurement désigné tout ce qui devait se répartir par contribution, puis après l'invention du contrat d'assurance, ce qui donnait lieu à un recours contre les assureurs, et enfin tout dommage, lors même qu'il ne donnait lieu à aucun recours contre les assureurs (3). C'est le sens actuel; et déjà nous avons pris ce mot dans ce sens à propos des marchandises transportées par terre.

Art. 397. Toutes les dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises, conjointement ou séparément, — Tout dommage qui arrive au navire et aux marchandises, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement, — Sont réputés avaries.

Cet article, en définissant les avaries, fait déjà parmi elles une première division, dont nous montrerons plus tard l'utilité; c'est celle en *avaries matérielles* et *avaries-frais*.

1270. Les **avaries matérielles** que définit le second alinéa sont les avaries proprement dites; elles consistent dans une dégradation plus ou moins

(1) V. *Cons. de la mer*, c. 150-195 ; *Assises des bourgeois*, c. 41 et 42 ; *Statut de Marseille*, l. 4, c. 20, 21 ; *Capitulare nauticum* de Venise, de 1255 ; Pard., *Lois maritimes*, t. II, p. 166, 167, 171 ; t. II, p. 276, 277 ; t. IV, p. 275 et 276 ; t. V, p. 52, 53. — Lemonnier, *Comment. des principales polices d'assur.*, n. 300.

(2) V. *Assises des bourgeois*, ch. 42 ; Pard., *L. marit.*, t. II, p. 277.

(3) V. Lemonnier, n. 300. Delaborde, t. I, sect. 1 et 2. Béd., n. 1656.

Source BIU Cujas

considérable de l'objet exposé aux risques. Les limites de temps indiquées par l'alinéa n'influent pas sur l'existence d'une avarie; seulement, le droit maritime n'a pas à s'occuper de celles qui se produisent en dehors de ces limites, lesquelles, du reste, devront être précisées ultérieurement (v. art. 328).

Les **avaries-frais** sont des dépenses occasionnées par la chose, et qui constituent une perte pour le propriétaire de cette chose. On pourrait être tenté de classer dans cet ordre les dépenses faites pour réparer les avaries matérielles; mais une fois celles-ci classées, les dépenses qu'elles occasionnent ont évidemment le même sort qu'elles, et ne doivent pas être classées à part. Les avaries-frais comprendront les dépenses rendues directement nécessaires par un accident, sans que celui-ci ait détérioré en rien le navire ou le chargement : par exemple, un navire est pris par des pirates et doit payer une rançon pour se libérer avec son chargement; il s'est échoué sur un banc de sable, et, sans être endommagé, il doit faire des dépenses, peut-être considérables, pour se renflouer, louer des allèges pour y décharger ses marchandises, etc. — L'article ne classe comme avaries que les dépenses *extraordinaires*. En effet, celui qui est amené à faire des dépenses qu'il a prévues ou dû prévoir ne peut pas dire qu'il éprouve un dommage; il a dû calculer sa spéculation commerciale en vue de ces prévisions : tels seront, pour les marchandises, les frais de chargement ou de déchargement, les frais de douane, soit au port de départ, soit au port d'arrivée; tels aussi, pour le navire, les gages et la nourriture des matelots, et tous les frais habituels d'un voyage :

Art. 406. Les lamanages, touages, pilotages, pour entrer dans les havres ou rivières, ou pour en sortir, les droits de congés, visites, rapports, tonnes, balises, ancrages et autres droits de navigation, ne sont point avaries ; mais ils sont de simples frais à la charge du navire.

Cet article a été nécessité par les anciens usages, qui faisaient supporter par les chargeurs tout ou partie de ces droits, ce qui avait donné lieu à la contribution primitivement appelée *avarie*. L'ord. de 1681 (L. II, tit. 7, art. 8 et 9) classait encore les trois premiers de ces droits comme *menues avaries*, et y faisait contribuer le chargement pour deux tiers. Le Code est revenu aux principes; mais il n'empêche pas les stipulations contraires (art. 398) qui se pratiquent encore (v. n. 1237).

1271. Le Code s'occupe des avaries à propos des assurances; mais notre titre, sauf un ou deux articles, a une portée tout à fait générale et indépendante de la considération des obligations des assureurs. Nous étudierons aussi cette matière en elle-même et sans nous occuper des assurances : pour aller du simple au composé, il faut voir d'abord sur qui retombe la perte résultant de l'avarie, si les effets ne sont pas assurés, pour voir ensuite quelle portion de cette perte les assureurs prennent sur eux.

Or c'est un principe élémentaire que *res perit domino*: il n'y a rien de plus naturel que de laisser tomber la perte sur le propriétaire de la chose endommagée, sauf son recours contre celui qui aurait causé le dommage, si le dommage n'est pas fortuit (C. civ., art. 1382); ou, si le dommage est causé par cas fortuit ou par force majeure, contre celui qui, par sa faute, aurait

Source BIU Cujas

amené ou aggravé le cas fortuit. C'est ce principe qui est appliqué comme droit commun aux avaries, tant qu'il n'y est pas fait exception pour une raison spéciale : ces avaries de droit commun sont, pour ce motif, qualifiées d'**avaries particulières** :

Art. 404. Les avaries particulières sont supportées et payées par le propriétaire de la chose qui a essuyé le dommage ou occasionné la dépense.

La loi réserve spécialement le recours du propriétaire contre le capitaine, qui s'est obligé à donner tous ses soins à la cargaison :

Art. 405. Les dommages arrivés aux marchandises faute par le capitaine d'avoir bien fermé les écoutilles, amarré le navire, fourni de bons guindages et pour tous autres accidents provenant de la négligence du capitaine ou de l'équipage, sont également des avaries particulières supportées par le propriétaire des marchandises, mais pour lesquelles il a son recours contre le capitaine, le navire et le fret.

Outre le capitaine, la loi permet de poursuivre le navire et le fret; c'est-à-dire les armateurs, avec faculté pour eux de se libérer par l'abandon du navire et du fret (art. 216, 1er et 2e al.).

La loi, du reste, en cette matière, se réfère, avant tout, aux conventions des parties :

Art. 398. A défaut de conventions spéciales entre toutes les parties, les avaries sont réglées conformément aux dispositions ci-après.

Le principe que nous venons de rappeler (*res perit domino*) souffre exception pour les **avaries communes**; celles-ci, pour des raisons d'équité que nous allons indiquer, sont mises à la charge de tous les intéressés au navire et au chargement qui doivent contribuer à les payer. C'est la détermination de ces avaries communes et la contribution à laquelle elles donnent lieu qui fait la grande difficulté de notre sujet. Le Code traite, en outre, dans notre titre, de la responsabilité en cas d'abordage entre deux navires.

De là notre division en trois chapitres : — 1° distinction des avaries communes et particulières; — 2° contribution, ou règlement des avaries communes (nous emprunterons pour ce chapitre plusieurs articles au titre suivant); — 3° de l'abordage en mer.

CHAPITRE PREMIER.

DISTINCTION DES AVARIES COMMUNES ET PARTICULIÈRES.

Art. 399. Les avaries sont de deux classes : avaries grosses ou communes, et avaries simples ou particulières.

1272. On le voit : les avaries communes s'appellent aussi *avaries grosses*; et les avaries particulières, *avaries simples*. Mais les termes dont nous nous sommes servis dans la rubrique du chapitre répondent mieux à l'idée.

Source BIU Cujas

Art. 400. Sont des avaries communes, — 1° Les choses données par composition et à titre de rachat du navire et des marchandises; — 2° Celles qui sont jetées à la mer; — 3° Les câbles ou mâts rompus ou coupés; — 4° Les ancres et autres effets abandonnés pour le salut commun; — 5° Les dommages occasionnés par le jet aux marchandises restées dans le navire; — 6° Les pansement et nourriture des matelots blessés en défendant le navire, les loyer et nourriture des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par ordre d'une puissance, et pendant les réparations des dommages volontairement soufferts pour le salut commun, si le navire est affrété au mois; — 7° Les frais du déchargemeut pour alléger le navire et entrer dans un havre ou dans une rivière, quand le navire est contraint de le faire par tempête ou par la poursuite de l'ennemi; — 8° Les frais faits pour remettre à flot le navire échoué dans l'intention d'éviter la perte totale ou la prise; — Et, en général, les dommages soufferts volontairement et les dépenses faites d'après délibérations motivées, pour le bien et salut commun du navire et des marchandises depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement.

Le principe de la distinction est dans le dernier alinéa; il en résulte, conformément à la tradition de tous les peuples maritimes (1), que les avaries communes sont *les dommages soufferts volontairement pour le salut commun.* D'où deux caractères essentiels : — 1° un sacrifice volontaire; — 2° fait pour le salut commun.

1273. Le second caractère est facile à comprendre, quoique, dans le fait, il puisse y avoir quelquefois des difficultés d'application. Il en résulte qu'un dommage volontaire fait par méchanceté ne serait pas une avarie commune. Il en serait de même de celui qui serait fait sans nécessité, c'est-à-dire lorsqu'il n'y avait pas péril imminent, ou lorsque d'autres moyens moins onéreux pouvaient encore être tentés (2). La loi exige, en principe, que la mesure soit prise en vertu d'une délibération motivée; mais cette précaution n'est pas toujours possible et ne doit pas être exigée lorsqu'il y a urgence (3). Enfin, si le moyen employé était par lui-même tout à fait inefficace à produire le résultat espéré, il ne pourrait y avoir avarie commune; ce qui ne veut pas dire qu'il faille regarder uniquement le résultat obtenu; il suffirait, suivant nous, que l'on pût avoir une légitime espérance de sauver le navire par ce moyen (v. cep. art. 423, *infrà*). — Il suit de ces règles que si le sa-

(1) L. 1, *De Lege Rhodiâ*, D., 14. 2. *Rôles d'Oleron*, art. 8 et 9. *Consulat de la mer*, ch. 53-98. *Guidon de la mer*, ch. 5, art. 1. Frémery, p. 203. Comp. De Courcy, *Quest. de Droit marit.*, t. I, p. 239 et suiv. — Une tentative de codification internationale sur la matière des avaries communes a été faite par un congrès d'armateurs, d'assureurs et de dispacheurs; elle a abouti à la rédaction de douze règles, auxquelles on a donné le nom de *règles d'York et d'Anvers*, et dont on sollicite par tous moyens la transformation en lois dans les différents Etats, ainsi que l'adoption individuelle par les armateurs dans leurs chartes-parties. V. De Courcy, *Questions*, t. II, p. 265 et suiv.; *Rev. prat.*, t. XLIV, p. 168. Nous citerons quelquefois ces règles.

(2) Lemonnier, n. 304. Béd., n. 1668, 1750. Al. n. 2295.

(3) Rennes, 28 déc. 1863, D. P. 64. 5. 26. Trib. Marseille, 11 mai 1879, *J. Havre*, 80. 2. 6, etc. — Lemonnier, n. 304. Béd., n. 1668. Al. n. 2295. A. Droz, n. 389. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 238.

Source BIU Cujas

crifice ne pouvait sauver que certains objets, ceux-là seuls contribueront à le réparer (1).

1274. Le premier caractère demandera un peu plus d'explications; il exige un **sacrifice volontaire**. — Il faut d'abord un **sacrifice** ; par conséquent, si l'on s'est décidé à détruire ou à perdre un objet déjà irrévocablement perdu et qui ne pouvait être sauvé, il n'y aura pas une avarie commune : p. ex. si le navire, étant inévitablement porté à la côte, le capitaine s'y dirige tout droit par l'espoir de s'échouer dans de meilleures conditions, les dommages arrivés par suite de cette décision seront des avaries particulières, quand même on reconnaîtrait plus tard que, fait dans d'autres conditions, l'échouement aurait été moins dommageable (2). Il en serait de même si l'on a jeté à la mer les marchandises à un moment où le navire, embrasé de toutes parts, n'avait aucun secours en vue ; c'était alors pour ces marchandises une mesure de préservation (avec un faible espoir sans doute) plutôt qu'une mesure de destruction. — En résumé, il faut que l'avarie ne soit pas un *mal subi*, mais un *remède tenté*.

Il faut ensuite que le sacrifice soit **volontaire**. Il faut que par un choix, dirigé sans doute d'après les circonstances, mais dont on aurait pu s'abstenir, on ait détruit certains objets ou qu'on les ait soumis à des risques plus considérables que ceux auxquels ils auraient été certainement exposés si l'on avait laissé agir les événements. — Ainsi, d'abord, si, avant que la décision prise ne fût exécutée, le mât qu'on avait résolu d'abattre a été brisé par la tempête, il n'y a pas avarie commune, parce que la volonté n'a été pour rien dans cet accident (3). — Ainsi encore les sacrifices directement et spécialement commandés par la nécessité des circonstances, ceux qui sont une suite d'un sinistre *passé* (4) ne sont pas volontaires. Et il faut entendre la nécessité des circonstances en tenant compte des obligations dont l'exécution s'impose au capitaine : p. ex. un navire est échoué, il faut bien à toute force le dégager, si c'est possible, et les dépenses nécessaires pour cela ne pourront pas être par elles-mêmes rangées en avaries communes; en vain dirait-on qu'il serait absolument possible de laisser le navire dans cet état et que c'est librement qu'on se décide à le renflouer; il ne s'agit pas ici d'une liberté philosophique et abstraite; le capitaine ne peut pas le laisser dans cet état; il n'en a pas le droit, car il est obligé, par des conventions antérieures, à faire tout ce qui est nécessaire pour l'amener à bon port, ainsi que la cargaison (5). Par quelle règle alors décidera-t-on à la charge de qui seront ces dépenses? Par la nature du sinistre qui en est la cause nécessaire : si l'échouement a eu lieu par cas fortuit, les dépenses seront avaries particulières (6); s'il a eu lieu par une manœuvre volontaire pour le salut commun, elles seront avaries communes (7).

(1) Trib. comm. Honfleur, 1er avril 1868, D. P. 68. 3. 62.

(2) Benecke, t. I, p. 536 et suiv. Al. n. 2307. De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 247. Droz, n. 375. Règle 5e, d'York et d'Anvers.

(3) Benecke, t. I, p. 448.

(4) Req. 10 août 1880, D. P. 80. 1. 448.

(5) Benecke, t. I, p. 451.

(6) Req. 3 fév. 1864, D. P. 64. 1. 57.

(7) Al. n. 2296.

Source BIU Cujas

Ceci nous amène à une autre règle : c'est que toutes les suites *nécessaires* d'une avarie commune sont traitées comme avarie commune, par exemple tous les frais de la relâche nécessitée par les réparations d'une avarie de ce genre (v. art. 400, 6°) (1). Car, lors même qu'on n'y a pas pensé spécialement, on a évidemment accepté d'avance toutes les conséquences de la mesure que l'on prenait. — Mais les accidents arrivés par cas fortuit, à la suite de la délibération prise, ne sont plus des suites nécessaires de l'avarie commune ; ils sont avaries particulières (2). Tel serait, p. ex., l'échouement du navire arrivé par cas fortuit pendant que l'on tentait de gagner un port de refuge (3). — Il faut dire aussi que toutes les suites nécessaires d'une avarie particulière seront avaries particulières (4).

De là enfin une dernière règle : c'est qu'il n'est pas nécessaire que le choix en vue du sacrifice ait porté sur un objet spécialement déterminé et présent à la pensée des parties (5), ni que la perte de cet objet fût certaine par avance, si l'on exécutait la décision prise. Il suffit que cet objet soit exposé à des dangers plus grands qu'il ne l'aurait été sans cela : ainsi, les marchandises déchargées sur des allèges, pour sauver le navire et la cargaison dans un passage difficile, ne sont pas vouées nécessairement à la perte, mais elles sont plus exposées que les marchandises restées à bord. Si donc toutes ou quelques-unes périssent avec les allèges ou sont avariées par l'eau de mer, elles donneront lieu à une contribution (art. 427) (6). Il en serait de même si, risquant tout pour le salut commun, on soumettait les agrès du navire, chaînes des ancres, mâts, voiles, gouvernail, à des fatigues extraordinaires auxquelles il est peu probable qu'ils résistent (7).

1275. Après avoir ainsi posé les règles générales qui servent à reconnaître les avaries communes, et cité, à cette occasion, plusieurs exemples qui sont compris dans la disposition finale et générale de l'art. 400, voyons les cas énumérés spécialement par cet article. Constatons seulement que cette énumération n'est pas limitative : cela résulte de la disposition finale déjà commentée par nous (8).

1° *Les choses données par composition et à titre de rachat du navire ou des marchandises.* — Il faut, d'après les principes posés, qu'il y ait eu convention avec le capteur, par laquelle on consentait à sacrifier certains objets pour sauver le reste ; si au contraire, le capteur avait fait son choix lui-même et laissé partir le navire avec le reste, il y aurait force majeure et avarie par-

(1) Rej. 18 déc. 1867, D. P. 68. 1. 145. — Al. n. 2296. De Courcy, *Quest. de Droit marit.*, t. I, p. 267. — Comp. Frémery, p. 206, 207.

(2) Cass. 27 déc. 1871, D. P. 72. 1. 36. — Béd., n. 1669-1674. Al. n. 2297. — Comp. Rej. 16 nov. 1881, D. P. 82. 1. 399.

(3) De Courcy, *Questions*, t. I, p. 333.

(4) Req. 10 août 1880, D. P. 80. 1. 448. — Al. n. 2296.

(5) Benecke, t. I, p. 456.

(6) Benecke, t. I, p. 518 et suiv.

(7) Rouen, 28 déc. 1874, D. P. 78. 5. 58. Béd., n. 1691-1692. Al. n. 2297. Benecke, t. I, p. 482 et suiv. — *Contrà* : Douai, 11 mai 1843, Dall., n. 1104. De Courcy, *Quest. de Droit marit.*, t. I, p. 258 et suiv. Règle 6, d'York et d'Anvers.

(8) *Trav. prép.*, Locré, t. XVIII, p. 487. — Lemonn., n. 302. Béd., n. 1666. Al. n. 2295.

Source BIU Cujas

ticulière pour les propriétaires des objets choisis (1). — Il faut aussi que la convention ait été exécutée par le capteur; si, au contraire, après s'être fait livrer les choses les plus précieuses, il avait emmené tout le navire avec la cargaison, il n'y aurait pas eu sacrifice des premières, puisqu'elles eussent été également perdues si on ne les avait pas livrées; donc, si, plus tard, certaines des choses restées à bord sont sauvées, elles ne contribueront pas à la perte des autres (2). Nous excepterions seulement le cas où le navire entier pourrait plus tard s'affranchir du capteur avec les marchandises qui y étaient restées à bord, car alors les choses livrées ont été mises volontairement et pour le salut commun dans une position pire que les autres; elles ont droit à contribution (3). — Si le rachat était spécial à certaines marchandises, p. ex. parce que les autres, reconnues marchandises neutres par le capteur n'auraient soulevé aucune prétention de sa part, évidemment les marchandises saisies devraient seules contribuer (4).

Il faut comprendre dans ce numéro tous les frais faits pour obtenir main levée de la prise (5).

1276. 2° *Celles qui sont jetées à la mer.* Pour les conditions dans lesquelles le jet peut avoir lieu, nous renvoyons au titre suivant; mais nous devons examiner ici tout ce qui tient à la définition des avaries provenant du jet.

Art. 423. Si le jet ne sauve le navire, il n'y a lieu à aucune contribution.— Les marchandises sauvées ne sont point tenues du paiement ni du dédommagement de celles qui ont été jetées ou endommagées.

Cet article paraît avoir voulu suivre la règle indiquée ci-dessus, que, si la perte était déjà inévitable au moment de la décision prise, il n'y a pas vraiment sacrifice volontaire, et par conséquent pas avarie commune (6). Il s'appliquera sans difficulté si rien n'est sauvé: mais alors il n'y aurait rien à faire contribuer; l'article était donc inutile pour ce cas. — Le second alinéa explique que la règle s'appliquera lors même qu'à la suite de la perte du navire certains objets seraient sauvés. Mais dans cette application la disposition de la loi a été critiquée à bon droit comme trop absolue : si la perte du navire a eu lieu dans le même sinistre et dans les mêmes conditions que le jet, l'article est juste; car, si, en fait, des marchandises restées sur le navire ont été sauvées, tandis que celles jetées ont péri, le contraire aurait pu arriver, de sorte que le jet n'a pas augmenté le risque des marchandises jetées. Mais si le navire, tout en se perdant dans le même sinistre, a pu s'échouer près d'une côte ou se rapprocher d'un autre navire qui l'a secouru, et si, par ce fait, une partie des marchandises restées à bord a été sauvée, le jet a vraiment imposé un sacrifice spécial aux propriétaires des marchandises jetées; ceux-ci de-

(1) Pard., n. 733. Boulay-Paty, t. IV, p. 441. Dagev., t. IV, p. 21. Delvincourt, t. II, p. 254. Béd., n. 1683. Al. n. 2299.

(2) Béd., n. 1683. Al. n. 2299.

(3) *Contrà :* Pard., n. 733. Dagev., t. IV, p. 22. Béd., n. 1683. Al. n. 2299.

(4) Al. n. 2299.

(5) Emérigon, *Assur.*, ch. 12, sect. 41, § 9. — Boulay-Paty, t. III, p. 433. Béd., n. 1686-1687. Al. n. 2299.

(6) L. 4, *De lege Rhodia*, D. 14. 2. — Frémery, p. 228, 229.

Source BIU Cujas

vraient être indemnisés par contribution. Peu importe que le jet n'ait pas produit l'effet attendu; car, dans ces circonstances, tous les propriétaires, s'ils avaient été présents, auraient évidemment consenti à cette perte pour courir la chance heureuse qu'elle offrait. Du reste, il n'est pas sûr que le jet n'ait pas contribué au succès de la manœuvre qui a permis de sauver une partie de la cargaison. Néanmoins le texte de la loi est trop formel pour que l'on puisse faire une exception dans ce cas (1).

De toute façon, il faut restreindre la disposition strictement dans ses termes, et l'article suivant prévient une extension exagérée :

Art. 424. Si le jet sauve le navire, et si le navire, en continuant sa route, vient à se perdre, — Les effets sauvés contribuent au jet sur le pied de leur valeur en l'état où ils se trouvent, déduction faite des frais de sauvetage.

Il suffit donc, pour qu'il y ait lieu à contribution, que le navire soit une fois sorti du danger auquel il était exposé, ait échappé à la poursuite du corsaire, ou à la tempête qui menaçait de l'engloutir; lors même que peu après il aurait succombé à un danger semblable ou différent.

1277. Il faut rapprocher immédiatement du 2° de l'art. 400, le 5°.

5° *Les dommages occasionnés par le jet aux marchandises restées dans le navire.* Ainsi les dégâts causés aux marchandises qu'on a dû déplacer pour jeter celles qui devaient être jetées les premières, ou bien ceux causés par l'eau de mer entrant par les ouvertures pratiquées pour effectuer le jet, enfin la perte totale des marchandises déplacées et enlevées par la mer quoiqu'elles ne dussent pas être jetées (2).

Art. 422. Il n'y a lieu à contribution pour raison de dommage arrivé au navire que dans le cas où le dommage a été fait pour faciliter le jet.

A prendre cet article à la lettre, on en conclurait que le dommage causé au navire involontairement en jetant les marchandises n'entrerait pas en avaries communes, p. ex. si l'on a endommagé les bordages, coupé des cordages, déchiré des voiles. Mais déjà Valin (3) critiquait l'interprétation semblable donnée à l'article correspondant de l'ordonnance, et cette interprétation était universellement rejetée en pratique; il faut donc encore la rejeter maintenant, surtout le Code ayant supprimé le mot *exprès* (fait *exprès* pour faciliter le jet) qui se trouvait dans l'ordonnance (Liv. III, tit. VIII, art. 14). On a donc le droit, malgré le texte ambigu de l'art. 422, d'appliquer ici les principes généraux tels qu'ils résultent de l'art. 400, dern. al. (4).

Il faudrait évidemment aussi, d'après les mêmes principes, ranger en avaries communes les parties du navire ou de ses agrès qui seraient jetées, et qui ne rentrent pas dans les numéros suivants : le mot *celles* du 2° de l'art. 400, qui se réfère au mot *choses* du 1°, comprend ces objets aussi bien que les marchandises dont s'occupe trop exclusivement le titre 12 (5).

(1) Comp. Frémery, p. 229 et suiv. Benecke, t. I, p. 467 et suiv.; et Dubernad, t. I, p. 585 et suiv. De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 248 et suiv.

(2) Règle 2, d'York et d'Anvers.

(3) *Ord.*, l. 3, tit. 8, art. 14.

(4) Boulay-Paty, t. IV, p. 448. Dall., n. 1087. Béd., n. 1698. Al. n. 2303, 2336. — *Contrà* : Locré, t. IV, p. 333. Dagev., t. IV, p. 33.— V. Dubernad, t. I, p. 589, 590.

(5) Al. n. 2301.

Source BIU Cujas

1278. 3° *Les câbles ou mâts rompus ou coupés.* Il faut, bien entendu, qu'ils aient été coupés volontairement pour le salut commun : p. ex. on a coupé un câble sur lequel on s'était appuyé pour faire une manœuvre décisive, et qu'on savait ne plus pouvoir retirer; ou on l'a coupé pour obéir plus promptement au signal de départ d'nn convoi dont il importait de ne pas se séparer en temps de guerre (1); il faut supposer aussi que cette mesure n'était pas nécessitée par une faute préalable du capitaine qui s'était mal placé. Quant aux mâts, ils peuvent être coupés volontairement pour alléger ou redresser le navire. — Le mot *rompus* paraît plus singulier, car il semble applicable seulement à une rupture accidentelle; aussi on l'avait supprimé dans le projet du Code. Mais il a été rétabli pour viser le cas où le mât se romprait par suite de mesures prises pour le salut commun ; p. ex. parce qu'on aurait dû couper les haubans et les étais (2). Nous pensons qu'il faut aussi y comprendre le cas où la rupture se produirait lorsque le capitaine, dans une nécessité pressante, forcerait de voiles, d'une manière qui serait tout à fait excessive en temps ordinaire; car alors la mâture et les agrès sont volontairement exposés à des risques extraordinaires (cf. n. 1274).

Si un mât rompu par cas fortuit était tombé sur le bord du navire et rendait la manœuvre impossible, on ferait, en le coupant, un sacrifice; car tel qu'il est il a encore une valeur peut-être considérable : mais ce ne serait pas une avarie commune, c'est seulement la réparation d'une avarie particulière ; réparation que le capitaine est obligé de faire, par suite de son obligation de conduire le navire au terme du voyage (cf. n. 1274) (3). Mais dans bien des cas la chute du mât, rendant la manœuvre beaucoup plus difficile, ne la rendrait pas impossible; alors le sacrifice qui en serait fait serait volontaire et utile à tous ; ce serait une avarie commune (4).

1279. 4° *Les ancres et autres effets abandonnés pour le salut commun.* V. les exemples donnés ci-dessus pour les câbles. Il faudrait étendre cette disposition aux voiles, aux embarcations, etc.

Le 5° a déjà été expliqué, et nous réservons pour la fin le 6° qui présente des difficultés spéciales.

1280. 7° *Les frais du déchargement pour alléger le navire et entrer dans un havre ou dans une rivière, quand le navire est contraint de le faire par tempête ou par la poursuite de l'ennemi.* Ce sont alors des dépenses faites volontairement pour le salut commun. — Il ne faudrait pas appliquer absolument cette solution, au cas où la relâche qui nécessite l'emploi d'allèges aurait pour objet la réparation d'une avarie; car alors, ainsi que nous l'avons déjà indiqué et que nous le démontrerons bientôt, ces frais seraient avarie commune ou particulière suivant la nature de l'avarie qu'il s'agirait de réparer (5). — Si c'est pour entrer au port de destination qu'il est nécessaire d'alléger le navire,

(1) Béd., n. 1695.
(2) Béd., n. 1689, 1690. Al. n. 2301.
(3) Dubernad, t. I, p. 590 et suiv.
(4) Rennes, 9 janv. 1844, *J. Pal.*, 44. 2. 286. — Emérigon, ch. II, sect. 41, § 5. Pard., n. 788. Béd., n. 1693. Al. 2301. Benecke, t. I, p. 475-476.
(5) Al. n. 2297.

Source BIU Cujas

ces frais rentrant dans le voyage promis par le capitaine sont à sa charge (1), sauf stipulation contraire, et sauf son recours contre ses assureurs, dans le cas seulement où le défaut de profondeur tiendrait à une circonstance extraordinaire.

Il fau rapprocher l'art. 427, qui s'occupe du sort des marchandises déchargées sur des allèges :

Art. 427. En cas de perte des marchandises mises dans des barques pour alléger le navire entrant dans un port ou une rivière, la répartition en est faite sur le navire et son chargement en entier. — Si le navire périt avec le reste de son chargement, il n'est fait aucune répartition sur les marchandises mises dans les allèges, quoiqu'elles arrivent à bon port.

Les marchandises mises sur les allèges sont exposées volontairement et dans l'intérêt commun à des risques plus considérables (cf. n. 1274) (2). Celles laissées sur le navire ne sont, au contraire, exposées qu'à des risques ordinaires ; si donc elles sont perdues, les propriétaires de celles-ci n'ont pas le droit de faire contribuer les premières qui seraient sauvées.

L'art. 427, malgré son texte un peu trop général, ne doit s'appliquer qu'au cas où le déchargement a été nécessité par un accident de force majeure (cf. n. 1270, 1274) (3). S'il était motivé par une circonstance de la navigation qui aurait pu être prévue, par exemple pour entrer au port de destination (v. *suprà hoc* n°), la perte devrait être supportée uniquement par le capitaine.

1281. 8° *Les frais faits pour remettre à flot le navire échoué dans l'intention d'éviter la perte totale ou la prise.* L'échouement est ici une avarie commune ; les frais qu'il nécessite sont donc aussi de cette classe, suivant les principes posés par nous (n. 1274). — Il résulte *a contrario*, de cet alinéa, que si l'échouement n'est pas volontaire, comme il n'est pas avarie commune, les frais qu'il occasionne ne sont que des avaries particulières et resteront à la charge de ceux pour qui ils sont faits ; ceux du renflouement du navire à la charge des armateurs, ceux de l'extraction des marchandises à la charge de leurs propriétaires. En vain dira-t-on que ces mesures sont nécessaires pour le salut commun. C'est précisément parce qu'elles sont nécessaires, absolument nécessaires, qu'elles ne présentent pas le caractère de sacrifice volontaire qui doit exister pour qu'il y ait une avarie commune. D'ailleurs ces dépenses ne sont pas un dommage nouveau pour les propriétaires ; le mal est fait, il s'agit seulement de le réparer ou de l'empêcher de s'aggraver. On insistera peut-être, et l'on dira : il ne s'agit pas seulement de réparer le passé, il s'agit encore de prévenir un danger imminent, celui de la perte totale, qui sera promptement la conséquence de l'échouement, si l'on n'y remédie La réponse est que ces dépenses étant déjà nécessitées par les faits passés sous peine de laisser les objets échoués sans valeur pour leurs propriétaires, le

(1) Béd., n. 1712. Al. n. 2306. Dubernad, t. I, p. 624 et suiv. — *Contrà* : Benecke, t. I, p. 518 et suiv.

(2) Béd., n. 1906.

(3) Pot., *Contrats marit.*, n. 146. Pard., n. 744. Boulay-Paty, t. IV, p. 586. Dagev., t. IV, p. 184, 185. Béd., n. 1907. Al. n. 2340. — *Contrà* : Aix, 21 mai 1856, *J. Mars.*, t. XXXIV. 1. 49.

Source BIU Cujas

désir d'éviter un mal plus grand, n'augmentant pas ces dépenses, ne peut leur donner le caractère d'avaries communes; il n'y a même pas de mal plus grand à éviter, car, si l'on ne fait pas la dépense, les objets n'en seront pas moins perdus pour leurs propriétaires, lors même que la mer les respecterait indéfiniment (1).

Il faut rapprocher l'art. 426, qui ne peut avoir d'application qu'en cas d'échouement :

Art. 426. Si, en vertu d'une délibération, le navire a été ouvert pour en extraire les marchandises, elles contribuent à la réparation du dommage causé au navire.

Le Code suppose évidemment que le navire était intéressé à l'opération aussi bien que les marchandises. Et en fait cette supposition sera toujours conforme à la vérité; car si les armateurs, pour ne pas contribuer, soutenaient que, le navire étant innavigable ou ne pouvant pas être renfloué, l'extraction des marchandises ne leur profite pas, on leur répondrait qu'alors le sabordage d'un navire sans valeur ne leur a causé aucun dommage, qu'ils n'ont rien à réclamer à la cargaison (2).

1282. Revenons au 6°; comme il contient des solutions sur des points assez peu semblables entre eux, nous diviserons ces solutions.

6° *Les pansement et nourriture des matelots blessés en défendant le navire* (cf. art. 263). Il y a là un dommage volontairement souffert pour le salut commun. — Si le matelot a été tué en défendant le navire, sa famille n'a droit qu'à l'intégralité de ses loyers (art. 265), et encore si le navire arrive à bon port. Il faudra porter en avarie commune tout ce qui excède ce que le capitaine aurait dû, s'il était mort accidentellement; c'est-à-dire ses loyers depuis sa mort, s'il est loué au mois, et la moitié de ses loyers, si, loué au voyage, il est mort dans le voyage d'aller ou au port d'arrivée (art. 265). — D'après l'art. 268, 2e al., il faudra porter aussi en avaries communes l'indemnité de rachat du matelot pris, s'il avait été détaché du navire dans l'intérêt commun; car il a été, dans l'intérêt commun, exposé à des risques particuliers. — Les mêmes règles devraient être appliquées au cas d'un passager mort, blessé ou pris en défendant aussi le navire (3).

La loi ne parle pas des dommages soufferts par le navire ou par les marchandises en se défendant contre l'ennemi et les pirates. Son silence ne saurait empêcher d'appliquer le principe posé par le dernier alinéa de l'art. 400, qui régit précisément les cas non prévus par le reste de l'article. Or il y a eu là dommage souffert volontairement en vue du salut commun. Donc il y a avarie commune (4).

(1) Req. 3 fév. 1864, D. P. 64. 1. 57. — Béd., n. 1718. Al. n. 2296. Dubernad, t. I, p. 626 et suiv. — *Contrà* : Benecke, t. I, p. 529.

(2) Comp. Béd., n. 1903. Al. n. 2340.

(3) Pard., n. 739. Boulay-Paty, t. IV, p. 449. Dall., n. 1088. Béd., n. 1702. Al. n. 2304. — *Contrà :* Locré, *Esp. du C. com.*, t. III, p. 333.

(4) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 7, art. 6. Pot., *Contr. marit.*, n. 144. Boulay-Paty, t. IV, p. 452. Dall., n. 1108. Béd., n. 1705. Al. n. 2308.—*Contrà :* Emérigon, *Assur.*, ch. 12, sect. 41. Pard., n. 737.

Source BIU Cujas

1283... *Les loyers et nourriture des matelots... pendant les réparations des dommages volontairement soufferts pour le salut commun, si le navire est affrété au mois.* Cette règle est, aux yeux du législateur, l'application du principe que les conséquences nécessaires d'une avarie commune sont réglées aussi en avaries communes. Mais il y a là une erreur : en effet, l'armateur ne souffre pas de cette dépense puisqu'il touche son fret pendant ce temps (art. 296); il n'y a donc aucune raison pour le faire indemniser par le chargement. Bien au contraire, les chargeurs qui souffrent déjà du retard vont être obligés de contribuer aux loyers et nourriture; cela est très injuste (1). — Notre alinéa n'applique cette règle qu'en cas d'affrètement au mois, et l'art. 403, 4°, fait de ces frais des avaries particulières quand le navire est affrété au voyage : c'était bien plutôt dans ce dernier cas que l'on pouvait s'intéresser au capitaine qui paie les loyers en plus, sans augmentation de fret. Mais la loi a considéré à bon droit que tout le monde souffre également du retard : les chargeurs par la privation de la jouissance de leurs marchandises, l'armateur par la privation du fret de son navire; la contribution s'établit alors en quelque sorte *ipso facto* (2).

Pour le même cas de réparation d'avaries communes, le Code ne s'explique pas sur les autres dépenses que la relâche peut occasionner, tels que frais d'entrée et de sortie au port de relâche, frais de quarantaine, frais de déchargement et de rechargement des marchandises; ni sur les frais même des réparations. Quant à ces derniers, il ne peut y avoir doute : dire que les avaries seront supportées par tous, c'est dire que les réparations seront faites à frais communs. Il doit évidemment en être de même pour les dépenses accessoires de ces réparations, et l'on peut, dans ce sens, argumenter *à contrario* de l'art. 403, 3°, qui donne la solution inverse, mais seulement lorsqu'il s'agit de la réparation d'avaries particulières (v. *infrà*, n. 1287) (3).

1284. ... *Les loyers et nourriture des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par l'ordre d'une puissance... si le navire est affrété au mois.* Cette solution est tout à fait en dehors de l'esprit général de notre article; car il n'y a pas là sacrifice volontaire pour le salut commun; il y a purement et simplement un fait de force majeure. Le motif de la loi est tout autre : l'art. 300 a jugé équitable de ne pas faire courir pendant la détention le fret stipulé au mois; comme compensation, il a jugé aussi équitable de faire contribuer la cargaison aux loyers et nourriture de l'équipage (art. 300, 3e al.), car le capitaine les paierait sans toucher le fret qui en est pour lui l'équivalent; d'autre part les matelots continuent de rendre service à la cargaison en veillant sur elle (d'ailleurs les loyers sont réduits de moitié, art. 254, 3e al.). C'est parce qu'il y a lieu à contribution que l'art. 300 et notre article en font des avaries communes. Il y a cependant une différence importante entre ces dépenses et les avaries communes véritables ; c'est que les premières doivent

(1) Lorsque cette disposition a été ajoutée au conseil d'État, on a confondu notre cas avec celui d'arrêt de puissance, dans lequel le fret au mois est suspendu. V. Frémery, p. 212-215. Béd., n. 1708, 1709.

(2) V. Bordeaux, 2 juin 1869, D. P. 70. 2. 36; et comparez : Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 7, art. 6. Dall., n. 1086, 1095, 1128. Béd., n. 1706-1707. Al. n. 2305.

(3) V. Règles 7 et 8, d'York et Anvers.

Source BIU Cujas

être remboursées par contribution en tout état de cause, tandis que la contribution pour les secondes n'est due que si les avaries communes ont été utiles et dans la mesure seulement des valeurs sauvées par ce moyen. — Dans les rapports avec les assureurs ces frais devraient être traités comme avaries particulières (1).

Telle est l'énumération de l'art. 400.

1285. L'art. 298, 4e al. (L. 14 juin 1841), contient un nouveau cas où il y a lieu à contribution : c'est lorsque le capitaine a vendu des marchandises pour faire des réparations ou se ravitailler en cours de voyage ; les risques provenant de la faculté qu'ont les armateurs de se libérer par l'abandon du navire et du fret (art. 216) sont répartis entre tous les chargeurs. Sans doute, en principe, ces dépenses sont à la charge des armateurs seuls, car ils *doivent* les faire; mais elles ont eu lieu dans l'intérêt commun pour permettre d'achever le voyage, si donc il y a des risques à courir par suite de la faculté d'abandon, les propriétaires des marchandises librement choisies pour être exposées à ces risques doivent être indemnisés par la contribution de tous les chargeurs. La loi a eu soin cependant de ne pas parler ici d'avaries communes parce que d'une part la contribution n'est que subsidiaire, et que d'autre part le navire et le fret ne contribuent pas, puisqu'il n'y a lieu à contribution qu'après que leur valeur est absorbée.

1286. L'art. 403 donne une énumération des avaries particulières qui vient compléter par *à contrario* celle des avaries communes faite dans l'art. 400.

Art. 403. Sont avaries particulières, — 1° Le dommage arrivé aux marchandises par leur vice propre, par tempête, prise, naufrage ou échouement; — 2° Les frais faits pour les sauver ; — 3° La perte des câbles, ancres, voiles, mâts, cordages, causée par tempête ou autre accident de mer ; — 4° Les dépenses résultant de toutes relâches occasionnées soit par la perte fortuite de ces objets, soit par le besoin d'avitaillement, soit par la voie d'eau à réparer ; — 5° La nourriture et le loyer des matelots pendant la détention, quand le navire est arrêté en voyage par ordre d'une puissance, et pendant les réparations qu'on est obligé d'y faire, si le navire est affrété au voyage ; — 6° La nourriture et le loyer des matelots pendant la quarantaine, que le navire soit loué au voyage ou au mois ; — Et, en général, les dépenses faites et le dommage souffert pour le navire seul, ou pour les marchandises seules, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement.

La plupart de ces dispositions se trouvent expliquées par ce que nous avons dit sur l'art. 400 : dans ces diverses hypothèses, il y a eu simplement un *cas fortuit* qui reste à la charge du propriétaire de l'objet endommagé.

1287. Insistons seulement sur une partie du 3° : ... *les dépenses résultant de toutes relâches occasionnées, soit par la perte fortuite de ces objets, soit par le besoin d'avitaillement, soit par la voie d'eau à réparer.* C'est-à-dire, suivant le principe posé par nous, que toutes les dépenses qui sont la suite nécessaire d'une avarie particulière, les frais de relâche notamment, sont aussi avaries particulières.

(1) V. Frémery, p. 210-211 ; p. 232 et suiv. Benecke, t. I, p. 511.

Source BIU Cujas

Malgré le texte formel de cet alinéa, on a fait difficulté pour les frais de relâche causés par une voie d'eau à réparer : — on a dit que cette relâche est là une mesure prise volontairement, et nécessaire pour le salut commun, que ce doit être une avarie commune (1). — Mais il faut répondre, comme nous l'avons déjà fait dans un cas pareil : il n'y a pas là une mesure volontaire, précisément parce qu'elle est *nécessaire* au salut commun, parce que le capitaine ne peut pas se dispenser de la prendre sans manquer à tous ses devoirs (2); — le texte a donc parfaitement raison; du reste, eût-il tort, il faudrait encore s'y soumettre (3).

Il faut même aller plus loin dans ce sens, il ne suffit pas de dire que les dépenses de la relâche sont des avaries particulières, ce qui les mettrait à la charge des objets à l'occasion desquels elles seraient faites; il faut dire qu'elles sont la conséquence de l'avarie particulière qui oblige à relâcher, de la voie d'eau p. ex., et par conséquent qu'elles sont toutes à la charge de ceux qui ont besoin de réparer l'avarie (4), c'est-à-dire en cas de voie d'eau à la charge de l'armement, lequel est tenu de faire tout ce qu'il faut pour la réparer. Cela s'appliquera aux frais de la réparation même, bien entendu, aux frais d'entrée au port, aux frais de déchargement ou de rechargement des marchandises, si cette mesure est nécessaire pour réparer le navire (5).

Si, au contraire, le déchargement était motivé par les soins à donner aux marchandises, par la crainte de les laisser se détériorer, alors ces dépenses ne seraient plus la suite nécessaire de l'avarie du navire; elles seraient avarie particulière à la charge des propriétaires de ces marchandises (6). Cette dernière solution devrait du reste s'appliquer même lorsque la cause de la relâche est une avarie commune.

1288. Le 5° relatif à la nourriture et au loyer des matelots pendant la quarantaine est trop absolu : Si la relâche est provoquée par une avarie commune, les frais de quarantaine qu'impose cette relâche devront, d'après les principes posés, être portés de même en avarie commune (7). Dans les autres cas, il y aura encore à distinguer lorsqu'il s'agira de compter les frais de quarantaine comme avaries à la charge des assureurs (V. *infrà*, n. 1380).

(1) Rej. 16 juill. 1861, D. P. 61. 1. 316; Aix, 19 août 1874, D. P. 77. 2. 115. — Emérigon, *Assur.*, c. 12, sect. 41, § 6.

(2) L. 1, *De lege Rhodiâ*, D., 14. 2.

(3) Rennes, 27 avril, 27 juill. 1860, D. P. 61. 2. 38, 39. — Benecke, t. I, p. 490 et suiv.; et Dubernad, t. I, p. 609. Frémery, p. 215 et suiv. Caumont, v° *Avaries*, n. 223. Béd., n. 1675-1681. Al. n. 2296. — Consulter Droz, n. 422 et suiv.

(4) Req. 10 août 1880, D. P. 80. 1. 448.

(5) Req. 8, 22 juin 1863, D. P. 63. 1. 416. Al. n. 2312. — *Contrà* : Frémery, p. 220.

(6) *Contrà* : Aix, 19 août 1874, D. P. 77. 2. 115.

(7) Béd., n. 1745, Al. n. 2313.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

RÈGLEMENT DES AVARIES COMMUNES OU CONTRIBUTION.

1289. Le règlement des avaries communes a pour objet de déterminer la part que chacun des intéressés doit payer à titre d'indemnité aux propriétaires atteints directement par l'avarie. Cette indemnité ne doit pas être pour ceux-ci de l'intégralité du dommage souffert; car, représentant eux-mêmes une partie de l'intérêt commun en vue duquel le sacrifice a été fait, il est juste qu'ils subissent aussi une part proportionnelle de la perte; sans cela leur position serait plus avantageuse que celle des intéressés dont la propriété n'a pas été sacrifiée. Ils en feront confusion sur leur tête de manière à diminuer d'autant l'indemnité à laquelle ils ont droit (v. un exemple, au n. 1292). Ce principe de la *contribution sur soi-même* domine toute la matière, quoiqu'il ne se soit pas fait jour dès l'abord dans la théorie des lois maritimes (1).

Il y a des personnes qui font profession de dresser ces règlements d'avarie, et que dans tous les ports du Nord on appelle *dispacheurs* (2).

Pour régler la contribution, il faut établir en face l'une de l'autre deux masses de valeurs : l'une, la *masse active*, est l'*état des avaries*, donnant droit à une indemnité ; l'autre, la *masse passive* est l'*état des valeurs contribuables* (3). La question capitale à examiner ici est de savoir sur quel pied on établira l'évaluation des éléments qui composent ces deux masses.

1290. Il y a d'abord un élément qui ne présentera pas de difficultés : ce sont les *avaries-frais;* c'est-à-dire, les dépenses directement faites pour le salut commun sans qu'il y ait eu dommage préalable. Pour ces dépenses l'évaluation sera très simple ; elle résultera directement du compte de ce qui a été déboursé et de tous les frais accessoires, tels que prime d'emprunt à la grosse, intérêts, etc. Et comme d'autre part l'argent dépensé a été pris en dehors de la masse contribuable, il n'y aura aucune difficulté pour faire porter la répartition sur toute cette masse.

Art. 304. La contribution pour le rachat se fait sur le prix courant des marchandises au lieu de leur décharge, déduction faite des frais, et sur la moitié du navire et du fret. — Les loyers des matelots n'entrent point en contribution.

Quant à l'évaluation des valeurs contribuables indiquée par cet article, nous la retrouverons tout à l'heure. Nous remarquerons seulement que le capitaine, qui presque toujours aura fait la dépense, fera confusion entre ses mains de la part incombant au navire et au fret.

1291. Pour les **avaries matérielles**, soit au navire, soit à la cargai-

(1) V. L. 2, §§ 1 et 4, *De lege Rhodia*, D., 14. 2. — Frémery, p. 236 et suiv.

(2) Stevens, p. 92. Benecke, *Traité des principes d'indemnité en matière d'assurances*, t. II, p. 149. Frémery, p. 235. — V. un modèle de règlement d'avaries dans Frémery, p. 269 et suiv.

(3) Pot., *Louage marit.*, n. 128. Frémery, p. 235.

Source BIU Cujas

son, à raison du principe de la contribution sur soi-même et des conséquences qui s'y rattachent, il est impossible d'étudier l'évaluation des avaries, c'est-à-dire le droit des propriétaires de ces objets lorsqu'ils sont avariés, sans étudier en même temps la valeur pour laquelle ils doivent contribuer en tout état de cause. Nous ne séparerons pas ces deux études.

Voici d'abord les textes de la loi sur ce sujet :

Quant à l'état des avaries :

Art. 415. Les marchandises jetées sont estimées suivant le prix courant du lieu du déchargement; leur qualité est constatée par la production des connaissements et des factures, s'il y en a.

Quoique le texte ne parle que du jet, il doit évidemment s'appliquer à toutes les hypothèses analogues.

Quant à l'état des valeurs contribuables :

Art 401. Les avaries communes sont supportées par les marchandises et par la moitié du navire et du fret, au marc le franc de la valeur.

Art 402. Le prix des marchandises est établi par leur valeur au lieu du déchargement.

Le Code répète la même disposition, spécialement en cas de jet :

Art. 417. La répartition pour le paiement des pertes et dommages est faite sur les effets jetés et sauvés, et sur moitié du navire et du fret, à proportion de leur valeur au lieu du déchargement.

I. — **Evaluation des marchandises.**

1292. L'art. 417 nous indique bien clairement que les marchandises sacrifiées doivent figurer, non seulement dans l'état des avaries, mais encore dans l'état des valeurs contribuables pour supporter leur part dans la contribution. Soit des marchandises jetées valant 10, et le reste de la cargaison, avec la moitié du navire et du fret, valant 90; l'état des valeurs contribuables se montera à 100, entre lesquels il faudra répartir la perte de 10; chaque valeur paiera 10 %, et le propriétaire des marchandises jetéees ne touchera que 9 sur les 10 perdus, en souffrant ainsi du jet jusqu'à concurrence de 10 %, comme tous les autres intéressés.

Maintenant, comment évaluera-t-on les marchandises ? Dans tous les cas, soit qu'il s'agisse de prix à payer pour les marchandises avariées, soit qu'il s'agisse de fixer la part contributive des marchandises, avariées ou non, on prendra leur valeur au lieu de déchargement (art. 415, 402, 417, 304) (1). En effet, d'abord quant à l'indemnité due, on doit replacer le propriétaire des objets sacrifiés dans la même situation où il serait s'ils n'avaient pas été sacrifiés, de manière à le mettre aussi dans la même situation que les autres intéressés. Or, les autres chargeurs ont leurs marchandises au lieu du déchargement; il doit donc avoir la valeur qu'auraient les siennes dans ce lieu; si elles valent plus qu'au départ, il faut qu'il profite de sa spéculation comme les autres chargeurs ; si elles valent moins, il n'a pas à se plaindre, car il peut, sur les lieux, s'en procurer de pareilles avec la somme qui lui est allouée (2).

(1) Règle, 10 et 12 d'York et Anvers.

(2) Frémery, p. 240 et suiv. Béd., n. 1842. Al. n. 2331.

Source BIU Cujas

La loi ajoute (art. 415) que leur *qualité* est constatée par la production des connaissements et des factures, s'il y en a. Il est nécessaire, en effet, de constater cette qualité pour rechercher la valeur des produits similaires au lieu du déchargement. — Mais cette disposition ne peut pas avoir pour conséquence qu'il faille prendre l'*état* des marchandises au moment du départ. Si donc, avant d'être sacrifiées, elles avaient subi une avarie particulière diminuant de moitié leur valeur, elles ne pourraient être payées qu'à raison de la moitié de la valeur que des marchandises similaires auraient au lieu du déchargement (1).

Quant à l'évaluation au point de vue de la contribution, il est également juste de la faire sur le pied de la valeur au lieu du débarquement. Pour les effets qui ont été sacrifiés, cela est évident, puisqu'on les paie sur ce pied-là. Pour les autres, la part de sacrifice incombant à chacun doit être proportionnelle à la valeur que ce sacrifice lui a conservée ; or, cette valeur, c'est le prix moyennant lequel on vendra la marchandise à l'arrivée ; celui qui vendra cher ses denrées a plus profité du sacrifice que celui qui les vendra bon marché (2). — Ici, plus facilement encore que tout à l'heure, on tiendra compte de l'état des marchandises, puisque celles détériorées par cas fortuit, avant ou après le sacrifice, ont d'autant moins profité de celui-ci : — cela est, du reste, conforme aux textes qui ordonnent de prendre leur valeur au lieu du déchargement (art. 304, 402, 417) ; il s'agit là évidemment de leur valeur concrète, réelle, et non de celle qu'elles *auraient pu avoir,* si elles avaient été intactes ; — cette idée est formellement appliquée par la loi au cas où le navire sauvé par le jet périt ultérieurement : les effets sauvés ne contribuent que pour leur valeur dans l'état où ils se trouvent (art. 424) ; — on pourrait être tenté de voir une contradiction sur ce point dans l'art. 425 ; mais en dispensant les effets jetés de *contribuer* aux dommages arrivés depuis le jet aux marchandises sauvées, il ne les dispense pas de subir la dépréciation de ces marchandises en les faisant contribuer pour une part moindre ; car les faire contribuer pour une part moindre, ce n'est pas contribuer soi-même ; nous verrons du reste plus tard le sens de cet article.

Dans tous les cas où l'on doit prendre la valeur au port de déchargement, ce qu'il faut compter, c'est la *valeur nette*, c'est-à-dire déduction faite de tous les frais d'entrée, de déchargement ; cette déduction des frais est ordonnée formellement par l'art. 304, 1er al., et par l'art. 424. — Il faut déduire aussi le fret dû par la marchandise, car il est compris dans ces frais et il diminue d'autant le profit que le propriétaire des marchandises retire du sacrifice ; or, c'est le profit retiré du sacrifice qui est la mesure de la contribution (3).

Les marchandises sacrifiées devront subir la contribution sur cette même valeur nette ; mais quant à l'indemnité due à leur propriétaire, on devra lui payer la valeur totale de sa marchandise sans déduire le fret ; il faut en effet se rappeler que lorsqu'il est indemnisé, il doit payer au capitaine le fret, qu'il ne devrait pas en cas de perte non réparée (art. 301, 302) ; dès lors la déduc-

(1) Béd., n. 1834. De Courcy, *Questions,* t. I, p. 261, 262.

(2) Frémery, p. 240.

(3) Valin, liv. 3, tit. 8, art. 6. Emérigon, *Assur.*, ch. 12, sect. 43. Pot., *Contr. marit.*, n. 121. et suiv. Nouveau Denisart, v° *Avarie*, 55, 3, n. 1. — Béd., n. 1844. Al. n. 2310.

Source BIU Cujas

tion du fret est opérée pour lui; de cette façon il ne faut pas le lui retenir d'autre part, ce serait le lui faire payer deux fois (1).

1293. Le *lieu du déchargement* sera ordinairement celui de la destination primitive du navire; et on devra l'entendre ainsi lors même que le navire aurait relâché assez longtemps pour faire des réparations et aurait même déchargé sa cargaison, s'il l'a reprise pour la conduire à destination : lors même encore que, ne pouvant poursuivre plus loin avec le même navire, le capitaine aurait transbordé sa cargaison sur un autre navire, comme l'y oblige l'art. 296, 2e al. Il n'en serait autrement que si, faute de trouver un autre navire, ou par l'ordre des chargeurs eux-mêmes, le voyage s'était terminé au lieu de la relâche; celui-ci serait alors le lieu de déchargement pour l'application de nos articles (2).

1294. L'égalité de traitement que nous venons d'étudier pour les marchandises, soit au point de vue de l'indemnité, soit au point de vue de la contribution, souffre exception dans les cas suivants où il y a eu dol du chargeur, ou négligence de sa part, ou consentement à exposer ses marchandises à des risques exceptionnels :

Art. 418. Si la qualité des marchandises a été déguisée par le connaissement, et qu'elles se trouvent d'une plus grande valeur, elles contribuent sur le pied de leur estimation, si elles sont sauvées; — Elles sont payées d'après la qualité désignée par le connaissement, si elles sont perdues. — Si les marchandises déclarées sont d'une qualité inférieure à celle qui est indiquée par le connaissement, elles contribuent d'après la qualité indiquée par le connaissement, si elles sont sauvées; — Elles sont payées sur le pied de leur valeur, si elles sont jetées ou endommagées.

Art. 420. Les effets dont il n'y a pas de connaissement ou déclaration du capitaine ne sont pas payés s'ils sont jetés; ils contribuent s'ils sont sauvés.

Art 421. Les effets chargés sur le tillac du navire contribuent s'ils sont sauvés. — S'ils sont jetés, ou endommagés par le jet, le propriétaire n'est point admis à former une demande en contribution : il ne peut exercer son recours que contre le capitaine.

Ce dernier article a pour motif que le chargement sur le tillac est une faute du capitaine envers l'expéditeur; faute dont on ne peut rendre responsables les autres chargeurs (3). Aussi cet article ne sera pas applicable au petit cabotage, pour lequel ce chargement sur le tillac est licite (art. 229) (4).

Aj. l'art. 426, 2e al., fondé sur d'autres motifs expliqués plus haut.

II. — Evaluation du navire et de ses accessoires.

1295. Pour l'évaluation des sacrifices faits aux dépens du navire et de ses accessoires, il n'y aura en général pas de difficulté. Les dommages causés volontairement seront très souvent réparés en route, parce qu'ils auront né-

(1) Aix, 3 juin 1846, D. P. 46. 2. 129, et la note. Frémery, p. 242-243. — Comp. Benecke, t. I, p. 462, et règle 11, d'York et Anvers.

(2) V. Dubernad, t. II, p. 206 et suiv.

(3) Règle 1re, d'York et Anvers.

(4) Cass. 12 mai 1845, S. 45. 1. 648. — Valin, *Ord.*, liv. 3, tit. 8, art. 13. Locré, t. IV, p. 409. Boulay-Paty, p. 566. Dagev., t. IV, p. 172. Béd., n. 1876. Al. n. 2335.

Source BIU Cujas

cessité une relâche; on n'hésitera pas à allouer comme avaries tout ce qui aura été dépensé pour les réparations des avaries communes. Si elles ne sont réparées qu'au lieu du déchargement, aucune difficulté non plus pour allouer tout ce qui aura été dépensé en ce lieu. Ce règlement sera aussi simple que pour les avaries-frais. Cela réalisera l'indemnité complète pour l'armateur; sauf, bien entendu, la déduction de la part qui incombe au navire dans la contribution, et que nous allons maintenant déterminer pour tous les cas.

1296. La règle est que l'armateur contribue pour **la moitié du navire et du fret** (art. 401, 304, 417) (1).

Voyons d'abord ce qui concerne le **fret** (2). — Il est juste que le fret gagné contribue aux avaries communes; car il a été par ce moyen sauvé pour les armateurs, qui n'y ont pas droit en cas de naufrage, prise ou pillage (art. 302). La loi ne le fait contribuer que pour moitié; c'est une application de la règle que l'on doit déduire des valeurs sauvées les frais qui les grèvent. En effet, le fret dont parle la loi est évidemment le *fret brut* tel qu'il est stipulé aux chartes-parties et aux connaissements; or, ce fret n'est pas tout bénéfice pour l'armateur; il faudrait en déduire les dépenses des loyers et de la nourriture de l'équigage, des passagers, et toutes les autres dépenses du voyage; il faudrait donc, pour établir équitablement la contribution, déduire ces dépenses et prendre ainsi le *fret net* au lieu du *fret brut*. Le Code, à la suite de l'ordonnance, qui avait puisé cette règle en Hollande, et pour éviter les difficultés que ce calcul pourrait soulever, a déduit à forfait la moitié du fret, et ne fait contribuer l'armateur que pour la *moitié du fret brut* (3).

Q. Quid *si le fret a été stipulé pour l'aller et le retour, d'une manière indivisible, de manière à ce que rien n'en soit dû tant que le retour n'est pas effectué?* Nous pensons qu'il faudra, pour le règlement d'avaries, diviser le fret d'aller et celui du retour (4); car, pour être juste, on ne pourrait faire contribuer le fret d'aller et de retour, sans faire contribuer toute la cargaison d'aller et de retour; or, cela est impossible, car c'est la cargaison d'aller seule qui a été sauvée; — d'ailleurs, il n'est pas vrai que le fret total ait été sauvé par le sacrifice, car au moment où l'on doit se placer pour régler la contribution, c'est-à-dire au moment du déchargement (art. 414), on ne peut pas affirmer que ce fret soit sauvé; peut-être n'en sera-t-il rien dû; pour être juste, il faudrait attendre le résultat du second voyage de retour, et ne rien demander au navire, s'il périssait au retour; mais cela serait contraire à la loi qui ordonne de prendre la valeur au lieu de déchargement (5).

Si le fret payé d'avance avait été stipulé non remboursable même en cas de naufrage, on pourrait dire que le sacrifice fait ne l'a pas sauvé, puisqu'il n'était pas exposé. Néanmoins, nous pensons qu'il devrait contribuer, parce que le Code a établi, pour le navire et le fret, une sorte de forfait qui ne

(1) V. *Historique et législation comparée* : Frémery, p. 244 et suiv.

(2) Dans le fret on doit comprendre ce que paient les passagers, car c'est un profit pour l'armateur : Al. n. 2331.

(3) Frémery, p. 247-248. Dubernad, t. II, p. 219. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 231.

(4) Le fret d'aller sera déterminé par les connaissements : De Courcy, *Questions* t. I, p. 145.

(5) Benecke, t. II, p. 165 et suiv. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 145.

Source BIU Cujas

tient pas rigoureusement compte des motifs rationnels et qui ne doit pas être divisé (1).

1297. Quant au **navire**, la loi ordonne aussi qu'il ne contribuera que pour moitié de sa valeur. Cette règle est difficile à justifier. On a d'abord donné pour motif que le propriétaire du navire a des charges qu'il faut déduire comme on le fait pour les marchandises et le fret; notamment frais de mise dehors, dépérissement, frais du voyage. Mais le dépérissement, il ne faut pas en parler, puisque, d'après la loi (art. 417), on prend la valeur du navire *après* le voyage, au lieu du déchargement. Les frais du voyage sont déjà déduits dans le calcul du fret net, et compris dans la réduction de moitié sur le fret brut. Enfin quant aux frais de mise dehors, il n'est pas juste de les déduire, car pour les marchandises on ne déduit pas les frais faits au départ. — Alors on a essayé de dire que la valeur du navire devait être prise au lieu du départ; ce qui expliquerait la réduction de moitié par le dépérissement dû au voyage (2). Mais le texte de l'art. 417 est tout à fait formel en sens contraire, et les efforts faits pour le tourner sont absolument impuissants; fût-il complètement irrationnel, il faudrait s'y conformer (3). — M. Frémery (4) donne de cette règle une explication, fondée sur la coutume traditionnelle; il constate qu'elle remonte au moins jusqu'au Consulat de la mer, et qu'elle était motivée par le désir de favoriser le capitaine en considération de ce qu'il expose dans le voyage son temps, sa santé, sa personne (5). Cette raison avait plus de force lorsque le capitaine était seul propriétaire ou principal propriétaire du navire; elle n'est pas sans valeur maintenant puisque le capitaine a habituellement une part d'intérêt dans le navire. — On pourrait ajouter, en faveur des armateurs, que leur propriété est bien plus exposée que celle des chargeurs, car elle est la première à être atteinte par une foule d'avaries qui resteront à sa charge exclusive comme avaries particulières; qu'elle protège comme une cuirasse, la cargaison contre les fortunes de mer; et qu'il est juste de lui demander une contribution moindre dans les avaries communes. — On retrouve les mêmes pensées dans l'art. 304, 2e al., qui exempte de toute contribution les gages des matelots, quoique ceux-ci soient bien sauvés par le sacrifice (art. 258); et dans l'art. 419 :

Art. 419. Les munitions de guerre et de bouche, et les hardes de l'équipage, ne contribuent point au jet; la valeur de celles qui auront été jetées sera payée par contribution sur tous les autres effets.

Ce que la loi dit du navire doit s'appliquer aussi aux accessoires sacrifiés du navire; ceux-ci ne contribueront que pour moitié de leur valeur (6).

(1) Bordeaux, 2 juin 1869, D. P. 70. 2. 36. — *Contrà* : Al. n. 2331.

(2) Pot., *Louages marit.*, n. 119. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 8, art. 7. Locré, t. IV, p. 343. Pard., t. III, p. 208. Delvincourt, t. II, p. 263, note 6. Lemonnier, n. 314. Al. n. 2331.

(3) Béd., n. 1728, 1838.

(4) *Etudes de dr. comm.*, p. 246. — *Contrà* : De Courcy, *Quest. de Dr. marit.*, t. I, p. 230.

(5) De même que les matelots, ayant marchandise à bord, jouissaient d'un tonneau franc de contribution, s'ils se conduisaient bien dans le danger : Oléron, art. 8 ; Wisby, art. 22.

(6) Rej. 28 déc. 1867, D. P. 68. 1. 145.

Source BIU Cujas

Pour l'application du principe de la contribution sur soi-même, il faut compter la valeur du navire telle qu'elle existera après les réparations faites; car c'est bien là la valeur conservée aux armateurs.

1298. En résumant les explications qui précèdent, on voit que *l'état des avaries* comprendra : — 1° les *avaries-frais* pour la totalité des dépenses justifiées; — 2° la valeur des marchandises sacrifiées ou la détérioration qu'elles ont subie, toutes deux appréciées d'après le prix courant des marchandises au lieu du déchargement, déduction faite des détériorations qu'elles avaient souffertes avant le sacrifice, mais non du fret qu'elles ont à payer; — 3° les dépenses faites ou à faire pour réparer le navire. — D'autre part, *l'état des valeurs contribuables* comprendra : — 1° les marchandises de la cargaison évaluées d'après le prix courant au lieu du déchargement, à raison de l'état où elles se trouvent alors, et déduction faite des frais qu'elles ont à supporter, y compris le fret; — 2° la moitié du fret brut, et la moitié du navire, eu égard à la valeur de celui-ci après les réparations faites.

1299. La loi s'occupe enfin du cas où plusieurs événements auraient provoqué successivement de nouveaux sacrifices volontaires pour le salut commun; alors il y aurait lieu à plusieurs règlements d'avaries, et les objets sacrifiés une première fois ne contribueraient pas dans les sacrifices ultérieurs, car ceux-ci ne leur ont aucunement profité.

Art. 425. Les effets jetés ne contribuent en aucun cas au paiement des dommages arrivés depuis le jet aux marchandises sauvées. — Les marchandises ne contribuent point au paiement du navire, perdu, ou réduit à l'état d'innavigabilité.

Le premier alinéa doit évidemment s'appliquer aux avaries communes causées dans un nouveau danger, car, s'il s'agissait d'avaries particulières, il n'aurait aucune utilité. Dans ce cas de sinistres successifs, on devra régler d'abord le dernier; puis dans le règlement du premier les marchandises définitivement sauvées ne contribueront que sur leur valeur déduction faite de leur contribution dans le second sinistre; car cette contribution a diminué d'autant leur valeur au lieu du déchargement (2). Le second alinéa ne vise que les avaries particulières au navire; il ne devrait pas s'appliquer au cas où l'innavigabilité du navire serait le résultat d'une avarie commune (3).

1300. L'article 408 exclut toute demande en avaries lorsque l'avarie commune n'excède pas 1 % de la valeur cumulée du navire et des marchandises. Appliqué à la contribution entre les différents intéressés, il serait souverainement inique; car un lot de marchandises totalement perdu peut ne pas excéder 1 % de la valeur cumulée du navire et de la cargaison, et être pourtant d'une importance considérable pour son propriétaire. Mais il faut entendre cet article comme s'appliquant seulement dans les rapports des assurés et des assureurs : — dans l'ordonnance, cette disposition, par sa place, se trouvait clairement restreinte à ce cas; — sans doute notre titre s'occupe des rapports entre les propriétaires des objets avariés, mais il s'occupe aussi des rapports entre les assureurs et les assurés : c'est là certainement l'objet uni-

(1) Béd., n. 1894, 1895. Al. n. 2337. — V. Frémery, p. 233.
(2) Rej. 28 déc. 1867, D. P. 68. 1. 145. Béd., n. 1897-1900. — Comp. Al. n. 2338.

Source BIU Cujas

que de l'art. 409, et même, ce qui est encore plus fort, du 2e al. de l'art. 408 (cf. n. 1390); rien n'est donc plus naturel que d'admettre que c'est aussi là l'objet du 1er alinéa; — enfin ce qui concerne la contribution est en général renvoyé par la loi dans le titre suivant, comme l'indique la rubrique de ce titre; il est donc peu probable que le 1er al. vise un cas de contribution (1).

1301. Les articles 428 et 429 se comprennent facilement.

Art. 428. Dans tous les cas ci dessus exprimés, le capitaine et l'équipage sont privilégiés sur les marchandises ou le prix en provenant pour le montant de la contribution.

Art. 429. Si, depuis la répartition, les effets jetés sont recouvrés par les propriétaires, ils sont tenus de rapporter au capitaine et aux intéressés ce qu'ils ont reçu dans la contribution, déduction faite des dommages causés par le jet et des frais de recouvrement.

CHAPITRE III.

DE L'ABORDAGE DE NAVIRES.

1302. L'abordage est la rencontre et le choc de deux navires.

Il ne peut guère constituer qu'une avarie particulière, car rarement il sera fait volontairement, et pour le salut commun; cependant cela peut arriver, si un capitaine pour éviter un écueil heurte volontairement un autre navire. Il pourra amener ultérieurement une avarie commune, si l'on sacrifie un objet pour empêcher ou arrêter les conséquences fâcheuses de l'abordage; mais le Code ne s'est pas occupé de ces questions qui ne présentaient pas de difficultés.

Il s'est préoccupé de la répartition du dommage entre les deux navires abordés; car, nous l'avons vu, une avarie particulière incombant au propriétaire de l'objet avarié peut laisser à celui-ci un recours contre celui par la faute duquel elle s'est produite.

Art. 407 En cas d'abordage de navires, si l'événement a été purement fortuit, le dommage est supporté, sans répétition, par celui des navires qui l'a éprouvé. — Si l'abordage a été fait par la faute de l'un des capitaines, le dommage est payé par celui qui l'a causé. — S'il y a doute dans les causes de l'abordage, le dommage est réparé à frais communs, et par égale portion, par les navires qui l'ont fait et souffert. — Dans ces deux derniers cas, l'estimation du dommage est faite par experts.

Les deux premiers alinéas ne sont que l'application du droit commun.

Relativement au second, il faut décider que si l'abordage avait eu lieu par la faute des deux capitaines, on devrait partager la responsabilité propor-

(1) Cass. 27 déc. 1871, D. P. 72. 1. 36. Vincens, t. III, p. 195, n. 5. Al. n. 2324. — *Contrà* : Béd., n. 1784-1785.

Source BIU Cujas

tionnellement à la faute, il n'y aurait pas lieu à l'application du 3e al. qui ne vise que l'abordage douteux (1).

Mais le troisième alinéa a un caractère exceptionnel : lorsqu'il y a doute sur les causes de l'abordage, personne ne prouvant qu'il y a faute de l'autre, il n'y aurait, en vertu de l'art. 1315, C. civ., qu'à laisser chacun réparer à ses frais ses propres avaries; au lieu de cela, la loi en fait une masse qu'elle répartit par moitié entre les deux navires, quelle que soit la valeur de chacun d'eux (2). — Est-ce à dire que la loi présume qu'il y a faute égale des deux parties? On l'a soutenu (3). Mais nulle part la loi n'a posé cette présomption; elle a seulement trouvé inique, dans ce cas, si l'un a subi des avaries très considérables, de laisser l'autre, qui sera habituellement l'abordeur, s'en tirer pour quelques dommages insignifiants, lorsqu'on peut douter sérieusement s'il n'est pas en faute; — ce qui montre qu'elle ne présume pas une faute commune, c'est qu'elle met le dommage à la charge des deux navires et non à la charge des deux capitaines, solution significative en rapprochant le 3e al. du 2e (4). Cette observation sera importante dans le rapport des assureurs et des assurés (v. *infra*, n. 1373), pour le recours des propriétaires des marchandises atteintes par l'abordage (5), et pour le recours de l'armateur contre son capitaine (6).

La règle du troisième alinéa étant exorbitante du droit commun, il faut la renfermer exactement dans les termes de la loi. — D'abord elle ne parle que des *navires*, par conséquent elle serait inapplicable aux bâtiments de rivière même lorsqu'ils se rencontreraient dans les limites de l'inscription maritime (7). Mais comme elle ne précise rien sur le lieu de l'abordage, elle serait applicable, non seulement lorsque l'abordage a eu lieu en mer, mais encore lorsqu'il a eu lieu dans un fleuve ou une rivière, où les navires peuvent remonter (8). — Elle ne parle que des dommages éprouvés ou soufferts *par les navires*. Donc elle ne s'appliquerait pas aux avaries causées aux marchandises par l'abordage douteux; celles-ci seraient avaries particulières pour le propriétaire de ces marchandises (9). — De ce que la loi ne parle que de navires, il s'ensuit que la règle ne s'appliquerait pas au cas où un navire aurait heurté tout autre objet, p. ex. les ouvrages, les jetées d'un port (10).

1303. Pour apprécier s'il y a faute d'un des deux capitaines, il faut, indé-

(1) Req. 30 nov. 1879, D. P. 81. 1. 172; Req. 20 juill. 1880, D. P. 81. 1. 458. Caumont, v° *Abordage*, n. 108. Béd., n. 1780 quater. — *Contrà :* Pard., n. 652. Sibille, *De l'abordage*, n. 27. Fresquet, *De l'abordage*, n. 27.

(2) Et non pas proportionnellement : le texte est formel : Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 7, art. 10. Béd., n. 1775. Al. n. 2317.

(3) Lemonnier, n. 160 et suiv. Béd., n. 1773-1774.

(4) Al. n. 2318.

(5) V. Lemonnier, n. 163.

(6) Al. n. 2319. — Comp. Béd., n. 1776, 1777, 1779.

(7) Bordeaux, 23 fév. 1863, S. 63. 2. 252. — Al. n. 2316.

(8) Rouen, 4 mai 1880, D. P. 81. 2. 121.

(9) Rouen, 24 janv. 1876, D. P. 77. 2. 238. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 7, art. 10. Emérigon, *Assur.*, ch. 12, sect. 14, § 4. Béd., n. 1778. Al. n. 2319. — *Contrà :* Oléron, art. 15. Wisby, art. 29, 30.

(10) Douai, 13 mai 1859, S. 60. 2. 9. — Al. n. 2316.

Source BIU Cujas

pendamment des autres circonstances du fait, voir s'il s'est conformé aux règles prescrites pour éviter les abordages (voir Règl. gén. de 1866, art. 251 et suiv.; Décr. 4 nov. 1879, *J. off.* du 5). La principale est que, si les navires vont l'un sur l'autre, chacun doit venir sur tribord pour laisser l'autre à bâbord (1); c'est la même règle que celle qui prescrit aux voitures de prendre leur droite. Quand les deux navires font des routes qui se croisent, les règles sont plus compliquées; elles dépendent, pour les navires à voile, des difficultés que peut présenter la direction du vent. Pour permettre l'application de ces règles pendant la nuit, tout navire doit porter un feu vert à tribord et un feu rouge à bâbord, de façon que l'un et l'autre ne puissent être vus que de l'avant et du côté où ils sont placés; les navires à vapeur doivent de plus porter un feu blanc en tête du mât de misaine (2). — Ces règles ne sont pas directement applicables aux navires étrangers; mais on doit considérer comme une obligation du droit naturel d'éclairer sa marche la nuit, lors même que les lois de la nation étrangère seraient muettes sur ce point (3).

1304. Les abordages donnent souvent lieu à des questions de compétence internationale. Relativement à la loi française, la règle est écrite dans l'art. 14, C. civ. : celui des deux capitaines qui est Français peut poursuivre l'autre devant les tribunaux français, s'il le rencontre en France; car on est d'accord pour appliquer l'art. 14, non seulement aux obligations dérivant de contrats, mais encore à celles dérivant de délits ou de quasi-délits (4).

(1) Dans la mesure du possible : Req. 28 juin 1881, D. P. 81. 1. 337.
(2) V. encore d'autres détails dans Béd., n. 1761 et suiv.
(3) Aix, 23 déc. 1857, D. P. 58. 2. 39. — Al. n. 2322.
(4) Al. n. 2322.

Source BIU Cujas

TITRE XII.

DU JET ET DE LA CONTRIBUTION.

1305. Nous avons déjà expliqué, au titre précédent, tout ce qui concerne la contribution aux avaries communes et par conséquent au jet qui rentre dans cette catégorie. Il ne nous reste plus à expliquer, dans ce titre, que les conditions dans lesquelles le jet peut avoir lieu.

Art. 410. Si, par tempête ou par la chasse de l'ennemi, le capitaine se croit obligé, pour le salut du navire, de jeter en mer une partie de son chargement, de couper ses mâts ou d'abandonner ses ancres, il prend l'avis des intéressés au chargement qui se trouvent dans le vaisseau, et des principaux de l'équipage. — S'il y a diversité d'avis, celui du capitaine et des principaux de l'équipage est suivi.

Ces formalités ne peuvent pas toujours être remplies, car l'urgence de la mesure peut ne pas le permettre. On est d'accord pour admettre qu'alors on n'a pas besoin de s'y conformer, et qu'il y aura lieu à la contribution même si la délibération n'a pas eu lieu (1). C'est à ce point de vue que les auteurs distinguent le jet *régulier* et le jet *irrégulier*.

Art. 411. Les choses les moins nécessaires, les plus pesantes et de moindre prix, sont jetées les premières, et ensuite les marchandises du premier pont au choix du capitaine, et par l'avis des principaux de l'équipage.

Art. 412. Le capitaine est tenu de rédiger par écrit la délibération, aussitôt qu'il en a les moyens. — La délibération exprime : — Les motifs qui ont déterminé le jet, — Les objets jetés ou endommagés. — Elle présente la signature des délibérants, ou les motifs de leur refus de signer. — Elle est transcrite sur le registre.

Art. 413. Au premier port où le navire abordera, le capitaine est tenu, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, d'affirmer les faits contenus dans la délibération transcrite sur le registre.

Art. 414. L'état des pertes et dommages est fait dans le lieu du déchargement du navire, à la diligence du capitaine et par experts. — Les experts sont nommés par le tribunal de commerce, si le déchargement se fait dans un port français. — Dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce,

(1) Observ. des tribunaux sur le projet de C. com., t. I, p. 174; t. II, 2e part., p. 221 et suiv. — Béd., n. 1810. Al. n. 2326.

Source BIU Cujas

les experts sont nommés par le juge de paix. — Ils sont nommés par le consul de France, et, à son défaut, par le magistrat du lieu, si la décharge se fait dans un port étranger. — Les experts prêtent serment avant d'opérer.

Art. 416. Les experts nommés en vertu de l'article précédent font la répartition des pertes et dommages. — La répartition est rendue exécutoire par l'homologation du tribunal. Dans les ports étrangers, la répartition est rendue exécutoire par le consul de France, ou, à son défaut, par tout tribunal compétent sur les lieux.

Source BIU Cujas

TITRE X.

DES ASSURANCES.

1306. L'assurance maritime est un *contrat par lequel l'assureur, moyennant un prix, appelé prime, payé par l'assuré, s'engage envers celui-ci à le décharger de tous les risques maritimes auxquels les objets qui lui appartiennent sont ou seront exposés, et à l'indemniser des pertes qu'il pourrait subir dans ces objets.*

Il est de l'essence de ce contrat qu'il y ait : — 1° des *objets assurés*; — 2° des *risques* sérieux auxquels ces objets sont exposés, spécialement, pour l'assurance maritime, des risques de mer (1); — 3° une *indemnité* promise pour ces risques, c'est là le but principal du contrat; la somme fixée comme maximum de cette indemnité s'appelle la *somme assurée*; — 4° enfin un prix, payé pour acheter cette sécurité, qu'on appelle la *prime*. — Si les objets assurés n'étaient pas exposés à un risque sérieux, comme aussi si l'indemnité promise pouvait être supérieure au dommage éprouvé, le contrat dégénérerait en *pari*, et serait dépourvu de toute action (C. civ., art. 1965). En effet la convention reviendrait alors à la promesse de payer une somme, à titre de pur gain pour l'un et de perte pour l'autre, suivant que tel événement fortuit arriverait ou n'arriverait pas. Peu importe qu'une prime soit payée par l'une des parties; cela peut rapprocher le pari de la loterie, mais cela ne le rend pas plus légitime pour cela (2). C'est ce que les auteurs résument en disant que le principe essentiel de l'assurance, est d'être un *contrat d'indemnité*, qui ne doit jamais produire un profit pour l'assuré.

1307. **Historique** (3). Les anciens, qui ont connu le prêt à la grosse, n'ont pas connu l'assurance comme contrat usuel; on trouve seulement, chez les Romains, l'indication de quelques conventions analogues, faites accessoirement à d'autres contrats; comme la stipulation par ceux qui fournissaient par mer des vivres pour l'armée, que le trésor public répondrait des pertes causées par l'ennemi ou par la tempête (4). — L'assurance ne fut pas non

(1) Mais rien ne défend à un assureur maritime d'assurer également d'autres risques, si cela lui convient. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 269 et suiv. Ce principe a été souvent méconnu par la jurisprudence : v. Cass. 3 janv. 1876, D. P. 76. 1. 8; Paris, 22 janv. 1877, D. P. 78. 2. 26.

(2) Consult. Cresp., t. III, p. 138 et suiv.

(3) V. Frémery, p. 281 et suiv. Lemonnier, *Préface*, t. I, p. XXXIII et suiv. Cresp, t. III, p. 4 et suiv.

(4) Tit. Liv., l. 23, ch. 49, et l. 25, ch. 3.

Source BIU Cujas

plus connue au moyen âge; les anciens monuments du droit maritime sont muets sur ce contrat : consulat de la mer, rôles d'Oléron, droit maritime de Wisby. Les textes qui en parlent ne remontent guère qu'au quinzième siècle; p. ex. une ordonnance de Barcelone de 1435, qui le présente comme habituel à cet époque. Le *Guidon de la mer*, au quinzième siècle, est entièrement consacré aux assurances (v. n. 13). — L'origine de ce contrat paraît se rattacher à la prohibition faite, par l'Eglise catholique, du prêt à la grosse, comme usuraire au même titre que le prêt à intérêt ordinaire (Décrétale de Grégoire VII, *Naviganti vel eunti ad nundinas;* entre 1227 et 1234). Après avoir essayé de tourner la défense, par diverses subtilités, on eut l'idée de conserver la promesse d'indemnité pour les risques de mer en supprimant l'avance de la valeur en risque; dès lors il n'y avait plus rien qui ressemblât à un prêt, et l'on put conserver l'avantage de se faire garantir contre les risques de mer; l'assurance était trouvée.

L'ordonnance de 1681 a consacré à l'assurance maritime un de ses titres les plus développés (Liv. III, tit. VI); et c'est l'une des parties où elle a été le plus admirée et le plus suivie par les législations étrangères. *Valin* a commenté ce titre en même temps que les autres parties de l'ordonnance; *Emérigon* et *Pothier* ont consacré à cette matière des traités spéciaux, qui sont encore d'excellents commentaires du Code. — Enfin le Code de commerce de 1807 a reproduit à peu près complètement l'Ordonnance (1).

1308. Ces deux monuments, si considérables, devaient évidemment, dans la pensée de leurs auteurs, amener l'uniformité de la législation. Or ce résultat n'a été que très imparfaitement atteint dans la matière des assurances. A côté des points de droit fixés par le Code, et souvent à l'encontre des dispositions de la loi, qui n'avaient pas un caractère impératif, mais statuaient seulement dans le silence des conventions, les stipulations réitérées des parties ont établi des règles, passées à l'état d'usages constants sur les différentes places de commerce, et devenues promptement uniformes pour les assureurs d'une même place, mais laissant subsister des divergences considérables entre les différents ports de mer. L'établissement de ces véritables *coutumes locales* a été favorisé par l'emploi de formules imprimées pour la rédaction des contrats ou *polices* d'assurances. Chaque compagnie d'assurances a sa formule, à laquelle on ajoute seulement à la main, dans les blancs laissés à dessein, les mentions spéciales à chaque contrat et les clauses dérogatoires aux stipulations usuelles. Ces formules, sous l'influence de la concurrence et des débats réciproques des intérêts opposés, ont tendu à s'uniformiser pour les assureurs d'une même place, et sont devenues ainsi la loi des parties sur cette place. Celles-ci, et les assurés notamment, en tiraient un grand avantage : c'était de se dispenser de discuter une à une toutes les clauses, d'en peser toutes les conséquences, puisque leur emploi réitéré paraissait bien indiquer qu'elles n'avaient, en général, présenté rien de captieux; et pour ce motif, chaque place tenait à bon droit à sa formule. Mais le travail ayant été purement local, il en est résulté des formules qui se rapprochaient sur plusieurs points, mais restaient sérieusement divergentes sur

(1) Sur la pratique des assurances, consult. Cresp, t. III, p. 36 et suiv.

Source BIU Cujas

d'autres. C'est ainsi qu'on a eu la police de chaque port, police de Bordeaux, police de Marseille, police du Havre, de Nantes, de Dunkerque, de Bayonne, etc.; et même la police de Paris, depuis que la facilité des communications, l'abondance des capitaux et la présence d'un grand nombre de chargeurs sur cette place y ont fait contracter beaucoup d'assurances (1).

Un pareil état de choses, si contraire à l'esprit général de notre législation et aux tendances du caractère français, présentait aussi de graves inconvénients pratiques, surtout à raison de l'usage très sensé de diviser les risques, et de faire souscrire une même assurance par un grand nombre d'assureurs qui n'en prennent chacun qu'une faible part. A raison de la multiplicité des relations dans l'intérieur de la France, une même assurance est traitée souvent avec des assureurs de plusieurs places, et l'on se trouvait ainsi avoir contracté pour le même objet sous l'empire de plusieurs législations spéciales souvent très différentes; ou bien, si l'on s'accordait pour adopter une même formule, les parties qui n'y étaient pas habituées n'en comprenaient pas exactement la portée, et cela donnait lieu à de nombreux procès. Le sentiment de ces inconvénients a fait naître chez beaucoup de bons esprits le désir de l'uniformité à laquelle les habitudes locales résistaient.

Après une première tentative infructueuse en 1865, un congrès d'assureurs, réuni à Paris en 1873, à l'effet d'unifier les tarifs, a amené logiquement la nécessité d'unifier les conditions de l'assurance. Par des discussions lentes et laborieuses, on est parvenu à arrêter une formule uniforme, ou plutôt deux formules uniformes, l'une pour les assurances sur le corps du navire, l'autre pour les assurances sur facultés, c'est-à-dire sur le chargement. On a, d'un commun accord, donné à ces deux formules le nom de *polices françaises*. La première a été acceptée immédiatement par presque toutes les places, à l'exclusion des anciennes formules, et fonctionne depuis le 15 juillet 1873; les assureurs du Havre et de Saint-Malo sont restés seuls à l'écart. La seconde formule a été moins heureuse, à raison, sans doute, de ce que les chargeurs sont plus nombreux que les armateurs, et donnent moins d'étude à ces questions; elle n'a été mise en pratique qu'à Paris et à Bordeaux, et pour les risques de long cours seulement. On peut espérer qu'avant peu de temps un nouveau pas en avant amènera l'adoption complète de ces polices françaises pour toute la France. M. Alfred de Courcy, qui avait pris part à leur rédaction, en a donné les formules, avec un commentaire explicatif, dans un petit livre qui porte, comme tous ceux qui sortent de sa plume, le cachet d'un grand esprit pratique et d'une intelligence très nette des affaires (2). Nous citerons souvent cet ouvrage remarquable.

Nous suivrons, dans notre titre, la division générale du Code; en élevant seulement les sections au rang de chapitres, pour nous ménager la facilité de faire des subdivisions plus nombreuses. Nous étudierons donc : — 1° la formation du contrat; — 2° les obligations des parties; — 3° le délaissement.

(1) M. Lemonnier, dans un bon ouvrage que nous citerons souvent, a donné le *Commentaire des principales polices d'assurances*. Paris, 2 vol. in-8°, 1843.

(2) Il se trouve à Paris, chez Armand Auger, éditeur, 48, rue Laffitte.

Source BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

DU CONTRAT D'ASSURANCE, DE SA FORME ET DE SON OBJET.

1309. L'art. 332 peut être considéré comme le programme de tout ce chapitre.

Art. 332. Le contrat d'assurance est rédigé par écrit. — Il est daté du jour auquel il est souscrit. — Il y est énoncé si c'est avant ou après midi. — Il peut être fait sous signature privée. — Il ne peut contenir aucun blanc. — Il exprime : — Le nom et le domicile de celui qui fait assurer, sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire ; — Le nom et la désignation du navire, — Le nom du capitaine, — Le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées, — Le port d'où ce navire a dû ou doit partir, — Les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger, — Ceux dans lesquels il doit entrer, — La nature et la valeur ou l'estimation des marchandises ou objets que l'on fait assurer, — Les temps auxquels les risques doivent commencer et finir, — La somme assurée, — La prime ou le coût de l'assurance, — La soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue, — Et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues.

Nous distinguerons, parmi toutes ces indications, les conditions de forme et les conditions de fond.

SECTION PREMIÈRE.

FORMES DU CONTRAT.

1310. L'art. 332 exige d'abord que le contrat soit rédigé par écrit. On a beaucoup discuté sur la portée de cette disposition qui existait déjà dans l'ordonnance ; on s'est demandé si l'écrit était exigé pour la validité du contrat (*ad solemnitatem*) ou seulement pour la preuve (*ad probationem*). On admet très généralement qu'il n'est exigé que pour la preuve (1) ; mais alors on se divise sur la question de savoir si cette exigence de la loi n'a pas pour effet de proscrire absolument la preuve testimoniale, même au-dessous de 150 fr. ou avec un commencement de preuve par écrit. Pour nous, conformément à ce que nous avons déjà dit sur d'autres questions analogues, nous admettons que l'art. 332 a seulement voulu faire exception au droit spécial du code de commerce (art. 109), d'après lequel la preuve testimoniale est admise sans conditions, pour revenir au droit commun du code civil ; par conséquent,

(1) Pot., *Assur.*, n. 99. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 2. Merlin, *Rép.*, v° *Police d'assur.* Estrangin, p. 345 et suiv. Pard., 4e édit., t. III, p. 308. Locré, t. II, p. 286. Boulay-Paty, t. III, p. 38, 246. Vincens, t. III, p. 207. Bravard, *Manuel*, p. 432. Lemonnier, n. 29 et suiv. Béd., n. 1015 et suiv. Al. n. 2005. Laurin, t. III, p. 237 et suiv. Droz, n. 10. — *Contrà* : Emérigon, *Assur.*, t. I, p. 24. Dageville, t. III, p. 16. Cresp, t. III, p. 219-337.

Source BIU Cujas

à défaut d'écrit, on pourra prouver par l'aveu, le serment, et même par témoins au-dessous de 150 fr. ou si l'on a un commencement de preuve par écrit : — en effet, dans le doute, il faut se prononcer dans le sens de la plus grande liberté pour les parties, et étendre le moins possible une disposition exceptionnelle; — en présence des controverses suscitées par l'ordonnance, si les rédacteurs du Code avaient voulu consacrer l'opinion la plus rigoureuse, ils l'auraient dit formellement; — enfin, en dehors de tout motif rationnel et de toute intention précise du législateur, on ne peut pas admettre ces systèmes mixtes, qui n'appliquent complètement, ni le droit commun du code civil, ni le droit spécial du code de commerce (1).

1311. Le contrat peut être fait *sous signature privée* (art. 332, 4e al.). Fidèles à la règle que nous venons d'admettre, et d'après laquelle il faut appliquer ici toutes les dispositions du code civil en matière de preuve, nous pensons que l'acte sous signature privée doit, en principe, être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties contractantes, comme tout contrat synallagmatique (C. civ., art. 1325) (2). Mais, en pratique, la question n'aura pas beaucoup d'intérêt; car il est d'usage, sur la plupart des places de commerce, que la prime se règle immédiatement, non pas en numéraire, mais en billets souscrits par l'assuré. Nous avons vu qu'un règlement en billets est considéré comme équivalant à un paiement; dès lors, le contrat d'assurance devient unilatéral, et l'art. 1325 ne s'y applique plus; ou, si l'on ne veut pas appliquer, dans cette question de preuve, la fiction que le règlement en effets équivaut à un paiement, l'obligation de l'assuré se trouvant constatée complètement par les billets qu'il a souscrits, la police ne sert plus qu'à constater les obligations de l'assureur; elle est donc un acte unilatéral.

Il résulte évidemment, *à contrario*, de l'art. 332, 4e al., que l'acte pourrait aussi être rédigé dans la forme *authentique*. Et d'abord, il pourrait l'être par un notaire dans la forme ordinaire et complète des actes notariés.

Mais il pourrait aussi être dressé par un courtier (art. 79), et très habituellement c'est ainsi qu'il est fait. Nous nous sommes déjà expliqué sur le caractère des actes rédigés par les courtiers, à propos des bordereaux dont parle l'art. 109, et qui nous paraissent comprendre, dans la pensée de la loi tous les actes qui peuvent émaner de cet ordre d'officiers publics. Nous avons admis (n. 441) que ce ne sont pas des actes authentiques complets (3), en ce sens qu'ils n'emportent pas exécution parée; qu'ils ne pourraient contenir une constitution d'hypothèque; qu'ils ne feraient pas foi jusqu'à inscription

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 7, art. 2. Pard., n. 792. Favard de Langlade, v° *Assurance*. Locré, t. IV, p. 4; t. III, p. 322. Boulay-Paty, t. III, p. 38, 346. Dall. n. 1459. Béd., n. 1016. Al. n. 1360. — *Contrà* : Douai, 7 déc. 1838, *J. Mars.* 37. 2. 35. Pot., n. 96 et suiv. Emérigon, *Assur.*, ch. 2, sect. 1. Delvincourt, t. II, p. 37, note 2. Vincens, t. III, p. 207. Massé, t. VI, p. 208 et suiv. Brav., *Manuel*, p. 408, 415. Droz, n. 11. Lemonnier, n. 21 et suiv. Cresp, t. III, p. 237.

(2) Boulay-Paty, t. III, p. 252. Locré, t. II, p. 290. Vincens, t. III, p. 307. Béd., n. 1029 et suiv. Al. n. 2011. Laurin, t. III, p. 250. Droz, n. 17. — *Contrà* : Pard. et Delvinc., *l. cit.* Dagev., t. III, p. 14, 31. Estrangin, p. 329. Toullier, *Dr. civil*, t. VIII, p. 508. Duranton, *Dr. civil*, t. XIII, p. 156. Lemonnier, n. 36 et suiv. Cresp, t. III, p. 243 et suiv.

(3) *Contrà* : Cresp, t. III, p. 260.

Source BIU Cujas

de faux ; mais cependant qu'ils sont dispensés de la formalité des doubles, du bon et approuvé, et qu'ils font foi de leur date, même à l'égard des tiers, et des signatures apposées. Une différence, considérable et absolument certaine, avec les actes authentiques proprement dits, c'est qu'ils ne peuvent faire preuve que quand ils sont signés des parties (art. 109), et que la signature seule du courtier ne leur donnerait pas une autorité complète ; l'art. 79 confirme cette doctrine, en disant des courtiers simplement qu' « *ils en attestent la vérité par leur signature.* » Mais il s'ensuit aussi que l'engagement des assureurs, signataires de l'acte, existe dès que leur signature a été apposée, même avant que le courtier y ait ajouté la sienne ; car cette dernière signature n'est pas, comme dans les actes notariés, une formalité substantielle de l'acte, sans laquelle il ne serait qu'un simple projet. Cette règle a une grande utilité pratique : lorsqu'une assurance ne peut pas être couverte par un seul assureur, le courtier colporte la police, la fait signer successivement par divers assureurs ; et chacun d'eux se trouve lié dès le moment de sa signature, comme c'est, du reste, son intention (1). — La signature de l'assuré n'est pas nécessaire quand il a signé les *billets de prime*.

L'art. 79 déclare que les notaires peuvent rédiger ces polices concurremment avec les courtiers. D'où l'on se demande s'ils peuvent le faire, non seulement dans la forme ordinaire des actes notariés avec minute, mais encore dans la forme que nous venons de décrire pour les courtiers. Nous avons déjà indiqué que nous admettions l'affirmative (n. 595) : — la loi, en les mettant sur le même pied que les courtiers, paraît bien avoir voulu les autoriser à procéder de la même façon ; — et nous venons de voir que cette manière de procéder est la seule qui réponde aux exigences de la pratique (2).

1312. Dans tous les cas, l'acte « *ne peut contenir aucun blanc* » (art. 332, 5e al.). C'est une exigence usuelle dans tous les actes, et qui n'a d'ailleurs ici aucune sanction particulière ; la seule conséquence de la négligence sur ce point serait que l'acte inspirerait moins de confiance, et que l'on devrait moins facilement ajouter foi aux mentions ajoutées après coup dans les blancs. D'ailleurs, les juges du fait seraient souverains pour en apprécier la valeur (3).

La loi exige la *date* (2e al.), comme dans tout contrat ; mais, en l'absence de toute disposition spéciale et formelle, son omission n'entraînerait ici que les conséquences de droit commun, c'est-à-dire des doutes possibles sur la validité ou la portée du contrat, et l'impossibilité de se prévaloir du témoignage du courtier qui la certifie d'habitude en signant (4).

Il y a, en outre, ici, en matière de date, une exigence toute spéciale (3e al.), l'acte doit énoncer « *si c'est avant ou après midi* ». Le moment précis de la signature est important, surtout à deux points de vue : — d'abord en cas d'assurances successives destinées à couvrir un même risque (art. 333), lorsque la valeur de l'ob-

(1) Rej. 24 déc. 1873, D. P. 74. 1. 358. — Béd., n. 1024. Al. n. 2008. Droz, n. 15.

(2) Cass. 7 fév. 1833. Lemonn., n. 47 et suiv. Béd., n. 1023. Al. n. 2010. Droz, n. 13. — V. Cresp et Laurin, t. III, p. 264 et suiv.

(3) Lemonn., n. 59 et suiv. Cresp, t. III, p. 286 et suiv.

(4) Béd., n. 1021. Laurin, t. III, p. 302 et suiv. — *Contrà* : Cresp, t. III, p. 293 et suiv.

Source BIU Cujas

jet assuré est couverte par les premières assurances, les assurances ultérieures sont nulles (art. 359); d'où la nécessité de connaître l'ordre dans lequel elles ont été souscrites; — ensuite l'assurance est nulle, en général, lorsqu'elle porte sur des risques qui, au su de l'une des parties, n'existaient plus au moment du contrat (art. 365 et 366); de là l'importance de préciser le moment de la signature par rapport à celui de l'arrivée des nouvelles (1). La loi ne demande pas, du reste, une précision absolue sur ce point, elle demande seulement que l'on indique si c'est dans la première ou la seconde partie de la journée. Les juges pourront, s'il y a intérêt à obtenir plus de précision, tenir compte d'autres éléments de preuve, comme la correspondance, les livres des parties (2); et si l'on ne peut arriver à plus de précision, les assurances portant la même indication seront censées simultanées. Si l'une des signatures n'était pas datée, ou ne portait pas l'indication *avant* ou *après midi*, on recourrait d'abord aux autres preuves de fait s'il y en avait; et, faute de faire la preuve du moment précis, celle des parties qui aurait intérêt à argumenter de ce moment ne pourrait invoquer cet argument (art. 1315, C. civ.) (3). — Trop souvent il arrive que les divers assureurs, en signant une même police, négligent de dater leurs souscriptions; alors ces souscriptions ne peuvent avoir d'autre date que celle mise par le courtier à la fin de la police au moment où il la clôt et la signe (4); elles sont donc toutes censées simultanées; mais toujours sauf la possibilité des autres preuves de fait. — Mais il a été jugé à bon droit que la date de la clôture par le courtier ne peut servir à préciser l'époque des souscriptions datées, mais datées incomplètement; car, d'une part, nous avons montré, conformément aux usages, que les parties sont engagées avant que le courtier n'ait signé; et, d'autre part, celui-ci, en datant sa signature, n'affirme rien quant à l'époque des autres signatures, si ce n'est qu'elles existent véritablement au moment où il signe lui-même (5).

1313. **Art. 333. La même police peut contenir plusieurs assurances, soit à raison des marchandises, soit à raison du taux de la prime, soit à raison de différents assureurs.**

Il peut y avoir quelquefois des difficultés pour savoir si les diverses assurances constatées sur un même écrit forment un seul contrat ou en forment plusieurs. Nous aurons occasion d'en parler plus tard.

1314. Voici maintenant quelques détails sur les dispositions matérielles d'une police d'assurance.

Il y a d'abord, habituellement en tête (6), un petit tableau résumant brève-

(1) Lemonn., n. 57.

(2) Rej. 24 déc. 1873, D. P. 74. 1. 358.

(3) Béd., n. 1021. — Beaucoup d'auteurs admettent qu'il faut regarder comme antérieure celle qui porte l'indication *avant* ou *après midi* : Locré, *Esp. du C. com.*, t. IV, p. 8. Lemonn., n. 58. Al. n. 2006. Mais cela ne résulte ni du texte ni de l'esprit de la loi.

(4) Pard.. n. 795. Béd., n. 1020. Al. n. 2007. — *Contrà* : Cresp, t. III, p. 309 et suiv.

(5) Rej. 24 déc. 1873, D. P. 74. 1. 358. — Béd., n. 1021 ter.

(6) A la différence des anciennes polices, les exemplaires de la *police française* que j'ai eus entre les mains placent ce tableau au milieu de la police, après les conditions générales. Cette place nous paraît peu heureuse, car elle introduit nécessairement des blancs au milieu de la police, contrairement aux règles de la loi.

Source BIU Cujas

ment les principales indications de la police, sous la forme suivante ou sous une forme analogue :

N°	Du (date)	
Courtier M.....		
Navire.....		somme assurée F..... à..... °/o F.
Capitaine.....		police et timbre. 2
Voyage.....		Total. F.

Vient ensuite une série d'articles imprimés établissant les conditions générales des assurances contractées par l'assureur signataire; et nous avons vu que ces conditions sont uniformes pour les assureurs d'une même place et tendent à le devenir pour tous les assureurs de France. Ces conditions sont très développées; la police française sur corps contient trente et un articles, celle sur facultés en contient vingt, et quelques-uns de ces articles sont fort longs. Aussi, imprimés en petits caractères et en deux colonnes, ils remplissent plus d'une page.

La troisième partie est destinée à constater les conventions spéciales de l'assurance qui fait l'objet de la police, tout ce qui précise les personnes, l'objet en risque, la somme assurée, la prime due, et toutes les conditions qu'il peut plaire aux parties d'y insérer. Elle contient seulement quelques lambeaux de phrases imprimés avec de nombreux blancs destinés à être remplis par les éléments de la convention, et devant être, s'ils ne sont pas remplis complètement, annulés au moyen d'un trait horizontal, pour se conformer à la règle de la loi, qui veut qu'on ne laisse aucun blanc dans la police. Ainsi on aura une formule imprimée du genre de celle-ci :

Par l'entremise de M... courtier, aux conditions générales qui précèdent, à celles particulières qui suivent, et moyennant la prime de... payable à..., le soussigné assure à M..., agissant pour compte de..., la somme de..., etc.

En cas de contradiction entre les mentions imprimées et celles écrites à la main, il faut préférer ces dernières, sur lesquelles il est certain que l'attention des parties s'est principalement portée (1).

Souvent il y a lieu de faire postérieurement des modifications à la police pour la compléter, pour y ajouter ou retrancher. On rédige pour cela un petit écrit supplémentaire que l'on nomme **avenant**.

1315. **Enregistrement** des polices d'assurance.

Elles sont soumises, par la L. 23 août 1871, art. 6, à une taxe obligatoire, moyennant le paiement de laquelle la formalité de l'enregistrement sera donnée gratis, toutes les fois qu'elle sera requise. Cette taxe est de 50 c. par 100 fr., décimes compris, du montant des primes et accessoires de la prime. La perception suit les sommes de 20 fr. en 20 fr. sans fraction, et la moindre taxe perçue par chaque contrat est de 25 c., décimes compris. Enfin, la même taxe frappe toute convention postérieure contenant prorogation de l'assurance, augmentation dans la prime ou le capital assuré, désignation d'une somme en risque ou d'une prime à payer.

(1) Emérigon, *Assur.*, ch. 2, sect. 3. Pard., n. 792. Lemonn., n. 2. Al. n. 2012.

Source BIU Cujas

SECTION II.

CONDITIONS DE FOND.

1316. Nous allons reprendre ici l'explication des divers alinéas de l'art. 332 Et tout d'abord nous pouvons constater que le dernier alinéa consacre le droit pour les parties de stipuler telles conditions qu'il leur plaira; en respectant cependant les éléments essentiels du contrat, tels que nous les avons indiqués (v. n. 1306) et tels qu'ils résulteront plus clairement des explications qui vont suivre; en respectant aussi les défenses formelles de la loi que nous rencontrerons bientôt (1).

L'avant-dernier alinéa admet même en matière d'assurances une convention qui est en général défendue; c'est la *clause compromissoire* par laquelle on soumet à des arbitres les contestations qui pourront naître du contrat; cela est prohibé en général par l'art. 1006, C. pr. civ., qui exige, à peine de nullité, que le compromis désigne les objets en litige et les noms des arbitres; ce qui est impossible pour des contestations qui ne sont pas encore nées (v. *suprà*, n. 396).

Les autres mentions demandées par l'art. 332, se réfèrent à quatre ordres d'idées qui formeront autant de paragraphes où nous expliquerons en détail les divers points qu'ils concernent : — 1° La désignation des personnes; — 2° les objets assurés; — 3° les risques contre lesquels ils sont assurés; — 4° la prime due. Nous ajouterons un cinquième paragraphe où nous traiterons des réassurances et de l'assurance de la prime (art. 342).

1317. **Observation générale**. Les parties doivent avoir le plus grand soin d'exprimer avec beaucoup de clarté et de précision tous les éléments du contrat; l'assuré particulièrement doit y apporter la plus grande attention. Car la moindre inexactitude peut annuler l'assurance. En effet, si en principe l'assurance est soumise, pour sa validité, aux mêmes règles générales que tous les contrats, la détermination de l'objet du contrat, qui est toujours une condition essentielle, offre ici des difficultés très délicates et toutes spéciales. L'objet de l'obligation des assureurs présente deux éléments inséparables, mais qu'il importe de distinguer en théorie : ils promettent de garantir l'assuré contre *tels* risques sur *tels* objets; cette obligation ne sera donc déterminée que si l'on a précisé à la fois les objets matériels assurés et les risques dont les assureurs répondront sur ces objets. Faute de l'une ou de l'autre de ces déterminations ou en cas d'insuffisance, le contrat sera nul pour défaut d'objet précis, ou pour erreur sur l'objet même; ce qui donnera lieu à une cause de nullité absolue. Si l'insuffisance de la détermination des risques ne porte que sur des points secondaires, il pourra y avoir seulement *erreur sur la substance*, et *nullité relative*.

Or la détermination des risques dépend d'une foule de circonstances qui peuvent tenir à tous les éléments du contrat; non seulement aux stipulations qui ont directement pour objet de déterminer les lieux, le temps, l'étendue des risques; mais encore à celles qui portent sur les personnes en présence et sur les objets assurés. Nous trouverons donc, dans toute cette section, l'application de l'art. 348, qui annule l'assurance pour toute réticence ou fausse dé-

Source BIU Cujas

claration diminuant l'opinion du risque, et qui est appliqué lui-même par plusieurs autres articles du Code.

C'est aussi un principe de droit commun que si l'inexactitude qui annule un contrat provient de la faute, même involontaire, de l'une des parties, celle-ci doit des dommages-intérêts à l'autre (C. civ., art. 1382); à plus forte raison s'il y a eu dol ou mauvaise foi. Or, dans l'assurance, c'est l'assuré qui peut seul fixer les conditions des risques, puisque seul il détermine quels sont les objets qu'il veut assurer et quels sont les dangers auxquels il veut les exposer. C'est donc à lui qu'incombe l'obligation de s'expliquer clairement sur ce point; il devra donc une indemnité aux assureurs, si l'insuffisance ou l'inexactitude de cette déclaration amènent la nullité de l'assurance.

L'annulation de l'assurance, comme aussi du reste sa résolution (art. 349), s'appelle le **ristourne** de l'assurance (de l'italien *storno,* détour en arrière); et l'assurance est dite *ristournée.* — Dans la plupart des cas, la loi fixe à forfait l'indemnité que l'assuré devra à l'assureur; en effet, sa détermination par les juges serait souvent très difficile, puisque l'on ne sait pas quel aurait été le résultat de ce contrat essentiellement aléatoire : l'assureur aurait pu gagner la prime sans rien débourser; il aurait pu, au contraire, payer une très forte somme pour une prime minime. Il n'y avait guère que deux éléments certains de cette indemnité : 1° les frais que l'assureur a faits pour l'assurance, la peine qu'il s'est donnée, l'amortissement de ses frais généraux; 2° l'empêchement, que cette assurance a pu lui causer, d'en faire d'autres, s'il ne veut pas trop multiplier ses risques. Or, ces éléments eux-mêmes donneraient difficilement lieu à une détermination précise. La loi a fixé habituellement cette indemnité à forfait à 1/2 °/₀ de la somme assurée (art. 349, 358, 359, 361). Mais en cas de dol ou de fraude, l'indemnité peut consister dans le paiement de la prime entière (art. 357), ou même d'une double prime (art. 368). — Enfin, le dol de l'assureur n'est pas impossible; il est réprimé aussi quelquefois par le paiement du double de la prime (même art. 368).

§ 1er

Désignation des personnes.

1318. Quoique l'art. 332 n'en parle pas, l'**assureur** doit certainement être indiqué dans la police : sa désignation est essentielle. Elle aura lieu habituellement par sa signature au bas de la police, et par les diverses mentions qui accompagneront cette signature.

L'**assuré** doit être aussi exactement désigné; la loi demande son nom et son domicile (art. 332, 7e al.). La règle à retenir, c'est qu'il faut et qu'il suffit que son individualité soit parfaitement déterminée. Ainsi le nom avec le domicile pourrait ne pas suffire, si p. ex., deux frères habitaient la même maison; il faudrait, de plus, les prénoms. Ainsi, en sens inverse, le nom pourrait suffire seul s'il ne pouvait prêter à aucune méprise. Il pourrait même se faire que le contrat fût valable sans l'expression du nom de l'assuré, s'il est suffisamment déterminé d'ailleurs, p. ex., par l'indication du navire

Source BIU Cujas

assuré que l'on sait n'appartenir qu'à telle personne (1). — La nationalité de l'assuré devrait être indiquée, si, p. ex. en temps de guerre, elle exposait les objets assurés à des risques spéciaux (2).

1319. La loi ajoute qu'avec le nom de l'assuré on doit exprimer « *sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire.* » On en a conclu qu'il n'y a que le propriétaire d'une chose (ou un commissionnaire pour lui) qui puisse l'assurer (3). Mais cette conclusion est inexacte; ce qui est essentiel seulement, c'est que l'assuré ait un intérêt personnel et appréciable à la conservation de la chose : en effet, le Code admet expressément que l'assureur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés (art. 342); or, certainement il n'en est pas propriétaire (4); — on objecte que l'assurance affecte par privilège les objets assurés au paiement de la prime (art. 191, 10°), et que ce privilège ne peut être établi que par le propriétaire; mais il est facile de répondre que ce privilège n'a rien d'essentiel : si l'assuré n'a pas la capacité suffisante pour l'établir, l'assureur, qui a eu connaissance de sa qualité, ne comptera pas sur ce privilège et voilà tout : la faculté de réassurance par l'assureur prouve bien ce que ce privilège n'a rien d'essentiel. — Nous en conclurons qu'un usufruitier pourrait très bien assurer l'objet de son usufruit dans la mesure de son intérêt; de même un commodataire, un dépositaire qui, exposant la chose à des risques exceptionnels, est soumis à un recours du propriétaire en cas de perte. Cette solution est consacrée formellement pour le créancier hypothécaire par la L. 10 décembre 1874, art. 17; et il n'y a aucune raison de faire une différence pour le créancier gagiste (5) ou privilégié. De même un créancier gagiste sur marchandises pourrait assurer son gage (6). — Il est plus délicat de savoir si un simple créancier chirographaire pourrait faire assurer les choses de son débiteur. Nous l'admettrions pourvu qu'il ait un intérêt assez précis; p. ex. si l'objet exposé formait la plus grande partie de l'actif de son débiteur (7); mais il ne pourrait pas les faire assurer au nom du débiteur; car ce n'est pas là un exercice des droits de son débiteur (C. civ., art. 1166); c'est un acte créant des droits nouveaux, entraînant des obligations pour lui; l'art. 1166 n'a jamais autorisé un créancier à aller jusque-là (8).

1320. C'est aussi le lieu d'examiner ici, si l'assurance faite par le propriétaire profitera exclusivement à ceux de ses créanciers qui auront un privilège ou une hypothèque sur l'objet assuré. En d'autres termes Q. *L'indemnité d'as-*

(1) Pard., n. 593. Béd., n. 1037. Al. n. 2014. Cresp, t. III, p. 323.

(2) Cresp, t. III, p. 321.

(3) Béd., n. 1045. Cauvet, t. I, n. 135. Droz, *Rev. crit.*, 1877, p. 369 et suiv.

(4) Pot., *Assur.*, n. 96. Al. n. 2015. Pard., t. II, n. 593, 594. Locré, t. IV, p. 14. Vincens, t. III, p. 218, 566. Lemonnier t. II, p. 252 et suiv. Caumont, v° *Assur.*, n. 9. De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 269 et suiv. Cresp, t. III, p. 329 et suiv.

(5) Rej. 26 avril 1865, D. P. 65. 1. 415.

(6) Pard., n. 592, 803. Lemonn., n. 378 et suiv. — *Contrà :* Béd., n. 1045. Al. n. 2015, et *Traité des assurances*, n. 125, 134-145.

(7) De Courcy, *Quest. de Dr. marit.*, t. I, p. 269 et suiv. Laurin, t. III, p. 351. Comp. Lemonn., n. 378 et suiv. Droz, n. 162 et suiv. — *Contrà :* Cass. 3 janv. 1876, D. P. 76. 1. 8; Paris, 22 janv. 1877, D. P. 78. 2. 26. Cresp, t. III, p. 334.

(8) Lemonn., n. 378 et suiv. Béd., n. 1045.

Source BIU Cujas

surance est-elle subrogée aux objets assurés pour l'exercice des privilèges et hypothèques? La L. 10 déc. 1874, art. 17, admet cette subrogation au profit des créanciers ayant hypothèque sur les navires, et la L. 28 mai 1858, art. 10, admet aussi que le porteur du récépissé ou du warrant exerce sur l'indemnité d'assurance les mêmes droits que sur les marchandises déposées dans les magasins généraux; mais aucun texte ne l'établit à l'égard des créanciers privilégiés sur les navires; et le même silence existe à l'égard des créanciers ayant privilège sur les marchandises assurées. En présence de ce silence, la question est très généralement résolue par la négative (1) : — les privilèges sont de droit étroit, et ne peuvent pas s'étendre d'un objet à un autre; — aucune disposition de loi n'établit une subrogation réelle de l'indemnité aux objets assurés; — cette indemnité est le profit d'un contrat passé par le propriétaire seul et dans son seul intérêt; elle entre donc dans son patrimoine général; sans doute elle profite à la masse de ses créanciers, et peut être réclamée par eux (C. civ., art. 1166); mais elle profite également à tous, sauf préférence, pour ceux qui, comme les privilégiés généraux, ont un droit sur l'ensemble du patrimoine; — pour qu'il en fût autrement il faudrait que le propriétaire eût stipulé pour les créanciers privilégiés, comme mandataire ou comme gérant d'affaires; or il n'a eu aucune pensée de ce genre en s'assurant, il a pensé à lui-même et non pas à tel ou tel de ses créanciers; — sans doute les L. 28 mai 1858, art. 10, et 10 déc. 1874, art. 17, admettent des subrogations de ce genre; mais il a fallu des textes formels pour les établir, et ces textes sont fondés sur des motifs spéciaux; c'est qu'on a jugé cette mesure nécessaire pour compléter le crédit qu'on organisait en instituant les magasins généraux et l'hypothèque des navires; — enfin le gage et l'hypothèque étant toujours conventionnels, on comprend qu'on regarde plus facilement le propriétaire comme ayant agi aussi dans l'intérêt de ceux à qui il avait promis spécialement cette sûreté; tandis que beaucoup de privilèges étant établis par la loi sans le concours de la volonté de l'homme, sans aucun engagement spécial de sa part sur ce point, on peut beaucoup moins facilement sous-entendre cette intention.

Du reste nous avons admis, au numéro précédent, que les créanciers privilégiés peuvent eux-mêmes faire assurer l'intérêt qu'ils ont sur le navire.

1321. L'assurance peut être contractée pour l'intéressé par un *commissionnaire.* Cette hypothèse est prévue par les polices, où la place réservée pour le nom de l'assuré est suivie des mots *agissant pour compte de...* — Il faut appliquer à cette hypothèse les principes que nous avons posés en expliquant le contrat de commission en général, et que nous avons rappelés en parlant du tireur pour compte dans la lettre de change. L'assureur ne traite qu'avec le commissionnaire, ne suit que sa foi, n'a que lui pour débiteur de la prime; il souffrirait de sa faillite, mais il serait complètement à l'abri de celle du commettant (2). Peu importerait que le commettant fût nommé dans la po-

(1) Emérigon, *Contr. à la gr.*, ch. 12, sect. 7. Pard., n. 957. Boulay-Paty, t. I, p. 13. Delvincourt, t. I, p. 186. Béd., n. 140 et suiv. Al. n. 1663. De Valr., n. 1320. — *Contrà :* Valin, *Ord.*, l. 1, tit. 12, art. 3. Dufour, n. 261 et suiv. — Laurin, t. I, p. 183, applique aux privilèges la disposition de la L. 10 déc. 1874, art. 17.

(2) Cass. 2 fév. 1857, S. 57. 1. 657. Targa, p. 225. Cauvet, n. 331. Lemonn., n. 407 et suiv. Béd., n. 1041. Al. n. 2017. — *Contrà :* Casaregis, disc. 5, n. 26. Ansaldus, disc. 12. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 3.

Source BIU Cujas

lice, car l'assureur n'a pas suivi sa foi; il n'a certainement pas voulu renoncer au droit de poursuivre le commissionnaire; or il ne peut pas ici avoir deux débiteurs sans une stipulation expresse; cela serait contraire à l'existence du contrat de commission déclaré formellement dans la police; ce contrat indique évidemment que l'assurance n'est faite que pour une personne; si l'on veut que cette personne soit le commettant, il faut renoncer à rien demander au commissionnaire, ou réciproquement; or le commissionnaire ayant parlé en son propre nom, et l'assureur l'ayant agréé, c'est évidemment contre lui qu'il y a action, et non contre le commettant (1). Ces raisons nous paraissent devoir faire écarter absolument l'opinion qui a été soutenue, d'après laquelle il y aurait ici solidarité entre le commissionnaire et le commettant (2).

Notre alinéa paraît bien indiquer le vœu que, si c'est un commissionnaire qui assure, sa qualité soit clairement déclarée; et dans les travaux préparatoires on a expliqué cette exigence par la crainte que, si le commissionnaire avait lui-même des marchandises sur le même navire, il ne pût, en cas de sinistre, s'attribuer le bénéfice de l'assurance, tandis qu'en cas d'heureuse arrivée il aurait laissé le commettant payer la prime (3). Mais, dans la pratique, ce vœu de la loi n'est pas respecté; on se borne à mettre sur la police : *agissant pour compte de qui il appartiendra*, ou autre formule équivalente qui ne permet pas de reconnaître s'il y a eu ou non commission, et encore moins quel est le commettant. Cette pratique a pour cause le désir du secret, qui est souvent très important pour les commerçants. En pareil cas, le commissionnaire n'est pas obligé de nommer son commettant aux assureurs, à moins pourtant qu'on ne puisse mettre en doute la réalité du risque (4), car alors il faudrait, le plus souvent, que le commissionnaire, pour justifier le fait du chargement, indiquât celui qui l'a fait ou pour le compte de qui il a été fait. Le défaut d'indication du nom du commettant pourrait même entraîner la nullité de l'assurance, si elle devait influer sur l'opinion du risque (5).

1322. La police signée par un commissionnaire sans nommer son commettant, présente tous les avantages d'un titre *au porteur*. Elle peut aussi être *à ordre*, c'est-à-dire que le bénéfice du contrat sera transmissible par endossement. Cette forme est surtout utile dans le cas de traite documentaire, c'est-à-dire accompagnée du connaissement comme garantie ; pour compléter la garantie, on assure les marchandises, et la police circule en même temps que la traite et le connaissement (6).

(1) Béd., n. 1041, 1042. Cresp, t. IV, p. 14. Droz, n. 72. Em. Cauvet, n. 103, 104.

(2) Dans le sens de la solidarité : Pot., *Assur.*, p. 148; Valin, t. II, p. 34; Locré, t. II, p. 304; Boulay-Paty, t. III, p. 310. — Dans le sens contraire : Emérigon, t. I, p. 141; Estrangin, p. 149, 364; Pard., t. II, p. 404; Dagev., t. III, p. 43; Lemonn., n. 407.

(3) Roccus, note 16. Straccha, *De assecurationibus*, glose 7. Locré, sur l'art. 332.

(4) Delam. et Lepoitv., t. II, n. 270. Lemonn., n. 380. Al. n. 2020. — *Contrà* : Estrangin, p. 256. Dagev., t. III, p. 47, 48. Boulay-Paty, t. III, p. 521. Vincens, t. III, p. 217. Droz, n. 68.

(5) Orléans, 7 janvier 1845, D. P. 48. 2. 34. — Lemonn., n. 380. Al. n. 2020.

(6) Béd., n. 1078, 1079. Cresp, t. III. p. 365.

Source BIU Cujas

1323. A la détermination des personnes engagées dans l'assurance se rattache la question de la **capacité** nécessaire pour la consentir; et, pour résoudre cette question, il faut être fixé sur le caractère **commercial** ou non des obligations contractées. Du côté des assureurs, l'opération est certainement commerciale (art. 533); car, dans l'assurance à prime, à peu près seule usitée en matière maritime, ils spéculent sur l'accumulation des primes entre leurs mains, qui leur permet de payer les sinistres en conservant en outre un bénéfice (1). Du côté de l'assuré, elle n'est pas une opération commerciale par elle-même, car elle ne rentre, à aucun égard, dans la définition des actes de commerce (2); seulement elle sera souvent commerciale, comme accessoire de la spéculation commerciale, réalisée sur le navire ou sur les marchandises; alors elle ne pourra être faite que par ceux qui ont capacité pour faire des actes de commerce. Mais si l'on assure des objets que l'on fait transporter sans aucune vue de spéculation, comme un mobilier que l'on déménage, l'acte est purement civil; et la capacité nécessaire doit se régler par les principes du droit civil.

§ 2.

Objets assurés.

Relativement aux objets assurés, trois points doivent être précisés dans la police : — 1° la détermination de ces objets; — 2° leur évaluation; — 3° la somme assurée. Il y aura plus tard à faire — 4° la preuve du chargement; — enfin nous verrons — 5° la sanction des dispositions de la loi sur ces divers points.

I. — Détermination des objets assurés.

1324. Outre la nécessité qu'il y a toujours de préciser l'objet d'un contrat, sa détermination a ici une double importance : d'abord pour établir la réalité du risque et démontrer que l'assurance n'était pas un simple pari; ensuite, pour préciser l'étendue des risques et empêcher toute erreur sur ce point (art. 348). — Nous avons vu (n. 1317) que l'indétermination ou toute erreur sur l'objet ou sur les risques amènerait le *ristourne* de l'assurance (art. 348, 357 et suiv.).

Observons encore que, si l'assuré ne doit pas faire porter l'assurance sur des objets qui ne seraient pas réellement en risque, il a un intérêt très légitime à se faire garantir toutes les valeurs qu'il peut perdre par fortune de mer. Il peut donc et il doit, s'il est prudent, se rendre un compte exact de ce qu'il perdrait en cas de sinistre, afin de faire couvrir tout cela par son assurance.

Art. 334. L'assurance peut avoir pour objet : — Le corps et quille du vaisseau, vide ou chargé, armé ou non armé, seul ou accompagné, — Les agrès et apparaux, — Les armements, — Les victuailles, — Les sommes prêtées à

(1) Béd., n. 1080. Cresp, t. III, p. 325.

(2) Béd., n. 1007. Al. n. 2002. Droz, n. 50. — *Contrà* : Lemonn., n. 11, 15 et suiv. Cresp, t. III, p. 325.

Source BIU Cujas

la grosse, — Les marchandises du chargement, et toutes autres choses ou valeurs estimables à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation.

L'art. 334 indique ce que l'on peut faire assurer (1). Il faut en rapprocher l'art. 347, indiquant, au contraire, ce que la loi défend de faire assurer :

Art. 347. Le contrat d'assurance est nul, s'il a pour objet : — Le fret des marchandises existant à bord du navire, — Le profit espéré des marchandises, — Les loyers des gens de mer, — Les sommes empruntées à la grosse. — Les profits maritimes des sommes prêtées à la grosse.

Il est utile de distinguer, dans nos explications, l'assurance du navire avec ses accessoires ou *assurance sur corps*, et l'assurance de la cargaison ou *assurance sur facultés*; nous ajouterons quelques observations communes à ces deux assurances.

I° **Assurances sur corps.**

1325. Si l'on assure le *corps du navire*, le *corps et quille*, ou le *navire* ou si l'on se sert de tout autre terme équivalent, l'assurance comprend tous les accessoires du navire, que l'art. 334 permet aussi d'assurer séparément, savoir : les *agrès et apparaux*, qui comprennent la chaloupe et le canot; les *armements*, c'est-à-dire les frais faits pour mettre le navire en état de prendre la mer : réparations, frais payés au départ, droits de douane, etc., avances payées à l'équipage, munitions de guerre et de bouche; ces dernières pouvant aussi être assurées séparément sous le nom de *victuailles*. — Mais l'assuré qui veut assurer séparément ces divers objets doit avoir soin de se servir de termes bien exactement exclusifs les uns des autres : autrement, si, après avoir assuré le *navire*, sans restriction, en lui donnant une valeur correspondant à celle de la coque seulement, il assurait ensuite les *agrès et apparaux*, les assureurs seraient fondés à prétendre que les agrès et apparaux sont assurés deux fois, qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 359, et alors l'estimation donnée dans l'assurance du *navire*, se trouvant inférieure à la valeur totale des objets assurés, une partie des risques resterait à la charge de l'assuré (v. *police franç.* sur corps, art. 5).

Dans l'assurance sur corps, le **navire** doit être très exactement désigné, conformément à l'art. 332, 8e al., car c'est l'objet même de l'assurance. Mais il suffit qu'il soit bien reconnaissable et constant entre les parties, quand même le nom aurait été omis ou altéré (2). Au contraire, une désignation erronée substituant un navire à un autre, annulerait le contrat, lors même qu'elle serait faite de bonne foi et ne changerait pas l'opinion du risque; car

(1) L'énumération de l'a. 334 ne nous semble pas devoir être considérée comme limitative; car l'article ne contient aucune formule restrictive; il reste donc le principe que tout ce qui n'est pas défendu est permis. Rien n'empêcherait donc d'assurer une créance soumise à des risques de mer; de même que l'on peut assurer des objets soumis à d'autres risques, comme ceux d'incendie : la fin de l'article ne saurait être entendue comme défendant l'assurance de ces autres risques, même à ceux qui font profession d'assurer les risques maritimes : De Courcy, *Questions*, t. 1, p. 269 et suiv. *Contrà* : Cass. 3 janv. 1876, D. P. 76. 1. 8 ; Paris, 22 janv. 1877, D. P. 78. 2. 26.

(2) Casaregis, disc. 1, n. 159. Emérig., ch. 6, sect. 1. Lemonn., n. 66. Al. n. 2045. Cresp, t. III, p. 355 et suiv. Droz, n. 25.

Source BIU Cujas

il y a alors erreur sur l'objet même du contrat (1) (v. *infrà*, n. 1352). — On doit, en outre, déclarer (art. 334, 2e al.) toutes les circonstances de nature à influer sur le risque et notamment (car l'énumération du Code n'est pas exclusive) : — s'il est *chargé* ou *vide*; car un navire sur lest manœuvre plus facilement, est moins exposé à s'échouer, mais d'autre part il ne gagne pas de fret, et cette circonstance peut nuire aux assureurs en cas de délaissement, puisque le fret doit être délaissé avec le navire (2); — s'il est *armé*, et il faut entendre armé en course; car alors il est exposé à bien plus de dangers, quand les assureurs ont pris sur eux les risques de guerre; — s'il est *accompagné*, c'est-à-dire, en cas de guerre, s'il doit voyager sous la protection d'un vaisseau de guerre, ce qu'on appelle escorte ou convoi. — Il faudrait désigner le pavillon si la nationalité du navire était de nature à influer sur l'opinion du risque (3).

1326. Le propriétaire du navire sera-t-il complètement à couvert au moyen de l'assurance portant explicitement ou implicitement sur les objets que nous avons indiqués : corps du navire, agrès et apparaux, armement? Sera-t-il sûr d'obtenir, en cas de perte du navire, une indemnité complète pour ce qu'il perdra lui-même? — Il semble d'abord qu'il y ait une autre dépense qui n'est pas couverte par cette assurance : c'est celle des loyers de l'équipage pendant le voyage. Mais ces loyers ne sont pas dus en cas de prise, bris ou naufrage (art. 258); le propriétaire du navire ne subira donc aucune perte de ce côté. Aussi l'article 347 défend-il d'assurer les *loyers des gens de mer*, et cette défense tombe, entre autres personnes, sur l'armateur. Les matelots gardent seulement ce qui leur a été avancé; mais cela est compris dans les dépenses d'armement. Seulement, si l'on donne suite aux projets de loi qui reconnaissent aux matelots le droit à leurs loyers, même en cas de naufrage (modification projetée à l'art. 258), il faudra évidemment permettre aussi à l'armateur d'assurer le montant de ces loyers.

Jusqu'ici, nous voyons l'armateur se garantir par l'assurance qu'il rentrera dans ses déboursés. Mais un sinistre peut lui faire perdre quelque chose de plus : c'est le **fret** stipulé pour le voyage, et qui ne lui sera pas payé en cas de naufrage, échouement ou prise des marchandises (art. 302). Ne serait-il pas juste qu'il pût le faire assurer? Observons d'abord qu'il ne saurait prétendre assurer le *fret brut*, tel qu'il est stipulé aux chartes-parties et connaissements, lorsqu'il a déjà fait assurer toutes les dépenses d'armement, car le fret est destiné à couvrir ces dépenses ainsi que le dépérissement du navire; lorsque ces dépenses sont assurées, il ne risque plus de perdre cette partie du fret; il n'a donc pas le droit de la faire assurer. Il pourrait donc vouloir tout au plus faire assurer le *fret net* à côté des dépenses d'armement (4). Cela lui est-il permis? — Dans l'état actuel de nos lois, cela

(1) Estrangin, p. 369. Lemonn., n. 68. — *Contrà :* Pard., t. III, p. 336. Boulay-Paty, t. III, p. 319, et *Comment. sur Emérig.*, t. I, p. 165. Locré, t. III, p. 322. Dagev., t. III, p. 58.

(2) Boulay-Paty, t. III, p. 357. Al. n. 2048. — *Contrà* : Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 7. Béd., n. 1083.

(3) Lemonn., n. 120. Al. n. 2048.

(4) On pourrait aussi faire une autre combinaison : assurer le navire sans les dépenses d'armement, et le fret brut. Mais ce moyen serait moins juste, ainsi que l'a montré

Source BIU Cujas

lui est défendu : art. 347, 2e al.; les motifs de cette prohibition sont les mêmes qui ont fait défendre d'assurer le profit espéré des marchandises (v. *infrà*, n. 1331) : — tous les anciens commentateurs de l'ordonnance et les rédacteurs du Code ont dit que l'assurance ne peut tendre qu'à une indemnité, et non permettre de réaliser un bénéfice; or, le fret n'est pas encore gagné au moment où on l'assure; il n'y a qu'une espérance dont la privation n'est pas une perte; donc, on ne peut l'assurer. — Mais il faut répondre, avec la législation des nations les plus commerçantes (l'Angleterre, la Hollande, les Etats-Unis, Hambourg), que le fret stipulé, comme les profits espérés des marchandises, n'est pas une chose incertaine, imaginaire; le propriétaire du navire a fait, quant à lui, tout ce qu'il faut pour le gagner; il y a droit en vertu d'une stipulation parfaitement certaine et précise, et même privilégiée (art. 280). Que lui manque-t-il pour l'avoir gagné? Une heureuse arrivée, qui ne peut plus être empêchée que par une fortune de mer; or ce risque, le seul subsistant, est précisément celui contre lequel il s'agit de s'assurer, celui contre lequel on lui permet d'assurer toutes ses autres valeurs. Le fret stipulé est donc exactement dans la même condition que toutes les autres choses que l'on peut assurer; la prohibition de son assurance n'a donc pas de raison d'être (1) Aussi, dans les modifications proposées au code de commerce, on l'efface, ainsi que les autres prohibitions analogues (2).

Cette prohibition était du reste limitée par l'ordonnance de 1681 (liv. III, titre VI, art. 15) au **fret à faire**, et les interprètes du Code sont d'accord pour admettre la même limitation, qui résulte d'ailleurs des motifs allégués et des travaux préparatoires (3). On appelle *fret à faire* le fret stipulé dont le paiement est subordonné à l'heureuse arrivée, et on lui oppose le **fret acquis**, c'est-à-dire celui qui est payé d'avance ou stipulé payable même en cas de non arrivée; le droit à celui-ci étant parfaitement certain et irrévocable, aucune des raisons alléguées ne peut s'appliquer à lui. Mais alors on peut se demander comment il peut être assuré, puisqu'il n'est plus exposé à des risques. On répond quelquefois qu'il est exposé aux risques de l'insolvabilité de ceux qui l'ont promis, et qu'on peut faire assurer cette insolvabilité (4); cela est vrai; mais ce n'est plus là un risque maritime, et il n'en faut pas parler en matière d'assurances maritimes. Ce qu'il faut dire, c'est que ce fret peut être encore perdu pour l'armateur en cas de délaissement; car il est obligé de délaisser le fret en même temps que le navire; c'est contre ce risque maritime qu'il peut le faire assurer (5). — Ce fret, acquis à l'armateur,

Benecke : *Principes d'indemnités en matière d'assurances maritimes*, traduit et commenté par Dubernad (Paris, 1825, in-8°), p. 171 et suiv.

(1) Benecke, t. I, p. 175, et Dubernad, t. I, p. 207 et suiv. Béd., n. 1196. Al. n. 2087. Laurin, t. III, p. 451 et suiv. — Comp. Lemonn., n. 144.

(2) L'abrogation de la prohibition a même fait l'objet d'un projet de loi spécial, voté par le sénat le 5 juin 1877; M. de Courcy en a donné le commentaire anticipé : *Questions*, t. II, p. 389 et suiv.

(3) Locré, t. XVIII, p. 435. — Lemonn., n. 113. Al. n. 2089. Cresp et Laurin, t. III, p. 450, 451.

(4) Al. n. 2091.

(5) Pard., n. 765. *Contrà :* Béd., n. 1129. — On peut aussi supposer qu'on a embarqué sur le navire le fret payé, ou que, les parties ayant la faculté de prolonger le

Source BIU Cujas

peut aussi être assuré par le chargeur qui l'a promis ; car, en cas de sinistre, il sera une perte sèche pour lui (1). Cette faculté a fourni un des moyens d'éluder la prohibition de l'art. 347.

1327. En effet la pratique n'a pas attendu la réforme proposée du Droit maritime pour tourner cette prohibition, contraire à des intérêts légitimes. Pour cela on se sert de deux moyens (2) : — 1° On obtient du chargeur qu'il promette le fret même pour le cas de naufrage, en le faisant assurer, de manière à ce qu'il se trouve, en cas de naufrage, dans la même situation que d'après le droit commun (art. 302) ; et les frais de cette assurance lui sont comptés par l'armateur, car cette assurance, ainsi que la stipulation originaire dont elle est la suite, est faite dans l'intérêt exclusif de celui-ci, pour le placer dans la même situation que s'il avait fait assurer le fret à faire. Cette convention est valable (3). — 2° On assure franchement le *fret à faire;* cette stipulation étant nulle aux yeux de la loi et ne pouvant donner d'action, la police est dite *police d'honneur* ; les assureurs, intéressés à conserver cette branche d'opérations, la respectent scrupuleusement. Néanmoins on est à la merci d'un assureur déloyal, et surtout, en cas de faillite de l'assureur, on perd tout droit, car les syndics sont obligés d'arguer de la nullité légale. Cela n'empêche pas que cette pratique ne soit très répandue ; la *police française* sur corps la consacre expressément, en stipulant (art. 22), que « *les assureurs s'interdisent... 2° les assurances sur fret excédant* 60 °/o *du fret à justifier.* » Cette réserve implique bien que ces assurances sont acceptées; elle a seulement pour but d'empêcher qu'on n'assure le fret brut (v. *suprà*, n. 1326), les 60 °/o sont censés représenter le fret net.

2° **Assurances sur marchandises ou facultés.**

1328. Ici encore toute la précision possible doit être apportée pour la détermination des objets assurés ; dans la mesure du moins où les parties, spécialement les assureurs, ont désiré cette précision. En effet, de même qu'on peut vendre des objets déterminés seulement par leur espèce et quantité, on peut assurer aussi des marchandises en bloc sans en demander une spécification détaillée (4).

Supposons d'abord que l'on a voulu assurer un lot de marchandises déterminé, la police devra indiquer tout ce qui peut les spécifier, en tant du moins que l'assuré en a connaissance : p. ex. les marques des caisses ou ballots, la nature, l'espèce, le poids, la mesure ou le compte des marchandises. C'est à ce cas que se réfère l'art. 348 en disant que toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement qui diminuerait l'opinion du risque annule l'assurance.

Mais on peut aussi consentir à assurer tout le chargement d'un navire sans en spécifier la nature, à la seule condition qu'il ne soit pas sujet à des

voyage au delà du premier lieu désigné pour le déchargement, le capitaine consent à le prolonger; il remet alors en risque le fret gagné jusque-là (Béd., n. 894). Mais ces hypothèses seront bien rares.

(1) Pard., n. 892 et suiv. Al. n. 2092. — *Contrà :* Béd., n. 1129, 1197.

(2) V. Lemonn., n. 114.

(3) Req. 22 avril 1872, D. P. 73. 1. 182. — Droz, n. 121.

(4) Emérigon, ch. 5, sect. 9. Boulay-Paty, t. III, p. 301. Dagev., t. III, p. 37. Lemonn., n. 123. Al. n. 2022. Cresp, t. III, p. 369, 370.

Source BIU Cujas

risques particuliers. On pourra le désigner comme le *chargement*, la *cargaison*, les *facultés* du navire; mais alors le navire devra être habituellement déterminé exactement. On assurera le chargement d'aller ou celui de retour, que l'on désigne sous le nom de marchandises *d'entrée* ou *de sortie*, en se plaçant ainsi au point de vue du port qui est le terme du voyage (1). On peut également assurer une certaine quantité de marchandises, déterminées seulement par leur poids, leur volume ou leur valeur, et laissées d'ailleurs au libre choix de l'assuré; il suffira alors d'indiquer exactement le nom du propriétaire pour compte de qui l'assurance est faite et le nom du navire. — Le Code admet même que l'on puisse rester encore plus dans le vague si l'assuré ne connaît rien de précis sur le chargement qu'il attend :

Art. 337. Les chargements faits aux échelles du Levant, aux côtes d'Afrique et autres parties du monde, pour l'Europe, peuvent être assurés, sur quelque navire qu'ils aient lieu, sans désignation du navire ni du capitaine. — Les marchandises elles-mêmes peuvent, en ce cas, être assurées sans désignation de leur nature et espèce. — Mais la police doit indiquer celui à qui l'expédition est faite ou doit être consignée, s'il n'y a convention contraire dans la police d'assurance.

On voit par le 3e al., que le nom du consignataire n'est même pas essentiel, puisque, par une convention formelle, on peut le supprimer. — Nous pensons que l'art. 337 n'a pas voulu être limitatif et qu'il pourrait s'appliquer aussi à un chargement de retour d'Europe, si, par suite d'une interruption extraordinaire des communications, sa nature ne pouvait pas être connue de l'assuré (2).

1329. Il arrive assez souvent que l'on fait assurer une somme déterminée sur toutes les marchandises que l'assuré pourra charger, pendant une période et pour un voyage fixés par la convention. C'est ce qu'on appelle une **police flottante**. Il y a plutôt alors promesse d'assurance qu'assurance proprement dite; les effets de l'assurance ne se produiront qu'à mesure des *déclarations d'aliment*, qui devront être faites par des *avenants* successifs, et qui préciseront les objets auxquels sera affectée l'assurance. Si la déclaration d'aliment n'est pas faite avant l'arrivée de la nouvelle du sinistre, l'assurance est ristournée (art. 357, 358) (3). — Pourtant dans la police flottante il y a déjà un lien pour les parties, et l'assuré n'aurait pas le droit de faire assurer de préférence, par d'autres, les marchandises qui se trouvent comprises dans la désignation générale qu'il a faite.

1330. L'assuré doit apporter la plus grande attention à la portée des termes qu'il emploie pour désigner les objets assurés, car on les prend toujours à la lettre; cela est surtout important lorsqu'une assurance étant insuffisante, il faut la compléter par une nouvelle; on doit prendre garde de ne pas couvrir deux fois le même objet en restant à découvert pour une partie d'un autre. P. ex. si, ayant assuré pour 20 une cargaison, l'assuré apprend qu'elle se compose de 20 de sucres et de 20 de cafés; il doit se garder d'assurer à

(1) Al. n. 2055.

(2) Lemonn., n. 124. Béd., n. 1119. Al. n. 2066. Cresp, t. III, p. 373, 374.

(3) Req. 26 nov. 1873, D. P. 74. 1. 112. V. une application dans Req. 18 nov. 1879 D. P. 80. 1. 193.

Source BIU Cujas

nouveau 20 sur les sucres seulement, car ceux-ci étant déjà compris pour 10 dans la première assurance, il y aurait sur eux un excès de 10 ; tandis que les cafés, n'étant aussi compris que pour 10 dans la première, présenteraient un découvert de 10. Il devrait assurer à nouveau 20 sur toute la cargaison, ou 10 sur les sucres et 10 sur les cafés (1).

1331. L'assurance des marchandises doit comprendre naturellement tout ce qu'elles ont coûté jusqu'au départ; c'est-à-dire le prix d'achat, le transport au lieu du chargement, les droits payés au départ et les frais du chargement (v. art. 339). — Mais la garantie de ces sommes ne donnera pas une indemnité complète au chargeur. D'abord si les marchandises arrivent plus ou moins avariées, il devra en payer le fret entier au capitaine, quoiqu'il ne puisse plus réaliser sur elles les bénéfices qui devaient couvrir ce fret, et il ne touchera néanmoins de ses assureurs que leur moindre valeur. Il aurait donc un intérêt légitime à assurer le *fret* qu'il devra payer alors. Mais l'assurance du fret lui est défendue, comme à l'armateur, par l'art. 347, 2e al. (2), du moins s'il s'agit du fret à faire, c'est-à-dire s'il n'a pas promis de payer le fret, même en cas de naufrage : — le motif du législateur paraît être ici une vue incomplète des choses; il a pensé que le fret n'étant pas dû en cas de perte des marchandises, il ne pouvait y avoir lieu à l'assurer; et il n'a pas songé qu'il était dû en cas d'arrivée lors même que les marchandises seraient tellement avariées qu'elles n'auraient plus aucune valeur. Les projets de réforme autorisent cette assurance.

Ce n'est pas encore tout. La perte des marchandises fera perdre encore au chargeur tous les bénéfices qu'il devait réaliser par leur revente au lieu de destination. C'est le **profit espéré**, dont l'assurance est défendue par le même art. 347 (3e al.). Cette interdiction a eu les mêmes motifs que celle de l'assurance du fret par l'armateur; et il faut écarter ces raisons par les mêmes observations : — le sens naturel du contrat d'assurance est une indemnité complète pour tous les effets du sinistre; — ce profit espéré n'est pas un gain aléatoire; il doit résulter directement et forcément du transport des marchandises; sans doute il n'est pas fixé *à priori* par la stipulation des parties, mais il s'établit facilement par l'inspection des cours des marchandises au lieu d'arrivée et au moment où les marchandises sont arrivées ou devaient arriver; ce gain est préparé par une opération sérieuse; tous les frais faits avant le départ, ceux du voyage, sont engagés en vue de ce gain, et le chargeur a besoin de pouvoir compter sur lui pour continuer ses opérations, qu'il a combinées en prenant pour point de départ sa première spéculation; — en résumé, le seul risque que court encore ce gain, c'est uniquement le risque des événements de mer contre lequel il s'agit de l'assurer; sans cela il serait certain; donc on doit pouvoir l'assurer comme tout autre objet (3). C'est

(1) Al. n. 2049.

(2) *Contrà* : Cauvet, *Assur.*, n. 60 et suiv. Al. n. 2093. Ces auteurs n'appliquent la prohibition qu'au fret à recevoir, et non au fret à payer; mais cette distinction n'est pas dans la loi.

(3) Benecke, t. I, p. 70 et suiv., 107 et suiv., et Dubernad, t. I, p. 142 et suiv. Frémery, p. 283 et suiv. Béd., n. 1195, 1198. Laurin, t. III, p. 458. — Frémery explique qu'on a abandonné l'assurance de la valeur au lieu d'arrivée, à cause des difficultés que présentait l'appréciation de cette valeur lorsque les communications étaient bien moin

Source BIU Cujas

aussi ce qu'on propose dans les nouveaux projets de loi (1). — Bien entendu, il ne s'agit ici, comme les explications précédentes l'indiquent, que du profit positivement appréciable, résultant en quelque sorte matériellement de la différence des cours, et non des spéculations plus ou moins éventuelles que le chargeur prétendrait réaliser après l'arrivée; à l'égard de celles-ci, il n'y a rien d'engagé, rien de sérieux n'est fait; on ne peut aucunement apprécier les chances qu'elles présentaient; il n'y a pas là une perte précise qui puisse être garantie par une assurance.

La pratique, devançant la réforme proposée, a cherché à tenir compte à l'assuré de ce profit espéré. On y arrive en augmentant, dans une certaine proportion, l'estimation des objets assurés; habituellement cette augmentation est de 10 %, ce qui n'est certes pas exagéré. Ce procédé est accepté formellement par la *police française* sur facultés (art. 15).

La loi étant rigoureuse, du moins il ne faut pas l'exagérer. Il n'y a pas assurance d'un profit espéré, lorsque l'on assure les *retours* que l'on doit acheter avec les marchandises expédiées au loin, et qu'on fixe pour ces retours une valeur supérieure à celle des marchandises expédiées, à raison des bénéfices qu'on aura faits sur ces marchandises; car lorsque les retours seront embarqués, il y aura profit réalisé et non profit espéré (2). — De même, si l'on assure, au cours de leur voyage, des marchandises ayant augmenté de valeur depuis leur départ (3).

3° **Observations communes aux assurances sur corps et sur facultés.**

Art. 335, 1er al. L'assurance peut être faite sur le tout ou sur une partie desdits objets conjointement ou séparément.

1332. On peut grouper ou séparer dans les assurances tous les objets dont parle l'art. 334. — En supposant qu'on les réunisse dans une même assurance, on peut les y comprendre *conjointement* ou *séparément*. L'assurance sera faite conjointement si tous les objets qui y sont indiqués ne forment qu'une seule masse, de telle façon qu'à défaut des uns elle doive s'appliquer complètement aux autres : p. ex. si l'on a assuré conjointement le navire et la cargaison pour 20, et que l'on ne charge rien, l'assurance de 20 sera tout entière appliquée au navire. — L'assurance est faite *séparément*, si la somme assurée est affectée divisément à chaque lot d'objets, de façon qu'à défaut de l'un elle ne se reverse pas sur les autres : p. ex., si l'on a assuré 10 sur le navire et 10 sur la cargaison, à défaut de cargaison le navire ne sera toujours assuré que pour 10, et la police sera sans effet pour les 10 autres. — Comp. art. 360, 361, *infrà*, n. 1342.

faciles qu'aujourd'hui; et que plus tard on a fait de cela un principe essentiel. — Beaucoup de législations antorisent l'assurance du profit espéré : V. C. holl., art. 593; C. portug., art. 1700; C. allem., art. 783; elle est aussi reçue en Angleterre et aux Etats-Unis.

(1) V. not. le projet spécial voté par le sénat le 5 juin 1877; et commenté par M. de Courcy, *Quest.*, t. II, p. 389 et suiv.

(2) Pot., *Assur.*, n. 36. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 15, 47. Emérigon, *Assur.*, ch. 8, sect. 9. Merlin, *Rép.*, v° *Police d'assurance*. Béd., n. 893. Al. n. 2096. Droz, n. 130.

(3) Droz, n. 133.

Source BIU Cujas

1333. Nous rattachons à ces observations communes les assurances qui peuvent avoir lieu en cas de prêt à la grosse, car ce prêt peut être fait sur le navire ou sur les facultés ou sur tous deux ensemble. Voici ce qui résulte des art. 333 et 347 : l'emprunteur à la grosse ne peut pas assurer les **sommes empruntées à la grosse** (art. 347); cela est parfaitement juste, car il ne court aucun risque pour elles, puisque, en cas de perte, il ne les remboursera pas; il ne pourrait pas non plus, et pour la même raison, assurer les objets sur lesquels le prêt est fait, si celui-ci couvre leur valeur intégrale. Cette disposition est maintenue avec soin par les projets de réforme dont nous avons parlé. — Le prêteur peut très bien assurer les **sommes prêtées à la grosse** (art. 332); car il a pris sur lui les risques de mer quant à ces sommes : ne devant rien recevoir si les objets sur lesquels le prêt a été fait viennent à périr, il en est en quelque sorte l'assureur, et l'assurance qu'il contracte ensuite pour lui-même revient à une *réassurance* parfaitement permise (art. 342) (1).— Mais ce même prêteur ne peut pas faire assurer le **profit maritime** de ces sommes qu'il a prêtées; c'est-à-dire les intérêts stipulés en cas d'heureuse arrivée; pourtant il est bien exposé à les perdre en cas de sinistre. Cette interdiction a les mêmes motifs que celle de l'assurance du fret ou du profit espéré des marchandises : on a dit que c'est un pur gain; et que ce gain n'est légitime qu'autant que le prêteur risque de perdre le tout (2). Nous répondrons aussi que c'est un gain acquis en vertu d'un contrat positif, que c'est une créance, garantie même par des privilèges, et qui n'offre d'incertitude qu'à raison des risques de mer contre lesquels il s'agit précisément de la couvrir; que les profits maritimes sont considérables à raison des risques considérables que court le prêteur; mais que, si on lui permettait de se couvrir par une assurance, ces profits descendraient bien vite, par l'effet de la concurrence, au taux des intérêts ordinaires (3). Aussi cette interdiction est levée par les nouveaux projets de loi.

1334. Il nous reste un mot à dire sur la prohibition d'assurer les **loyers des gens de mer** (art. 347). Nous avons vu l'une des applications de cette prohibition, c'est pour l'assurance par laquelle l'armateur voudrait faire garantir ces loyers. Mais la prohibition a une autre portée; on a entendu défendre aussi aux matelots d'assurer eux-mêmes les loyers qui leur sont dus. Cette défense a le même motif que la règle qui leur fait perdre leurs loyers en cas de naufrage (art. 258) : on a craint que, sûrs d'être payés en tous cas, ils n'apportassent pas assez de zèle au sauvetage du navire. Cette crainte étant jugée exagérée par les nouveaux projets de réforme, la prohibition de l'art. 347 n'avait plus de raison d'être; aussi on en propose également la suppression, qui aura l'avantage de favoriser, chez les matelots, les idées de prévoyance et d'économie, trop souvent oubliées par eux.

(1) Cass. 19 août 1879, D. P. 80. 1. 97. — Il est évident qu'on ne pourrait couvrir par une assurance maritime les sommes faisant l'objet d'un prêt ordinaire, car elles ne sont exposées à aucun risque maritime, Paris, 22 janv. 1877, D. P. 78. 2. 26.

(2) Al. n. 2098, fonde la prohibition sur la crainte d'usure ; mais nous montrons, dans la suite de ce paragraphe, que l'assurance du profit maritime diminuerait les intérêts perçus et profiterait par conséquent au débiteur.

(3) Comp. Duberuad, t. I, p. 431 et suiv.

Source BIU Cujas

II. — **Evaluation des objets assurés.**

1335. L'évaluation des objets assurés a pour but de préciser la quotité de l'intérêt que l'assuré expose en risque, afin de servir de base aux règlements auxquels un sinistre donnera lieu; si elle est faite d'accord entre les parties, elle pourra éviter plus tard des procès sur ce point.

L'art. 332, 14e al., demande que l'on indique dans la police la *valeur* ou l'*estimation* des marchandises; mais la loi ne l'exige pas à peine de nullité; ce qui le prouve, c'est que l'art. 339 indique le moyen de suppléer à cette indication. Dans le cas où la police est muette sur ce point, elle est dite **police ouverte**, par opposition au premier cas où elle est dite **police évaluée**.

Voyons d'abord ce qui a lieu lorque la valeur des marchandises n'est pas indiquée au contrat :

Art. 339. Si la valeur des marchandises n'est point fixée par le contrat, elle peut être justifiée par les factures ou par les livres : à défaut, l'estimation en est faite suivant le prix courant au temps et au lieu du chargement, y compris tous les droits payés et les frais faits jusqu'à bord.

Cette justification est à la charge de l'assuré, car elle est la base du droit qu'il réclame (art. 1315, C. civ.); il n'a droit à une indemnité qu'à raison et en proportion des pertes qu'il aura faites (1). Nous avons déjà expliqué les trois éléments dont se compose la valeur d'après cet article : valeur des marchandises au lieu du chargement, droits payés, et frais faits jusqu'à bord (v. n. 1331). Sur le premier une question peut s'élever :

Q. *Dans le cas où l'on peut justifier du prix d'achat, faut-il prendre pour base ce prix d'achat, justifié par les factures ou les livres et augmenté des frais de transport, ou bien la valeur courante des marchandises au lieu du chargement?* Celle-ci peut être plus forte ou plus faible que le prix d'achat. Nous pensons, malgré l'opinion d'auteurs considérables (2), que c'est le prix d'achat avec les frais de transport qui doit être pris pour base : — c'est seulement lorsqu'on ne peut pas justifier du prix d'achat que l'art. 339 ordonne d'estimer les marchandises au prix courant; — c'est bien le prix qu'elles lui ont coûté jusqu'au port de départ, que l'assuré est exposé à perdre; peu lui importe qu'elles vaillent moins à ce port, puisqu'il n'a jamais eu l'intention de les y vendre : elles ne doivent qu'y passer; il ne pourrait pas non plus argumenter de ce qu'elles vaudraient plus, car il ne voulait pas les y vendre; si le bénéfice résultant de la plus-value lui convenait, il n'avait qu'à le réaliser en s'abstenant de les embarquer; — voudrait-on prendre la valeur courante au domicile de l'assuré? On serait alors en contradiction avec l'art. 339, et cela ne serait pas plus juste; pourquoi faire profiter ou perdre l'assuré parce que le cours a monté ou baissé depuis son achat jusqu'à l'embarquement? Ce cours lui importe peu, puisque les marchandises destinées à l'exportation n'ont jamais dû être revendues au lieu d'achat (3).

La loi ne parle pas de la manière d'évaluer le navire et ses accessoires en cas d'assurance sur corps. Cette valeur ne peut être fixée qu'à dire d'experts.

(1) Consult, Rej. 8. déc. 1852, D. P. 53. 1. 15.
(2) Benecke, t. I, p. 351, 352. Béd., n. 1127. Al. n. 2070. Droz, n. 128.
(3) Laurin, t. III, p. 383.

Source BIU Cujas

— ❶. *Mais ceux-ci devront-ils rechercher la valeur au lieu du départ ou celle au lieu d'arrivée?* En théorie, c'est la valeur au lieu d'arrivée que l'on doit prendre; car le navire dépérissant plus ou moins en cours de voyage, l'armateur qui perd son navire ne perd réellement que la valeur qu'il aurait à l'arrivée. Seulement sous l'empire d'une législation qui ne permet pas l'assurance du fret, et si en fait le fret n'a pas été assuré, on peut admettre l'assurance sur la valeur au moment du départ, car l'assuré qui perd son fret en cas de naufrage perd dans le fret l'équivalent auquel il aurait eu droit pour la détérioration du navire par le voyage (1).

1336. Voyons maintenant ce que les parties peuvent faire pour éviter les difficultés de cette évaluation après sinistre. Pour cela l'évaluation sera faite dans la police. Mais elle peut être faite dans deux conditions différentes. — Si la valeur est simplement *déclarée* par l'assuré sans l'adhésion ou l'acceptation de l'assureur, cette déclaration ne lie que l'assuré; elle revient donc à l'établissement d'un maximum que les prétentions de celui-ci ne peuvent dépasser (2); mais l'assureur peut toujours exiger de lui qu'il prouve, par les moyens que nous venons d'indiquer, l'exactitude de sa déclaration. — Si, au contraire, la valeur a été *agréée* ou *convenue de gré à gré*, entre les deux parties, l'assureur, qui a accepté cette évaluation, a dispensé par là l'assuré de justifier de son exactitude; son *agrément* ne peut pas avoir d'autre sens; si donc il prétend que la valeur a été exagérée, ce sera à lui qu'incombera la preuve de l'exagération; cette clause, *valeur agréée*, ou *valeur convenue de gré à gré*, a donc pour effet de transporter la charge de la preuve (3). L'art. 15 de la *police française* sur facultés ne paraît pas admettre cette interprétation de la convention; il dit en effet : « Nonobstant toutes valeurs agréées, les assureurs peuvent, lors d'une réclamation de pertes ou d'avaries, demander la justification des valeurs réelles, et réduire, en cas d'exagération, la somme assurée... » Cet article paraît bien imposer la charge de la preuve à l'assuré, malgré la clause de *valeur agréée*. Ceci nous paraît un abus : les assureurs peuvent trouver que la preuve contraire est trop difficile pour eux; mais il est bien simple alors de ne pas agréer l'évaluation; c'est enlever aux mots leur sens naturel que d'admettre que l'agrément donné par eux ne les lie en rien (4). Cet article 15, qui est nouveau, même dans les polices de Paris et de Bordeaux, est peut-être une des raisons qui ont empêché la police française sur facultés de se faire accepter sur les autres places.

On pourrait être tenté d'aller plus loin, et vouloir enlever aux assureurs même le droit de prouver contre l'évaluation contenue dans la police et agréée par eux; on pourrait le faire, soit en interprétant ainsi les mots *valeur agréée*, soit au moins en permettant l'insertion d'une clause plus formelle dans ce sens. Aucune de ces opinions ne peut être admise; et la volonté la

(1) Consult. Benecke, t. I, p. 382.

(2) Béd., n. 111.

(3) Req. 20 fév. 1872, D. P. 72. 1. 250. — Lemonn., n. 131. Frémery, p. 339. Al. n. 2030. Droz, n. 318.

(4) *Sic* : Req. 12 janv. 1875, D. P. 77. 1. 193. — M. de Courcy, *Commentaire*, p. 301 et suiv., et *Quest.*, t. II, p. 298 et suiv., 311 et suiv., approuve cette clause sans réserve; il explique par la concurrence la faiblesse qui détermine les assureurs à agréer des valeurs qu'ils n'ont pas pu vérifier. *Il.* Laurin, t. III, p. 381, 382.

Source BIU Cujas

plus formelle des parties ne pourrait aller jusque-là, parce que cela touche à l'essence même du contrat (1). Si l'évaluation ne pouvait pas être critiquée, elle pourrait être démesurément exagérée d'un commun accord, et faire dégénérer l'assurance en un pari; or, nous avons vu que cela est défendu; de plus, l'art. 336 consacre absolument le droit de contrôle pour les assureurs :

Art. 336. En cas de fraude dans l'estimation des effets assurés, en cas de supposition ou de falsification, l'assureur peut faire procéder à la vérification et estimation des objets, sans préjudice de toutes autres poursuites, soit civiles, soit criminelles.

1337. L'art. 340 donne, en cas de silence des conventions, un mode d'évaluation spécial pour un cas tout particulier auquel l'art. 339 ne pouvait pas s'appliquer :

Art. 340. Si l'assurance est faite sur le retour d'un pays où le commerce ne se fait que par troc, et que l'estimation des marchandises ne soit pas faite par la police, elle sera réglée sur le pied de la valeur de celles qui ont été données en échange, en joignant les frais de transport.

Enfin, l'art. 338 résout une difficulté que pourrait présenter l'évaluation en monnaie étrangère :

Art. 338. Tout effet dont le prix est stipulé dans le contrat en monnaie étrangère est évalué au prix que la monnaie stipulée vaut en monnaie de France, suivant le cours à l'époque de la signature de la police.

III. — **Somme assurée** (art. 332, 16e al.).

1338. La somme assurée ne doit pas se confondre avec l'évaluation dont nous venons de parler, quoique, dans la police, elle soit souvent indiquée par le même nombre. L'*évaluation* indique l'importance du dommage qu'éprouverait l'assuré en cas de perte de la chose; la **somme assurée** indique la quote-part de ce dommage que l'assureur prend à sa charge. Si l'assurance est couverte tout entière par un seul assureur, la somme assurée sera égale à l'évaluation; mais si elle n'est couverte que successivement par plusieurs assureurs, la somme assurée par chacun d'eux ne sera qu'une partie de l'évaluation; ainsi, une valeur de 100 sera couverte par l'un pour 20, par l'autre pour 10, par l'autre pour 40, etc. Enfin, il peut se faire que l'assuré ne fasse pas couvrir toute la valeur par l'assurance, par exemple qu'une valeur de 100 ne soit assurée que pour 60 (somme assurée); l'assuré alors restera, comme on dit, *son propre assureur* pour le surplus.

Si la somme assurée n'était pas indiquée dans la police, l'assurance ne serait pas nulle pour cela. On y suppléerait d'abord par les autres indications, si c'était possible : comme si, la prime étant stipulée à tant % de

(1) Pot., *Assur.*, n. 156. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 64. Benecke, t. I, p. 409 et suiv. Frémery, p. 339. Béd., n. 1105-1109. Al. n. 2030, 2065. De Courcy, *Questions*, t. II, p. 376, etc. — *Contrà :* Locré, sous l'art. 336. Boulay-Paty, t. II, p. 397 et suiv. Estrangin, n. 156. Dagev., t. III, p. 75, 295 et suiv. Lemonn., n. 133.— Comp. Emérigon, *Assur.*, ch. 9, sect. 5 ; ch. 11, sect. 8; ch. 14, sect. 3.

Source BIU Cujas

la somme assurée, ce qui est habituel, le chiffre de la prime était inscrit. A défaut de toute indication, l'assureur serait censé avoir voulu couvrir l'intégralité du risque; et la somme assurée serait présumée égale à l'évaluation (1).

Mais on peut encore se demander, en l'absence d'une convention formelle, si l'assureur ne pourrait pas être tenu au delà de l'évaluation. — Il pourrait, à la rigueur, s'y engager par une clause expresse : en effet, un propriétaire, quoique cela puisse paraître singulier, peut être exposé à perdre bien plus que la valeur de l'objet qu'il expose : p. ex., un navire estimé 100 peut avoir subi des avaries en cours de voyage et avoir reçu des réparations pour une somme de 60 ; s'il vient ensuite à se perdre, le propriétaire aura perdu 160; l'assureur pourrait promettre de lui rembourser les pertes quelconques qu'il subira ainsi ; c'est ce qu'on appelle l'*assurance illimitée* (2). Mais cette assurance, usuelle à l'origine, est tout à fait hors d'usage maintenant; et par conséquent on ne pourrait la sous-entendre, il faudrait une stipulation très formelle: — en effet, elle aurait pour résultat de grever l'assureur de risques indéfinis, sans qu'il puisse stipuler une prime à proportion de ces risques, puisqu'on ne peut les connaître d'avance, même approximativement; — dans notre législation, il y a une autre raison plus péremptoire encore pour écarter cette clause : c'est que le propriétaire d'un navire sera très rarement exposé à perdre plus que sa valeur; car, d'après l'art. 216, 2e al., il n'est pas tenu des obligations, contractées par le capitaine au cours du voyage, au delà de la valeur du navire et du fret; or, les réparations seront presque toujours faites au moyen d'emprunts réalisés par le capitaine, et les propriétaires en seront libérés en cas de perte totale du navire (3). — D'ailleurs, les assureurs ont soin de stipuler que la somme souscrite est la limite de leurs engagements, et qu'ils ne peuvent jamais être tenus de payer au delà (v. *polices françaises*, sur facultés, art. 13, et sur corps, art. 16).

IV. — **Preuve du chargement.**

1339. Cette preuve n'est évidemment nécessaire que pour l'assurance sur facultés. Elle résultera presque toujours des connaissements, auxquels l'art. 283 a eu soin de donner pleine foi même à l'encontre des assureurs, quoique ceux-ci n'y aient pas été parties, à la seule condition que toutes les formalités des art. 281 et 282 aient été remplies (v. n. 127). Mais en cas de perte totale du navire, si les actes justificatifs du chargement ont péri avec lui, on pourra prouver par tous les moyens possibles (4). Cette liberté dans la preuve doit être même admise sans restriction, puisque la loi n'a exigé ici aucune forme spéciale (5).

Les art. 344 et 345 prescrivent seulement certaines précautions pour le cas où les formalités ordinaires n'auraient pas présenté de garanties suffisantes;

(1) Lemonn., n. 143, 144.

(2) V. Lemonn., n. 137.

(3) Frémery, p. 330 et suiv. Lemonn., n. 138-142; 362 et suiv. Béd., n. 1613. — *Contrà* : Locré, t. IV, p. 305, 306. Al. n. 2259. Laurin, t. III, p. 394 et suiv. — Cf. Req. 22 juin 1869, D. P. 70. 1. 85.

(4) Rej. 8 déc. 1852, D. P. 53. 1. 15.

(5) Req. 18 fév. 1863, D. P. 63. 1. 372.

Source BIU Cujas

soit parce qu'un connaissement signé du capitaine ne peut faire preuve lorsqu'il est lui-même chargeur (art. 344); soit parce qu'un connaissement apporté par le chargeur, matelot ou passager, présente trop peu de garanties de sincérité et a pu être concerté avec le capitaine (art. 345) :

Art. 344. En cas de perte des marchandises assurées et chargées pour le compte du capitaine sur le vaisseau qu'il commande, le capitaine est tenu de justifier aux assureurs l'achat des marchandises, et d'en fournir un connaissement signé par deux des principaux de l'équipage.

Art. 345. Tout homme de l'équipage et tout passager qui apportent des pays étrangers des marchandises assurées en France sont tenus d'en laisser un connaissement dans les lieux où le chargement s'effectue, entre les mains du consul de France, et, à défaut, entre les mains d'un Français notable négociant, ou du magistrat du lieu.

V. — Sanction des dispositions précédentes.

Art. 357. Un contrat d'assurance ou de réassurance consenti pour une somme excédant la valeur des effets chargés est nul à l'égard de l'assuré seulement, s'il est prouvé qu'il y a dol ou fraude de sa part.

1340. Le Code suppose ici qu'il y a eu *dol* ou *fraude* de l'assuré. Ces faits ne se présument pas; par conséquent, ce serait à l'assureur de prouver le dol ou la fraude (1). — Si cette preuve est faite, la loi dit que le contrat est nul à l'égard de l'assuré seulement. Cela veut dire que l'assureur aura le choix de le maintenir ou de l'annuler, en attendant pour se prononcer l'issue du voyage. N'est-ce pas consacrer, en ce cas, une nullité relative, tandis que, d'après les principes généraux, il devrait y avoir nullité absolue pour défaut d'objet (2)? Cela n'est qu'une apparence : au fond, le législateur a voulu dire que l'assureur, en cas d'heureuse arrivée, aurait droit à la prime entière à titre d'indemnité, car alors il se gardera d'invoquer la nullité; et qu'en cas de sinistre, il pourrait se dispenser de payer, en invoquant la nullité, mais alors sans demander d'autre indemnité que l'avantage de ne pas payer un sinistre peut-être considérable. La formule de la loi n'est pas très exacte juridiquement; mais le résultat pratique sera le même que si elle s'était exprimée autrement (3).

L'article ne s'appliquerait pas dans l'hypothèse où l'assureur aurait connu l'exagération et y aurait consenti. Il y aurait, sans doute, nullité absolue, soit pour défaut d'objet (C. civ., art. 1108), soit pour jeu ou pari (C. civ., art. 1965). Mais l'assureur n'aurait pas le droit de garder la prime en aucun cas.

Art. 358. S'il n'y a ni dol ni fraude, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue. — En cas de pertes, les assureurs sont tenus d'y contribuer cha-

(1) Pot., n. 78. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 23. Emérigon, ch. 9, sect. 2.

(2) V. *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 22.

(3) Il y a, en droit commun, une différence entre les nullités absolues et les nullités relatives, quant au temps de la prescription; mais cette différence est sans application ici, à raison de l'art. 432, qui établit une prescription générale de cinq ans. — *Sic* : Béd., n. 1338. Al. n. 2148.

Source BIU Cujas

cun à proportion des sommes par eux assurées. — Ils ne reçoivent pas la prime de cet excédant de valeur, mais seulement l'indemnité de demi pour cent.

Dans ce cas, il y a ristourne seulement pour l'excédant de la somme assurée sur la valeur réelle. Mais comme il y a faute de l'assuré, l'assureur touche l'indemnité de 1/2 °/° de la somme assurée. La loi prend pour point de comparaison l'estimation *faite* ou *convenue* des objets. Mais si l'estimation convenue était démontrée supérieure à la valeur réelle, la convention serait nulle sur ce point d'après les principes que nous venons de rappeler sous l'article précédent, et pour cet excédant il y aurait lieu à nullité sans indemnité (1).

1341. **Art. 359. S'il existe plusieurs contrats d'assurance faits sans fraude sur le même chargement, et que le premier contrat assure l'entière valeur des effets chargés, il subsistera seul. — Les assureurs qui ont signé les contrats subséquents sont libérés; ils ne reçoivent que demi pour cent de la somme assurée. — Si l'entière valeur des effets chargés n'est pas assurée par le premier contrat, les assureurs qui ont signé les contrats subséquents répondent de l'excédant, en suivant l'ordre de la date des contrats.**

Nous avons déjà signalé l'intérêt que cet article donne à la date précise des assurances. Car les plus récentes seront ristournées avant les plus anciennes; au contraire, celles qui seront simultanées concourront au marc le franc. Le tout sauf indemnité de 1/2 °/° pour toute la partie annulée. — A cet égard il est bon de préciser qu'une assurance sous condition suspensive ne produira pas d'effet, si la condition n'arrive qu'après l'issue du voyage, car alors elle n'aura pas eu d'aliment (arg., art. 1182 C. civ.); mais si la condition est arrivée avant l'issue du voyage, elle aura la date de la police même, à raison de l'effet rétroactif de la condition accomplie (C. civ., art. 1179) (2). Une assurance contractée par quelqu'un, sauf ratification de l'intéressé, n'aura date qu'au moment de la ratification (3); au contraire l'assurance contractée par commission aura date au moment de la signature de la police par le commissionnaire; car le contrat est formé dès ce moment (4).

1342. **Art. 360. S'il y a des effets chargés pour le montant des sommes assurées, en cas de perte d'une partie, elle sera payée par tous les assureurs de ces effets, au marc le franc de leur intérêt.**

Cela suppose évidemment que les assurances portent toutes sur les mêmes objets. Si elles étaient faites séparément sur des catégories différentes d'ob-

(1) Aix, 26 déc. 1876, D. P. 78. 5. 45 (implicit.). — Pard., n. 877. Béd., n. 1525. Al. n. 2149.

(2) Béd., n. 1340-1341. Al. 2151.

(3) Trib. comm. Paris, 25 avril 1847, D. P. 47. 4. 25.

(4) Béd., n. 1342. Al. n. 2151. — En cas de deux assurances faites, l'une par le propriétaire, l'autre par un commissionnaire, il pourrait être équitable de préférer celle du propriétaire, quoique postérieure en date. Mais le texte de l'art. 359 résiste absolument à cette solution. Même difficulté si la première assurance ne couvre pas les risques subis, tandis que la seconde les couvre. V. de Courcy, *La double assurance*, dans ses *Questions de Dr. marit.*, t. 1, p. 353 et suiv.

Source BIU Cujas

jets, les risques des uns ne pourraient pas retomber sur les assureurs des autre objets (v. *suprà*, n. 1332).

Art. 361. Si l'assurance a lieu divisément pour des marchandises qui doivent être chargées sur plusieurs vaisseaux désignés, avec énonciation de la somme assurée sur chacun, et si le chargement entier est mis sur un seul vaisseau, ou sur un moindre nombre qu'il n'en est désigné dans le contrat, l'assureur n'est tenu que de la somme qu'il a assurée sur le vaisseau ou sur les vaisseaux qui ont reçu le chargement, nonobstant la perte de tous les vaisseaux désignés; et il recevra demi pour cent des sommes dont les assurances se trouvent annulées.

Si l'assuré a énoncé une somme déterminée assurée sur chaque navire, l'assureur ne doit répondre, sur ce navire, que de la somme qui lui est attribuée; lors même que l'on aurait mis plus de marchandises sur ce navire, et lors même que les autres navires, sur lesquels le même assureur avait aussi assuré des marchandises, n'auraient reçu qu'un chargement incomplet et périraient aussi. C'est l'application exacte de la convention. — Si l'assuré avait voulu se réserver la faculté de charger plus sur l'un ou l'autre des navires ou tout sur un seul navire, il fallait l'exprimer.

§ 3

Détermination des risques.

1343. Nous n'avons pas besoin de revenir sur l'importance qu'il y a à déterminer les conditions des risques, puisque ce sont eux qui constituent l'objet de l'obligation des assureurs (cf., n. 1317).

Il y aura trois points surtout à déterminer : — 1° le navire comme lieu des risques; — 2° le voyage et ses conditions; — 3° le temps des risques; — nous verrons : 4° la sanction de la loi sur ces points.

I. — Navire comme lieu des risques.

1344. Le navire doit être désigné (art. 332, 8e al.), non seulement lorsqu'il est l'objet de l'assurance, mais même dans l'assurance sur facultés, en tant qu'il est le lieu où les objets assurés sont exposés aux risques. Tout le monde comprend l'importance que peuvent avoir, pour la gravité des risques, la bonne construction, le tonnage, l'âge, les qualités du navire. A raison de cettte importance, un bureau spécial (le Lloyd français) s'est constitué pour recueillir tous les renseignements intéressant le commerce sur tous les navires du monde; ils ont tous leur place et leur cote dans un recueil tenu très exactement au courant et qu'on appelle le *Veritas*.

Pour la manière de désigner le navire nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit pour le cas où le navire est l'objet même du risque. — L'inexactitude dans la désignation pourrait annuler l'assurance (art. 348) (1). De même le changement de navire (2).

(1) Béd., n. 1048 et suiv. — *Contrà :* Locré, sous l'art. 332.
(2) Bordeaux, 3 déc. 1877, D. P. 78. 2. 248.

Source BIU Cujas

Les assureurs peuvent, du reste, renoncer volontairement à l'indication exacte du navire, s'il s'agit d'une assurance sur facultés; et assurer celles-ci sur quelque navire qu'elles soient chargées; c'est ce qu'on appelle l'assurance *in quovis* (1) (comp. art. 337). Cela ne se comprendrait pas si le navire était lui-même l'objet du contrat. En cas d'assurance sur navire indéterminé, comme en cas de police flottante, l'assuré doit faire connaître le nom des navires et les sommes afférentes à chacun d'eux, dès qu'il en a reçu avis. Cela fait, du reste, l'objet d'une clause expresse dans beaucoup de polices (v. *pol. fr.* sur facultés, art. 7).

Nous avons vu dans l'art. 361 (n. 1342), la sanction de l'irrégularité que commettrait l'assuré en ne conformant pas exactement son chargement aux stipulations du contrat.

1345. L'art. 332, 9e al., exige de plus la désignation du **capitaine;** cette mention se rattache intimement aux risques dépendant du navire; car de son habileté, de son sang-froid, de son courage peut dépendre le salut de tous. Aussi l'inexactitude dans la déclaration pourrait annuler l'assurance (2). Elle est surtout importante lorsque les assureurs ont pris à leur charge la baraterie de patron. — Si la désignation a été faite dans la police, sans réserves, elle oblige l'assuré à ne changer le capitaine pour aucun motif sans avoir obtenu l'agrément des assureurs (3). Mais nous pensons, quoique le contraire ait été soutenu, qu'en cas de mort, de maladie ou d'empêchement absolu du capitaine, son remplacement, forcé alors, n'annulerait pas l'assurance : — un contrat doit s'entendre de façon à ce qu'il n'y ait pas de surprise pour les parties, de manière à ne pas acculer l'une d'elles dans une impasse; or, en cas de mort du capitaine, l'assuré se rendrait coupable et responsable, envers les assureurs, s'il ne le remplaçait pas; ce remplacement ne peut donc lui être interdit; — les assureurs doivent être censés y avoir consenti pour les cas de nécessité absolue (4).

D'ailleurs les assureurs peuvent ne pas tenir à cette garantie et l'abandonner expressément, soit en n'indiquant pas dans la police le nom du capitaine, soit en autorisant tout changement par l'assuré. C'est ce qui se fait très habituellement, et la clause « ou tout autre pour lui », à la suite du nom du capitaine, est devenue de style. Mais elle ne doit pas pour cela se sous-entendre, si elle n'est pas inscrite expressément.

II. — **Voyage et ses conditions.**

1346. L'art. 332, 10e al. et suiv., demande que la police indique « *le lieu où les marchandises ont été ou doivent être chargées, le port d'où ce navire a dû ou doit partir, les ports ou rades dans lesquels il doit charger ou décharger, ceux dans lesquels il doit entrer.* » Toutes ces mentions ont leur importance pour les risques : la mer, les parages où l'on doit naviguer, les saisons, les ports qui

(1) Lemonn., n. 71. Cresp, t. III, p. 355. — V. une application : Req. 27 juill. 1868, D. P. 78. 2. 248, en note.

(2) Bordeaux, 29 mars 1848, D. P. 48. 2. 70. Al. n. 2027. — *Contrà :* Pot., n. 106.

(3) Rennes, 14 juin 1869, D. P. 71. 2. 126. — Béd., n 1057.

(4) Emérigon, t. I, p. 189, 190. Boulay-Paty, t. III, p. 325. Dagev., t. III, p. 61. Estrangin, p. 165. Locré, t. II, p. 326. Béd., n. 1057. Al. n. 2027. — *Contrà :* Lemonn., n. 77.

Source BIU Cujas

peuvent présenter des dangers ou des facilités particulières, le nombre des relâches qui augmentent les dangers, parce que ceux-ci sont toujours plus grands dans le voisinage des côtes, à l'entrée ou à la sortie des ports ou rivières.

1347. **Art. 335, 2e al. et suiv. Elle peut être faite en temps de paix ou en temps de guerre, avant ou pendant le voyage du vaisseau. — Elle peut être faite pour l'aller et le retour, ou seulement pour l'un des deux, pour le voyage entier ou pour un temps limité ; — Pour tous voyages et transports par mer, rivières et canaux navigables.**

Cet article ajoute d'abord une indication à celles demandées par l'article 332; c'est celle du « *temps de paix ou de guerre* ». On en comprend toute l'importance : lors même que les assureurs n'ont pas pris sur eux les risques de guerre, cet état de choses peut amener le capitaine à faire des évolutions, des manœuvres plus dangereuses, à allonger sa route, etc.

La loi indique, en outre, que l'assurance peut être contractée même pendant le voyage. Cela ne peut nuire à l'assureur, dont cette circonstance diminue plutôt les risques. Il faut seulement que l'assuré déclare exactement ce qu'il sait de la position du navire au moment de l'assurance (v. art. 348 et 365, *infrà*, n. 1351, 1354).

La suite de l'article rappelle les diverses modalités dont la détermination du voyage est susceptible : — on peut d'abord assurer un *voyage simple*, c'est-à-dire les risques courus pour un trajet entre deux ports, sauf à préciser plus complètement, comme nous le ferons tout à l'heure, le moment où commenceront et où finiront les risques. Ce voyage simple peut même n'être assuré que pour partie, comme si, dans un voyage passant la ligne, un assureur prenait sur lui les risques de France jusqu'à l'équateur, et un autre les risques de l'équateur jusqu'à destination. — On peut, en sens inverse, assurer plus d'un voyage simple, p. ex., l'*aller et le retour* simultanément, ce qu'on appelle souvent un *voyage complet* (1): l'assurance est appelée alors *à prime liée*; il en serait de même si l'on assurait un voyage dit *en caravane*, et qui se compose de plusieurs petits voyages dans différents ports où le capitaine prend et laisse charge jusqu'à ce qu'il revienne au port de départ. — On peut aussi, dans l'assurance d'un voyage simple, insérer la clause de *faire échelle* ou *faire escale*, c'est-à-dire de s'arrêter, soit dans tels ports déterminés, soit partout où l'on voudra sur sa route, afin d'éviter le ristourne qui résulte *ipso facto* du moindre changement de route, du moindre écart par rapport à la ligne directe entre les deux points extrêmes indiqués. Le voyage avec échelles diffère du voyage en caravane, en ce que l'on ne renouvelle pas le chargement complet à chaque arrêt. — Enfin l'assurance peut être faite *à terme*, c'est-à-dire pour un temps déterminé, sans qu'on s'inquiète si le navire fait un ou plusieurs voyages ou seulement une partie de voyage pendant ce temps. Cette assurance n'était guère usitée autrefois que pour le cabotage ; actuellement elle se pratique sur une plus grande échelle pour les navires

(1) Cette assurance couvre aussi les risques pendant le séjour au port de destination, tandis que ces risques ne sont pas couverts par les assurances séparées du voyage d'aller et du voyage de retour. Al. n. 2055.

Source BIU Cujas

qui font des services réguliers, souvent à de très grandes distances. L'art. 363 donne de cette convention une interprétation qui ne pouvait guère être douteuse :

Art. 363. Si l'assurance est faite pour un temps limité, l'assureur est libre après l'expiration du temps, et l'assuré peut faire assurer les nouveaux risques.

Si l'assurance était faite à la fois pour un temps limité et pour un voyage déterminé, elle finirait par le premier des deux événements qui se réaliserait, le terme fixé ou la fin du voyage ; c'est le sens naturel de la convention, à moins qu'il n'apparaisse par ailleurs d'une autre intention (1).

Dans les assurances à terme, l'assuré a le droit d'envoyer son navire partout où bon lui semble. Mais il arrive souvent que l'on exclut par une clause formelle certains voyages ou certains parages particulièrement dangereux, comme le faisait, p. ex., la police de Paris-Bordeaux (art. 4) pour les risques du Sénégal en toute saison, et ceux des mers du Nord en hiver.

Les assurances à *prime liée* ou *à terme* pouvaient présenter un grave inconvénient pour l'assuré, à raison de la règle que l'assureur ne répond jamais pour plus que la somme assurée ; il peut avoir, dans plusieurs ports, fait plusieurs fois des réparations considérables à son navire, de façon que celui-ci lui revienne à quatre ou cinq fois sa valeur primitive, et il ne recevrait néanmoins en cas de perte que la somme assurée représentant à peu près sa valeur première. C'est pour éviter cela que la *police française* sur corps stipule (art. 16) que malgré l'unité d'assurance, chaque voyage fera l'objet d'un règlement séparé, et que pour chacun d'eux l'assureur pourra être engagé jusqu'à concurrence de toute la somme assurée. C'est un avantage considérable pour l'assuré ; évidemment les assureurs calculent leur prime en conséquence.

1348. Il résulte de tout ce que nous venons de dire qu'il faut distinguer avec soin, le *voyage réel* et le *voyage assuré ;* auxquels il convient d'ajouter encore le *voyage légal* (2) ; le *voyage réel*, est le voyage fait par le navire entre sa sortie d'un port et son entrée dans un autre ; le *voyage assuré*, c'est la partie de ce voyage, ou la somme des voyages ou parties de voyages réels, qui se trouve couverte par l'assurance ; le *voyage légal*, est celui qui est déterminé par les expéditions que le capitaine a prises au départ (v. n. 1139).

III. — Temps des risques.

1349. En cas d'assurance à terme, il ne peut y avoir aucune difficulté, puisque le temps est déterminé par le commencement et la fin de la période pour laquelle l'assurance est faite (3).

(1) Lemonn., n. 90, 91. — *Contrà* : Pard., t. III, p. 282. Boulay-Paty, t. IV, p. 173 et suiv.

(2) Lemonn., n. 82-85. Al. n. 2054.

(3) Il faut seulement remarquer que, si un dommage, se manifestant dans la période fixée, a pour cause des avaries antérieures, sa réparation est à la charge des assureurs qui couvraient le navire au moment où l'avarie s'est produite, ou à la charge du propriétaire, si à ce moment il n'était pas assuré. Pard., n. 883. Béd., n. 1138.

Source BIU Cujas

Mais en cas d'assurance au voyage, il est plus délicat de savoir quand commence et où finit le voyage :

Art. 341 Si le contrat d'assurance ne règle point le temps des risques, les risques commencent et finissent dans le temps réglé par l'article 328 pour les contrats à la grosse.

Art. 328. Si le temps des risques n'est point déterminé par le contrat, il court à l'égard du navire, des agrès, apparaux, armement et victuailles, du jour que le navire a fait voile, jusqu'au jour où il est ancré ou amarré au port ou au lieu de sa destination. — A l'égard des marchandises, le temps des risques court du jour qu'elles ont été chargées dans le navire, ou dans les gabares pour les y porter, jusqu'au jour où elles sont délivrées à terre.

Le second alinéa est complètement suivi par toutes les polices dans les assurances *sur facultés*. Celles-ci apportent seulement une précision plus grande que le Code, en prenant pour base le *moment* de l'embarquement ou du débarquement, au lieu du *jour*, qui, dans l'esprit des rédacteurs du Code, avait probablement le même sens, mais qui était amphibologique (v. *pol. franç.* sur facultés, art. 4).

Dans les assurances *sur corps*, les polices des différentes places se montraient bien plus larges que le Code; et la *police française* a maintenu ces traditions (art. 6) : elle fait courir les risques du moment où le navire a commencé à *embarquer* les marchandises, et ne les fait cesser que *quinze jours* après qu'il a été ancré ou amarré au lieu de sa destination; ces quinze jours sont accordés pour le déchargement ; on n'a pas jugé nécessaire de poser un maximum pour le chargement, l'intérêt de l'armateur étant de le presser le plus possible.

1350. **Art. 362. Si le capitaine a la liberté d'entrer dans différents ports pour compléter ou échanger son chargement, l'assureur ne court les risques des effets assurés que lorsqu'ils sont à bord, s'il n'y a convention contraire.**

On admet généralement que l'objet de cet article n'a pas été de décharger les assureurs des risques des gabares et allèges (art. 328, *in fine*), mais seulement d'empêcher qu'on ne veuille mettre à la charge des assureurs les risques de marchandises encore à terre, sous le prétexte que l'assurance ayant éte faite d'avance, et le navire étant là prêt à les charger, il y a un aliment pour la police : tel était certainement le sens clair de l'ordonnance (liv. III, tit. VI, art. 33); et rien n'indique que le Code ait voulu innover (1).

IV. — **Sanction de la loi.**

Art. 348. Toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinon du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance. — L'assurance est nulle, même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence, n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré.

1351. Nous avons déjà trouvé, en dehors de notre paragraphe actuel, plu-

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 33. — Al. n. 2159.

Source BIU Cujas

sieurs applications de cet article; car les inexactitudes dans la désignation de l'assuré ou des objets assurés peuvent influer beaucoup sur l'opinion du risque. Mais c'est surtout dans les déterminations dont nous nous occupons à ce paragraphe, que cette circonstance pourra se présenter; nous n'avons pas besoin de rappeler les détails que nous venons de donner. — Il y a encore d'autres déclarations accessoires qui ne rentrent dans aucune des catégories que nous avons passées en revue, que la loi n'a pas exigées formellement, parce qu'il n'y a pas toujours lieu de les faire, mais qui peuvent influer considérablement sur l'opinion du risque. Telles seraient les déclarations qui fixeraient la situation du navire lorsque l'assurance est faite au cours du voyage : l'assuré doit déclarer exactement tout ce qu'il sait, notamment le temps écoulé depuis le départ, les accidents du voyage déjà connus, même les simples rumeurs inquiétantes qui ne rentreraient pas dans l'art. 365, et le retard connu au moment où le navire aurait dû déjà arriver (1). — Nous n'admettrions pas que la cote au *Veritas* ou le refus de coter le navire doivent être déclarés; car c'est un renseignement que tout le monde peut se procurer (2).

Dans tous ces cas, la simple réticence serait punie comme la fausse déclaration, quoique celle-ci doive évidemment être appréciée plus sévèrement (3). Il y aurait toujours *nullité* de l'assurance. — Il y aurait nullité lors même que la réticence ou la fausse déclaration n'aurait pas eu lieu par dol ou fraude, mais seulement par ignorance de l'assuré, celui-ci étant de très bonne foi; car il y a d'autres articles qui punissent le dol (4).

Les juges ont toute liberté pour décider en fait si la réticence ou la fausse déclaration a été de nature à influer sur l'opinion du risque (5). Mais, du moment qu'elle pouvait avoir une influence sur cette appréciation pour les parties, notamment pour les assureurs, la nullité doit être prononcée lors même qu'après l'événement on reconnaîtrait que le dommage a été indépendant des circonstances omises ou déguisées, p. ex. si l'on avait omis de déclarer que le navire était armé en guerre, et qu'il ait péri par une tempête : — c'est le sens de l'art. 348, 2e al.; — les assureurs ne peuvent pas sans injustice avoir couru ces risques plus forts sans toucher une prime en conséquence (6).

1352. *Quel est le caractère de cette nullité ?* Cela doit dépendre des circonstances : — Si la réticence ou la fausse déclaration porte sur des points assez importants pour qu'on puisse dire que le risque réel est *autre* que le risque déclaré, il y aura erreur sur l'objet même de l'obligation des assureurs, et, par conséquent, *nullité absolue*, pouvant être invoquée même par l'assuré; — si, au contraire, l'erreur n'a porté que sur les conditions des risques, il y aura

(1) Rouen, 27 déc. 1848, D. P. 49. 5. 22. Consult. De Courcy, *Quest. de Dr. marit.*, t. I, p. 301 et suiv.

(2) Aix, 4 déc. 1873, *J. Havre*, 74. 2. 212, etc. Droz, n. 270. — *Contrà* : Aix, 8 août 1866, D. P. 67. 5. 28.

(3) Sans cependant qu'on doive annuler l'assurance lorsque la fausse déclaration a porté sur un fait indifférent pour l'appréciation des risques. V. Rej. 14 déc. 1880, D. P. 81. 1. 164. — *Contrà* : Béd., n. 1218.

(4) Req. 1er déc. 1869, D. P. 70. 1 200. Al. n. 2100. — *Contrà* : Béd., n. 1214.

(5) Req. 1er déc. 1869, D. P. 70. 1. 200.

(6) Al. n. 2101.

Source BIU Cujas

erreur sur la substance seulement de l'objet du contrat (C. civ., art. 1110), et simple *nullité relative* (1).

Mais même dans le cas de nullité absolue, une fois l'erreur reconnue, rien n'empêche que les parties, par un nouveau consentement, ne valident l'assurance qui n'est pas un contrat solennel; cela équivaudra à une ratification (2). — Il y aurait évidemment consentement tacite de l'assuré s'il avait laissé terminer les risques sans demander la nullité; et il ne pourrait se dispenser de payer la prime (3).

1353. *L'assuré devra-t-il, dans ce cas, des dommages-intérêts* ? La loi n'en a pas parlé; mais il y aura presque toujours faute de sa part; alors l'art. 1382, C. civ., suffit pour l'y obliger. Il faut même aller plus loin avec la majorité des auteurs, et admettre ici, comme dans les autres cas de ristourne, le règlement à forfait de cette indemnité. Il nous semble certain que l'on doit appliquer, au cas de l'art. 348, la distinction des art. 357 et 358 : si la réticence ou la fausse déclaration de nature à diminuer l'opinion des risques provient du dol ou de la fraude de l'assuré, il devra, à titre d'indemnité, la prime entière (4); s'il n'y a que faute de sa part, il devra 1/2 °/₀ de la somme assurée : — en effet, l'art. 348 statue comme les art. 357 et 358, sur des cas d'erreur sur l'objet du contrat; il y a donc analogie de situation : il faut même remarquer que les art. 357 et 358 visent directement un cas qui est aussi compris dans l'art. 348 ; en effet, le défaut dans le chargement (art. 357 et 358) se traduira nécessairement par une différence entre le contrat d'assurance et le connaissement (art. 348); il est donc impossible de ne pas appliquer la même solution à ces deux hypothèses qui n'en font qu'une en réalité.

1354. La nullité absolue existera sans difficulté, si, au su de l'une des parties, les risques étaient finis au moment du contrat, car alors il n'y a plus d'objet du tout (C. civ., art. 1126) :

Art. 365. Toute assurance faite après la perte ou l'arrivée des objets assurés est nulle s'il y a présomption qu'avant la signature du contrat l'assuré a pu être informé de la perte, ou l'assureur de l'arrivée des objets assurés.

Il résulte d'abord, *à contrario* de cet article, que les parties peuvent très bien faire assurer des risques probablement finis au moment de la convention, pourvu qu'elles soient dans l'ignorance sur ce point; et, lors même que l'on reconnaîtrait plus tard qu'au moment du contrat tout était terminé, celui-ci n'en serait pas moins valable. En effet, dans ce cas, la police a bien eu un aliment; il n'y a aucune raison pour m'empêcher de vous promettre une indemnité pour le cas où vous auriez subi déjà un dommage que nous ignorons; et, une pareille convention étant toujours aléatoire, renferme tous les caractères d'une assurance.

Si, au contraire, l'une des parties savait, au moment du contrat, que les risques étaient finis, il n'y a plus rien d'aléatoire, il n'y a donc plus assu-

(1) Consult. Paris, 10 nov. 1851, D. P. 51. 1. 324. Dagev., t. III, p. 23. Lemonn., n. 69. Béd., n. 1220. Al. n. 2100, 2107.

(2) Paris, 10 nov. 1851, D. P. 51. 1. 324. — Lemonn., n. 69. Droz, n. 285.

(3) Al. n. 2107.

(4) De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 301. Droz, n. 286. — *Contrà* : Al. t. III, p. 367.

Source BIU Cujas

rance ; de plus, il y a un dol grave, il y aura lieu à des dommages-intérêts. — La loi ajoute, à cette application des principes, une **présomption légale** développée par l'art. 366 :

Art. 366. La présomption existe, si, en comptant trois quarts de myriamètre par heure, sans préjudice des autres preuves, il est établi que, de l'endroit de l'arrivée ou de la perte du vaisseau, ou du lieu où la première nouvelle en est arrivée, elle a pu être portée dans le lieu où le contrat d'assurance a été passé, avant la signature du contrat.

C'est ce qu'on appelle, dans la pratique, la présomption *de la lieue et demie par heure*. Il faut remarquer que cette présomption pose seulement un maximum de délai pour l'arrivée de la nouvelle ; dans ce sens, c'est une présomption absolue qui n'admet pas la preuve contraire ; à moins que les parties n'aient d'avance, par la convention, dérogé à l'art. 366 (art. 367). Mais, dans tous les cas, on pourrait prouver que l'une des parties a connu, en fait, la nouvelle avant l'expiration du délai ; l'art. 366 a soin de dire : « *sans préjudice des autres preuves* ».

Cette présomption, même avec son caractère de maximum, n'est plus en rapport avec la rapidité actuelle des communications. Aussi les polices dérogent-elles habituellement à l'art. 366; et, toujours pour dispenser chacune des parties de la preuve difficile, que l'autre partie aurait eu personnellement connaissance de la cessation des risques, mettent une autre présomption à la place de celle de l'art. 366 : c'est la présomption, très légitime d'ailleurs, que, si la nouvelle a été connue sur la place où était la partie, celle-ci en a eu connaissance au moment où elle y a été connue (*pol. fr.* sur corps, art. 29; sur facultés, art. 18).

Art. 367. Si cependant l'assurance est faite sur bonnes ou mauvaises nouvelles, la présomption mentionnée dans les articles précédents n'est point admise. — Le contrat n'est annulé que sur la preuve que l'assuré savait la perte, ou l'assureur l'arrivée du navire, avant la signature du contrat.

L'assurance *sur bonnes ou mauvaises nouvelles* implique renonciation complète à la présomption de l'art. 366, et ramène les parties à la preuve directe de la connaissance personnelle qu'elles ont pu avoir de la cessation des risques. Cette stipulation est utile surtout lorsque la police doit circuler, p. ex. être remise comme sûreté à l'acheteur de marchandises flottantes, au banquier qui fait des avances sur connaissements; il importe alors d'enlever à cette police cette chance de nullité. — Cette clause impliquerait aussi renonciation à la présomption que les polices ont substituée à celle du Code (1). Cette portée de la clause est formellement consacrée dans la *police française* sur facultés (art. 18). Cette stipulation est très usuelle et à peu près devenue de style.

1355. **Art. 368. En cas de preuve contre l'assuré, celui-ci paie à l'assureur une double prime. — En cas de preuve contre l'assureur, celui-ci paie à l'assuré une somme double de la prime convenue. — Celui d'entre eux contre qui la preuve est faite est poursuivi correctionnellement.**

(1) Rouen, 11 juill. 1881, D. P. 82. 2. 212.

Source BIU Cujas

Cet article a un caractère pénal, car la double prime payée par la partie coupable dépassera presque toujours certainement le dommage éprouvé par l'autre : d'abord l'assureur, si c'est lui qui a à se plaindre, serait complètement et très largement indemnisé par le paiement de la prime simple, car il a alors tout le bénéfice qu'il pouvait retirer du contrat, et il n'en a couru aucun risque; l'assuré, de son côté, s'il n'a pas encore payé la prime, serait complètement indemnisé par la dispense de la payer; s'il l'avait payée, lui donner le droit de la recouvrer au double, c'est dépasser de beaucoup l'indemnité qui lui serait allouée en droit commun pour la privation de la jouissance de son capital. — Il y a là une peine qui profite à un particulier; c'est une règle tout à fait singulière dans notre droit, et qui reproduit celle du droit romain pour les actions *ex delicto*. A raison de ce caractère tout spécial, on ne peut pas argumenter de la nature pénale de la condamnation pour dire qu'elle rentre *exclusivement* (1) dans la juridiction des tribunaux de répression; car ceux-ci, pas plus que les tribunaux de commerce, ne prononcent habituellement des condamnations de ce genre; — il est naturel d'entendre le texte de l'art. 368 comme conservant pour ce point la compétence des tribunaux de commerce, qui statuent sur la nullité même de l'assurance; — cela résulte encore du dernier alinéa, qui réserve le droit de poursuivre « *correctionnellement* », c'est-à-dire, suivant le sens naturel, devant les tribunaux correctionnels; ce qui suppose que les deux premiers alinéas ne donnent pas compétence exclusive à ceux-ci (2).

§ 1

De la prime.

1356. La prime est dans l'assurance ce qu'est le prix dans la vente; car on a pu définir l'assurance une vente de sécurité. Par conséquent, il faut que la prime soit déterminée par le contrat (C. civ., art. 1591); il suffirait pourtant qu'elle pût être déterminée par d'autres stipulations du contrat (v. anal., C. civ., art. 1592), p. ex. si le *taux* de la prime était fixé par rapport à la somme assurée, et que celle-ci fût indiquée par la police. Faute de détermination de la prime, il n'y aura pas assurance; le contrat sera nul, au moins comme assurance (3). S'il apparaissait que l'une des parties ait voulu positivement garantir les risques de l'autre sans rien recevoir en échange, la convention constituerait un contrat *sui generis*, qui pourrait être valable, mais qui, étant une libéralité, serait soumis aux conditions de forme et de fond des donations (4).

(1) Nous disons exclusivement; car lors même que cette question sera déclarée de la compétence des tribunaux de commerce, les tribunaux correctionnels sont toujours compétents pour statuer sur les conséquences civiles des délits qui leur sont déférés.

(2) Dagev., t. III, p. 351 et suiv. Estrangin, p. 17. Lemonn., n. 400. Béd., n. 1395. Al. n. 2175. — *Contrà* : Locré, t. III, p. 203. Pard., n. 783. Boulay-Paty, t. IV, p. 209.

(3) Al. n. 2034.

(4) Béd., n. 1068.

Source BIU Cujas

La prime consiste très habituellement en argent; mais rien n'empêche de la stipuler en marchandises, ou en compensation d'une dette de l'assureur, ou en bons offices, rendus ou à rendre, etc. (1). C'est une différence avec la vente.

Etant stipulée en argent, elle peut être promise sous forme d'une somme fixe, qui constituera un forfait, si la valeur des objets assurés et la somme assurée ne sont pas connues des parties au moment du contrat. Elle est le plus habituellement stipulée sous forme de tant % de la somme assurée. — Le taux en est infiniment variable; il dépend de toutes les circonstances qui peuvent influer sur les risques : le voyage entrepris, les mers à parcourir, les ports à visiter, la saison, l'état de paix ou de guerre, les dangers spéciaux que peut susciter la nature de la cargaison (contrebande, contrebande de guerre, marchandises explosibles ou inflammables, etc.) ou la qualité du propriétaire assuré (s'il appartient à une nation belligérante). On concevrait que l'on tînt aussi compte, pour le taux de la prime, de la nature des marchandises chargées, suivant qu'elles sont plus ou moins sujettes à des avaries; mais nous verrons plus loin que, pour ne pas compliquer trop les calculs de la prime, on a pris une autre voie pour tenir compte de cette circonstance; on le fait en stipulant certaines *franchises* plus ou moins fortes dans le règlement des avaries sur ces marchandises.

1357. La prime variant très considérablement suivant l'état de paix ou de guerre, et cet état pouvant changer brusquement pendant le temps des risques ou même avant qu'ils ne soient commencés, on peut se demander si, dans ce cas, et en supposant que les parties ne l'aient pas prévu, il y aurait lieu à augmentation ou à diminution de la prime convenue. Au siècle dernier, deux arrêts du conseil du 16 janv. 1748 et du 27 janv. 1749 ordonnèrent une réduction des primes à raison de la paix brusquement survenue. Mais ces décisions ont été, avec raison, blâmées par tous les auteurs comme portant atteinte au respect dû aux conventions librement formées (C. civ., art. 1134) : — les parties ont dû prévoir le cas, cela est élémentaire; si elles l'ont négligé, elles n'ont à s'imputer qu'à elles-mêmes leur négligence; mais il est très possible qu'elles aient voulu régler absolument leurs rapports à forfait et pour tous les événements (2). — Cette doctrine est confirmée par l'art. 343, qui n'admet de modification qu'autant que le cas a été prévu par la convention :

Art. 343. L'augmentation de prime qui aura été stipulée en temps de paix pour le temps de guerre qui pourrait survenir, et dont la quotité n'aura pas été déterminée par les contrats d'assurance, est réglée par les tribunaux, en ayant égard aux risques, aux circonstances et aux stipulations de chaque police d'assurance.

1358. La prime est habituellement stipulée avec des modalités correspondantes à celles de l'assurance : — si l'assurance est faite au voyage, la prime est habituellement d'une somme fixée ou d'un tant % une fois fixé; — si elle est faite pour le voyage d'aller et de retour, on stipule d'ordinaire une seule prime indivisible pour les deux trajets; c'est pour cela qu'on dit alors

(1) Lemonn., n. 145. Al. n. 2033.
(2) Lemonn., n. 147. Béd., n. 1167. Al. n. 2079.

Source BIU Cujas

que l'assurance est *à prime liée*; — enfin, si l'assurance est faite au mois, la prime est déterminée à tant par mois; alors tout mois commencé est censé achevé (*pol. fr.* sur corps, art. 23, et sur facultés, art. 6). — Si les choses se passent ainsi habituellement, on pourrait cependant faire d'autres stipulations, et combiner l'un des modes de calcul avec une assurance faite sur d'autres bases (1).

1359. D'après l'ancienne coutume (2), et d'après l'ordonnance (Liv. III, tit. VI, art. 6), la prime devait être payée comptant; c'est même de là, dit-on, que lui vient son nom (premièrement payé) (3). Le Code n'a pas reproduit cette exigence, et d'ordinaire la prime est payable seulement un certain temps après l'assurance et même après la cessation des risques, ce qui permet de la compenser avec la somme due en cas de sinistre. Très habituellement aussi cette dette est constatée sous forme d'un billet souscrit par l'assuré et appelé **billet de prime**; ce billet est négociable, mais on peut convenir qu'il ne sera négocié qu'après l'arrivée du navire, à un moment où il ne pourra plus y avoir contestation entre les parties; c'est ce qui se pratique très sagement à Bordeaux (4).

La souscription du billet de prime n'opère pas novation, car la novation n'est jamais dans l'intention des parties (C. civ., art. 1273). Aussi les exceptions opposables à l'assureur sont toujours opposables au porteur du billet; réciproquement le porteur jouit toujours du privilège qui garantit le paiement de la prime (v. n. 1369) (5).

§ 5.

Des réassurances et de l'assurance de la prime.

Art. 342. L'assureur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés. — L'assuré peut faire assurer le coût de l'assurance. — La prime de réassurance peut être moindre ou plus forte que celle de l'assurance.

1360. Le 1er al. définit la **réassurance**, et l'autorise : il n'y a, en effet, aucune raison pour ne pas permettre à l'assureur qui a pris sur lui certains risques, de s'en faire décharger par d'autres en tout ou en partie. Il faut appliquer à cette réassurance tout ce que nous avons dit de la première assurance (6). Le 3e al. prend soin de dire que la prime de réassurance peut être

(1) V. Al. n. 2036.
(2) Frémery, p. 295. Lemonn., n. 146.
(3) C'est peut-être plutôt la transformation du mot *prœmium*.
(4) Lemonn., n. 146. V., au même passage, un modèle de billet de prime.
(5) Lemonn., n. 146. Al. n. 2035.
(6) Notamment elle ne doit pas couvrir une somme supérieure à celle que le réassuré risque de perdre; or, en cas de sinistre, il ne perdra pas toute la somme qu'il a assurée, puisqu'il compensera la prime à lui due avec une partie de cette somme; il ne peut donc réassurer que cette somme, déduction faite de la prime qui lui est promise : Pot., p. 45. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 20. Estrangin, p. 46. Boulay-Paty, t. III, p. 432. Lemonn., n. 118. — *Contrà* : Emérigon, t. I, p. 254. Dagev., t. III, p. 169. Béd., n. 1149.

Source BIU Cujas

moindre ou plus forte que celle de l'assurance ; en effet, il y a là deux contrats parfaitement distincts; et il n'y a pas de raison notamment pour que l'assureur, s'il trouve des conditions meilleures, n'en profite pas; il est vendeur de sécurité, il peut, comme tout commerçant, spéculer sur cet objet vendu, s'il sait l'acheter à meilleur marché qu'il ne le revend. — Les deux contrats sont tout à fait indépendants l'un de l'autre. Il s'ensuit que quand même l'assureur en faillite n'aurait payé que partiellement la somme assurée, il peut demander au réassureur la totalité de la somme réassurée (1).

1361. D'après le 2e al. l'assuré peut faire **assurer la prime**. En effet, l'assurance simple ne le met pas complètement à couvert de toute perte; car, en cas de sinistre, il touchera bien la somme assurée, mais il devra payer la prime, il la compensera avec ce qu'il aura à recevoir; il restera donc à découvert du montant de la prime : S'il a assuré 10,000 fr. moyennant une prime de 10 %, il ne touchera que 9,000 fr. nets. Il peut faire assurer sa prime de 1,000 fr., en assurant alors 11,000 fr. Mais payant aussi une prime sur les 1,000 fr. qu'il assure en plus, il perdra encore 100 fr. si la prime est aussi à 10 %. C'est pour cela qu'il faut aller plus loin, et assurer la **prime des primes** à l'infini ; voici alors le calcul à faire :

Assurance des valeurs exposées.		10,000
—	de la 1re prime à 10 %.	1,000
—	de la 2e —	100
—	de la 3e —	10
—	de la 4e —	1
	Total à assurer.	11,111

Moyennant l'assurance de 11,111 fr., il se mettra complètement à couvert en cas de perte; il achètera cet avantage parce que, en cas d'heureuse arrivée, il paiera une prime plus forte, soit 1,111 fr. 11 c., au lieu de 1,000 fr. seulement (2). — Bien entendu, cette assurance de la prime et de la prime des primes peut être faite par les mêmes asureurs que l'assurance principale, quoiqu'on en ait douté autrefois.

CHAPITRE II.

OBLIGATIONS DE L'ASSUREUR ET DE L'ASSURÉ.

Trois sections : — 1° causes de résolution du contrat; — 2° obligations de l'assuré; — 3° obligations de l'assureur.

(1) Montpellier, 15 mai 1872, D. P. 74. 2. 165.

(2) La formule du calcul à faire pour savoir la prime à payer lorsque l'on assure la prime des primes est celle-ci : multiplier la valeur assurée par le taux de la prime, et diviser le produit par le nombre 100 dont on a retranché le même taux. Soit c le capital, et t le taux de la prime, on aura $\frac{c \times t}{100 - t}$.

Source BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

CAUSES DE RÉSOLUTION DU CONTRAT.

1362. La résolution du contrat diffère de la nullité en ce qu'elle a lieu pour des causes postérieures au contrat, tandis que la nullité est produite par des causes contemporaines de la convention. En matière d'assurances le nom de **ristourne** comprend les deux choses; nous avons déjà étudié sous ce nom les causes de nullité (v. n. 1317), nous allons maintenant étudier les causes de résolution. Nous les rangerons sous trois chefs : — 1° résolution par la faillite des parties; — 2° résolution par la volonté de l'assuré; — 3° résolution pour changement dans les risques.

I. — Résolution par la faillite des parties.

1363. Pour comprendre cette matière il faut remonter aux principes. — La faillite n'est pas par elle-même une cause de résolution des contrats; la seule cause générale de résolution, c'est l'inexécution des conditions (art. 1184, C. civ.).

Pour appliquer cet article, plaçons-nous d'abord à un moment où les obligations sont échues et n'ont plus rien de conditionnel.— Et d'abord, si la prime est due immédiatement, ou si le billet de prime est échu, et que l'assuré ne paie pas la prime, l'assureur peut demander la résiliation du contrat (anal. C. civ., art. 1654) ; lorsque l'assuré est tombé en faillite après le moment où il devait payer, il devient certain qu'il ne paiera pas intégralement; il y a lieu, d'après tous les principes, à résolution pour non paiement du prix. Mais cette résolution n'a pas lieu de plein droit, et les syndics de la faillite pourraient, dans l'intérêt de la masse, payer la prime intégralement pour conserver le bénéfice de l'assurance (1). — Réciproquement, si l'assureur est tombé en faillite à un moment où il est devenu certain qu'il doit une indemnité à l'assuré, celui-ci peut, en se fondant sur l'art. 1184, C. civ., et sans invoquer d'autre texte, faire résoudre le contrat pour se dispenser de payer sa prime. Mais rarement il aura intérêt à demander la résolution, parce que la somme à laquelle il aura droit sera souvent plus forte que sa prime, même en tenant compte de la réduction au marc le franc produite par la faillite. Dans ce dernier cas, il aura intérêt à maintenir le contrat, et à figurer comme créancier dans la faillite pour l'indemnité à lui due. Q. *Alors pourra-t-il retenir l'intégralité de sa prime en la déduisant de cette indemnité?* Il y a intérêt pour ne pas subir, sur le montant de sa prime, la réduction proportionnelle produite par la faillite. Il faut admettre qu'il le pourra, non pas en vertu d'une compensation (celle-ci serait peut-être impossible, si l'une des deux dettes n'est devenue exigible que depuis la faillite) (2), mais en vertu du droit de rétention consacré pour le vendeur par les art. 1612 et 1613, C. civ.: de même que le vendeur a le droit de ne se dessaisir de l'objet vendu que contre le paiement intégral du prix, de même l'assuré a droit de ne se dessaisir

(1) Béd., n. 1191.
(2) Lemonn., n. 152. — *Contrà* : Pard., n. 1126.

Source BIU Cujas

de sa prime que contre paiement intégral de l'indemnité; il résulte de là un droit de rétention analogue à celui du créancier gagiste, et auquel il faut appliquer les art. 547 et 548, C. com. : on ne peut reprendre la somme qui lui sert de gage qu'en lui payant l'intégralité de sa créance (art. 547) ; sinon il la gardera, tout en figurant dans la masse pour le surplus de sa créance (art. 548) (1).

1364. Supposons maintenant que la faillite se produise à un moment où les obligations des parties sont encore en suspens. C'est le cas prévu par l'art. 346 (2) :

Art. 346. Si l'assureur tombe en faillite lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assuré peut demander caution, ou la résiliation du contrat. — L'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré.

D'après cet article, la résolution n'a pas lieu de plein droit ; elle peut être évitée par les syndics de la faillite, si ceux-ci consentent à donner caution. C'est la solution que donne l'art. 1613 en cas de vente à terme. C'est l'application des principes généraux : de même que, la dette étant échue, la faillite peut éviter la résolution en payant intégralement ce que devait le failli ; de même, avant l'échéance, elle peut l'éviter en donnant caution pour ce paiement intégral. — Il est évident que la caution est facultative pour la faillite (3) et non pour l'autre partie, malgré les termes un peu ambigus de l'article. Cette ambiguité est corrigée par les polices françaises, dans la reproduction de cette règle (V. pol. sur corps, art. 27 ; pol. sur facultés, art. 17). — Dès lors, en pratique, il arrivera souvent que la faillite de l'assuré usera de cette faculté, car l'avantage de l'assurance lui sera sans doute aussi profitable qu'à l'assuré (4). Au contraire, la faillite de l'assureur ne voudra guère, pour gagner une prime minime, s'engager à payer un sinistre peut-être très considérable.

Dans ce dernier cas, faillite de l'assureur, on a donné, pour justifier la résolution de l'assurance, un motif qu'il est bon de connaître, quoiqu'il ne soit pas nécessaire de l'invoquer, puisque les principes suffisent. C'est que, s'il n'y avait pas résiliation, l'assuré ne pourrait pas arriver à obtenir la sécurité qu'il a cherchée : d'une part, il ne l'obtient pas de ses assureurs faillis; d'autre part, il ne pourrait pas faire valablement assurer par d'autres le même risque (art. 359).

II. — **Résolution par la volonté de l'assuré.**

Art. 349. Si le voyage est rompu avant le départ du vaisseau, même par le fait de l'assuré, l'assurance est annulée ; l'assureur reçoit, à titre d'indemnité, demi pour cent de la somme assurée.

1365. Il faut, avant tout, faire ressortir la condition essentielle d'application de l'art. 349, c'est que la rupture ait lieu *avant le départ* ; sinon, une fois les

(1) Emérigon, t. I, p. 83. Pard., n. 1126. Boulay-Paty, *Dr. marit.*, t. III, p. 346; et *Traité des faillites*, n. 40. Droz, n. 180.

(2) V. Bordeaux, 5 mars 1861, D. P. 62. 2. 54.

(3) De Courcy, *Polices françaises*, p. 309.

(4) V. Bordeaux, 5 mars 1861, D. P. 62. 2. 54.

Source BIU Cujas

risques commencés, la prime est toujours due (v. *infrà*, n. 1370). Pourtant ces mots *avant le départ* ne doivent pas être pris à la lettre ; si la police faisait commencer les risques dès le chargement, comme cela arrive souvent, c'est dès ce moment que l'art. 349 s'appliquerait (1).

S'il y a rupture par force majeure, le ristourne est l'application du droit commun : car, puisqu'il ne peut pas y avoir de voyage, il ne peut pas y avoir de risques, l'objet du contrat est impossible. — Si la rupture a lieu par le fait de l'assuré, il est tout à fait en dehors des principes que la volonté de l'une des parties puisse la dégager d'une convention légalement formée. Mais on a considéré depuis longtemps (2), et à bon droit, que l'assurance n'est jamais pour l'assuré que l'accessoire d'une spéculation qu'il fait sur le navire ou sur les marchandises. Or, mille circonstances peuvent rendre le voyage projeté sans objet; il serait bien dur de maintenir l'assurance dans le cas où il renonce volontairement à faire faire un voyage devenu inutile (3). D'autre part, l'assureur connaît très bien ce caractère inhérent à toute assurance; il doit être censé avoir souscrit à ce que l'impossibilité de l'entreprise principale fît tomber l'accessoire; c'est, d'ailleurs, son intérêt; car on hésiterait souvent à faire des assurances, si celles-ci devaient former un lien indissoluble.

Dans tous les cas, en supposant que la rupture ait eu lieu avant le commencement du voyage, l'assureur a droit à 1/2 °/₀, et n'a droit qu'à cela. C'est, nous l'avons déjà dit (n. 1317), une indemnité à forfait pour les frais qu'il a pu faire, pour la peine qu'il s'est donnée dans la formation et la rédaction du contrat (4), enfin, pour l'obstacle que ce contrat a pu présenter à ce qu'il en formât d'autres. Cette indemnité est jugée suffisante, quand même la rupture vient du fait de l'assuré, parce qu'il a pu s'y attendre et a dû faire entrer cette éventualité dans ses prévisions, comme nous l'avons dit. Elle est due même en cas de rupture par force majeure, quoique en général la force majeure ne donne pas lieu à des dommages-intérêts; c'est que c'est une simple indemnité pour des dommages en quelque sorte matériels, et il est juste qu'ils soient à la charge de l'assuré qui a pris l'initiative d'un contrat fait surtout dans son intérêt; — dans la discussion au conseil d'Etat, on voit que le législateur n'a pas voulu distinguer (5).

1366. L'art. 356 consacre la même idée avec quelques variantes d'application dans l'assurance de marchandises pour l'aller et le retour :

Art. 356. Si l'assurance a pour objet des marchandises pour l'aller et le retour, et si, le vaisseau étant parvenu à sa première destination, il ne se fait point de chargement en retour, ou si le chargement en retour n'est pas complet, l'assureur reçoit seulement les deux tiers proportionnels de la prime convenue, s'il n'y a stipulation contraire.

On aurait pu douter qu'il y eût lieu à la moindre réduction sur la prime, en disant que les deux voyages d'aller et de retour ne forment, d'après la

(1) Emérig., ch. 15, sect. 1. Béd., n. 1225. Al. n. 2113.
(2) Ord. Barcelone, de 1458, art. 15. Ord. des Pays-Bas, de 1543, art. 14-16.
(3) Locré, sous l'art. 349. Béd., n. 1222.
(4) Emérigon, ch. 16, sect. 6. Al. n. 2112. — *Contrà* : Pot., n. 181.
(5) Al. n. 2113. — *Contrà* : Locré, t. IV, p. 183. Dagev., t. III, p. 345. Béd., n. 1234.

Source BIU Cujas

convention, qu'un seul voyage auquel la prime s'applique indivisément, et que, par conséquent, les risques ayant commencé à courir, la prime est due intégralement. Le Code a considéré que cette fiction de l'unité de voyage, admise à certains égards par la convention, n'a pas été voulue d'une manière absolue et avec toutes ses conséquences; notamment que l'assuré n'a pas dû vouloir s'engager absolument à faire assurer un chargement de retour qui peut être impossible à réaliser, et que l'assureur n'a pas dû compter absolument sur cette assurance de retour (1).

Mais l'indemnité est ici différente de celle de l'art. 349 : l'assuré doit payer les deux tiers de la prime, pour le chargement ou la partie du chargement qui n'a fait que le voyage d'aller; c'est-à-dire, en admettant que la moitié de la prime s'applique à chaque voyage; on paie toute la prime d'aller, soit 1/2 du tout ou 3/6, ce qui est parfaitement juste puisque le voyage a été fait; et un tiers de la prime de retour, 1/6 du tout (ce qui, joint aux 3/6 pour l'aller, fait 4/6 ou 2/3); ce tiers de la prime de retour sera le plus souvent supérieur à 1/2 % de la valeur assurée en retour; le règlement de l'art. 356 est donc en général plus favorable à l'assureur que celui de l'art. 349.

L'application de l'art. 356 sera facile, s'il n'y a pas de chargement de retour; l'assuré paiera 2/3 de la prime totale. Mais le texte peut laisser du doute lorsque le chargement de retour est partiel; il faut l'entendre en ce sens que la prime totale est due pour toutes les valeurs chargées au retour, puisque des valeurs correspondantes ont certainement fait le voyage d'aller; c'est seulement sur les lacunes existant au retour et proportionnellement à la valeur totale du chargement d'aller que la prime sera réduite aux 2/3 (2).

Notre article ne s'applique qu'au défaut de chargement de retour provenant d'une décision de l'assuré, résultant des nécessités du marché; il ne s'appliquerait pas au cas où le chargement de retour serait devenu impossible par la perte du navire arrivée pendant le voyage d'aller; le texte est formel pour viser le cas où le vaisseau était parvenu à sa première destination. Dans le cas de perte du navire, la prime est due totalement, car on reste alors sous l'empire de la convention des parties, qui l'affecte indivisément aux risques d'aller et de retour; d'ailleurs, l'assureur devant payer le sinistre du voyage d'aller, il serait bien dur de réduire la prime qu'il touche (3). — Il résulte de ces motifs que l'article s'appliquerait si la perte survenue pendant le voyage d'aller résultait d'un fait dont ne répondent pas les assureurs; p. ex. de la prise, lorsqu'ils n'ont pas garanti les risques de guerre (4).

L'article ne vise que les marchandises; il est inapplicable à l'assurance du corps (5).

III. — Résolution pour changement dans les risques.

1367. Les risques étant l'objet du contrat ne peuvent évidemment être changés par la volonté de l'une des parties; donc, de même que leur déter-

(1) Locré, sous l'art. 356. Béd., n. 1313.
(2) Béd., n. 1315. Al. n. 2146.
(3) Al. n. 2146.
(4) Emérigon, ch. 3, sect. 2, § 4. — Béd., n. 1317. Al. n. 2146.
(5) Pot., n. 185. Valin, *Ord.*, liv. 3, tit. 6, Boulay-Paty, t. IV, p. 100. Dagev., t. III, p. 287. Béd., n. 1314. Al. n. 2147. — *Contrà* : Emérigon, ch. 3, sect. 2, § 4.

Source BIU Cujas

mination inexacte amène la nullité du contrat, de même leur changement en entraînera la résolution. En pratique, on confond ces deux idées sous le nom de *ristourne* pour changement des risques ; et le Code vise simultanément les deux hypothèses dans plusieurs articles qu'il nous suffira de rappeler puisque nous les avons déjà étudiés au point de vue de la nullité, n. 1317 : ce sont les art. 357- 362, qui supposent un excès dans la valeur assurée par rapport au chargement, or, cette différence peut tenir aussi bien à un changement dans la volonté de l'assuré au moment du chargement qu'à une inexactitude dans la rédaction de la police. — L'art. 351 indique aussi qu'il y a lieu au ristourne pour changement de route, de voyage et de vaisseau (v. *infrà*, n. 1375). — Cela peut s'appliquer aussi au changement de capitaine (1), ainsi qu'au changement de navire, lors même que celui-ci n'aurait pas été désigné dans la police (2).

Dans tous ces cas, il est dû aux assureurs une indemnité de 1/2 °/₀, si les risques n'ont pas couru, art. 358, 359, 361 qu'il faut appliquer par identité de raison au cas de l'art. 351. — Au contraire, la prime entière est due si les risques ont commencé à courir (art. 351 qu'il faut généraliser), ou s'il y a eu fraude ou dol de l'assuré (art. 357).

1368. L'art. 364 donne une application spéciale de l'art. 351 dans un cas qui aurait pu faire quelque difficulté :

Art 364. L'assureur est déchargé des risques, et la prime lui est acquise, si l'assuré envoie le vaisseau en un lieu plus éloigné que celui qui est désigné par le contrat, quoique sur la même route. — L'assurance a son entier effet, si le voyage est raccourci.

On aurait pu soutenir, sans beaucoup de chances de succès, il est vrai, que le voyage prolongé dans la même direction n'est pas un voyage changé ; il est évident que les risques sont alors augmentés, donc il doit y avoir ristourne. — Dans ce cas, l'assurance est ristournée, par cela seul que la destination du navire a été changée, lors même qu'il éprouverait le sinistre dans le trajet auquel s'appliquait l'assurance (3). Il en est de même si l'assurance lui interdisait certaines mers et qu'il éprouve le sinistre après être revenu dans les mers permises (4).

En cas de raccourcissement, la prime entière est due, car les risques ont commencé à courir. — Il n'y aurait pas simple raccourcissement si la destination du navire avait été changée et fixée à un port moins éloigné que le port primitivement fixé (5), lors même que ce port serait sur la route primitive, à moins que le navire ne dût, d'après la police, entrer dans ce port plus rapproché (6), ou que la force majeure ne l'ait obligé à y entrer.

(1) Rennes, 14 juin 1869, D. P. 71. 2. 126.

(2) Béd., n. 1294.

(3) Cass. 8 août 1876, D. P. 77. 1. 109. — Béd., n. 1292. Al. n. 2160, 2165. Laurin, t. IV, p. 73 et suiv.

(4) Lemonn., n. 255. Béd., n. 1291. Al. n. 2056, 2166. Laurin, t. IV, p. 76 et suiv.

(5) On ne saurait hésiter, si le port nouvellement choisi comme terme du voyage est dans une direction toute différente du premier ; quoique M. de Courcy discute longuement la question : v. *Questions*, t. I, p. 313 et suiv.

(6) Paris, 18 avril 1849, D. P. 49. 2. 163. Béd., n. 1275. Laurin, t. IV, p. 76. Droz, n. 297. — *Contrà* : Al. n. 2161.

Source BIU Cujas

SECTION II.

OBLIGATION DE L'ASSURÉ.

1369. L'obligation de l'assuré est très simple : c'est celle de payer la prime. Et elle n'a rien d'aléatoire; la prime est due, soit en cas d'heureuse arrivée, soit en cas de sinistre ; sauf, dans ce dernier cas, la compensation jusqu'à due concurrence avec l'indemnité à laquelle il a droit (v. *pol. franç.* sur corps, art. 26 ; sur facultés, art. 16, avec quelques stipulations spéciales sur lesquelles nous ne pouvons nous étendre).

Nous avons indiqué les termes ordinairement accordés à l'assuré pour payer sa prime; le mode habituel de règlement par un billet de prime. Nous avons examiné la question de savoir si, en cas de faillite de l'assureur, l'assuré peut déduire de sa créance la prime qu'il doit, et nous avons admis l'affirmative. Nous n'avons pas à revenir sur tous ces points.

Le paiement de la prime est garanti par un privilège sur l'objet assuré, du moins en cas d'assurance sur corps. Nous avons étudié ce privilège sur le navire sous l'art. 191, 10° (n. 1136). Q. *Faut-il l'étendre à l'assurance sur facultés?* Nous admettons l'affirmative avec la grande majorité des auteurs : — sans doute les privilèges sont de droit étroit et ne doivent pas, en général, s'étendre par analogie ; mais ici il n'y a pas seulement analogie, il y a identité complète, et il est absolument impossible de trouver une raison de faire une différence, suivant que l'assurance a pour objet le corps ou les facultés ; — si la loi n'a parlé que du privilège sur le navire, c'est qu'elle a consacré aux privilèges sur les navires plusieurs articles spéciaux ; tandis qu'elle n'a pas repris d'ensemble la liste des privilèges sur marchandises en matière commerciale; — l'art. 320, C. comm., reproduit la disposition de l'art. 191, 9°, en y ajoutant le privilège pareil sur les marchandises; il montre clairement que le législateur n'a jamais eu la pensée de soumettre à un traitement différent le corps et les facultés ; il faut donc donner de l'art. 191, 10°, l'interprétation que l'art. 320 donne de l'art. 191, 9° (1).

1370. Nous devons insister sur une règle essentielle : c'est que *la prime entière est due dès que les risques ont commencé à courir*, pour quelque cause qu'ils soient interrompus (art. 351, 364). Cette règle résulte directement des principes généraux sur la cause des obligations : la cause de l'obligation de payer la prime, c'est la promesse par l'assureur de prendre les risques sur lui; donc dès que les risques ont couru, l'assureur a droit à sa prime; et il y a droit d'une manière indivisible, parce qu'il a, quand même les risques n'auraient duré que quelques instants, été exposé à payer l'indemnité tout entière. En effet, le navire ne fût-il resté qu'une heure hors du port, il pouvait périr tout entier; cela est évident si c'est le mauvais temps qui l'a forcé de rentrer ; mais cela serait vrai lors même qu'il n'aurait rebroussé chemin que sur un contre-ordre donné par des signaux. Il faut même remarquer que c'est

(1) Aix, 16 mars 1857, *J. Mars.*, t. XXXV. 1. 81. Valin, *Ord.*, t. I, p. 364. Emérigon, *Assur.*, ch. 3, sect. 7. Caumont, v° *Assur.*, n. 141, §§ 5 et 6. Cauvet, n. 245. Laurin, t. I, p. 111-113. — *Contrà* : Dall., *Priv. et hyp.*, n. 513. Droz, n. 184.

Source BIU Cujas

la sortie des ports et le voisinage des terres qui offrent le plus de dangers, même lorsqu'il n'y a pas de tempête. — Si l'on a assuré les risques, même avant la sortie du port, par ex. à partir du moment où le navire a commencé à embarquer les marchandises (*pol. franç.* sur corps, art. 6), le même raisonnement et la même règle devraient s'appliquer : cette assurance a pour motif que des avaries très considérables peuvent se produire pendant le chargement; le navire peut même être incendié ou coulé bas par un autre; les assureurs, par cela seul qu'ils ont été exposés à payer ces sinistres, ont droit à leur prime.

Remarquons en dernier lieu que le coût de la police est mis très généralement à la charge de l'assuré. A défaut de stipulation, cela résulterait de l'art. 1593, C. civ.; car l'assuré doit être assimilé à l'acheteur, il est acheteur de sécurité; le contrat est fait premièrement dans son intérêt. Du reste, les polices françaises le stipulent expressément (*pol. franç.* sur corps, art. 31; sur facultés, art. 20).

SECTION III.

OBLIGATION DE L'ASSUREUR.

1371. L'obligation essentielle de l'assureur est de payer à l'assuré l'indemnité des avaries subies par les objets assurés; et cela dans la limite de la somme assurée, ou, à proportion de cette somme, dans le cas où l'assurance n'a pas couvert toute la valeur des objets. — Cette obligation peut être modifiée dans le cas de sinistre très considérable par la faculté de *délaissement*, accordée par la loi à l'assuré : celui-ci peut alors, en abandonnant la propriété des objets assurés et toutes les actions qu'il a à leur sujet, demander aux assureurs le paiement intégral de la somme assurée. Cette faculté de délaissement nécessite la distinction des *sinistres mineurs*, donnant lieu seulement à l'*action d'avarie*, c'est-à-dire à l'action en indemnité des dommages soufferts, et des *sinistres majeurs* pouvant donner lieu, au choix de l'assuré, à l'action d'avaries ou au *délaissement*.

Réservant pour le chapitre III la théorie du délaissement et des sinistres qui y donnent lieu, nous étudierons ici, dans deux paragraphes : — 1° les avaries dont répond l'assureur; — 2° les règlements d'avarie ou règlements de l'indemnité due à l'assuré et poursuivie par l'action d'avarie.

§ 1er.

Avaries dont répond l'assureur.

1372. Pour que l'assureur soit tenu d'indemniser l'assuré, il ne suffit pas que l'avarie se soit produite sur mer dans les assurances maritimes; il ne suffit pas non plus qu'elle soit arrivée dans le temps et dans le lieu des risques, ce qui est nécessaire puisque les conditions du contrat, la prime notamment, ont été établies en vue de ces risques déterminés, comme nous l'avons expliqué. Même dans ces limites, l'assureur ne peut pas répondre de

Source BIU Cujas

toute avarie, p. ex. de celle qui arriverait par la faute de l'assuré. Il faut donc préciser celles dont il répond.

Le Code a sur ce point une doctrine très nette, qu'il importe de connaître quoiqu'elle soit loin d'être suivie habituellement dans la pratique par les diverses polices. D'après le législateur, les assureurs ne répondent que des avaries produites par **fortune de mer** (art. 350, *in fine*), c'est-à-dire à la suite d'événements arrivés *sur mer* (1) et présentant le caractère de *cas fortuit* ou de *force majeure* (v. l'énumération de l'art. 350); la force majeure comprend, non seulement le jeu des forces naturelles, mais encore tous les actes violents commis par des tiers étrangers au navire et à la cargaison. — Au contraire, sont exclues toutes les autres causes d'avaries : — le fait ou la faute des assurés, des propriétaires, affréteurs ou chargeurs (art. 351, 352), ou du capitaine et de l'équipage (art. 353), c'est-à-dire, en somme, le fait ou la faute de l'assuré et de ceux qu'il a choisis ou agréés, dont il a volontairement suivi la foi; — et le vice propre de la chose (art. 352). — Enfin, on ne peut même pas considérer comme avaries les frais ordinaires de la navigation (art. 354 et 406) (v. *suprà*, n. 1270).

Les polices, au contraire (à l'exception de la police de Nantes), prennent pour point de départ une tout autre distinction : elles séparent, avant tout, les *risques de paix* et les *risques de guerre*, confondus dans l'art. 350; les assureurs garantissent de plein droit les risques de paix; ils ne garantissent les risques de guerre qu'en cas de stipulation formelle, ajoutée à la main sur la police (v. *pol. fr.* sur corps et sur facultés; art. 1 et 2). Cette distinction est toute à l'avantage des assurés; car les risques de guerre étant beaucoup plus considérables doivent nécessairement donner lieu à la perception d'une prime plus forte; si donc les assureurs en répondaient communément, ils seraient obligés de calculer leurs primes en conséquence, et feraient payer bien plus cher aux assurés; au contraire, ne garantissant que les risques de paix, ils peuvent, en temps normal, abaisser beaucoup les primes; et il est toujours facile, en cas de guerre de modifier le contrat; on peut même prévoir cette modification dans la police (2). — En sens inverse, toutes les polices comprennent, dans les risques de paix qu'elles garantissent, la *baraterie de patron*, c'est-à-dire les fautes et prévarications du capitaine et de l'équipage. Leur pensée est que l'assuré doit être mis à couvert de tous les risques auxquels le voyage de sa chose l'expose nécessairement; or, il faut toujours et nécessairement s'en remettre à un capitaine, et lui laisser des pouvoirs très étendus; quoiqu'on ait, dans une certaine mesure, le choix, et quelque soin que l'on y apporte, on ne peut être sûr de ne pas être trompé : aussi les assurés tiennent à être couverts de ce risque, et les assureurs ont cru pouvoir le faire sans inconvénient.

(1) Il n'est pas nécessaire que l'avarie se soit *produite sur mer*, si elle est la suite d'un événement *arrivé sur mer* : par ex. pour les frais provoqués par un accident maritime (v. n. 1270); pour les détériorations ou le pillage subis par des marchandises débarquées forcément à la suite d'un échouement ou d'un naufrage : Pot., n. 55. Emérigon, ch. 12, sect. 29. Merlin, v° *Police d'assur.*, 1re part., n. 16. Pard., n. 770. Vincens, t. III, p. 262. Lemonn., n. 174. Béd., n. 1232 et suiv. Al. n. 2114.

(2) Lemonn., n. 187.

Source BIU Cujas

1373. Ces observations faites, les art. 350 et suiv. s'expliqueront facilement.

Art. 350. Sont aux risques des assureurs, toutes pertes et dommages qui arrivent aux objets assurés, par tempête, naufrage, échouement, abordage fortuit, changements forcés de route, de voyage ou de vaisseau, par jet, feu, prise, pillage, arrêt par ordre de puissance, déclaration de guerre, représailles, et généralement par toutes les autres fortunes de mer.

La plupart des faits énumérés par cet article se comprennent facilement et ne peuvent donner lieu à aucune difficulté. Il sera beaucoup plus délicat de savoir quand ces événements seront assez graves pour donner lieu au délaissement; c'est ce que nous verrons sous l'art. 369. D'autre part l'énumération de la loi n'étant pas limitative, comme le montre la fin de l'article, l'étude individuelle des divers événements énumérés diminue beaucoup d'importance; il suffit de bien comprendre la formule finale et nous l'avons expliquée ci-dessus. Nous dirons donc seulement quelques mots sur ceux de ces événements qui peuvent présenter des difficultés.

L'**abordage** n'est mis à la charge des assureurs qu'autant qu'il est fortuit (v. art. 407, 1er al., *suprà*, n. 1302). Celui qui serait arrivé par la faute du capitaine de l'assuré (art. 407, 2e al.) ne donnerait pas lieu à une indemnité; c'est la conséquence de l'exclusion par le Code de la garantie de la *baraterie de patron*. Aussi les polices ne font pas cette distinction. — **Q.** *L'abordage douteux, dont les causes sont inconnues est-il à la charge des assureurs pour la part qui incombe au navire assuré?* On ne devrait pas l'admettre, si l'on admettait que la loi, dans l'art. 407, 3e al., présume qu'il y a faute commune des deux capitaines; mais n'ayant pas admis cette dernière doctrine, ayant même fait remarquer que l'art. 407, 3e al., met l'abordage à la charge des deux navires et non pas des deux capitaines (à la différence du 2e al., qui parle du capitaine), nous déciderons que cet abordage douteux ne rentre pas dans la baraterie de patron, qu'il n'y a faute démontrée de personne, et, par conséquent, qu'il est à la charge des assureurs (v. n. 1302) (1).

La plupart des événements énumérés par l'art. 350, quand ils se réalisent, sont présumés arrivés par **cas fortuit**; les assureurs qui voudraient s'en décharger devraient prouver qu'ils ont été précédés d'une faute du capitaine, et ils ne seraient admis à le faire qu'autant qu'ils n'auraient pas garanti la baraterie. Il y a exception formelle pour les *changements de route, de voyage ou de vaisseau*, qui, étant l'effet d'une décision libre, sont présumés n'être pas fortuits (art. 351), et ne sont à la charge des assureurs qu'autant que l'assuré prouve qu'ils ont été *forcés* par un cas fortuit antérieur. — En cas de **feu**, on a soutenu que la présomption de cas fortuit ne devrait pas s'appliquer, parce que, dit-on, hors deux hypothèses faciles à constater, le feu du ciel et le feu de l'ennemi, l'incendie a nécessairement pour cause la faute du capitaine, de l'équipage ou d'un passager, ou bien le vice propre de la chose. Mais il faut répondre que cette énumération n'est pas complète; car on a vu assez souvent des incendies naître sans cause apparente; on ne peut pas dire toujours, dans ce cas, qu'ils proviennent du vice propre de la chose,

(1) Laurin, t. IV, p. 53, 54.

Source BIU Cujas

s'il s'agit d'une cargaison qui ne soit pas connue comme susceptible de s'enflammer spontanément; enfin tous les autres cas de l'art. 350 étant présumés fortuits, à l'exception des changements forcés de route, de voyage ou de vaisseau, pour lesquels la loi l'a dit expressément, le feu, pour lequel elle n'a rien dit, doit aussi être présumé fortuit (1).

1374. Les polices, qui ne garantissent pas les risques de guerre, prennent la précaution d'énumérer expressément, parmi les risques garantis, *les captures et molestations de pirates*; car ce sont là des faits de brigandage possibles en tout temps, et non des faits de guerre. — Les polices ajoutent aussi d'ordinaire les *relâches forcées*, sans préjudice de la formule générale qui embrasse toutes les fortunes de mer; c'est afin de bien faire entendre que les frais de ces relâches et les frais qu'elles occasionnent sont traités comme les avaries qui les provoquent (v. *infrà*, n. 1380).

Parmi les *risques de guerre*, habituellement exclus par les polices, mais qui peuvent être garantis par un retour aux règles du Code, il faut insister un peu sur l'*arrêt par ordre de puissance*. — D'abord il faut remarquer que les polices le rangent parmi les risques de guerre, quoiqu'il puisse (leur texte même le suppose souvent) émaner d'un gouvernement ami; c'est que ce risque est exceptionnel, au moins autant que les risques de guerre, et qu'on a voulu exclure tous les risques de ce genre pour ne pas élever trop les primes (2). L'arrêt de puissance doit se distinguer de la prise, en ce que le gouvernement qui arrête un navire n'entend pas se l'attribuer définitivement et dépouiller son propriétaire. Il y a, en outre, plusieurs distinctions à faire : ainsi on distingue l'*arrêt simple*, spécial à un ou à quelques navires; l'*embargo*, mesure générale sur tous les vaisseaux d'un port ou sur tous ceux appartenant à une nation; enfin l'*angarie*, ou le louage forcé du navire pour les transports du gouvernement, qui habituellement entend payer un fret pour cela. — Tous les frais que causera l'arrêt seront à la charge des assureurs : frais extraordinaires de tonnage, d'ancrage, etc.; loyers des matelots; avaries arrivées au vaisseau pendant l'arrêt. Pour les marchandises dont l'arrêt aurait amené la détérioration, ce sera une question de fait que de savoir si la détérioration a réellement sa cause dans l'arrêt, ou si elle provient du vice propre de la chose : s'il est démontré que dans un voyage ordinaire, même aussi prolongé qu'il aurait pu l'être sans accidents exceptionnels, les marchandises n'eussent pas été détériorées, la perte sera supportée par les assureurs; s'il y a doute, on devra croire que les deux causes ont concouru à la perte, et les assureurs devront y contribuer pour une part que les juges arbitreront (v. n. 1377) (3). — L'*interdiction de commerce* est l'inverse de l'arrêt de puissance, puisqu'elle empêche le navire d'aborder au port. Mais elle produit des effets analogues : allongement du voyage, risques nouveaux. Elle devra être traitée de même. Le *blocus* n'en est qu'un cas particulier. Du reste, ces faits peuvent quelquefois constituer seulement des risques de paix; si, par ex., ils sont provoqués par l'existence d'une maladie contagieuse.

(1) Casaregis, disc. 1, n. 186. Emérigon, ch. 12, sect. 17. Lemonn., n. 169 et suiv. Dall., n. 1839. Al. n. 2123. Laurin, t. IV, p. 54-56. — *Contrà* : Targa, ch. 65. Dagev., t. III, p. 263. Béd., n. 1248.

(2) Lemonn., n. 188.

(3) Comp. Pard., t. III, p. 276. Lemonn., n. 164, 192 et suiv.

Source BIU Cujas

1375. **Art. 351. Tout changement de route, de voyage ou de vaisseau, et toutes pertes et dommages provenant du fait de l'assuré, ne sont point à la charge de l'assureur ; et même la prime lui est acquise, s il a commencé à courir les risques.**

Cet article exclut de la garantie promise par les assureurs tous les dommages provenant du **fait de l'assuré**, ce qui comprend *à fortiori* ses fautes. Il est évident que ce ne sont pas des fortunes de mer. Aussi cet article ne pourrait-il être écarté par aucune clause contraire. — La loi applique spécialement cette idée aux changements de route (1), de voyage ou de vaisseau, qui sont, nous l'avons vu, toujours présumés volontaires et ne peuvent faire l'objet d'une demande d'indemnité que si l'on prouve qu'ils sont *forcés* (art. 350). Ce qui est exclu des risques garantis, ce ne sont pas seulement les frais de ces changements, et ceux qui en sont la conséquence, mais ce sont aussi toutes les avaries et toutes les pertes qui ont pu se produire, même par force majeure, pendant que le navire était hors de la route directe qu'il devait suivre, ou pendant qu'il voyageait vers une destination non indiquée dans la police (v. n. 1368), ou pendant que les marchandises étaient sur le vaisseau nouveau. Nous avons déjà dit que ces changements résolvaient l'assurance, et nous avons trouvé une application de cette règle dans l'art. 364; en effet, on peut toujours dire que les accidents ne se seraient pas produits si l'on était resté dans les termes du contrat; et cela, en cas de changement de vaisseau, lors même que le nouveau serait, en général, meilleur que le premier.

1376. **Art. 352. Les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose et les dommages causés par le fait et faute des propriétaires, affréteurs ou chargeurs, ne sont point à la charge des assureurs.**

Prenons d'abord dans cet article la disposition qui parle des « *dommages causés par* **le fait et faute** *des propriétaires, affréteurs ou chargeurs* ». Cette disposition paraît bien faire double emploi avec celle de l'art. 351; mais il est possible de lui donner un sens différent; et comme il faut toujours entendre une disposition dans le sens où elle peut avoir une utilité (C. civ., art. 1157), nous déciderons, malgré les divergences qui existent sur ce point, qu'elle s'appliquera aux faits et fautes d'autres personnes que les assurés eux-mêmes, c'est-à-dire aux faits et fautes des autres cointéressés au navire et au chargement; ainsi le propriétaire du navire ne pourra demander à ses assureurs une indemnité pour le dommage venant du fait des affréteurs ou chargeurs; et réciproquement ceux-ci pour le fait des propriétaires du navire Il y a là, chez le législateur, la même pensée qui a fait exclure la baraterie de patron; c'est qu'on ne peut considérer comme cas purement fortuits les faits des personnes avec qui l'on a traité, que l'on a choisies dans une certaine mesure et en qui l'on a eu confiance (2). — Seulement cette idée ne se retrouvera pas dans les rapports des différents chargeurs entre eux, car ils ne se sont ni choisis ni agréés : aussi nous permettrions à un chargeur de deman-

(1) V. Req. 9 janv. 1872, D. P. 72. 1. 199.
(2) Lemonn., n. 219. Em. Cauvet, n. 428. — *Contrà* : Droz, n. 196. Al. n. 2132.

Source BIU Cujas

der à ses assureurs une indemnité pour les faits d'un autre chargeur. Il en serait de même pour les dommages provenant du fait d'un passager (1).

Les règles que nous venons d'étudier peuvent paraître rigoureuses (2) ; et elles sont certainement loin de l'esprit des polices, qui garantissent même la baraterie de patron. Pourtant il n'y est fait aucune dérogation formelle par ces polices; faut-il dire qu'elles devront être appliquées sous le régime de ces polices? Nous ne le pensons pas : — quoique les règles du Code forment le droit commun à défaut de stipulations contraires, on peut très bien admettre que les stipulations dérogatoires peuvent être implicites, et il faut ici argumenter par *à fortiori* de ce que les polices garantissent même la baraterie de patron; car le capitaine est bien plus du choix de l'armateur, et on lui a accordé bien plus de confiance que les armateurs et chargeurs ne s'en sont accordé respectivement.

1377. L'art 352 exclut encore des risques garantis les dommages arrivés par le **vice propre** de la chose. Il faut entendre par ces mots, non seulement les défectuosités que peut présenter la marchandise et qui peuvent la faire corrompre plus facilement, mais encore la nature même de la chose qui, en la supposant de la meilleure qualité, est susceptible de se gâter, soit par le seul effet du temps, comme des fruits verts, soit par le fait d'être enfermée sans air, comme des fruits secs, des farines, soit enfin par le mouvement du transport, comme le vin (3). Dans le premier cas, il y a faute de l'assuré à embarquer une marchandise avariée; dans les autres cas, la détérioration a une cause inhérente au fait du voyage lui-même, il y a eu imprudence pour le chargeur à faire une spéculation lointaine sur de pareils objets, ou bien les profits que doit donner la réussite de l'opération doivent compenser les risques spéciaux de perte. Cela ne regarde pas les assureurs (4). — Pourtant il ne leur est pas interdit de se charger de ces risques par une clause expresse, puisqu'il n'y a pas faute caractérisée du chargeur, surtout puisqu'on ne le garantit pas des fautes à venir, mais des conséquences d'une situation faite et parfaitement définie.

Q. *L'assureur répondrait-il du dommage causé par le vice propre, si celui-ci ne s'est développé qu'à raison du retard mis à l'arrivée du navire?* Voici les distinctions qui nous paraissent devoir être admises : les assureurs ne répondent pas du retard pur et simple causé par les difficultés de la navigation; ils ne répondraient donc pas du développement donné au vice propre par ce retard (5); — si, au contraire, le retard est produit par un événement dont ils répondent (avarie ralentissant la marche, relâche forcée, arrêt de puissance; nous ne distinguons pas entre ces diverses causes), ils répondent des suites directes de ce retard, qui est lui-même la suite directe du sinistre; donc ils répondront de la détérioration que le vice propre aura causée à la faveur de ce retard; en supposant qu'il soit constaté par les tribunaux que, sans ce

(1) Al. n. 2132.

(2) V. surtout de Courcy, *Questions*, t. II. p. 75 et suiv.

(3) Pard., n. 590. Lemonn., n. 209. Béd., n. 1263. Al. n. 2133.

(4) Emérigon, t. IV, p. 388. Valin, t. II, p. 14. Pot., p. 105. — Pard., t. III, p. 273. Locré, t. II, p. 262. Lemonn., n. 209.

(5) Béd., n. 1264. Al. n. 2134. Laurin, t. IV, p. 70, 71. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 341.

Source BIU Cujas

retard, le vice propre ne se serait pas développé (1); — si, enfin, les tribunaux reconnaissent que la détérioration a été seulement aggravée par le retard, mais aurait néanmoins commencé sans lui, ils devront partager la charge du sinistre entre l'assuré et l'assureur (2).

Pour le navire, le vice propre consistera dans son état de vétusté qui ne lui permettait pas de résister aux efforts des vagues et du vent. A cet égard, les procès-verbaux de visite avant le départ établiront une présomption en faveur de l'assuré, mais l'assureur pourra faire la preuve contraire (arg., art. 297, 2e al.) (3), d'autant plus qu'un navire peut être très navigable pour un chargement et une destination donnés, et ne pas l'être pour un autre genre de voyage (4). — La *police française* sur corps (art. 3) assimile au vice propre : « La piqûre des vers sur les parties du navire non protégées par un doublage métallique ».

Le vice propre se présumera si la marchandise est ordinairement de nature à se gâter; sinon, ce sera aux assureurs à le prouver (5).

1378. **Art. 355. Il sera fait désignation, dans la police, des marchandises sujettes, par leur nature, à détérioration particulière ou diminution, comme blés ou sels, ou marchandises susceptibles de coulage; sinon les assureurs ne répondront point des dommages ou pertes qui pourraient arriver à ces mêmes denrées, si ce n'est toutefois que l'assuré eût ignoré la nature du chargement lors de la signature de la police.**

Cet article se rattache au vice propre de la chose; mais l'hypothèse qu'il prévoit n'est pas tout à fait la même que celle de l'art. 354. Il s'agit ici de marchandises qui ne se détériorent pas en général par elles-mêmes, mais qui sont bien plus susceptibles que d'autres pour les fortunes de mer, notamment celles que l'irruption de l'eau de mer gâterait ou détruirait presque complètement. Cette circonstance aggrave les risques dont répond l'assureur; il a donc droit de la connaître (art. 348).—Souvent, d'ailleurs, on stipule pour ces objets la clause *franc d'avaries*, ou *franc de coulage*, qui décharge l'assureur de toute responsabilité pour ces événements. — L'assureur pourrait aussi, en sens inverse, prendre ces risques quelconques à sa charge par une clause expresse, et dispenser de la déclaration demandée par l'art. 355 (6).

1379. **Art. 353. L'assureur n'est point tenu des prévarications et fautes du capitaine et de l'équipage, connues sous le nom de baraterie de patron, s'il n'y a convention contraire.**

Les risques de **baraterie** sont encore de ceux qui sont exclus par le

(1) Lemonn., n. 164, 192 et suiv. Béd., n. 1264. Al. n. 2134. De Courcy, *Questions*, t. I, p. 342. Droz, n. 230.

(2) Cf. Rouen, 9 fév. 1847, D. P. 48. 2. 151. Lemonn., n. 193.

(3) V. Pard., t. III, p. 438. Locré, t. II, p. 498. Boulay-Paty, t. IV, p. 259 et suiv. Lemonn., n. 212 et suiv. De Courcy, *Pol. franç.*, p. 36, 37. Droz, n. 212.

(4) V. de Courcy, *La protection de la vie des navigateurs* (Paris, Arm. Auger, 1874), p. 122; et *Quest. de Dr. marit.*, t. I, p. 319 et suiv.

(5) Trib. comm. Seine, 17 juill. 1879, D. P. 81. 2. 432. — Emérigon, ch. 12, sect. 9, § 4. Pard., n. 773. Lemonn., n. 210. Béd., n. 1268. Al. n. 2136.

(6) Béd., n. 1311. Al. n. 2144.

Source BIU Cujas

Code, et garantis, au contraire, par presque toutes les polices (v. n. 1372); et cela est possible, parce que l'exclusion de ces risques par le Code est fondée seulement sur l'intention probable des parties, et non sur quelque principe de droit ou quelque intérêt d'ordre public. Il faut excepter seulement le cas où le capitaine est propriétaire du navire (v. n. 1375); alors on peut garantir seulement les faits de l'équipage (1).

Mais la *définition* de la baraterie demande à être précisée. Le Code nous dit bien que ce mot comprend les prévarications et les fautes du capitaine et de l'équipage (2); mais il paraît indiquer que toute faute n'est pas une baraterie, car il dit : « *les prévarications et fautes... connues sous le nom de baraterie de patron* »; ce qui s'entend plus naturellement et doit s'entendre en ce sens qu'il y a des prévarications et fautes non connues sous ce nom (3).

Plaçons-nous, d'abord, sous l'empire d'une police qui admettrait l'exclusion de ces risques, comme le Code. Les assureurs ne pourraient pas alléguer, pour se décharger, toute espèce de faute du capitaine, p. ex. la maladresse ou l'inopportunité des manœuvres ordonnées par lui, ou les fautes de l'équipage, car, à ce compte, il n'y aurait presque jamais de sinistres dont ils ne pussent s'exonérer (4). Il faudra que le capitaine ait manqué à une obligation précise résultant pour lui, soit de son mandat, soit des lois et règlements, soit des usages (5). Tel est le minimum de fautes auquel on puisse appliquer le nom de *baraterie*.

Si nous nous plaçons, au contraire, sous l'empire des polices qui garantissent la *baraterie*, faudra-t-il dire que les assureurs supporteront toutes les fautes du capitaine, quelque graves qu'elles soient, quelque étendues qu'en soient les conséquences? Jamais les assureurs n'ont eu une pareille pensée : la police de Paris, craignant les collusions possibles entre le capitaine et les armateurs pour frauder les assureurs, ne garantissait pas la baraterie « à l'égard des armateurs, des propriétaires de navires ou de leurs ayants droit »; elle ne les garantissait donc qu'au profit des chargeurs. La police de Bordeaux n'exceptait, même à l'égard des armateurs, que les cas de dol ou de fraude du capitaine. C'est ce système qui a été suivi par les polices françaises : celle sur facultés garantit absolument la baraterie (art. 1er); celle sur corps excepte les cas de dol ou de fraude du capitaine (art. 1 et 3), et encore « à moins que le capitaine n'ait été changé sans l'agrément de l'armateur ou de son représentant, et remplacé par un autre que par le second ». Celle du Havre admet les mêmes règles (art. 2). — Cette exception entraine l'exclusion de

(1) Lemonn., n. 181. Béd., n. 1276. Al. n. 2141.

(2) Dans l'origine, le mot *baraterie* ne comprenait que les véritables fraudes; on l'a ensuite étendu aux fautes, et le Code a consacré cet usage : Locré, t. IV, p. 98. Lemon., n. 177. Al. n. 2139. De Courcy, *Questions*, t. II. p. 1 et suiv.

(3) De Courcy, *Questions*, t. II, p. 1 et suiv. Droz, n. 236, 237. — *Contrà* : Laurin, t. IV, p. 83-84.

(4) Cass. 15 avril 1873, D. P. 73. 1. 305, etc. De Courcy, *Pol. fr.*, p. 54, et *Quest.*, t. II, p. 2.

(5) Pard., t. III, p. 272. Locré, t. II, p. 383. Boulay-Paty, t. IV, p. 62. Dagev., t. III. p. 279. Vincens, t. II, p. 258. Lemonn., n. 179. Béd., n. 1270. — Ou, comme le dit M. de Courcy (*l. cit.* p. 12), qu'il ait commis une faute grossière, inexcusable, enlevant l'estime pour sa capacité ou son caractère.

Source BIU Cujas

toute garantie pour « tous événements quelconques résultant de violation de blocus, de contrebande ou de commerce prohibé ou clandestin » (*pol. fr.* sur corps, art. 3, 1°, et sur fac., art. 3).

Même, en restant en deçà de cette limite, une question délicate a encore été soulevée : lorsque des marchandises ont éprouvé des avaries par une faute du capitaine, point de doute que les assureurs des facultés ne répondent de ces avaries ; mais les propriétaires du navire peuvent être atteints, de ce chef, par les chargeurs ou leurs assureurs recourant contre eux en vertu de l'art. 216. Même question pour les dommages dus à un autre navire *abordé* par la faute du capitaine. Q. *Les propriétaires du navire pourront-ils se faire rembourser par les assureurs du navire ce qu'ils auront ainsi payé pour les fautes du capitaine?* Les assureurs ont toujours soutenu la négative ; mais la jurisprudence leur a donné tort en général (1). Nous pensons que les assureurs avaient raison : — ce dont les assureurs répondent, ce sont les dommages arrivés aux objets assurés et arrivés par fortune de mer (C. com., art. 350 ; et art. 1 des polices) ; — sans doute, à côté des avaries matérielles, il y a les avaries-frais ; mais ces avaries-frais ne sont que des conséquences des cas de force majeure ou d'avaries matérielles, dont les *objets assurés* ont été atteints ou menacés ; — en garantissant la baraterie de patron, les assureurs ne doivent pas être présumés avoir voulu, sans une clause très formelle, s'écarter du principe fondamental de leur responsabilité ; on doit donc croire qu'ils ont voulu seulement renoncer à l'exception qu'ils pourraient tirer de la baraterie ; — or, dans notre hypothèse, le navire n'a subi aucun dommage, aucuns frais n'ont été faits pour lui directement ou indirectement ; les assureurs *du navire* ne devaient donc aucune indemnité au propriétaire atteint par le recours des chargeurs, ni aux assureurs de la cargaison (2). — Cette difficulté est tranchée formellement aujourd'hui par la *police française* sur corps (art. 3, 6°) qui exclut « *tous recours de tiers, chargeurs ou autres, notamment pour vice d'arrimage, chargement sur le pont, excès de charge, infraction de chartes-parties* ».

A plus forte raison les assureurs ne répondraient pas des actes commis à terre par le capitaine ou l'équipage (même art. 3, 5°) ; ni des actes de violence du capitaine sur un matelot (3).

1380. **Art. 354. L'assureur n'est point tenu du pilotage, touage et lamanage, ni d'aucune espèce de droits imposés sur le navire et les marchandises.**

Nous avons déjà vu l'art. 406 nous dire que ce ne sont pas là des avaries, mais de simples frais à la charge du navire. En effet, ce ne sont pas des accidents ou fortunes de mer, ce sont des conséquences régulières du voyage entrepris. Il faut leur assimiler les *frais d'hivernage, de quarantaine, de jours de planche* (v. *pol. fr.* sur corps, art. 3, 4° ; sur fac., art. 3). Les frais de quarantaine, dont nous parlons ici, sont ceux imposés aux navires pour l'entrée aux

(1) Rouen, 17 janv. 1881, D. P. 82. 2. 73, etc. Caumont, v° *Assur.*, n. 191, 192. Béd., n. 1234 bis, 1282, 1286. Al. n. 2142.

(2) Paris, 23 juin 1855, D. P. 55. 2. 220 ; Rouen, 19 mars 1878, *J. Havre*, 78. 2. 129. — De Courcy, *Pol. fr.*, p. 57 et suiv., et *Quest.*, t. II, p. 14 et suiv. Laurin, t. IV, p. 81, 91 et suiv. Droz, n. 246.

(3) Rouen, 17 févr. 1875, D. P. 77. 2. 88. — De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 62 et suiv.

Source BIU Cujas

ports où son voyage devait le conduire; mais il ne faudrait pas appliquer la même solution aux frais de la quarantaine, à l'entrée d'un port, où le navire serait obligé de faire une relâche forcée; ces frais étant la conséquence directe de la relâche forcée seraient, comme celle-ci, à la charge des assureurs, ainsi que tous les autres frais de l'art. 354 causés par la relâche forcée (1). Les polices mettent à la charge des assureurs les *risques* de quarantaine (v. *pol. fr.* sur corps, art. 7; sur fac. art. 5); ce qui est tout autre chose que les *frais* de quarantaine; cela signifie les risques de mer courus par le navire *pendant* la quarantaine; et cela s'applique même à la quarantaine imposée dans le cours normal du voyage (2). Les polices stipulent seulement une augmentation de prime lorsque le navire est envoyé en quarantaine ailleurs qu'au port où il veut entrer (*Pol. fr.*, sur corps, art. 7).

§ 2

Du règlement des avaries.

1381. Après ce que nous avons dit (n. 1289 et suiv.) sur le règlement des avaries communes entre les divers intéressés au navire et au chargement, il sera plus facile de traiter du règlement des avaries, soit communes, soit particulières, entre les assureurs et les assurés. Nous retrouverons beaucoup de questions semblables, et souvent des solutions analogues.

Le premier point à établir entre les assureurs et les assurés sera l'assiette et l'étendue exacte de l'assurance : — l'*assiette*, c'est-à-dire la question de savoir si les objets frappés par l'avarie sont assurés, par qui, et dans quelle mesure par les divers assureurs; il faudra, pour cela, se référer aux principes que nous avons posés pour la détermination de l'objet de l'assurance; — l'*étendue* de l'assurance, c'est-à-dire la question de savoir si l'assurance a couvert la totalité de la valeur assurée; pour résoudre cette question, il faudra comparer l'évaluation des objets avec la somme assurée, et établir la proportion entre les deux nombres qui les représentent; car si l'assureur n'a couvert que 3/4, 9/10 de la valeur des objets, il ne devra payer que 3/4, 9/10 de chaque avarie, l'assuré étant resté son propre assureur pour le surplus. Cette détermination donnera lieu à discuter l'exactitude de l'évaluation, dans les cas et de la manière où cela est possible (v. n. 1335-1337).

Supposons cette première question résolue, et raisonnons dorénavant dans l'hypothèse où l'assureur a couvert la totalité de la valeur des objets assurés. Il y aura maintenant à se demander quelle est l'étendue de l'avarie. S'il y a eu perte totale, pas de difficulté, la somme assurée tout entière devra être payée. Pas de difficulté non plus, si la perte partielle est de celles qui donnent lieu au délaissement (v. *infrà*, n. 1394 et suiv.), et si l'assuré use de la faculté de délaisser; il a droit alors à la somme entière. La question s'élèvera, en cas de perte partielle, si celle-ci n'est pas de celles qui peuvent donner lieu

(1) Pot., n. 67. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 30. Lemonn., n. 164, 165 Béd., n. 1304. Al. n. 2143. De Courcy, *Pol. fr.*, p. 48.

(2) Lemonn., n. 239, 240.

Source BIU Cujas

au délaissement, ou si l'assuré, pouvant le faire, n'use pas de la faculté que la loi lui donne. — Nous traiterons successivement à ce point de vue : — 1° des avaries-frais; — 2° des avaries particulières au navire; — 3° des avaries particulières aux marchandises; — 4° des avaries communes.

1382. I. — **Des avaries-frais**. Pour celles-ci, il ne peut y avoir de difficulté, la quotité de ce que doivent les assureurs est déterminée par les frais qui ont été réellement payés et qui sont dûment justifiés (v. *suprà*, n. 1290). On pourra seulement avoir à examiner si ces frais n'excèdent pas la somme assurée, et si les asureurs ont couvert la totalité des objets assurés.

1383. II. — **Des avaries particulières au navire**. Ici encore la somme due par les assureurs sera déterminée facilement par les dépenses réellement faites ou à faire pour les réparations du navire, soit en route, soit au lieu de destination, avec tous les frais accessoires, telles que primes d'emprunt à la grosse, intérêts, commissions, etc. (v. *suprà*, n. 1295); de même si le navire, régulièrement déclaré innavigable, est vendu, les assureurs devront la différence du prix de vente avec sa valeur (1).

Seulement, c'est un usage très équitable de faire subir une réduction à la somme due par les assureurs, à raison de ce qu'on appelle la **différence du neuf au vieux**. En effet l'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité, et il serait injuste que l'assuré profitât de la perte; or il en profiterait si on lui rendait un navire remis à neuf ou des agrès neufs, à la place de ceux qu'il avait et qui étaient peut-être presque hors de service. Voici les bases admises pour cette réduction par la *police française* sur corps : — pour les *navires en bois*, pas de réduction pendant la première année de construction; puis, réduction de 1/5 pendant la seconde année, et ensuite de 1/3 quel que soit l'âge du navire; — pour les *navires en fer*, pas de réduction pendant les deux premières années; 10 % pendant la troisième; 15 % pendant la quatrième, 20 % de quatre à dix ans; 25 % au delà; — pour la *carène et le doublage* (qui doivent se renouveler plusieurs fois pendant la durée du navire), réduction de 1/48 par mois, depuis le dernier renouvellement, c'est-à-dire que chaque doublage est censé ne durer que quatre ans; enfin, pour les *ancres* et les *chaines* en fer, la réduction n'est jamais supérieure à 15 %. — Ces diverses réductions s'appliquent aussi aux frais accessoires de chacune de ces dépenses; mais elles n'ont pas lieu pour les dépenses provisoires qui n'ont pas profité du navire, mais ont eu pour but de lui permettre seulement de gagner l'endroit où il pourrait être réparé (v. pour les détails d'application, *pol. fr.* sur corps, art. 20). — Enfin, les vivres et gages de l'équipage pendant les réparations d'avaries particulières ou communes, ne sont que pour moitié à la charge des assureurs (même art.; analogie de l'art. 254, 3e al., et mêmes motifs; v. *suprà*, n. 1226).

1384. Un autre élément de réduction résulte des **franchises** stipulées par les assureurs. L'art. 408 du Code, dont nous donnerons le texte ci-dessous n. 1390, dit à propos des avaries communes, qu'aucune demande pour avaries n'est recevable, si l'avarie particulière n'excède 1 % de la valeur de la

(1) Béd., n. 1640. Al. n. 2212. — Comp. Droz, n. 633-636.

Source BIU Cujas

chose endommagée. Cette disposition a pour but d'empêcher les petites réclamations, qui obséderaient les assureurs et donneraient lieu à des frais supérieurs à leur importance; ces petites avaries doivent aussi être considérées comme des accessoires inséparables de toute navigation, à l'instar de l'usure du navire et des agrès. — L'art. 408 avait certainement pour conséquence que l'on ne pouvait rien réclamer si l'avarie n'excédait pas 1 %; mais on devait admettre, suivant nous, que, si elle excédait 1 %, elle devait être payée intégralement, sans déduction de ce 1 %, parce qu'alors les raisons indiquées ne s'appliquaient plus complètement : du moment que l'avarie avait une certaine importance, elle devenait un accident extraordinaire devant être mis tout entier à la charge des assureurs (1). Cette interprétation admise par d'autres nations (2), n'est pas consacrée par les usages français; les polices en ont fait une *retenue* véritable, et déclarent que les assureurs ne paieront que l'excédant (v. *pol. fr.* sur corps, art. 19) : on a craint de donner intérêt à l'armateur à enfler sa dépense pour dépasser la limite de la franchise (3). — La quotité de la franchise a même été élevée : on ne garde celle de 1 % que pour les avaries communes et les recours des tiers en cas d'abordage (v. aussi sur ce point, l'art. 4 de la même police); mais on l'élève à 3 % pour les avaries particulières, et ce 3 % se calcule sur la totalité de la somme assurée. On peut, à bon droit, considérer cette franchise comme excessive. Seulement, il est stipulé que les diverses franchises ne peuvent se cumuler au delà de 3 %.

III. — Des avaries particulières aux marchandises.

1385. Pour les avaries particulières aux marchandises, il faut distinguer les pertes sur la quantité, et les détériorations portant sur la qualité; nous traiterons ensuite des franchises en cette manière.

1° *Les pertes sur la quantité* seront faciles à apprécier; il n'y a qu'à comparer au nombre d'objets ou de colis chargés, le nombre d'objets ou de colis sauvés; au poids des marchandises chargées, le poids de celles arrivées à bon port. Il faudra seulement observer, quant au poids, qu'il y aura lieu de tenir compte des pertes de poids survenues dans les objets sauvés, p. ex. par la dessiccation, ou de l'augmentation de leur poids, p. ex. par la mouillure qui n'aurait pas altéré d'ailleurs leur qualité, comme pour les cuirs; c'est après avoir ramené ce poids à ce qu'il devait être au départ que l'on pourra faire la comparaison.

1386. 2° *Les détériorations dans la qualité* offrent plus de difficulté pour apprécier la valeur des marchandises dans leur état actuel, comparé à leur état primitif. Nécessairement c'est en les vendant au lieu de débarquement (qu'il soit ou non le lieu de destination) qu'on pourra voir ce qu'elles valent; et la police française sur facultés (art. 13, 2e al.) donne aux assureurs le droit d'exiger pour cela la vente aux enchères publiques. Mais cette valeur de vente ne peut pas se comparer avec la valeur que les objets sains avaient au dé-

(1) Frémery, p. 300. Lemonn., n. 307. De Courcy, *Pol. fr.*, p. 282. Droz, n. 651.

(2) Angleterre, Allemagne, Hollande. V. Vaucher, p. 127. Frémery, p. 300. De Courcy, *Pol. fr.*, p. 163.

(3) De Courcy, *Pol. fr.*, p. 164.

Source BIU Cujas

part; elle doit se comparer avec la valeur que les mêmes objets sains auraient eue au lieu d'arrivée, et qui comprend le fret, les frais d'entrée et le profit (ou la perte). — **Q.** *Comment alors établir la perte de qualité?* — 1er S. On comparera la valeur de vente des objets avariés, avec la valeur qu'ont eue au lieu d'arrivée les mêmes objets en état sain; c'est le *règlement par différence*. Mais alors on rencontre un autre inconvénient : c'est de mettre à la charge des assureurs, le fret, les frais d'entrée et le profit, dont l'art. 347 défend l'assurance, et qui, sans doute, n'ont pas été assurés. Aussi ce système, usité autrefois à Marseille, y est abandonné depuis 1821 (1). — 2e S. Si l'on n'a assuré que la valeur au lieu du départ, comme on doit le faire d'après le Code, le seul moyen exact de procéder sera, après avoir évalué la perte en valeur au lieu d'arrivée, par la comparaison, indiquée ci-dessus, entre le prix de vente et la valeur vénale en état sain, et après l'avoir formulée en une fraction, p. ex. tant %, de multiplier par cette fraction la valeur que les objets avaient au moment du départ Soit des objets valant 10,000 fr. au départ et assurés pour cette somme; arrivés sains, ils se vendraient 15,000 fr.; mais en état d'avarie, ils se sont vendus 7,500 fr.; comparant 15,000 fr. à 7,500 fr. nous voyons qu'ils ont perdu 1/2 ou 50 % de leur valeur; donc nous devons multiplier 10,000 fr. (valeur au départ) par 1/2, et nous trouvons qu'ils ont perdu, par rapport à leur valeur au départ, 5,000 fr. (2). C'est là ce que devront les assureurs. C'est ce qu'on appelle le *règlement par quotité au brut*, car on procède par *comparaison des produits bruts* à l'arrivée, sans déduire de part ou d'autre les frais qu'ils supportent; c'est le seul équitable (3). — 3e S. C'est le système du *règlement par quotité au net*; il consisterait à comparer les produits à l'arrivée, mais en déduisant les frais qu'ils ont supportés: frets et droits de douane, on ferait la *comparaison des produits nets*. Les assurés ont longtemps soutenu ce système en faisant observer que les marchandises avariées ont supporté les frais susdits intégralement, comme si elles étaient saines (car le fret et les droits de douanes sont dus sur la quantité totale, sans tenir compte de la valeur), tandis que s'il y avait eu perte en quantité elles n'eussent supporté ces frais que sur ce qui restait; — qu'ils sont donc en perte, si l'on ne tient pas compte de cette différence de frais payés; — que la meilleure manière d'en tenir compte, c'est de les déduire de part et d'autre en comparant les produits nets. Mais il faut répondre que la comparaison des valeurs vénales à l'arrivée n'a pas pour but de fixer la quotité du dommage; elle a pour but seulement d'établir une proportion, au moyen de laquelle on fixera ultérieurement cette quotité par comparaison avec la valeur au départ, qui est seule assurée; or, les valeurs sur le marché à l'arrivée sont fixées par l'appréciation pure et simple de la qualité intrinsèque des marchandises, et les acheteurs en les fixant ne s'occupent nul-

(1) Béd., n. 1644.

(2) On pourra ramener ce calcul à une simple proportion en disant $\frac{15000}{7500} = \frac{10000}{x}$.

(3) Rouen, 2 juin 1862, *J. Havre*, 63. 2. 12; Cass. 24 mai 1869, D. P. 69. 1. 327. — Stevens, p. 113, 127. Benecke, t. I, p. 95, 99; t. II, p. 485 et suiv., 557. Pard., n. 845, 859. Boulay-Paty, t. IV, p. 250. Delaborde, n. 165 et suiv. Frémery, p. 320 et suiv. Béd., n. 1645. Laurin, t. IV, p. 219. J. Cauvet, n. 455. Em. Cauvet, n. 299. Droz, n. 642.

Source BIU Cujas

lement des frais plus ou moins grands faits sur les marchandises ; la proportion de ces valeurs brutes est donc bien la base cherchée ; — si l'assuré se trouve en perte, c'est par une circonstance tout extrinsèque, circonstance dont l'assureur ne répond pas, car il ne l'a pas garanti contre l'élévation du fret ou des droits de douane ; — pratiquement ce système se réfute par l'absurde : en supposant que les frais payés égalent le prix de vente des marchandises avariées, leur valeur, d'après le calcul proposé, serait ramenée à zéro, et les assureurs devraient toute la somme assurée, quoique les marchandises avariées eussent encore une valeur peut-être considérable entre les mains de l'assuré.

Quant à l'appréciation de ce qu'auraient valu les objets en état sain, c'est une question de fait qui devra se résoudre par l'état du marché, ou par d'autres ventes analogues (v. *pol. fr.* sur facultés, art. 12, 3e al.), enfin par les éléments que les parties pourront se procurer.

Si l'on suppose que l'on ait assuré la valeur au lieu d'arrivée, y compris le fret et le profit espéré, soit qu'on l'ait fait sous l'empire du Code par les moyens détournés que nous avons indiqués, soit qu'on l'ait réalisé directement lorsque cette assurance sera permise, le règlement sera très simple : on n'aura qu'à comparer la valeur vénale avec la valeur qu'auraient eue, au lieu de déchargement, les mêmes objets en état sain.

3° *Franchises d'avaries.*

1387. Ici, comme pour les avaries particulières au navire, devrait s'appliquer l'art. 408, C. com., établissant une franchise de 1 %, qui ne devrait pas dégénérer en retenue dans le cas où l'avarie dépasserait ce 1 % (v. n. 1384) (1). Mais toutes les polices dérogent très largement à cet article (2), et, pour les comprendre, il faut introduire un élément tout nouveau dans le débat.

Il saute aux yeux que toutes les marchandises ne sont pas exposées au même degré à des avaries par suite des fortunes de mer. S'il y a certains événements, comme le naufrage complet, l'incendie, la prise, qui menacent également toute espèce de chargement, il en est d'autres, comme l'irruption de l'eau de mer, qui, sans effet sur certaines marchandises, comme des marbres ou des planches, pourront altérer gravement certaines autres, comme des grains, ou même les anéantir, comme des sels. Les risques variant considérablement par la nature du chargement, la conséquence naturelle serait aussi que la prime perçue pour l'assurance devrait subir des variations également considérables. Mais on n'a pas voulu compliquer encore le calcul du taux des primes déjà influencé par une foule d'autres éléments ; et l'on a préféré, depuis longtemps déjà, maintenir l'uniformité de la prime pour les différentes natures de marchandises, en tenant compte autrement de la diversité des risques. On calcule donc la prime comme pour les marchandises les moins sujettes à détérioration ; mais, pour celles qui y sont plus sujettes on stipule, sous le nom de *franchises*, des *retenues* variables et qui augmentent

(1) De Courcy, *Pol. fr.*, p. 282. Droz, n. 651.

(2) Pour certaines marchandises délicates, comme les articles de Paris, le retour à l'art. 408 par dérogation aux polices imprimées est devenu presque de style : De Courcy, *Pol. fr.*, p. 285.

Source BIU Cujas

avec les risques de détériorations. De la sorte, l'assureur ne reçoit pas une prime plus forte, et, en cas d'heureuse arrivée, l'assuré n'est nullement grevé ; mais l'assureur paiera moins en cas de sinistre, et cela compensera pour lui les risques plus grands d'avaries; l'assuré restera son propre assureur dans la mesure des franchises stipulées, et devra faire entrer cette perte possible dans les prévisions des charges ordinaires de la navigation et dans l'établissement de ses calculs en vue de la spéculation commerciale qu'il entreprend (1).

Nous n'entrerons pas dans les détails des stipulations des polices sur ce point. Nous dirons seulement que les franchises stipulées varient de 3 à 15 %, suivant des tableaux insérés dans toutes les polices (v. *pol. fr.* sur facultés, art. 11); — qu'un petit nombre de marchandises sont assurées sans aucune franchise au profit des assureurs, du moins en ce qui concerne les pertes de quantités : ce sont les espèces, métaux précieux, diamants et pierres précieuses non montées, étains, cuivres, plombs et zincs bruts en lingots (c'est une innovation de *la police française*, même art. 11); — enfin qu'un assez grand nombre de denrées, au contraire, ne sont assurées que *franches d'avaries*; l'art. 409 donnant l'interprétation de cette clause :

Art. 409. La clause franc d'avaries affranchit les assureurs de toutes avaries, soit communes, soit particulières, excepté dans les cas qui donnent ouverture au délaissement; et, dans ces cas, les assurés ont l'option entre le délaissement et l'exercice de l'action d'avarie.

Ainsi les marchandises, très susceptibles de détérioration, ne sont assurées que contre les sinistres majeurs, qui auraient sûrement fait périr toute autre cargaison. Ce sont, d'après le Code, les sinistres qui donneraient lieu au délaissement (2). — Les polices qui n'admettent pas tous les cas de délaissement reconnus par le Code ont dû modifier cette disposition; la police française, sur facultés (art. 10), n'admet d'exception que « quand le navire a été abordé, échoué, coulé ou incendié »; et encore dans ces cas elle stipule une franchise de 10 %, à raison des détériorations que les objets avaient subies en quelque sorte forcément avant le sinistre (3). D'autre part, elle est plus favorable que le Code aux assurés en n'appliquant la franchise absolue d'avaries qu'aux détériorations matérielles et au coulage, et en garantissant, au contraire, les pertes de quantités sur ces marchandises avec une simple franchise de 10 % (et même de 3 % sur les minerais et métaux).

1388. Une stipulation des polices, très favorable aux assurés, et qui atténue les rigueurs de ces franchises, c'est la **division en séries**, au point de vue précisément du calcul des franchises. Voici son utilité : supposons un chargement de 1000 sacs de riz, sur lequel la franchise est de 15 %. Si l'assurance est faite en bloc, les assureurs ne devront rien tant qu'il n'y aura pas 150

(1) Lemonn., n. 305, 306.

(2) Cette clause a l'inconvénient de donner intérêt au capitaine à laisser le sinistre s'aggraver (s'il n'y aide pas); aussi il paraît qu'elle est devenue très rare. De Courcy, *Questions*, t. II, p. 383 et suiv.

(3) Cette franchise sera souvent sans motifs : V. de Courcy, *pol. fr.*, p. 269-270. Aussi la dérogation à cette clause est déjà devenue presque de style. *Id.*, p. 270.

Source BIU Cujas

sacs perdus ou réduits à une valeur de zéro. Si, au contraire, nous supposons qu'ils soient divisés en séries de 100 sacs chacune, et qu'il y ait seulement 140 sacs de perdus, mais qu'ils appartiennent tous à la première et à la seconde série, 70 sacs ayant péri dans chacune de ces séries; les assureurs déduisant 15 sacs dans chacune, à raison de 15 %, paieront sur chacune 55 sacs, en tout 110, tandis qu'ils n'auraient rien payé dans l'assurance en bloc (1). — La police française sur facultés (art. 12) stipule cette division en séries, dans ses clauses imprimées, pour toutes les marchandises chargées autrement qu'*en vrac*, c'est-à-dire sans emballage; en effet, pour celles-ci, versées à même dans la cale, on ne peut faire aucune division. Pour les autres, à défaut de stipulations particulières, la division en séries est faite suivant les usages de la place; ordinairement suivant l'ordre des numéros des colis, et à défaut suivant leur ordre de chargement.

IV. — **Des avaries communes.**

1389. Les avaries communes ne seront jamais que pour une fraction à la charge des assureurs, pour la fraction incombant à l'assuré dans le premier règlement fait conformément au titre XI (*suprà*), entre les différents intéressés au navire ou au chargement (2); à savoir : si l'avarie n'a pas porté sur l'objet assuré, pour la part que son propriétaire devra payer aux propriétaires des objets sacrifiés; et, si l'avarie a porté sur l'objet assuré, pour la part que son propriétaire ne reçoit pas des autres intéressés, à raison du principe de la contribution sur soi-même (*suprà*, n. 1289). — **Q.** *Mais cette fraction incombant à l'assuré lui sera-t-elle remboursée intégralement par l'assureur?* La raison de douter est que cette fraction a été calculée d'après les art. 402 et 417 sur la valeur des objets au lieu du déchargement, tandis que l'assureur, d'après le Code, n'a dû assurer les objets contribuables que suivant leur valeur au lieu du départ (art. 339) (3). — 1er S. *Oui* : — peu importe la base du calcul, l'assuré a déboursé tant à l'occasion de la fortune de mer qui a menacé sa chose; il a droit à la somme exacte qu'il a déboursée; — en cas d'avarie particulière au navire, on rembourse les frais des réparations, parce qu'ils ont été déboursés, sans demander d'autre justification; pourquoi aller chercher ici les bases sur lesquelles on a calculé les déboursés? — c'était l'ancienne jurisprudence (4). — 2e S. *Non* : l'assureur ne devra rembourser qu'une fraction proportionnelle à la valeur au départ (1) : — on ne peut ici séparer la quotité de la contribution et la cause de cette contribution; car si la contribution est à la charge des assureurs, c'est parce qu'elle a empêché un sinistre dont ils répondraient

(1) Pard., n. 860. Lemonn., n. 360. Béd., n. 1790. Al. n. 2324.

(2) Ce règlement aura force de chose jugée à l'égard des assureurs, quand même ils n'y auraient pas pris part; car s'il y a eu erreur du juge, c'est un cas de force majeure qui est la suite d'une fortune de mer, et comme tel est à leur charge : Aix, 1er fév. 1827. Dall., n. 2231. Delvincourt, t. II, p. 262, note 1. Béd., n. 1649. Al. n. 2223. Laurin, t. IV, p. 202.

(3) Nous supposons, comme le cas le plus ordinaire, que les marchandises valent plus au lieu de déchargement qu'au départ; mais l'inverse pourrait se produire. La question serait la même et devrait recevoir la même solution. Laurin, t. IV, p. 215. Droz, n. 625. V. cependant Frémery, p. 316-318.

(4) Emérigon, t. II, p. 2. Dagev., t. IV, p. 156. Vincens, t. III, p. 389.

Source BIU Cujas

à l'égard de l'objet assuré; il s'agit donc de savoir ce qui a été sauvé pour eux; — or ce qui a été sauvé pour eux, c'est la valeur au lieu du départ, puisqu'ils n'auraient dû que cela en cas de sinistre, c'est donc uniquement sur cette valeur que doit être calculée leur part; — le surplus est payé par l'assuré, parce que le sacrifice a sauvé le profit qu'il a fait à l'arrivée; mais ce profit ne lui étant pas garanti par l'assureur, il ne peut faire contribuer celui-ci au sauvetage de ce profit (1). — La question est tranchée par beaucoup de polices, notamment par la *police française* sur facultés, qui stipule (art. 9) : « Si les contributions proportionnelles ont été payées sur une somme supérieure à la somme assurée, les assureurs ne doivent que la proportion de la somme assurée ». — Il en serait, bien entendu, autrement si l'on avait fait assurer le profit espéré dans la mesure où cela est ou sera possible dans un avenir plus ou moins prochain.

1390. Il y a aussi des **franchises** en matière d'avaries communes :

Art. 408. Une demande pour avaries n'est point recevable, si l'avarie commune n'excède pas un pour cent de la valeur cumulée du navire et des marchandises, et si l'avarie particulière n'excède pas aussi un pour cent de la valeur de la chose endommagée.

Nous avons déjà décidé (n. 1300) que cet article était applicable dans les rapports des assurés avec leurs assureurs, et non dans les rapports des propriétaires du navire et du chargement; la preuve en est dans la fin de l'article parlant des avaries particulières, lesquelles ne donnent jamais lieu à un règlement qu'entre assureurs et assurés.

La valeur du navire et des marchandises, qui sert de base au calcul, est la valeur au départ (voir au n° précédent) (2).

Les polices ont quelquefois augmenté cette franchise. La *police française* sur corps (art. 19) applique purement et simplement l'article du Code. Celle sur facultés est plus généreuse pour les assurés; elle promet le remboursement intégral (art. 9), de même que pour les avaries-frais; mais elle stipule que ces deux sortes d'avaries se régleront indépendamment des avaries matérielles, c'est-à-dire que leur quotité ne pourra être comptée pour atteindre la quote part où s'arrêtent les franchises en cas d'avaries matérielles (3).

CHAPITRE III.

DU DÉLAISSEMENT.

1391. Le délaissement est l'*abandon que fait l'assuré de tous ses droits sur les objets assurés, pour obtenir de l'assureur le paiement intégral de la somme assurée, au lieu d'une simple indemnité pour les dommages réellement éprouvés et constatés.*

(1) Cass. 16 fév. 1841, avec divergences. V. Dall., n. 2221, 2246. Pard., n. 859. Frémery, p. 316, 318. Lemonn., n. 309. Béd., n. 1650. De Courcy, *Pol. fr.*, p. 259. Al. n. 2223. Laurin, t. IV, p. 213 et suiv. Droz, n. 623. Em. Cauvet, n. 344. — Comp. Trib. comm. Bordeaux, 29 oct. 1873, D. P. 76. 5. 37; Bordeaux, 21 janv. 1875, D. P. 76. 5. 48.

(2) Lemonn., n. 310.

(3) Lemonn., n. 311.

Source BIU Cujas

— Ce délaissement fait donc obtenir à l'assuré plus, ou au moins autre chose, que ce qui fait directement l'obligation de l'assureur, l'indemnité. Aussi il a évidemment un caractère exceptionnel ; et le principe est qu'en dehors des cas où le délaissement est spécialement autorisé par la loi ou par la police, l'assuré ne peut exiger que le *règlement en avaries*, tel que nous l'avons expliqué au chapitre précédent :

Art. 371. Tous autres dommages sont réputés avaries, et se règlent, entre les assureurs et les assurés, à raison de leurs intérêts.

1392. Par quel **motif** a-t-on introduit, à une époque relativement récente (1), et notre législation a-t-elle consacré cette faculté de délaissement? C'est pour permettre entre les parties un *règlement rapide*, absolument nécessaire pour que l'assurance produise tous les bienfaits qu'elle est appelée à produire. En effet, le fait même de la perte peut demeurer très longtemps incertain, comme lorsque l'on n'a plus de nouvelles du navire, ou lorsqu'il est frappé d'un arrêt de puissance dont on ne peut prévoir l'issue ni le terme ; ou bien c'est la quotité de l'indemnité qui peut être affectée d'incertitudes plus ou moins graves, p. ex., en cas de naufrage, on n'est jamais sûr qu'une partie des objets assurés ne sera pas sauvée ultérieurement, et l'on peut hésiter sur la valeur que l'on doit attribuer aux débris qui ont échappé au désastre. Dans ces cas, on ne peut faire attendre indéfiniment à l'assuré le remboursement de la somme assurée ; car cela entraverait ses affaires peut-être d'une manière complète, et pourrait souvent amener sa ruine. On aurait sans doute pu, en cas de naufrage, p. ex., dire qu'on lui paierait la totalité des objets perdus en réservant à l'assureur le droit de lui réclamer plus tard la valeur des effets sauvés ; mais cette incertitude sur une restitution qui peut monter à une très forte somme aurait gêné l'assuré à peu près autant que la privation de cette somme ; et d'autre part cette action en recours de l'assureur, subordonnée aux risques d'insolvabilité de l'assuré pendant un temps peut-être fort long, aurait été d'un faible avantage pour les assureurs ; on a mieux aimé régler tout définitivement, comme si la perte était totale ou absolue, en permettant à ceux-ci de profiter pour eux-mêmes du sauvetage réalisé ou futur Il faut seulement qu'il s'agisse d'un sinistre considérable, devant par sa nature frapper l'ensemble du navire et de la cargaison (2).

D'autre part, même en dehors de ces cas, une perte partielle peut être bien souvent équivalente à une perte totale, parce qu'elle détruira complètement l'opération que voulait faire l'assuré (3) ; des procès considérables pouvaient

(1) V. Lemonn., n. 253. Al. n. 2176. Frémery, p. 301 et suiv. Béd., n. 1403.

(2) V. Lemonn., n. 253. Ce motif a échappé à la plupart des auteurs. V. Benecke, t. II, p. 270 et suiv. Dubernad, t. II, p. 429 et suiv. Frémery, p. 301 et suiv. Il peut seul fournir une explication rationnelle de la théorie du Code.

(3) De Courcy, *Pol. fr.*, p. 246 et suiv., et *Questions*, t. II, p. 320 et suiv., rattache à cette idée toute la théorie du délaissement ; il fait remarquer que les sinistres majeurs amènent presque toujours la *dépossession* du propriétaire, parce que les objets sinistrés sont vendus par les autorités locales et que le prix n'est adressé aux propriétaires que par l'entremise du ministre de la marine. Cette théorie, quelle que soit sa valeur scientifique et pratique, ne rend pas complètement compte des solutions de la loi ; en effet M. de Courcy critique vivement le Code à plusieurs reprises.

Source BIU Cujas

naître très fréquemment de cette question, et auraient aussi retardé indéfiniment le règlement; la loi a encore ici tranché la difficulté en fixant la quotité de perte qui sera réputée équivaloir à une perte totale (art. 369, avant-dernier alinéa).

1393. Une conséquence très importante de cette idée première, c'est que le délaissement une fois fait est **irrévocable**; puisque c'est précisément pour éviter tout débat ultérieur qu'on l'a autorisé; aussi, lors même que le navire arriverait ensuite sain et sauf avec toute sa cargaison, on ne pourra revenir sur ce qui a été fait (v. art. 385). Nous aurons seulement à préciser plus tard le moment exact où cet effet est produit.

Le délaissement, étant introduit uniquement dans l'intérêt de l'assuré, est entièrement facultatif pour lui; il peut toujours, s'il le préfère, régler en avaries, sans que les assureurs puissent s'y opposer (1), lors même que l'objet serait assuré *franc d'avarie;* cette clause n'étant censée exclure que les sinistres ordinaires et non les sinistres majeurs qui peuvent donner lieu au délaissement (art. 409, *suprà*). Mais il est évident qu'il ne pourrait cumuler le délaissement et l'action d'avaries (2). — Le choix donné à l'assuré est très défavorable aux assureurs, car il est certain que l'assuré choisira toujours le parti qui, étant le plus avantageux pour lui, sera le plus onéreux pour les autres. Aussi la plupart des polices d'assurances ont cherché à limiter considérablement les cas où le délaissement est permis, et à ne l'admettre, autant que possible, que dans les cas où les objets assurés sont perdus totalement ou presque totalement pour l'assuré (3). Les assureurs cherchent aussi par là à éviter de se voir sur les bras des navires entiers ou presque entiers, ou des marchandises en quantités très considérables, et de se trouver ainsi marchands de toutes sortes d'objets, souvent à de très grandes distances et dans des conditions presque toujours défavorables; car souvent l'assuré ne tiendra à faire le délaissement que si la marchandise est en baisse, afin de rejeter sur les assureurs la perte qu'il fait sur sa spéculation; ce qui est tout à fait en dehors du but de l'assurance; ou pour éviter les franchises stipulées (4).

Trois sections : — 1° cas où le délaissement est possible; — 2° conditions à remplir par l'assuré; — 3° effets du délaissement.

(1) Paris, 18 mai 1855, D. P. 56. 2. 236. Béd., n. 1404. Al. n. 2176, 2207. Sauf, bien entendu, si l'on prouvait qu'il a déjà opté dans un sens ou dans l'autre. Béd., n. 1444.

(2) Req. 20 fév. 1872, D. P. 72. 1. 250.

(3) C'est la théorie développée par M. de Courcy, *loc. cit.*

(4) V. Benecke, t. II, p. 269. Frémery, p. 302 et suiv. Lemonnier, n. 258. — Cependant le règlement en avaries peut quelquefois être plus avantageux pour l'assuré : c'est lorsque le navire a péri, mais que le fret a été sauvé parce que les marchandises ont pu être mises à terre. En délaissant, l'assuré serait obligé d'abandonner ce fret; en réglant en avarie, il le gardera, tout en obtenant le paiement de la somme assurée, sauf les franchises stipulées. C'est pour éviter d'être ainsi à la merci de l'assuré que les assureurs stipulent une franchise de 25 % pour le cas où, ayant pu délaisser, l'assuré choisit l'action d'avaries ou y est réduit parce qu'il a laissé prescrire la possibilité de délaisser (*pol. fr.* sur corps, art. 14).

Source BIU Cujas

SECTION PREMIÈRE.

CAS OU LE DÉLAISSEMENT EST POSSIBLE.

1394. Nous verrons d'abord les cas où il est autorisé par le Code; car c'est là le droit commun sur lequel les polices se sont greffées en le modifiant plus ou moins; et d'autre part il y a encore des polices qui acceptent presque sans modification les règles du Code sur ce point; p. ex. celles de Marseille et de Nantes; on sait que ces polices sont encore appliquées communément, au moins en ce qui concerne les assurances sur facultés. — Nous verrons ensuite les restrictions apportées par les autres polices, en prenant pour types les *polices françaises*.

Art. 369. Le délaissement des objets assurés peut être fait, — En cas de prise, — De naufrage, — D'échouement avec bris. — D'innavigabilité par fortune de mer. — En cas d'arrêt d'une puissance étrangère, — En cas de perte ou détérioration des effets assurés, si la détérioration ou la perte va au moins à trois quarts. — Il peut être fait, en cas d'arrêt de la part du gouvernement, après le voyage commencé.

Cet article énumère sept cas de délaissement; ils peuvent se ramener à six, en réunissant l'*arrêt d'une puissance* étrangère et l'*arrêt de la part du gouvernement*, qui diffèrent seulement sur un point particulier. Mais il faut ajouter avec l'art. 375, le *défaut de nouvelles*. L'art. 394 ne renferme pas réellement un cas spécial; il applique seulement aux marchandises, et avec certaines restrictions, les conséquences de l'innavigabilité du navire. Il y a donc en tout sept cas de délaissement, en tenant compte des réductions et additions que nous venons d'opérer. — Ces divers événements sont appelés dans l'usage : **sinistres majeurs**, par opposition aux **sinistres mineurs** qui ne peuvent donner lieu au délaissement.

1395. L'énumération du Code est certainement limitative, quoique la formule de l'art. 369 ne le soit pas : — en effet le délaissement est essentiellement exceptionnel (v. n. 1391); — l'ordonnance (liv. 3, tit. 6, art. 46), était très formelle sur ce point; — enfin le texte de l'art. 371, déclarant que *tous autres dommages* se règlent en avaries, ne peut laisser aucun doute (1).

Réciproquement, dans les cas où la loi accorde la faculté de délaisser, on ne peut la refuser à l'assuré, quelque abusive qu'elle puisse paraître dans chaque cas particulier. Beaucoup d'auteurs et d'arrêts en tirent la conséquence qu'il faut prendre au pied de la lettre les termes de l'art. 369, en chercher scrupuleusement le sens, mais ne pas voir autre chose, et surtout ne pas limiter le sens des mots par des considérations d'équité ou de raison; il y a là, dit-on, des présomptions absolues contre lesquelles aucune preuve n'est admise, lors même que dans certains cas elles seraient, comme on le reconnaît formellement, souverainement injustes (2). Cette solution n'est admissible que si l'on suppose des décisions purement arbitraires du législa-

(1) Béd., n. 1401.
(2) Emérigon, ch. 17, sect. 2, § 5. Béd., n. 1403.

Source BIU Cujas

teur. Pour nous, qui avons cherché et trouvé un motif rationnel à notre article, nous nous efforcerons de nous pénétrer de la pensée du législateur et de suivre son esprit pour interpréter la lettre; et nous tâcherons de ne pas mettre la loi en contradiction avec les données les plus évidentes de l'équité et du bon sens.

C'est ainsi que nous sommes amené à poser, dès à présent, les deux règles suivantes qui nous fourniront la solution de presque toutes les difficultés du sujet.

1396. D'abord *il faut que la cause du délaissement* **existe encore** *au moment où le délaissement est fait*, c'est-à-dire signifié par l'assuré à l'assureur. Par exemple, un navire a été pris; mais avant le délaissement on a su qu'il avait été délivré par un navire ami, dès lors nous dirons que le délaissement n'est plus possible (v. *infrà*, n. 1398, 1400). Tous les auteurs reconnaissent que la solution inverse est excessivement dure et choquante, mais beaucoup ne voient pas moyen d'échapper au texte de l'art. 369 (1). Pour nous, les règles les plus usuelles de l'interprétation juridique nous paraissent condamner leur opinion : — d'abord il est toujours très grave d'attribuer au législateur des solutions évidemment iniques ; on doit donc ne s'y résigner qu'à la dernière extrémité; — de plus, une décision tout exceptionnelle doit toujours, en cas de doute, s'interpréter dans le sens qui restreint l'exception et ramène au droit commun; — or, l'article dit : le délaissement peut être fait *en cas de* prise, etc.; il s'agit de savoir si l'on est *en cas de* prise, lorsque la prise est annulée par la *rescousse*, ou *en cas* d'arrêt de puissance, lorsque l'embargo a été levé après les délais fixés par la loi, mais avant le délaissement, etc.; il y a eu prise ou arrêt sans doute, mais il n'y a pas prise ou arrêt actuellement; donc on n'est pas *en cas de* prise ou d'arrêt; si l'article peut s'entendre dans ce sens, si c'est même son sens précis et exact, pourquoi ne pas l'entendre ainsi? — l'art. 375 vient corroborer cette interprétation; on peut faire le délaissement pour défaut de nouvelles pendant un an; or la loi dit-elle que l'expiration de l'année donne absolument droit de faire le délaissement? point du tout; il faut encore qu'*après* l'année, l'assuré *déclare n'avoir reçu* aucune nouvelle; c'est-à-dire (d'après le sens précis des mots) déclare qu'*au moment de sa déclaration*, qui accompagne le délaissement, il n'a reçu encore aucune nouvelle (2); — enfin l'art. 385 décide que le délaissement accepté ou jugé valable est irrévocable avec effet rétroactif au jour du délaissement, et c'est seulement à partir de ce moment que l'assuré ne peut argumenter du retour du navire pour se dispenser de payer: donc il le pouvait jusqu'au délaissement; — et, en effet, cette solution s'accorde très bien avec l'esprit général qui, suivant nous, a inspiré l'art. 369; le délaissement est admis pour ne pas retarder le règlement entre les parties; donc une fois le délaissement signifié, il est irrévocable pourvu qu'il soit ultérieurement accepté ou jugé valable, et aucune nouvelle ultérieure ne peut faire revenir

(1) Pot., n. 118. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 46. Emérigon, ch. 12, sect. 8, § 4. — Locré, sur l'art. 369. Boulay-Paty, t. II, p 218. Dagev., t. III, p. 359. Dall., n. 1992. Lemonn., n. 259. Béd., n. 1409. Al. n. 2177. — *It.* : Req. 20 janv. 1869, D. P. 69. 1. 361.

(2) *Contrà :* Dagev., t. III, p. 363. Lemonn., n. 259.

Source BIU Cujas

sur ce qui a été fait; mais si, avant la signification, la nouvelle arrive que la prise, l'arrêt, etc., n'existent plus, que l'accident n'est que partiel, que le navire est sain et sauf, rien n'empêche de faire un règlement immédiat en se conformant à la réalité des choses; le délaissement n'a plus de raison d'être (1).

1397. Nous dirons ensuite qu'*il faut que le sinistre indiqué dans le Code ait frappé* **les objets mêmes assurés**. Exemple : un navire qui porte des diamants fait naufrage et est totalement perdu; mais le capitaine se sauve avec l'équipage, emporte sur lui les diamants et les fait arriver à leur destination aussi promptement qu'ils seraient arrivés par son navire; l'assuré pourra-t-il, si les diamants sont en baisse et la somme assurée avantageuse, les délaisser aux assureurs? On dira : *oui*, quelque choquante que soit cette solution; car il y a naufrage, on est dans les termes de l'art. 369. Nous dirons; *non* : — car les diamaints n'ont pas été atteints par le naufrage, ils n'ont pas fait naufrage; or, l'art. 369 disant : « le délaissement *des objets assurés* peut être fait en cas... de naufrage, » le sens naturel des mots est d'entendre : en cas de naufrage affectant ces objets; et, de même, pour tous les autres cas; — il nous semble que dans plusieurs autres cas, cette solution s'imposera à tout le monde; ainsi, le navire est arrêté en mer par un bâtiment d'un belligérant, qui le fouille, et, y trouvant de la contrebande de guerre, saisit les marchandises de contrebande et relâche le navire; dira-t-on que le navire pourra être délaissé parce qu'il y a eu *prise*, quoique la prise n'ait porté que sur les marchandises? Réciproquement le navire est réquisitionné dans un port de relâche par un gouvernement qui en a besoin, p. ex. parce qu'il est à vapeur, mais qui transborde lui-même la marchandise sur un navire à voiles et l'envoie à destination; dira-t-on que les marchandises pourront être délaissées, parce qu'il y a eu *arrêt de puissance*, quoique l'arrêt ait porté sur le navire seulement? — notre doctrine est appliquée formellement par le Code en cas d'innavigabilité du navire; l'art. 394 décide que le délaissement des marchandises n'est pas possible si le capitaine peut trouver un autre navire pour les transporter à destination; beaucoup d'auteurs veulent argumenter *à contrario* de cette décision; mais nous pensons qu'il faut bien plutôt argumenter par analogie; c'est la règle d'interprétation universellement admise toutes les fois que la disposition qu'on interprète s'éloigne d'une règle exceptionnelle pour revenir au droit commun (2).

Ces données générales étaient nécessaires pour éclairer tout le sujet; nous en trouverons des applications particulières qui en feront mieux ressortir l'importance et dont la lumière rejaillira à son tour sur la discussion qui précède. — Entrons maintenant dans le détail des différents cas indiqués par le Code.

1398. 1° **Prise**. La prise est la *mainmise sur un navire et sa cargaison, par un vaisseau de guerre d'un belligérant, ou par un navire privé de la même nation, armé en course, et muni d'une lettre de marque*. A la différence de l'arrêt, elle

(1) V. Pard., n. 838. Delvincourt, t. II, p. 403. Dubernad, t. II, p. 433 et suiv. Droz, n. 494 et suiv. — V., en droit anglais, Benecke, t. II, p. 291.

(2) V. *conf.* Rouen, 5 mai 1856, D. P. 56. 2. 173. — *Contrà* : Req. 7 janv. 1857, D. P. 58. 1. 215, etc. — V. *infrà*, n. 1407. Consult. : De Courcy, *Pol. fr.*, p. 240 et suiv.

Source BIU Cujas

est faite avec l'intention de s'approprier définitivement les objets saisis. L'abolition de la course entre les nations européennes, par la convention de 1856, rendra ce fait plus rare, mais non pas impossible. C'est essentiellement un fait de guerre; aussi l'on comprend que les polices qui ne garantissent pas les risques de guerre n'admettent pas cette cause de délaissement.

La prise donne immédiatement à l'assuré la faculté de délaisser, sans qu'il soit obligé d'attendre aucun délai, à la différence de l'arrêt. C'est qu'elle est faite par le belligérant avec l'intention d'être définitive ; elle n'a pas de terme prévu; tandis que l'arrêt n'est fait que pour un temps; il doit cesser; il ne devient donc grave que s'il se prolonge trop longtemps.

Mais il peut se faire que la prise, en fait, ne soit pas définitive; le bâtiment pris peut être délivré par ses nationaux, c'est ce qu'on appelle la *recousse* ou *rescousse*; la prise aussi peut ne pas être déclarée valable par les tribunaux de la nation du capteur, et le navire sera relâché. Ces événements n'étant qu'accidentels, la simple espérance de les voir arriver ne peut empêcher le délaissement, qui a pour but d'éviter les délais que cet espoir pourrait causer; et, une fois le délaissement fait, c'est-à-dire signifié, la réalisation de ces événements, ou même la nouvelle qu'ils s'étaient réalisés avant la signification, ne l'annulerait pas.

Mais, jusqu'au délaissement signifié, la nouvelle survenue de la délivrance du navire empêcherait que le délaissement ne pût se réaliser, suivant la doctrine que nous avons établie ci-dessus; car alors on ne peut plus dire que l'on soit *en cas de prise* (v. n. 1396) (1). Beaucoup d'auteurs admettent que la rescousse *immédiate* empêcherait le délaissement; mais ils ne disent pas ce qu'ils entendent par *immédiate;* notre doctrine est plus précise et plus logique (2).

Rapprochons immédiatement de la prise l'arrêt de puissance.

2° **Arrêt de puissance.**

1399. Le Code s'exprime assez improprement à l'égard de cette cause de délaissement : il semble faire deux cas dictincts de l'arrêt d'une puissance étrangère et de l'arrêt de la part du gouvernement (national, sans doute; v. ord. 1681, L. III, tit. VI, art. 52) après le voyage commencé; mais tout ce qu'il veut dire, c'est que l'arrêt par le gouvernement français ne sera une cause de délaissement que s'il a lieu après le voyage commencé (3). Et encore, à cet égard, il y a une double impropriété de rédaction : — D'abord, le Code a supposé que l'arrêt antérieur au voyage ne pouvait émaner que du gouvernernement français; tandis que si le voyage assuré part du port étranger, l'arrêt peut être fait par le gouvernement étranger avant le commencement du voyage ; et, certainement, la réserve de l'article devrait aussi s'appliquer à ce cas (4); c'est ce qui résulte de l'art. 370, qui pose en règle genérale pour le délaissement :

Art. 370. Il ne peut être fait avant le voyage commencé.

D'autre part, le mot *voyage commencé* ne dit pas tout à fait ce que la loi

(1) Laurin, t. IV, p. 100. De Courcy, t. II, p. 326.
(2) V. les auteurs cités au n. 1396.
(3) Al. n. 2202.
(4) Béd., n. 1429.

Source BIU Cujas

veut dire. La pensée du législateur est que le délaissement n'est possible que pour un événement postérieur au *commencement des risques*, se référant à la période garantie par les assureurs (1); or, pour le navire, il est vrai, d'après le Code, que les risques commencent du jour où le navire a fait voile (art. 341 et 328); mais pour les marchandises, ils commencent dès le chargement (mêmes articles); il faut donc dire que dès ce moment, l'arrêt serait à la charge des assureurs et pourrait donner lieu au délaissement. Il en serait de même pour le navire sous l'empire des polices qui font commencer les risques un certain temps avant le départ.

L'arrêt n'étant pas par sa nature définitif comme la prise, n'est pas par lui-même un sinistre majeur; il ne le devient que s'il se prolonge un certain temps; parce qu'alors l'assuré est privé indéfiniment de sa chose ou de ses capitaux, c'est-à-dire de ses instruments de travail. Ce temps est fixé par l'art. 387 :

Art. 387 En cas d'arrêt de la part d'une puissance, l'assuré est tenu de faire la signification à l'assureur, dans les trois jours de la réception de la nouvelle. — Le délaissement des objets arrêtés ne peut être fait qu'après un délai de six mois de la signification, si l'arrêt a lieu dans les mers d'Europe, dans la Méditerranée ou dans la Baltique; — Qu'après le délai d'un an, si l'arrêt a eu lieu en pays plus éloigné. — Ces délais ne courent que du jour de la signification de l'arrêt. — Dans le cas où les marchandises arrêtées seraient périssables, les délais ci-dessus mentionnés sont réduits à un mois et demi pour le premier cas et à trois mois pour le second cas.

1400. **Q.** Quid, *si, après les délais de l'article, mais avant que le délaissement ne soit fait, on apprend la levée de l'arrêt?* Conformément à la doctrine générale que nous avons établie ci-dessus (n. 1396), nous admettons que le délaissement ne sera plus possible, parce qu'il n'a plus son motif, la crainte d'une privation indéfinie de la chose. — Mais si la nouvelle n'arrivait qu'après le délaissement signifié, quand même la levée de l'arrêt aurait eu lieu avant, le délaissement serait irrévocable.

Si le navire seul était arrêté, et non les marchandises, nous admettons, aussi conformément à notre théorie générale, que le capitaine serait tenu de chercher un autre navire pour faire ou terminer le transport (art. 391), et que le délaissement ne serait possible que faute par lui de pouvoir en trouver un (art. 394) : sans doute, ces articles ne parlent que du cas d'innavigabilité du navire; mais leur texte n'a rien de restrictif, ni leurs motifs non plus; seulement, le législateur n'a pas pensé qu'à ce cas, et n'a pas pensé à notre hypothèse; mais on ne peut en rien induire contre notre solution. — Réciproquement, si les marchandises seules étaient arrêtées, on ne pourrait délaisser le navire.

3° **Naufrage.**

1401. Le naufrage peut être défini brièvement *l'engloutissement du navire dans les flots*, soit qu'il soit brisé et qu'il ne surnage que des débris, soit qu'il s'y abime en restant cependant tout entier. — Il diffère de l'échouement

(1) Pot., n. 59. Emérigon, ch. 12, sect. 30, § 6. — Dall., n. 2020. Al. n. 2202.

Source BIU Cujas

(avec ou sans bris) en ce que dans celui-ci une portion du navire échoué émerge encore hors des flots (1); et pour donner une solution encore plus précise, nous dirions qu'il faut, pour admettre un simple échouement, que la partie émergeante soit encore tenable pour les hommes.

L'*abandon* du navire en pleine mer, comme n'étant plus tenable, constituera-t-il aussi un cas de naufrage? On est d'accord pour l'admettre (2), et nous l'admettrons aussi; mais cette situation n'est pas de sa nature absolument irrévocable; si donc le navire était rencontré en pleine mer après l'abandon par l'équipage, et ramené dans un port par un autre navire (3), et si la nouvelle de ce sauvetage arrivait avant le délaissement réalisé, nous déciderions, d'après notre théorie générale (n. 1396), que le délaissement ne serait plus possible (4). — Mais il serait irrévocable si la nouvelle n'arrivait qu'après la signification (5). — Nous en dirons autant si le navire, même englouti, avait pu être renfloué et ramené au port (6). — Mais cela n'exclurait pas les autres cas de délaissement, p. ex. l'innavigabilité.

Le naufrage du navire peut bien entraîner le délaissement des marchandises, car la loi ne distingue pas; mais, suivant notre doctrine (n. 1396-1397), il faudra que les marchandises aient été elles-mêmes *atteintes par le naufrage*, et qu'elles le soient encore au moment du délaissement. Ainsi celui-ci ne pourrait s'appliquer aux marchandises emportées par l'équipage en se sauvant, chargées sur des barques ou radeaux et amenées à terre; ni même à celles qui, après l'abandon, seraient extraites du bâtiment par un autre navire ou même extraites du sein des eaux, à la condition que ce sauvetage soit connu au moment du délaissement; car alors ces marchandises ne sont plus en ce moment *en état de naufrage* (7). — Il est bien entendu que cela n'empêcherait pas le délaissement, si celui-ci était fondé sur une autre cause, p. ex. la perte des trois quarts.

4° **Echouement avec bris.**

1402. Nous avons défini l'échouement en le distinguant du naufrage. Le

(1) V. Cass. 27 juill. 1857, D. P. 58. 1. 392.

(2) Béd., n. 35 et suiv. Al. n. 2179.

(3) Les vaisseaux et autres effets échoués et sauvés sont restitués en entier à leurs propriétaires (ord. 1681, liv. III, tit. IX, art. 24; l'ordonnance est encore en vigueur sur ce point. V. Aix, 26 juill. 1866, D. P. 67. 2. 7). Ceux trouvés en pleine mer sont attribués pour un tiers au sauveteur (ord. 1681, *ibid.*, art. 27). — Seulement c'est une question de savoir si ce texte est applicable aux navires, parce que l'art. 27, à la différence des articles précédents, ne parle que des *effets naufragés* sans nommer les vaisseaux. Nous pensons qu'il faut l'appliquer à ceux-ci, parce que l'ordonnance paraît avoir voulu s'exprimer seulement d'une manière plus abrégée, comme on peut s'en convaincre en remarquant que les art. 25, 26 et 27 s'expriment d'une manière de plus en plus concise (v. ces art. aux Codes Tripier, v° *Epaves*, p. 1233). *Sic :* Béd., n. 34. Desj., n. 93. Pour que cette solution soit applicable, il faut que l'abandon ait été fait sans esprit de retour: v. Béd., n. 37 et suiv., avec plusieurs exemples intéressants.

(4) *Contrà* : Al. n. 2179.

(5) Al. *ibid.*

(6) Al. *ibid.*

(7) Rouen, 5 mai 1856, D. P. 56. 2. 173. De Courcy. *Pol. fr.*, p. 240 et suiv.; *Quest.*, t. II, p. 329. Laurin. t. IV, p. 105. — *Contrà* : Req. 7 janv. 1857, D. P. 58. 1. 215, etc. Béd. n. 1411.

Source BIU Cujas

Code, à la différence de l'Ordonnance, n'admet pas tout échouement comme cause de délaissement; il n'admet que celui qui est accompagné de *bris*. Il faut évidemment entendre par ce dernier mot une fracture d'une certaine importance, et l'on s'accorde à le préciser en exigeant une fracture dans les parties essentielles, nécessaires pour que le navire puisse tenir la mer (1); c'est ce qu'on a appelé assez maladroitement le *bris absolu*. — On s'est demandé si, pour un navire à vapeur, la rupture de ses machines autoriserait le délaissement. Il faut répondre affirmativement s'il n'a pas une voilure suffisante pour naviguer sans ses machines (2). — Le bris ainsi défini diffère encore essentiellement de l'*innavigabilité*, en ce que, s'il empêche pour le moment le navire de naviguer, il peut être réparable, même très facilement, tandis que l'innavigabilité est l'état du navire qui ne peut pas être réparé (3).

Cette cause de délaissement est celle qui donne prise aux critiques les plus vives, qui est la plus redoutée des assureurs (4), et exclue par eux avec grand soin dans les polices. En effet, on se demande quel en est le motif; le Code suppose le navire réparable sans trop de frais, car autrement il y aurait innavigabilité ou perte des trois quarts; mais alors pourquoi ne pas permettre aux assureurs de faire faire ou de payer les réparations? Tout ce qu'on peut dire, c'est que la loi a voulu permettre à l'assuré de recouvrer immédiatement ses capitaux, sans attendre les résultats d'une tentative assez hasardeuse de renflouement, et sans prouver positivement que le renflouement est impossible et que le prix des réparations dépasserait la valeur du navire. D'ailleurs, d'après notre doctrine, le délaissement sera impossible si le navire a été renfloué et si la nouvelle en est parvenue avant le délaissement (v. n. 1395) (5).

Jusqu'ici nous avons supposé que c'est le navire qu'on veut délaisser pour cause d'échouement. Mais d'après le Code, on peut aussi délaisser les marchandises pour ce chef. — **Q.** *Le pourra-t-on si, le navire étant échoué sans doute d'une façon irréparable, mais près d'une côte, les marchandises ont pu être débarquées et transportées à destination?* Evidemment cela serait contraire au bon sens; et les principes que nous avons posés nous permettent d'écarter cette solution, en disant tout simplement que les marchandises alors ne sont pas atteintes par l'échouement, ne sont pas *en état d'échouement*, c'est-à-dire arrêtées par un rocher ou un bas-fond dont on ne peut les tirer; — de plus nous pouvons, ici aussi, argumenter comme ci-dessus des art. 391 et 394, qui interdissent le délaissement si l'on a pu se procurer un autre navire (v. n. 1397) (6).

(1) Aix, 21 avril 1871, *J. Mars.* 72. 1. 48, etc., etc. — Estrangin, p. 184. Lemonn., n. 266. Béd., n. 1413. Al. n. 2180. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 338.

(2) Al. n. 2181, admet l'affirmative sans distinction.

(3) *Contrà* : Laurin, t. IV, p. 107. 108.

(4) V. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 331 et suiv.

(5) De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 334, 336.

(6) *Sic* : Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 46. Pot., n. 110. Laurin, t. IV, p. 109 et suiv. Caumont, v° *Délaissement*, n. 571. Droz, n. 515. — *Contrà* : Emérigon, ch. 17, sect. 2, § 5. Pard., n. 840. Boulay-Paty, t. IV, p. 232. Dagev., t. III, p. 396, 434. Lemonn., n. 276, 279. Béd., n. 1415. Al. n. 2197.

Source BIU Cujas

5° **Innavigabilité.**

1403. L'innavigabilité peut, comme on vient de le voir, résulter de l'échouement; mais elle peut résulter de bien d'autres circonstances, telles que tempête, incendie, feu de l'ennemi, voie d'eau, abordage (1). — La loi exige qu'elle provienne d'une *fortune de mer*, ce qui exclut celle arrivée par le *vice propre* du navire; par la raison bien simple que les assureurs ne garantissent que les fortunes de mer (art. 350) et ne garantissent pas le vice propre du navire (art. 352). Nous nous sommes expliqué sur celui-ci à propos de ce dernier article (n. 1377).

L'innavigabilité est l'*état du navire qui ne lui permet plus à l'avenir de voyager sur mer*, quelques réparations que l'on y puisse faire. C'est ce que la loi indique en cas d'échouement :

Art. 389. Le délaissement à titre d'innavigabilité ne peut être fait, si le navire échoué peut être relevé, réparé, et mis en état de continuer sa route pour le lieu de sa destination. — Dans ce cas l'assuré conserve son recours sur les assureurs, pour les frais et avaries occasionnés par l'échouement.

Il faut évidemment appliquer cette règle aux autres cas d'innavigabilité. — Pourtant il faut bien s'entendre sur ce point : il est toujours possible de remettre un navire en état de reprendre la mer en y faisant assez de frais; mais il faut évidemment considérer ces réparations comme impossibles, si les dépenses à faire égalaient ou dépassaient même la valeur qu'aura le navire après les réparations, ou le prix d'un navire neuf pareil (2). La police française (art. 10) admet l'innavigabilité par cela seul que les dépenses à faire égalent les trois quarts de la valeur agréée.

Il peut arriver que le navire soit absolument réparable, mais qu'il n'ait pas sur les lieux les moyens de se réparer et qu'il ne puisse, dans l'état où il est, gagner un port où les réparations seraient possibles. Alors il doit être encore réputé innavigable (v. *Pol. fr.* sur corps, art. 11); c'est ce qu'on appelle l'*innavigabilité relative*. Cette circonstance peut résulter, soit de l'absence de moyens matériels au lieu de refuge, soit du défaut de fonds et du crédit nécessaire pour s'en procurer (3); la police française admet ce dernier motif, mais seulement dans un port de relâche (même art. 11); car si le navire est au port d'expédition ou au port de destination, il n'est pas admissible que l'armateur n'y ait pas des relations établies, et les assureurs ne garantissent pas son défaut de crédit personnel, ni le désir qu'il peut avoir de ne pas engager sa fortune de terre (4).

Du texte de l'art. 389, il ne faudrait pas conclure, comme on l'a fait (5), que si les réparations n'avaient pas permis au navire de continuer sa route, et

(1) Al. n. 2278.

(2) Caen, 7 fév. 1859, D. P. 59. 2. 109. — Emérigon, ch. 12, sect. 38, § 6. Béd., n. 1602. Al. n. 2288. Laurin, t. IV, p. 113. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 343. C'est la règle anglaise.

(3) Req. 14 août 1876, D. P. 77. 1. 314; Rennes, 25 févr. 1879, D. P. 80. 2. 132, etc. — Pard., t. III, p. 377. Boulay-Paty, t. IV, p. 277. Lemonn., n. 268. Béd., n. 1599. Al. n. 2288. Laurin, t. IV, p. 115. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 344.

(4) De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 349 et suiv.

(5) Cass. 5 juill. 1848, S. 52. 1. 640. — Béd., 1598. Al. n. 2278.

Source BIU Cujas

s'il était revenu au port de départ, il y aurait nécessairement innavigabilité. La loi ne dit pas qu'il y aura toujours innavigabilité en dehors du cas qu'elle prévoit, elle dit seulement qu'il n'y aura pas innavigabilité dans ce cas; on pourra donc constater en fait que le navire a été rendu de nouveau navigable, quoiqu'il n'ait pu se rendre au port de destination.

1404. La loi n'indique aucun moyen légal de constater l'innavigabilité; elle sera constatée uniquement par le juge, compétent entre l'assureur et l'assuré. Sans doute, il y a des fonctionnaires, notamment les consuls en pays étrangers, chargés de constater l'innavigabilité, et les art. 4 et 7 de la Décl. de 1779 ne permettaient le délaissement pour innavigabilité qu'après condamnation par ces fonctionnaires. Mais le Code n'a pas reproduit cette exigence; il en parle uniquement au point de vue de l'art. 287, en vue de la vente du navire par le capitaine (1). A l'égard de l'assureur, le capitaine fera bien de se munir de procès-verbaux des autorités locales; mais ces documents n'auront pas une valeur absolue, et les juges pourront toujours former leur conviction d'après tous les éléments fournis par les deux parties (2).

D'après la même décl. du 7 août 1779, art. 4, le délaissement n'était admis pour innavigabilité que si l'on représentait les procès-verbaux de *visite* du navire (v. n. 1210); d'où Emérigon concluait que, faute de représentation des procès-verbaux, on n'était pas admis à prouver l'innavigabilité, et si on les produisait, ils créaient une présomption en faveur de l'assuré (3). Le Code n'ayant pas reproduit ces règles, les procès-verbaux n'auront plus la même autorité légale; seulement leur présence ou leur absence établira une présomption de fait très puissante pour ou contre l'assuré (4).

1405. Si l'innavigabilité du navire peut toujours amener le délaissement de celui-ci, le Code prend soin de dire qu'elle n'amène pas toujours celui *des marchandises*, mais seulement si le capitaine n'a pas pu trouver un autre navire; et cela dans les délais fixés par l'art. 387 pour le cas d'arrêt de puissance :

Art. 391. Le capitaine est tenu, dans ce cas, de faire toutes diligences pour se procurer un autre navire à l'effet de transporter les marchandises au lieu de leur destination.

Art. 392. L'assureur court les risques des marchandises chargées sur un autre navire, dans le cas prévu par l'article précédent, jusqu'à leur arrivée et leur déchargement.

Art. 393. L'assureur est tenu, en outre, des avaries, frais de déchargement, magasinage, rembarquement, de l'excédant du fret, et de tous frais qui auront été faits pour sauver les marchandises, jusqu'à concurrence de la somme assurée.

(1) Lemonn., n. 271. Al. n. 2279. — *Contrà* : Béd., n. 1420.

(2) Req. 6 mai 1867, D. P. 68. 1. 24. Lemonn., n. 271. Béd., n. 1421. Al. n. 2279, 2280. — La jurisprudence tend à aller un peu plus loin; il a été jugé que l'innavigabilité est constatée souverainement par les autorités locales, sauf preuve contraire : Rouen, 19 juin 1876, D. P. 78. 2. 205; même par les autorités étrangères : Rennes, 25 févr. 1879, D. P. 80. 2. 132.

(3) Emérig., t. I, p. 566 et suiv.

(4) Pard., t. III, p. 438. Locré, t. II, p. 498. Boulay-Paty, t. IV, p. 259 et suiv. Lemonn., n. 213 et suiv.; 270. — *Contrà* : Estrangin, p. 425. et Dageville, t. III, p. 370, 383.

Source BIU Cujas

Art. 394. Si, dans les délais prescrits par l'article 387, le capitaine n'a pu trouver de navire pour recharger les marchandises et les conduire au lieu de leur destination, l'assuré peut en faire le délaissement.

6° **Défaut de nouvelles.**

Art. 375. Si, après un an expiré, à compter du jour du départ du navire, ou du jour auquel se rapportent les dernières nouvelles reçues, pour les voyages ordinaires, — Après deux ans pour les voyages de long cours, — L'assuré déclare n'avoir reçu aucune nouvelle de son navire, il peut faire le délaissement à l'assureur, et demander le paiement de l'assurance sans qu'il soit besoin d'attestation de la perte. — Après l'expiration de l'an ou des deux ans, l'assuré, a, pour agir, les délais établis par l'article 373.

1406. Lorsque les délais indiqués par l'article sont écoulés, la loi considère la perte comme très probable, en tout cas elle ne veut pas que l'assuré attende plus longtemps ses capitaux. — Il est clair que le défaut de nouvelles affecte au même titre le navire et la cargaison; que par conséquent l'un comme l'autre pourront être délaissés à ce titre, quoique l'article ne parle que du navire (1).

Nous avons déjà dit plus haut que le délaissement peut avoir lieu aussitôt les délais expirés sans nouvelles et qu'une fois fait il sera irrévocable; mais que, si l'assuré tarde un peu à le faire et que des nouvelles arrivent dans l'intervalle, il ne sera plus possible, attendu qu'il résulte de l'article que c'est au moment de sa déclaration qu'il doit affirmer qu'il n'a pas de nouvelles (v. n. 1396) (2).

Les art. 376 et 377 complètent l'art. 375 :

Art. 376. Dans le cas d'une assurance pour temps limité, après l'expiration des délais établis, comme ci-dessus, pour les voyages ordinaires et pour ceux de long cours, la perte du navire est présumée arrivée dans le temps de l'assurance.

Cet article nous paraît comprendre dans ses termes à la fois le cas où l'assurance était faite *jusqu'à* un certain temps, et celui où elle était faite *à partir* d'un certain terme; car les mots *pour temps limité* visent aussi bien le *dies ab quo* que le *dies ad quem* (3).

Art. 377 (ainsi modifié, L. 14 juin 1854). Sont réputés voyages de long cours, ceux qui se font au delà des limites ci-après déterminées. — Au sud, le 30e degré de latitude nord; — au nord, le 72e degré de latitude nord; — à l'ouest, le 15e degré de longitude du méridien de Paris; à l'est, le 44e degré de longitude du méridien de Paris.

(1) Al. n. 2246.

(2) Droz, n. 563.

(3) Pour la seconde partie de la solution qui seule fait difficulté, v. Béd., n. 1497. Laurin, t. IV, p. 146. *Contrà* : Lemonn., n. 261. Al. n. 2248. — V. dans Laurin, *loc. cit.*, la difficulté qui peut se présenter dans le cas de deux assurances, dont l'une commence au moment où l'autre finit.

Source BIU Cujas

7° **Perte ou détérioration des trois quarts au moins.**

1407. Nous entrons ici dans un ordre d'idées tout à fait différent de celui où le législateur s'est placé pour édicter les cas précédents. Ici il ne s'agit plus de régler immédiatement une situation qui pourrait se prolonger indéfiniment; le législateur a considéré que la privation des trois quarts de sa chose peut produire pour l'assuré un dommage à peu près égal à la privation du tout (v. n. 1392, *in fine*). Il est donc juste, dans tous ces cas, que l'assuré puisse demander aux assureurs toute la somme assurée, en leur abandonnant seulement ce qui reste inutile entre ses mains.

Ce motif nous permet de préciser le sens des mots *perte ou détérioration* de l'art. 369. Ils comprennent d'abord évidemment toute perte ou détérioration *matérielle* des trois quarts, que ce soit une perte en *quantité* ou en *qualité*. Pour le navire il y aura perte des trois quarts, quand les dépenses des réparations à faire seront des trois quarts au moins de la valeur assurée (1). Il n'y aura pas lieu de tenir compte du prix pour lequel le navire pourrait encore être vendu; car l'assuré ne peut être obligé de le vendre pour réaliser cette valeur; il a droit à l'avoir en nature (2). — Mais les termes de l'art. 369 comprennent aussi tous les événements fortuits qui feront que l'assuré n'aura pas *au lieu de destination* la *libre disposition* des trois quarts au moins des objets assurés, lors même qu'il n'y aurait aucune détérioration matérielle (3). Car il y a toujours privation d'une partie de la chose, qui équivaut, vu son importance, à la privation du tout. Mais d'après les termes bien formels du texte, il faut que le sinistre ait porté sur les objets assurés (comp. n. 1387) (4), et qu'il soit de ceux dont répondent les assureurs. Ainsi d'abord le délaissement sera possible si les marchandises ne peuvent pas arriver au lieu de destination; il faut généraliser à cet égard l'art. 394 qui suppose seulement que l'obstacle vient de l'innavigabilité du navire (5). — Il en serait de même si l'objet (marchandise ou navire) a été, par suite d'une fortune de mer, grevé de frais, pour les 3/4 au moins de sa valeur; p. ex. s'il a été affecté dans son seul intérêt à un emprunt à la grosse pour les trois quarts au moins de sa valeur; car il peut être vendu par le prêteur privilégié; et en tout cas l'assuré ne peut en disposer sans payer la dette (6). De même encore si les objets avaient dû être vendus aux trois quarts en cours de voyage pour cause d'avarie propre (7).

(1) Bordeaux, 23 août 1875, D. P. 77. 2. 314, etc. Al. n. 2213. Laurin, t. IV, p. 124. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 365 et suiv. Droz, n. 535. — *Contrà* : Bordeaux, 5 avril 1832, S. 33. 2. 13. — V. Rouen, 24 mars 1872, D. P. 74. 2. 5.

(2) Bordeaux, 23 août 1875, D. P. 77. 2. 314, etc. Dall., n. 2034, 2039. Vincens, t. III, p. 368. Béd., n. 1428. Al. n. 2193. Laurin, t. IV, p. 127. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. IV, p. 220. Cauvet, n. 311. Lemonn., n. 286.

(3) Req. 10 janv. 1859, *J. Pal.*, p. 118; Rennes, 10 avril 1869, S. 69. 2. 258. Dageville, t. III, p. 411 et suiv. Lemonn., n. 284. Al. n. 2187. — *Contrà* : Estrangin, p. 428. Boulay-Paty, t. IV p. 252. Pard., t. III, p. 386. Béd., n. 1440.

(4) Bordeaux, 23 août 1875, D. P. 77. 2. 314, etc. — Al. n. 2186. Laurin, t. IV, p. 128. Droz, n. 538.

(5) Cass. 5 nov. 1839, etc. Dall., n. 2034, 2039. Vincens, t. III. p. 368. Béd., n. 1438. Al. n. 2193.—*Contrà* : Emérig., t. II, p. 220. Boulay-Paty, t. IV, p. 220. Cauvet, n. 311. Lemonn., n. 286.

(6) Rennes, 10 avril 1869, S. 69. 2. 258. Al. n. 2187. — *Contrà* : Béd., n. 1440.

(7) Req. 15 déc. 1851, D. P. 52. 1. 147.

Source BIU Cujas

De ce que le sinistre, d'où provient la perte des trois quarts, doit avoir porté sur les objets assurés eux-mêmes, il faut conclure que, si les objets ont été affectés d'un emprunt à la grosse ou vendus, au cours du voyage, pour le radoub du navire (art. 234), il n'y a pas lieu au délaissement; d'ailleurs le capitaine doit tenir compte à leur propriétaire de leur valeur au lieu de la décharge (art. 298) ou rembourser le prêteur pour dégrever ces marchandises; et tous les chargeurs doivent contribuer au paiement de ces sommes, en cas d'insuffisance du navire et du fret (même art. 298); l'assuré, propriétaire des marchandises sacrifiées, ne subira donc aucun dommage égal aux trois quarts de la valeur de ses marchandises, car il les a au lieu de destination ou il obtient leur valeur *en ce lieu* (art. 298) (1); s'il subit quelques dommages de détail, ces dommages sont la suite de l'insolvabilité de ceux contre lesquels il recourt; ils seront réglés en avaries. — Il en sera de même si les objets assurés ont été sacrifiés pour sauver le navire et la cargaison, car il y aura lieu à contribution pour leur valeur *au lieu de destination*. — Même solution encore pour la contribution dont seraient grevés les objets assurés à raison d'avaries communes faites à d'autres objets; cette contribution ne devrait pas entrer dans le calcul de la perte des trois quarts parce que le sinistre n'a pas atteint les objets assurés et que la contribution n'empêche pas l'assuré d'avoir la libre disposition de sa chose, en payant seulement le montant de sa contribution (2).

Dans le cas où les marchandises sont divisées en séries (v. n. 1388), il suffit que dans quelques séries il y ait eu perte des trois quarts pour que les marchandises de cette série puissent être délaissées, lors même qu'il n'y aurait pas perte des trois quarts sur la totalité des marchandises assurées (3).

1408. Telles sont les dispositions du Code sur les cas de délaissement. Nous avons déjà indiqué la tendance qu'ont les assureurs à en limiter le nombre : en effet, le délaissement étant facultatif pour l'assuré, celui-ci ne le choisit que s'il lui est favorable, et par conséquent onéreux pour les assureurs; — il a très souvent le désir et quelquefois la facilité de rejeter sur les assureurs les erreurs de sa spéculation; si les marchandises sont en baisse, il fera tous ses efforts pour les laisser à leur charge; si le navire est vieux, il trouvera facilement l'écueil heureux où il se rendra innavigable (4); et les assureurs auront à se faire marchands de vieux navires, de marchandises de toute espèce, dans les conditions habituellement très défavorables; la fraude concertée entre l'armateur et le capitaine, pour amener le sinistre désiré, pourra souvent se produire, et sera très difficile, sinon à découvrir, du moins à prouver; — enfin, le délaissement prive les assureurs des franchises qu'ils ont soin de stipuler en cas d'avaries, et qu'ils ne peuvent stipuler en cas de délaissement,

(1) Cass. 9 fév. 1842, *J. Pal.*, 42. 1. 500. — *Contrà* : Bordeaux, 16 mars 1857, D. P. 57. 2. 93. Lemonn., n. 285. Béd., n. 1437. Al. n. 2190. Laurin, t. IV, p. 138. De Courcy, *Quest.*, t. II. p. 360 et suiv. Droz, n. 557.

(2) Cass. 19 fév. 1844, *J. Pal.*, 44. 1. 599. — Béd., n. 1439. Al. n. 2185. Laurin, t. IV, p. 128. Droz, n. 558.

(3) Bordeaux, 15 déc. 1828, Dall., v° *Dr. marit.*, n. 2136. — Béd., n. 1443. Al. n. 2196.

(4) V. De Courcy, *Quest.*, t. II, p. 293-310.

Source BIU Cujas

parce que cela répugne à la nature même de celui-ci, et parce qu'en présence d'un sinistre majeur on ne peut pas affirmer que la nature des marchandises ou l'âge du navire a rendu la perte plus facile.

Ce désir de restreindre les cas de délaissement et la crainte de se trouver victime d'une fraude entre le capitaine et ses commettants, ont amené la plupart des polices à abandonner l'idée-mère du Code, le désir de faciliter un règlement rapide; elles se sont bornées, en général, au motif qui a fait insérer dans l'art. 369 la perte des trois quarts comme une cause de délaissement : l'assuré est-il ou non privé de l'utilité de sa chose par le sinistre? Voilà toute la question pour elles. C'est ce que M. de Courcy met en lumière; c'est l'idée dont il a poursuivi l'application de plus en plus exacte lors de la rédaction de ces polices françaises (1). — Pour appliquer cette idée, on distingue les polices sur corps et les polices sur facultés. — Dans les *polices sur corps*, on se demande : le navire est-il encore utile comme navire? et, dès lors, on réduit les cas de délaissement à trois : 1° destruction totale du navire; 2° disparition du navire ou défaut de nouvelles; 3° innavigabilité du navire (*pol. fr.* sur corps, art. 9). Dès lors, le naufrage, l'échouement avec bris ne seront plus considérés qu'en tant qu'ils auront produit l'innavigabilité; la prise, l'arrêt de puissance, la perte des trois quarts ne donneront jamais lieu au délaissement. Du reste, la police précise le sens de l'innavigabilité; elle prend en considération l'innavigabilité relative, ainsi que nous l'avons définie plus haut (v. les art. 10 et 11); mais si l'innavigabilité a cessé par des réparations, et si le navire est parvenu à destination, elle n'admet plus le délaissement (art. 10, 2e al.). Enfin, elle abrège considérablement les délais après lesquels le délaissement pour défaut de nouvelles peut être fait : ce qui est très favorable à l'assuré, et n'est d'ailleurs que la conséquence logique de la rapidité actuelle des communications (v. art. 9). — Dans les *polices sur facultés*, on se demande si la spéculation de l'assuré a pu ou non s'accomplir; et l'on admet comme cas de délaissement : 1° le défaut de nouvelles avec délais abrégés; 2° l'innavigabilité du navire, si les marchandises n'ont pu être remises à la disposition des propriétaires dans un délai fixé par la police et plus court que ceux des art. 394 et 387 du Code; 3° la perte des trois quarts, mais uniquement la perte matérielle, sans que l'on puisse aucunement tenir compte des frais faits; 4° la vente ordonnée ailleurs qu'aux points de départ et de destination pour cause d'avarie matérielle à la marchandise, provenant de naufrage, d'échouement, d'abordage ou d'incendie. C'est à ces quatre cas que se ramène l'art. 8 de la police, qui est rédigé d'une manière assez confuse et qui en énumère cinq.

SECTION II.

CONDITIONS A REMPLIR PAR L'ASSURÉ POUR LE DÉLAISSEMENT.

Ces conditions peuvent se ramener à trois chefs : — 1° formalité préalable à remplir; — 2° soins à prendre dans l'intérêt de l'assureur; — 3° réalisation du délaissement.

(1) V. *Pol. françaises*, p. 109 et suiv., 245 et suiv., et *Questions*, t. II, p. 320 et suiv.

Source BIU Cujas

I. — Formalité préalable.

1409. C'est la signification, dans les trois jours, des avis que l'assuré a reçus :

Art. 374. Dans le cas où le délaissement peut être fait, et dans le cas de tous autres accidents au risque des assureurs, l'assuré est tenu de signifier à l'assureur les avis qu'il a reçus. — La signification doit être faite dans les trois jours de la réception de l'avis.

Cette obligation est répétée par l'art. 387, 1er al. (v. *suprà*, n. 1399) et par l'art. 390 :

Art. 390. Si le navire a été déclaré innavigable, l'assuré sur le chargement est tenu d'en faire la notification dans le délai de trois jours de la réception de la nouvelle.

Le but de cette exigence est de permettre aux assureurs de faire toutes les diligences pour atténuer ou peut-être faire disparaître le sinistre (v. art. 388). Aucune forme spéciale n'est exigée pour cette notification; une simple lettre suffirait (1). — La loi n'ayant édicté aucune sanction spéciale, la seule sanction sera dans les dommages-intérêts dus par l'assuré à l'assureur, si celui-ci souffre de l'ignorance où on l'a laissé (C. civ., art. 1382) (2).

Si, au moment où il reçoit la nouvelle, l'assuré est prêt à faire le délaissement, il peut le faire immédiatement et par le même acte; mais il n'y est pas obligé :

Art. 378. L'assuré peut, par la signification mentionnée en l'article 374, ou faire le délaissement avec sommation à l'assureur de payer la somme assurée dans le délai fixé par le contrat, ou se réserver de faire le délaissement dans les délais fixés par la loi.

II. — Soins à prendre par l'assuré dans l'intérêt de l'assureur.

1410. En signifiant la nouvelle à l'assureur, l'assuré le met à même d'agir; mais il doit lui-même faire tout ce qui est en son pouvoir pour atténuer le sinistre et la perte qui va tomber sur l'assureur. Il devrait des dommages-intérêts s'il négligeait de le faire; mais cela ne rendrait pas le délaissement irrecevable (3).

En cas de naufrage ou d'échouement :

Art. 381. En cas de naufrage ou d'échouement avec bris, l'assuré doit, sans préjudice du délaissement à faire en temps et lieu, travailler au recouvrement des effets naufragés. — Sur son affirmation, les frais de recouvrement lui sont alloués jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés.

Cet article n'a pas d'autre sanction que la possibilité de faire payer des dommages-intérêts (C. civ., art. 1382); et encore bien souvent l'assuré sera excusé par la crainte que la valeur du sauvetage ne couvrît pas les frais (4).

(1) Laurin, t. IV, p. 159.
(2) Béd., n. 1449. Al. n. 2243. Droz, n. 661.
(3) Req. 4 janv. 1870, D. P. 72. 1. 35. Laurin, t. IV, p. 158.
(4) Béd., n. 1534. Al. n. 2257. Laurin, t. IV, p. 167.

Source BIU Cujas

En cas d'arrêt de puissance :

Art. 388. Pendant les délais portés par l'article précédent, les assurés sont tenus de faire toutes diligences qui peuvent dépendre d'eux, à l'effet d'obtenir la mainlevée des effets arrêtés. — Pourront de leur côté les assureurs, ou de concert avec les assurés, ou séparément, faire toutes démarches à même fin.

Encore ici la seule sanction sera dans des dommages intérêts, et non dans une prolongation des délais (1).

En cas d'innavigabilité : V. l'art. 391 déjà expliqué (n. 1405).

En cas de prise :

Art. 395. En cas de prise, si l'assuré n'a pu en donner avis à l'assureur, il peut racheter les effets sans attendre son ordre. — L'assuré est tenu de signifier à l'assureur la composition qu'il aura faite aussitôt qu'il en aura les moyens.

Art. 396. L'assureur a le droit de prendre la composition à son compte, ou d'y renoncer : il est tenu de notifier son choix à l'assuré, dans les vingt-quatre heures qui suivent la signification de la composition. — S'il déclare prendre la composition à son profit, il est tenu de contribuer, sans délai, au paiement du rachat dans les termes de la convention, et à proportion de son intérêt ; et il continue de courir les risques du voyage, conformément au contrat d'assurance. — S'il déclare renoncer au profit de la composition, il est tenu au paiement de la somme assurée, sans pouvoir rien prétendre aux effets rachetés — Lorsque l'assureur n'a pas notifié son choix dans le délai susdit, il est censé avoir renoncé au profit de la composition.

Une option est donnée ici aux assureurs, parce que l'assuré ne peut, sans mandat exprès, compromettre leurs droits. S'ils prennent la composition à leur profit, ils ont alors empêché la prise d'avoir son effet; le délaissement n'est plus possible; la composition est payée par eux à titre d'avarie (2). Si, au contraire, ils refusent de payer la composition, ils acceptent la prise avec son caractère de sinistre majeur, et doivent accepter le délaissement avec sa conséquence, le paiement intégral de la somme assurée ; mais ils ne peuvent prétendre aux effets rachetés, car ils ont été rachetés des deniers de l'assuré et pour son compte. Dans ce cas, l'assuré n'étant plus à l'avenir couvert par sa première assurance, peut faire assurer de nouveau les effets rachetés, s'ils continuent à voyager ?

III. — Réalisation du délaissement. Délai dans lequel il doit avoir lieu.

Art. 373 (Ainsi remplacé, L. 3 mai 1862). Le délaissement doit être fait aux assureurs dans le terme de six mois à partir du jour de la réception de la nouvelle de la perte arrivée aux ports ou côtes d'Europe, ou sur celles d'Asie et d'Afrique, dans la Méditerranée, ou bien, en cas de prise, de la réception de

(1) Al. n. 2277. — *Contrà* : Béd., n. 1588.
(2) Pot., n. 365. Béd., n. 1621 et suiv. — *Contrà* : Emérig., ch. 12, sect. 21, § 6.
(3) Al. n. 2293.

Source BIU Cujas

celle de la conduite du navire dans l'un des ports ou lieux situés aux côtes ci-dessus mentionnées; — Dans le délai d'un an après la réception de la nouvelle ou de la perte arrivée ou de la prise conduite en Afrique en deçà du cap de Bonne-Espérance, ou en Amérique en deçà du cap Horn; — Dans le délai de dix-huit mois après la nouvelle des pertes arrivées ou des prises conduites dans toutes les autres parties du monde; — Et, ces délais passés, les assurés ne seront plus recevables à faire le délaissement.

1411. Ce délai est un délai *ad quem*, un terme final qui fait *cesser* la faculté de délaissement. Il ne faut pas le confondre avec le délai *à quo*, terme primordial, qui fait *commencer* la faculté de délaisser dans les cas des art. 375, 387 et 394.

Le délai ne courant que de la réception de la nouvelle, on peut se demander pourquoi il est allongé à raison des distances. Le motif est que l'assuré peut avoir besoin de prendre des renseignements, et qu'il les recevra plus lentement d'un pays lointain.

L'art. 373 ne vise expressément que le cas de prise et le cas de perte, ce qui comprend le naufrage, l'échouement, la perte des trois quarts et même l'innavigabilité, s'il s'agit du délaissement du navire. Mais que dire de l'arrêt (art. 387), du défaut de nouvelles (art. 375), et de l'innavigabilité donnant lieu au délaissement des marchandises, lorsqu'on n'a pu trouver un autre navire (art. 394)? Dans ces trois cas, il y a un terme primordial, comme nous l'avons vu (art. 375, 387 et 394; n. 1399, 1405, 1406); mais y a-t-il un terme final? La question est résolue, pour le défaut de nouvelles par l'art. 375, dern. al.: les délais de notre art. 373 ne courent qu'à partir de l'expiration des délais de l'art. 375. Il faut évidemment appliquer la même solution au cas de l'art. 394 : les délais de notre art. 373 courront à partir de l'expiration des délais de l'art. 387 (1).

Manière de faire le délaissement.

1412. La loi n'a pas expliqué comment serait fait le délaissement. L'art. 378 indique seulement qu'il pourra être fait par la signification de l'art. 374; il faut dire que le seul moyen pratique est, en effet, une *signification* par huissier.

Cette signification, une fois faite, constitue un droit pour l'assuré, puisque le délaissement dépend uniquement de sa volonté; elle n'est pas, quant aux droits de l'assuré, subordonnée à l'acceptation de l'assureur, qui pourrait chercher à la retarder indéfiniment. Aussi nous avons dit plusieurs fois que les événements postérieurs à la signification sont sans influence sur le délaissement (v. notamment n. 1396). C'est donc la signification qui constitue un *droit acquis* pour l'assuré à faire le délaissement. — Seulement, celui-ci ne deviendra absolument définitif que par l'acceptation des assureurs ou par un jugement de validité; jusque-là les assureurs ne sont pas liés; et il faut dire aussi que l'assuré ne l'est pas et qu'il pourrait abandonner le délaissement pour recourir à l'action d'avarie (2). Mais, une fois définitif, il aura un effet rétroactif au jour de la signification (art. 385).

(1) Béd., n. 1462. Al. n. 2277, 2346.

(2) Cass. 15 mai 1854, D. P. 55. 1. 162 et 315. — Dagev., t. IV, p. 201. Lemonn., n. 255. Béd., n. 1561., Al. n. 2270, 2350. — V. Pard., t. III, p. 467.

Source BIU Cujas

Pourtant nous verrons plus bas (n. 1441) que pour éviter la prescription de l'art. 431, l'assuré doit avoir, dans les délais de l'art. 373, non seulement fait la signification, mais intenté une action en justice s'il n'obtient pas l'acceptation des assureurs (1).

Déclarations accessoires à faire.

Art. 379. L'assuré est tenu, en faisant le délaissement, de déclarer toutes les assurances qu'il a faites ou fait faire, même celles qu'il a ordonnées, et l'argent qu'il a pris à la grosse, soit sur le navire, soit sur les marchandises; faute de quoi, le délai du paiement, qui doit commencer à courir du jour du délaissement, sera suspendu jusqu'au jour où il fera notifier ladite déclaration, sans qu'il en résulte aucune prorogation du délai établi pour former l'action en délaissement.

1413. Les assureurs ont intérêt à connaître les assurances et les emprunts à la grosse faits sur le même objet; car si les uns et les autres couvrent chacun la totalité de la valeur de l'objet, les derniers sont nuls (art. 347 et 359). Si chacun n'en couvre qu'une partie, il y a lieu, soit à une répartition proportionnelle de la perte, soit à l'exonération des derniers contractants suivant les cas. — L'absence de déclaration est punie par le même art. 379; la déclaration fausse est punie par l'art. 380 :

Art. 380. En cas de déclaration frauduleuse, l'assuré est privé des effets de l'assurance; il est tenu de payer les sommes empruntées, nonobstant la perte ou la prise du navire.

Justifications à faire.

1414. Art 383. **Les actes justificatifs du chargement et de la perte sont signifiés à l'assureur avant qu'il puisse être poursuivi pour le paiement des sommes assurées.**

L'assuré doit justifier : — 1° son intérêt personnel dans la chose assurée; — 2° la valeur de cette chose; — 3° la mise en risque ou *le chargé*; — 4° le fait du sinistre. Nous avons indiqué, en leur lieu et place, comment les trois premiers éléments seront prouvés; quant au fait du sinistre, il se prouvera par tous les moyens possibles (2); néanmoins le livre de bord et le rapport ou consulat du capitaine (art. 342 et suiv.) sont les modes les plus naturels.

Art. 384. L'assureur est admis à la preuve des faits contraires à ceux qui sont consignés dans les attestations. — L'admission à la preuve ne suspend pas les condamnations de l'assureur au paiement provisoire de la somme assurée, à la charge par l'assuré de donner caution. — L'engagement de la caution est éteint après quatre années révolues s'il n'y a pas eu de poursuites.

La condamnation provisoire dont parle le 2e al. est facultative pour le juge (3).

(1) Lyon, 17 mars 1881, D. P. 82. 2. 198.
(2) Emérig., ch. 14, sect. 3. — Pard., n. 830. Béd., n. 1545 et suiv. Al. n. 2267.
(3) Valin, *Ord.*, liv. 3, tit. 6, art. 61. — Béd., n. 1557.

Source BIU Cujas

SECTION III.

EFFETS DU DÉLAISSEMENT.

Art. 385. Le délaissement signifié et accepté ou jugé valable, les effets assurés appartiennent à l'assureur, à partir de l'époque du délaissement. — L'assureur ne peut, sous prétexte du retour du navire, se dispenser de payer la somme assurée.

1415. Le délaissement a donc, conformément à notre définition première, deux effets réciproques : — 1° obligation pour l'assureur de payer le montant intégral de la somme assurée; — 2° abandon complet par l'assuré de la propriété des objets assurés.

1416. 1° **Obligation pour l'assureur de payer le montant de la somme assurée.** C'est pour obtenir ce paiement que l'assuré fait le délaissement. Une fois le délaissement réalisé par la signification, cette obligation naît pour l'assureur, et elle est irrévocable, quels que soient les événements ultérieurs : c'est ce qu'indique le second alinéa de l'art. 385, que nous avons déjà plusieurs fois cité en l'expliquant. Il reste seulement une faculté à l'assureur, c'est de soutenir qu'au moment où le délaissement a été fait, il n'était pas légalement possible, soit parce qu'on n'était pas dans un des cas indiqués par le Code (1), soit, suivant nous, parce que l'effet du sinistre majeur avait déjà, au su des parties, disparu à ce moment. — Une fois le débat vidé sur cette question, par l'acceptation de l'assureur, ou, à défaut, par la décision des tribunaux, le délaissement est validé rétroactivement, et son irrévocabilité remonte au moment de la signification.

Art. 382. Si l'époque du paiement n'est point fixée par le contrat, l'assureur est tenu de payer l'assurance trois mois après la signification du délaissement.

1417. 2° **Abandon complet par l'assuré de la propriété des objets assurés.** L'assuré doit acheter le paiement immédiat et total de la somme assurée moyennant l'abandon de tous les objets en risque, il doit transférer à l'assureur, sur ces objet, tous les droits qu'il avait lui-même, et, par le fait seul du délaissement, l'assureur est complètement mis à son lieu et place, subrogé à tous ses droits, sans qu'il soit besoin de le dire et sans aucune formalité (2). Il a toutes les actions qui compétaient à l'assuré; il est propriétaire des objets qui lui appartenaient, avec toutes leurs charges; mais s'il s'agit d'un navire il jouirait de la faculté d'abandon consacrée par l'art. 216 (3).

1418. **Art. 372. Le délaissement des objets assurés ne peut être partiel ni**

(1) Emérig., ch. 17, sect. 6. — Pard., n. 854. Boulay-Paty, t. IV, p. 379. Béd., n. 1563. Al. n. 2270.

(2) Rej. 8 déc. 1852, D. P. 53. 1. 15. — Béd., n. 1572. Al. n. 2236, 2270.

(3) Béd., n. 1573. Al. n. 2271.

Source BIU Cujas

conditionnel. — Il ne s'étend qu'aux effets qui sont l'objet de l'assurance et du risque.

Le délaissement ne peut être **conditionnel :** en effet, une condition mise au délaissement serait contraire à son but essentiel, qui est d'arriver à un règlement immédiat et définitif; de plus, cette condition, nécessairement insérée par l'assuré, puisque le délaissement est facultatif pour lui, serait évidemment dans son intérêt, et mettrait de son côté toutes les bonnes chances en laissant toutes les mauvaises aux assureurs, ce qui serait souverainement injuste (cf. n. 1393).

1419. Il ne peut être **partiel**. Le délaissement partiel permettrait aussi à l'assuré de prendre toutes les chances heureuses pour lui en gardant les objets sains et en n'abandonnant que les objets avariés; ce qui exagérerait la faveur déjà considérable qu'on lui fait en laissant à sa discrétion le choix entre le délaissement et l'action d'avarie. De plus, on n'arrive à autoriser le délaissement qu'en supposant une perte totale ou équivalente à une perte totale; il faut bien se conformer à cette fiction en abandonnant tout ce qui est assuré. En somme, le délaissement est un règlement à forfait, qui, comme tel, est indivisible; il faut garder le tout, en demandant seulement des indemnités, ou abandonner le tout.

Mais le second alinéa a soin de faire remarquer que le délaissement ne doit s'étendre qu'aux effets *assurés* et *exposés au risque* qui a amené le sinistre.

D'abord, on ne doit délaisser que les *objets assurés* et dans la mesure où ils sont assurés : ainsi, en supposant que l'assurance n'eût couvert qu'une partie de la valeur des objets mis en risque, on ne devrait les abandonner que dans la proportion de la valeur assurée; l'assuré étant son propre assureur pour le surplus (1). — De même, si les effets avaient été assurés par plusieurs assureurs, on ne devrait abandonner à chacun d'eux que la portion correspondante à sa part dans l'assurance; on pourrait même ne faire le délaissement qu'à l'égard de quelques-uns et pas à l'égard des autres (2). — Si les différentes parties d'un même chargement (sucres, cafés, etc.) avaient fait l'objet d'assurances distinctes, on ne devrait délaisser à l'assureur des sucres, que les sucres, etc. (3). — Enfin si les objets étaient divisés en séries, on pourrait faire le délaissement pour certaines séries, sans le faire pour les autres (4).

On ne doit non plus délaisser que les objets *exposés au risque* qui a amené le sinistre; c'est-à-dire ceux qui ont été sauvés de ce sinistre. On n'est donc pas obligé de délaisser ceux qui avaient été déchargés avant le sinistre et qui n'ont pas été exposés à ce risque (5). Seulement, dans ce cas, les assureurs ne devront de la somme assurée qu'une part proportionnelle aux objets restés sur le navire : si les effets chargés étaient entièrement couverts par l'assurance, le déchargement partiel a dégagé d'autant les assureurs; s'ils n'étaient pas entièrement couverts, l'assuré a été son assureur pour une part;

(1) Al. n. 2237. Droz, n. 590.
(2) Droz, n. 590.
(3) Pot., n. 233. Béd., n. 1447. Al. n. 2237.
(4) Béd., n. 1443. Al. n. 2196.
(5) Béd., n. 1450, 1452. Al. n. 2238. Droz, n. 591.

Source BIU Cujas

le déchargement partiel doit profiter aux assureurs comme à lui, et libérer toujours les assureurs d'une somme proportionnelle à la valeur des objets déchargés (1).

1420. **Art. 386. Le fret des marchandises sauvées, quand même il aurait été payé d'avance, fait partie du délaissement du navire, et appartient également à l'assureur, sans préjudice des droits des prêteurs à la grosse, de ceux des matelots pour leur loyer, et des frais et dépenses pendant le voyage.**

Cet article est spécial au délaissement du navire; il décide que l'assuré doit délaisser non seulement les débris du navire, mais le **fret** ou la partie du fret qu'il a pu gagner, parce qu'une partie des marchandises a été sauvée et a profité, au moins en partie, du voyage. Cette règle est la conséquence du principe que l'assuré qui délaisse ne doit rien garder par devers lui des choses assurées ou de ce qu'il a acquis à leur occasion, parce que l'une des idées qui justifient le délaissement, c'est que la perte est totale ou équivalente à une perte totale. — Il faut considérer aussi que le navire est assuré pour sa valeur au moment du départ (art. 339); qu'il dépérit cependant au cours du voyage; que, par conséquent, l'assuré bénéficierait par l'effet du délaissement, si on lui payait sans compensation toute la valeur assurée. Or, le fret représente précisément (au moins pour une partie) le dépérissement du navire; à ce titre, il est juste de l'attribuer à l'assureur (2). — On pourrait objecter que le fret représente encore autre chose que le dépérissement du navire, notamment les bénéfices du voyage. Mais il faut répondre que l'assuré, concluant au délaissement qui implique perte totale, ne doit pas vouloir garder un bénéfice sur le voyage, et, d'autre part, que le délaissement est déjà une grande faveur, étant facultatif pour lui, qu'il est donc plus juste de lui faire perdre quelque chose sur le fret que de lui faire gagner tout ce qui représente le dépérissement du navire.

Aucune stipulation de la police ne pourrait dispenser l'assuré d'abandonner le fret, s'il veut délaisser : — la Décl. 17 août 1779 permettait cette stipulation, mais le Code ne l'a pas autorisée; — l'art. 372 ayant dit que le délaissement ne peut être partiel, et l'art. 386 venant dire que le fret *fait partie* du délaissement, il est évident qu'il est impossible de ne pas abandonner le fret (3).

C'est le fret net qui doit être abandonné (4). Le fret brut, d'où l'on doit dé-

(1) Droz, n. 592. — *Contrà :* Emérig., ch. 17, sect. 8. Béd., n. 1450. Al. n. 2238. On allègue dans ce sens qu'il a pu user de son découvert comme il l'entendait, et que si la valeur restée en risque égale la somme assurée, il a droit à toute cette somme. Nous répondons que si les objets qu'il a déchargés d'abord avaient péri, il se serait fait indemniser par les assureurs; qu'il ne peut être maître de faire porter à son gré l'assurance sur tels ou tels objets; à ce compte une assurance partielle le garantirait souvent aussi bien qu'une assurance totale.

(2) Frémery, p. 308 et suiv. De Courcy, t. I, p. 132-133.

(3) Emérigon, ch. 17, sect. 9. Estrangin, p. 56. Boulay-Paty, t. IV, p. 417. Dubernad, t. II, p. 478. J. Cauvet, n. 26 et suiv. Béd., n. 1579, 1580. Al. n. 2276. Laurin, t. IV, p. 194. — *Contrà* : Douai, 21 janv. 1854, *J. Mars.*, t. XXXV. 2. 124, etc. Pard., n. 852. Dagev., t. III, p. 553. — Droz, n. 604 et Em. Cauvet, n. 411, distinguent.

(4) De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 133. Rej. 26 nov. 1879, D. P. 80. 1. 131. — Mais il ne faudrait pas déduire les frais de mise dehors : même arrêt.

Source BIU Cujas

duire les gages des matelots et les dépenses de la navigation, doit être pris tel qu'il résulte des stipulations des chartes-parties ou des connaissements; car les assureurs après délaissement sont les ayants-cause de l'assuré (C. civ., art. 1165) (1). — Il doit comprendre aussi le prix du transport des passagers (2).

1421. ❧. *Doit-on délaisser le fret des marchandises déchargées antérieurement au sinistre?* Il nous paraît que le Code ne le demande pas : — il ne parle que des *marchandises sauvées;* or, le sens naturel de ce mot ne comprend pas celles qui n'ont pas été exposées au sinistre (cf. art. 259, 303, 327, 331, 418, 423, 425); — la règle qui ordonne l'abandon du fret vient d'une déclaration de 1779 (l'ordonnance de 1681 étant muette sur ce point); or, cette déclaration excluait formellement du délaissement le fret acquis; — enfin, dans les travaux préparatoires du Code, la chambre de commerce de Lorient avait proposé de demander aussi l'abandon du fret *du voyage d'aller*, en cas d'assurance à prime liée; or, cette idée, qui est une application particulière de notre question, n'a pas été consacrée (3). — La plupart des auteurs critiquent cette solution, tout en reconnaissant que c'est celle du législateur (4). Pour nous, elle ne nous semble pas injustifiable : — il faut d'abord observer qu'il y a ici un règlement à forfait qui doit concilier tous les intérêts, sans qu'on puisse suivre bien rigoureusement un principe absolu; — or, les raisons données pour l'abandon du fret ne paraissent pas exiger plus que n'a fait le Code : l'assuré prétend à une perte totale; oui, mais à une perte totale du navire et de la cargaison dans l'état où ils étaient lors du sinistre, et non des marchandises antérieurement déchargées; — il doit, pour ne pas s'enrichir, abandonner le fret qui représente le dépérissement du navire; sans doute; mais l'abandon du fret dépasse le montant du dépérissement; on peut donc sans inconvénient lui laisser le fret acquis, et supposer que le fret des marchandises encore chargées était une représentation suffisante de ce dépérissement. — La *police française* sur corps stipule le délaissement du fret de toutes les marchandises débarquées pendant le voyage (art. 15). Cette stipulation est certainement permise (5).

Le Code applique sa solution même au fret payé d'avance. Cela ne peut faire difficulté si ce fret, même payé d'avance, devait être restitué en cas de sinistre. Mais on peut hésiter à l'admettre, si le fret était stipulé acquis pour l'armateur à tout événement; car alors ce fret n'était pas en risque. Nous l'admettrons néanmoins en tant qu'il se réfère aux marchandises sauvées;

(1) Cauvet, n. 326. Al. n. 2275. De Courcy, *Pol. fr.*, p. 147 et suiv. — *Contrà :* Trib. com. Havre, 24 mars 1862; Nantes, 28 juin 1861, *J. Havre*, t. VIII. 1. 99; t. VIII. 2. 193. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 15. Béd., n. 1578. — Pour les détails, v. De Courcy, t. I, p. 138 et suiv.

(2) Rouen, 27 janv. 1852, D. P. 53. 2. 61. — Al. n. 2274.

(3) Cass. 14 déc. 1825, S. (collect. nouv.) 8. 1. 235. Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 6, art. 15. Pard., n. 852. Béd., n. 1577. Al. n. 2272. Laurin, t. IV, p. 158. — *Contrà* : Trib. comm. Havre, 14 juill. 1851, D. P. 53. 2. 61. Emérig., ch. 17, sect. 9. Frémery, p. 309 et suiv. De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 133 et suiv.

(4) Béd., n. 1577. Al. n. 2272. De Courcy, *Pol., fr.*, p. 142 et suiv.

(5) Béd., n. 1581.

Source BIU Cujas

car le texte est absolu, et ce fret représente toujours le dépérissement du navire (1) (v. *pol. fr.* sur corps, art. 15).

1422. L'art. 386, *in fine*, réserve les droits des prêteurs à la grosse (2), des matelots et autres créanciers privilégiés pour les dépenses du voyage sur le fret. Il faut être plus absolu : les assureurs ont pris la place de l'assuré; devenus propriétaires du navire ou de ses débris, ils sont tenus *propter rem*, comme tiers-détenteurs, envers tous les créanciers privilégiés sur le navire, qui sont, du reste, tous ceux qui ont fourni aux dépenses du dernier voyage (art. 191). Seulement, on peut se demander : Q. *Si ces dettes resteront définitivement à la charge des assureurs, ou s'ils pourront en demander le remboursement à l'assuré.* — 1er S. *Ils n'ont aucun recours à exercer* : — l'article met à leur charge ces dépenses; — et cela est conforme au but du délaissement, qui est de faire un règlement définitif. — 2e S. *Ils peuvent, en principe, recourir contre l'assuré* (!) : — l'article ne préjuge nullement la question ; il ne s'occupe que des rapports entre les assureurs et les tiers ; ceux-ci peuvent évidemment suivre l'objet grevé de leur privilège en quelques mains qu'il passe; mais il ne s'occupe nullement du recours possible contre l'assuré; — pour celui-ci, il suffit d'appliquer les principes : le tiers-détenteur d'un immeuble hypothéqué peut, s'il a payé, recourir contre le débiteur; — sans doute, le délaissement a pour but d'amener un règlement définitif, mais un règlement sur les questions que fait naître l'assurance ; la question qui nous occupe ne rentre pas dans cet ordre, car elle pourrait naître à l'égard de tout tiers-acquéreur (3).

Mais cette règle, bonne en principe, doit subir deux exceptions : — d'abord, pour les frais relatifs au voyage que le contrat d'assurance mettait à la charge des assureurs, p. ex. tous ceux faits pour réparer des avaries (4); — ensuite pour les dettes qui, contractées seulement par le capitaine, ne grèvent pas l'armateur sur sa fortune de terre, et dont il peut se libérer en abandonnant le navire et le fret (art. 216) (5).

Par la même raison, les gages et loyers des matelots dus antérieurement au dernier voyage pourraient être réclamés à l'assuré par les assureurs, qui auraient été obligés de les payer en vertu du privilège de l'art. 271. Du reste, la police française le stipule expressément (art. 15).

(1) Béd., n. 1578. Al. 2274. Laurin, t. IV, p. 188. Em. Cauvet, n. 406. — *Contrà* : de Courcy, *Pol. fr.*, p. 145, et *Quest.*, t. I, p. 135. J. Cauvet, n. 326. Droz, n. 598.

(2) A l'égard des prêteurs à la grosse, voir la distinction que nous ferons sous l'art. 331 (n. 1439).

(3) Béd., n. 1566-1567. Al. n. 2271, 2273. — Consult. Req. 22 juin 1869, D. P. 70. 1. 85.

(4) Béd. et Al., *ll. citt.*

(5) Al. n. 2273, implicitement.

Source BIU Cujas

TITRE IX.

DES CONTRATS A LA GROSSE.

1423. Le *contrat à la grosse aventure*, appelé plus exactement *prêt à la grosse aventure*, et plus brièvement *contrat* ou *prêt à la grosse*, est *un prêt dans lequel certains objets exposés aux fortunes de mer sont spécialement affectés au remboursement du capital, augmenté d'un intérêt maritime considérable, avec cette condition que, si les objets affectés à l'emprunt viennent à périr par fortune de mer, l'emprunteur n'aura rien à rembourser* (1). — L'*intérêt*, qu'on appelle aussi *change* ou *profit maritime*, est ici très considérable, parce qu'il doit compenser les risques spéciaux que court le prêteur; il est complètement affranchi du maximum du taux de l'intérêt.

De la définition résultent deux caractères essentiels du prêt à la grosse : — 1° affectation spéciale de certains objets au remboursement, ce qui constitue sur ces objets un *privilège* analogue, sans être identique, à un droit de gage ou d'hypothèque (2); — 2° libération de l'emprunteur, si ces objets périssent par fortune de mer, ce qui rapproche beaucoup le prêt à la grosse de l'*assurance*, puisque l'emprunteur, dans les limites de la somme empruntée, cesse d'être atteint par les sinistres maritimes qui frapperaient ces objets; car, au moment où il les perdra, il sera dispensé de rembourser la somme empruntée, et la gagnera ainsi comme compensation de la perte.

On pourrait être tenté, d'après la définition, de soutenir que dans le prêt à la grosse il n'y a pas de débiteur personnellement engagé, à la différence de ce qui a lieu pour le gage ou l'hypothèque ordinaire; car, si l'objet affecté au prêt vient à périr, l'emprunteur ne doit rien; donc, dirait-on, il n'est pas tenu personnellement, il n'est tenu que *propter rem* (3). Cette idée ne serait pas exacte, car, si l'objet n'a pas péri par fortune de mer, l'emprunteur doit le capital et le profit maritime, et il le doit personnellement; de sorte que, si l'objet venait à périr plus tard, il ne serait plus libéré; il en serait de

(1) Comp. Pot., *Contrat à la grosse*, n. 1. Emérigon, *Contrat à la grosse*, ch. 1, sect. 2, § 1. — V. pour l'histoire du prêt à la grosse, Frémery, p. 249 et suiv.

(2) La principale différence avec le gage ou l'hypothèque, c'est que, dans certains cas, les prêteurs successifs concourront au lieu de venir par ordre de dates (v. *infrà*, n. 1436) : Frémery, p. 260, 261.

(3) V. Béd., n. 825.

Source BIU Cujas

même si la perte avait lieu sur mer par sa faute ou par le vice propre de la chose. Cependant l'emprunt fait par le capitaine en cours de voyage, qui est de beaucoup le plus fréquent aujourd'hui, ne présente pas d'obligé personnel; car le propriétaire peut se retrancher derrière l'art. 216, 3e al. (v. *infrà*, n. 1426).

1424. Le prêt à la grosse a plusieurs applications, présentant entre elles des différences assez considérables (1). Des auteurs ayant aperçu quelques-unes de ces applications, ont cru qu'il convenait d'en faire des contrats essentiellement distincts, et ont amèrement reproché au législateur d'avoir confondu dans notre titre des choses tout à fait hétérogènes (2). Nous ne pensons pas que ces différences soient de nature à constituer plusieurs contrats séparés, car la définition que nous avons donnée convient à tous les cas, et elle présente un ensemble de rapports assez complet pour constituer un contrat *sui generis*. D'autre part, sans prétendre que le législateur ait eu une idée bien nette des détails de notre matière, nous pensons et nous espérons démontrer que les dispositions du Code suffisent pour établir des règles assez variées qui satisferont à toutes les exigences de la logique et de l'équité. — On peut ramener à quatre ces divers emplois du prêt à la grosse (3).

1° Son idée originaire s'applique à l'hypothèse où l'argent emprunté est employé à la création ou au complément de l'objet affecté à l'emprunt, et cela, avant le commencement du voyage. Un armateur emprunte pour la construction d'un navire, ou pour son armement, ou pour les frais de mise dehors, et il affecte le navire au remboursement du prêt; un négociant emprunte pour acheter un lot de marchandises qu'il expédiera par mer, il compte sur le profit de l'opération pour rembourser le capital avec l'intérêt maritime, et il stipule qu'il sera libéré en cas de perte des marchandises. En somme, l'emprunt a lieu à la fois *pour* les objets et *sur* les objets qui y sont affectés. — C'est l'hypothèse pour laquelle a été inventé le prêt à la grosse. C'est là son application primitive, celle que nous trouvons déjà à Athènes (4) et ensuite à Rome (5). Cette application est, au contraire, à peu près impossible maintenant, comme nous le verrons bientôt. — C'est dans ce cas que le prêt à la grosse ressemble le plus à l'assurance des objets sur lesquels il est affecté (6). Quant aux différences qui subsistent encore entre ces deux contrats, v. *suprà*, n. 1114.

1425. 2° Un armateur, qui a un vaisseau construit et équipé, mais qui a besoin d'argent pour un objet tout à fait étranger au navire, pour faire une

(1) Comp. Al. n. 1920 et suiv.

(2) Benecke, t. I, p. 237 et suiv., et Dubernad, t. I, p. 309, 312 et suiv. De Courcy, *Rev. de dr. comm.*, 1863, p. 132, et *Quest. de dr. marit.*, t. I, p. 35 et suiv.

(3) Benecke et Dubernad, *ll. citt.*, n'en comptent que deux essentielles. De Courcy (*Quest. de dr. marit.*, p. 30 et suiv.) n'en compte aussi que deux, mais en se plaçant à un autre point de vue. Notre distinction quadripartite tient compte des idées de ces différents auteurs.

(4) V. une brochure de M. Caillemer, *Lettres de change et contrats d'assurance* (Paris, Durand, 1865).

(5) Dig., *De nautico fœnore*, liv. 22, tit. 2.

(6) Benecke, t. I, p. 255 et suiv.

Source BIU Cujas

autre spéculation commerciale, pour acheter une terre, pour doter une fille, emprunte cet argent sur son navire, et le prêteur, moyennant une prime considérable, consent à courir les risques de ce prêt (1). Ici, l'emprunt à la grosse a lieu *sur* le navire, mais non pas *pour* le navire. C'est un moyen d'emprunter sur gage. — *Cet emprunt est-il permis?* Nous pensons bien que c'est un abus du prêt à la grosse : on s'écarte là tout à fait du but primitif de son institution. Néanmoins, nous ne croyons pas qu'il fût possible, sous l'empire du Code, d'empêcher cette pratique : — nulle part elle n'est prohibée, ni exclue par aucune définition du Code ; — l'art. 192, 7°, indique les justifications à faire par les prêteurs à la grosse qui ont prêté avant le départ du navire, et il n'exige nullement la preuve que l'argent ait été employé pour le navire ; — sans doute, l'art. 191, 9°, suppose que les sommes ont dû être employées pour radoub, victuailles, armement du navire, mais l'armateur peut dire : j'aurais pu payer ces frais avec la somme empruntée, et garder l'argent que j'y ai employé ; ce que j'ai fait revient au même résultat ; et le Code ne nous paraît pas assez formel pour écarter ce raisonnement ; — le prêteur est ici dans la position d'un assureur, exposé à perdre le capital par un sinistre, et touchant, en échange, une prime en cas d'heureuse arrivée, avec cette seule différence qu'il a avancé ce capital ; or, rien ne défend à l'assureur de faire l'avance de la somme assurée ; — enfin, l'art. 234 permet au capitaine de mettre en gage *des marchandises* pour les réparations *du navire* pendant le voyage, et l'on est d'accord pour admettre qu'il peut emprunter à la grosse sur les marchandises pour ce but ; or, c'est bien là un cas d'emprunt *sur* des choses *pour* lesquelles l'argent n'est pas employé (2). — Nous aurions donc admis aussi que l'emprunt à la grosse était possible même après le départ du navire ; car la seule objection que l'on fît à cette solution, c'était qu'alors il était certain que l'argent emprunté n'avait pas été employé pour le navire ou la cargaison (3). — D'ailleurs, ces questions n'ont plus guère d'intérêt depuis la L. 10 déc. 1874, comme nous allons le voir immédiatement.

Ces deux applications du prêt à la grosse avaient pour but (principal dans la première, exclusif dans la seconde) de conférer au prêteur un droit de gage sur l'objet affecté à l'emprunt. Ce droit de gage devait même plutôt être qualifié d'hypothèque, puisqu'il n'exigeait pas la mise en possession de l'objet pour le créancier. Il était complètement efficace et formait une sûreté véritable chez les anciens, notamment chez les Romains, qui admettaient l'hypothèque pour les meubles et n'exigeaient pour elle aucune publicité. Mais dans notre droit français, même avant le Code et l'Ordonnance, ce gage n'offrait qu'une sûreté très imparfaite : du moment que le principe de la publicité de l'hypothèque s'était introduit dans nos lois, on ne pouvait admettre un droit de préférence absolu, sans publicité et sans prise de possession par le créancier ; aussi, si le prêteur à la grosse primait les créanciers chirographaires, il ne

(1) De Courcy, *Rev. de dr. comm.*, 1863, p. 131. Al. n. 1921.

(2) Al. n. 1921. De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, p. 31 et 34.

(3) Valin, *Ord.*, l. 1, tit. 14, art. 16. Pard., n. 919. Delv., t. II, p. 326. Dagev., t. II, p. 535. Dall., n. 1392. — *Contrà* : Émérig., *C. à la gr.*, ch. 5, sect. 3. Boulay-Paty, t. III, p. 154. Al. n. 1945.

Source BIU Cujas

primait pas un autre prêteur à la grosse même postérieur, il pouvait tout au plus espérer concourir avec lui, et même il était primé souvent par celui-ci (v. art. 191, dern. al., et 323). — En ce qui concerne *les navires*, la L. 10 décembre 1874, organisant dans l'hypothèque maritime un moyen de crédit beaucoup meilleur, assurant un véritable droit de préférence à raison de la priorité, et instituant la publicité en cette matière, a dû naturellement supprimer le privilège résultant du prêt à la grosse sur les navires dans les deux circonstances que nous venons d'analyser; car ce privilège devenait inutile en lui-même, et aurait nui à l'hypothèque s'il avait pu la primer, tout en restant occulte, à raison de sa qualité de privilège. C'est ce qu'a fait l'art. 27 de la loi. Cela supprime nécessairement les deux premières applications du prêt à la grosse, du moins à l'égard des navires. — En ce qui concerne *les marchandises*, il faut reconnaître que la force des choses entraîne la même suppression : d'abord nous n'avons vu nulle part que jamais on ait employé sur une échelle un peu étendue l'emprunt à la grosse sur marchandises, uniquement comme moyen de crédit et sans employer l'argent pour les marchandises; c'est une sûreté trop imparfaite, et actuellement, avec tous les moyens de crédit dont dispose le commerce, nous ne pensons pas qu'il ait jamais recours à ce procédé. Quant à l'emprunt fait pour acheter une cargaison, il pouvait être utile lorsque l'argent était rare, la spéculation peu active et les profits des expéditions maritimes très considérables; mais, à notre époque où la concurrence a fait baisser partout les profits, un emprunt de ce genre serait ruineux, car l'intérêt maritime à payer en cas de succès absorberait la presque totalité des profits de l'entreprise; c'est ce que M. Corvetto signalait déjà dans la discussion de notre titre, lors de la rédaction du Code de commerce (1). — On peut donc dire que les deux premières applications que nous avons signalées jusqu'ici n'existent plus actuellement.

1426. 3° L'emprunt est fait par le capitaine *au cours du voyage* pour les besoins du navire qui y est affecté (art. 191, 7°, et 334), ou pour les besoins des marchandises qui y sont de leur côté affectées. Cet emprunt a droit à une faveur spéciale du législateur; il a droit à être garanti par un privilège fondé, non plus seulement sur une convention de gage, mais sur le service rendu à tous les intéressés, sur la conservation de la chose (C. civ., art. 2102, 3°); aussi l'art. 191, 7°, le classait-il deux rangs avant les emprunts dont nous avons parlé précédemment, et ce qui prouve qu'il n'y a là que l'application du droit commun, c'est que le même rang de privilège est accordé au prêt ordinaire fait dans les mêmes conditions. Cette préférence, si légitime, doit entraîner aussi d'autres conséquences : celui qui aura prêté à la grosse dans ces conditions ne devra pas, même à d'autres points de vue, être assimilé à l'assureur des objets affectés au prêt (2); il ne pourra être obligé de concourir avec lui (art. 331); à plus forte raison on ne pourra annuler ce prêt comme faisant double emploi avec l'assurance (v. art. 347), etc.

Cette modalité du prêt est encore très pratique de nos jours; elle est une nécessité pour que le capitaine puisse, loin de ses mandants, trouver l'ar-

(1) Al. n. 1921.

(2) Il correspondra à l'assureur de l'argent emprunté au cours du voyage; Benecke, t. I, p. 241.

Source BIU Cujas

gent nécessaire pour les objets qui lui sont confiés; sans doute la facilité des communications lui permettra plus souvent de recourir à un prêt pur et simple, moins onéreux, en obtenant de ses mandants des lettres de crédit; mais le prêt à la grosse demeurera aussi souvent la ressource nécessaire, tant que l'art. 216 existera dans le Code et que les armateurs auront le désir de s'abriter derrière lui; en effet, si le prêteur, traitant avec le capitaine seul pour les besoins du navire, n'a de gage certain que sur le navire, il voudra avoir les avantages correspondant à cet inconvénient en traitant sous forme de prêt à la grosse. Il faut remarquer que, dans ce cas, il n'y a vraiment pas d'obligé personnel au remboursement, puisque le propriétaire du navire peut toujours se libérer par l'abandon du navire et du fret (1).

1427. 4° Enfin, l'emprunt, fait au cours du voyage, peut grever des objets autres que ceux auxquels l'argent emprunté est appliqué; c'est dans le cas où le capitaine, pour réparer *le navire*, prend de l'argent à la grosse *sur les marchandises* (art. 234, et interprétation de cet article). Mais ce cas, différent en apparence (et peut-être en réalité, si le capitaine a abusé de ses pouvoirs pour réparer le navire sans utilité), doit, en vertu d'une sorte de présomption légale, se ramener au précédent : si l'art. 234 autorise le capitaine à prendre de l'argent sur les marchandises ou à les vendre, c'est dans la supposition que, pour l'intérêt des marchandises, il n'y a rien de mieux à faire que de réparer le navire afin de continuer le voyage; le dernier alinéa prend des précautions pour garantir que le plus souvent possible cette supposition sera conforme à la réalité; on peut donc dire que, dans ce cas, l'argent emprunté, quoique n'ayant pas été dépensé *sur* les objets affectés à l'emprunt, est légalement présumé avoir été dépensé *pour* ces objets. Il faudra donc assimiler ce cas au précédent; et dorénavant, en parlant de l'argent emprunté au cours du voyage pour les besoins du navire ou des marchandises, nous confondrons nos deux dernières hypothèses.

Ces distinctions fondamentales étant une fois faites, entrons dans le détail des règles du Code, en faisant observer que nous rencontrerons beaucoup de solutions conformes à celles que nous avons vues pour les assurances, à raison des rapports intimes qu'il y a entre celles-ci et le prêt à la grosse; il nous suffira souvent de nous référer aux explications déjà données. — Nous aurons trois chapitres : — 1° formes du contrat; — 2° conditions de fond; — 3° droits du prêteur à la grosse.

CHAPITRE PREMIER.

FORMES DU CONTRAT.

Art. 311. Le contrat à la grosse est fait devant notaire, ou sous signature privée. — Il énonce : — Le capital prêté et la somme convenue pour le profit maritime, — Les objets sur lesquels le prêt est affecté, — Les noms du navire et du capitaine, — Ceux du prêteur et de l'emprunteur ; — Si le prêt a lieu pour un voyage, — Pour quel voyage et pour quel temps ; — L'époque du remboursement.

(1) De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, p. 32 et suiv. — *Contrà* : Al. n. 1920.

Source BIU Cujas

1428. Le commencement de l'article suppose évidemment que le contrat à la grosse sera rédigé par écrit; mais il ne l'exige pas impérativement; nous déciderons donc, *à fortiori* de ce que nous avons dit pour l'assurance (n. 1310), que l'écrit n'est exigé que pour la preuve, et qu'au-dessous de 150 fr. on pourrait prouver par témoins, au moins *inter partes* (1). A l'égard des tiers, l'enregistrement étant exigé, le contrat ne leur sera opposable que s'il a été rédigé par écrit (art. 312) (2). — Il ne peut être question de l'obligation de le rédiger en plusieurs originaux, puisque le prêt n'entraîne que des obligations unilatérales : le prêteur, payant la somme immédiatement, n'est obligé à rien; l'emprunteur seul est obligé à la rendre en cas d'heureuse arrivée, avec l'intérêt maritime (3).

L'acte qui constate le contrat et cette obligation de l'emprunteur s'appelle le **billet de grosse**. — La loi énumère les mentions qu'il doit contenir et que nous développerons en étudiant les conditions de fond. — Elle ne parle pas de la nécessité du *bon ou approuvé*, lorsque le billet n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur (cf. C. civ., art. 1326); comme notre article a voulu être complet et se suffire à lui-même, nous admettrons que cette formalité n'est pas nécessaire, lors même que le billet de grosse serait souscrit par un non commerçant, ce qui sera fort rare.

Art. 312. Tout prêteur à la grosse, en France, est tenu de faire enregistrer son contrat au greffe du tribunal de commerce, dans les dix jours de la date, à peine de perdre son privilège ; — Et si le contrat est fait à l'étranger, il est soumis aux formalités prescrites à l'art. 234.

En invoquant son privilège, le prêteur à la grosse oppose son acte aux tiers, puisque son droit de préférence nuit, non pas au débiteur, mais à ses créanciers; la nécessité de l'enregistrement, qui donne date certaine à l'acte, n'est donc que l'application du droit commun pour le billet de grosse sous seing privé. Pour le billet en forme authentique, c'est une exigence spéciale qui n'a pas de motif bien précis; mais il faut respecter la loi, et cette solution doit nous faire dire aussi que, pour le billet sous seing privé, aucun des autres faits de l'art. 1328, C. civ., ne pourrait suppléer à l'enregistrement. — On ne peut pas voir, dans l'enregistrement, une mesure de publicité analogue à l'inscription de l'hypothèque, car nulle part cette formalité n'a ce caractère, et les registres des receveurs de l'enregistrement ne sont pas communiqués au public (4).

La sanction de l'art. 312 est la perte du privilège à l'égard de tous ; l'article est formel; et cette perte a lieu même à l'encontre de créanciers postérieurs (5). Aussi l'on ne peut pas dire que l'enregistrement tardif opérerait à sa date (6).

(1) Béd., n. 834. Al. n. 1922.

(2) Béd., n. 835. Al. n. 1922. Cresp, t. II., p. 249.

(3) Al. n. 1922. Béd., n. 833. Brav., t. IV, p. 339. — *Contrà* : Cresp, t. II, p. 114 et suiv.

(4) *Contrà* : Boulay-Paty, t. III, p. 245. Béd., n. 855. Al. n. 1937. Ces auteurs commettent une erreur évidente.

(5) Dufour, n. 323, 324. Demang., t. IV, p. 76, 77. — *Contrà* : Béd., n. 858. Al. n. 1937.

(6) Locré, t. III, p. 341. Boulay-Paty, t. III, p. 23. Dagev., t. II, p. 490. Béd., n. 858. A. n. 1937.

Source BIU Cujas

1429. **Art. 313. Tout acte de prêt à la grosse peut être négocié par la voie de l'endossement, s'il est à ordre. — En ce cas, la négociation de cet acte a les mêmes effets et produit les mêmes actions en garantie que celle des autres effets de commerce.**

Relativement à la **transmissibilité**, il faut consulter la forme du billet de grosse ; il peut être *à personne dénommée, à ordre* ou *au porteur* (1). — S'il est à personne dénommée, il ne peut être transmis que par les modes du droit civil (C. civ., art. 1690). — S'il est *au porteur*, il se transmettra par simple tradition, sans garantie du cédant envers le cessionnaire, puisqu'il ne reste pas trace de la cession ; dès lors aucune formalité n'est imposée au porteur à l'échéance, attendu qu'il ne peut encourir aucune déchéance, n'ayant jamais de recours que contre le souscripteur. — S'il est *à ordre*, il se transmet, comme le dit notre article, par endossement, avec tous les effets qui en sont de droit commun la conséquence, p. ex. l'exemption pour l'acquéreur des exceptions opposables au cédant, et la garantie solidaire. Il est évident que le recours en garantie est subordonné aux mêmes conditions que pour le billet à ordre, c'est-à-dire à la constatation du refus de paiement par un protêt fait dans le délai d'un jour (2). Mais il y a une différence notable avec le billet à ordre : ici, en général, on ne connaît pas d'avance l'échéance, puisque l'engagement est conditionnel et dépend de l'arrivée des objets engagés : on ne peut donc fixer le moment exact du protêt ; il faut dire qu'il devra être fait le lendemain du jour où le porteur aura eu connaissance de l'événement qui rend sa créance exigible (3).

Art. 314 La garantie de paiement ne s'étend pas au profit maritime, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé.

Le Code a pensé que celui qui achèterait un billet de grosse paierait peut-être tout le montant du billet en capital, mais n'avancerait pas aussi le profit maritime qui n'est pas encore gagné ; dès lors il ne lui donne recours en garantie que pour le capital (4). Il faut reconnaître que le remboursement du capital est lui-même tellement aléatoire que l'on trouvera difficilement une personne disposée à l'avancer à l'emprunteur. Aussi cette négociation du billet de grosse est très rare.

CHAPITRE II.

CONDITIONS DE FOND.

Quatre points sont à déterminer par les parties dans le billet de grosse : — 1° la désignation des personnes ; — 2° le capital prêté et le profit maritime

(1) Cresp, t. II, p. 253, 272, soutient qu'il ne peut pas être au porteur. Tous les auteurs l'admettent au contraire : Delvincourt, t. II, p. 313. Pard., n. 899. Dageville, p. 493. Laurin, t. II, p. 273.

(2) Béd., n. 871.

(3) Pard., n. 809. Boulay-Paty, t. III, p. 104. Dagev., t. II, p. 293. Béd., n. 871. Al. n. 1940. Cresp, t. II, p. 319 et suiv.

(4) Casaregis, disc. 55, n. 2. Emérig., *Cont. à la gr.*, ch. 9, sect. 1, § 2. Béd., n. 867, 868.

Source BIU Cujas

promis ; — 3° les objets affectés au prêt ; — 4° les risques auxquels ils sont exposés.

1° **Désignation des personnes** (v. ce que nous avons dit à propos du contrat d'assurance, *suprà*, n. 1318 et suiv.).

1430. Nous nous demanderons seulement quel pouvoir il faut avoir sur une chose pour l'affecter à un prêt à la grosse. En général, c'est le propriétaire de la chose qui peut faire cela, ou celui qui a un mandat suffisant. Pour le navire, le capitaine a en principe ce pouvoir ; mais l'art. 321 contient une restriction qui résulte du reste de la règle plus générale de l'art. 232 (v. n. 1197) :

Art. 321. Un emprunt à la grosse fait par le capitaine dans le lieu de la demeure des propriétaires du navire, sans leur autorisation authentique ou leur intervention dans l'acte, ne donne action et privilège que sur la portion que le capitaine peut avoir au navire et au fret.

Cet article soulève les mêmes questions que l'art. 232 ; celles-ci doivent être résolues de la même manière (1).

L'art. 322 applique la règle de l'art. 233 (v. n. 1198) :

Art. 322. Sont affectées aux sommes empruntées, même dans le lieu de la demeure des intéressés, pour radoub et victuailles, les parts et portions des propriétaires qui n'auraient pas fourni leur contingent pour mettre le bâtiment en état, dans les vingt-quatre heures de la sommation qui leur en sera faite.

2° **Capital prêté et profit maritime.**

1431. Le **capital** à rembourser doit nécessairement être en argent, et il doit être déterminé en argent dans le billet de grosse. Mais rien n'empêche que le prêteur ne fournisse à l'emprunteur des marchandises ou même des travaux, pourvu que ces valeurs soient estimées en argent pour le remboursement (2). — Si les objets prêtés devaient être rendus en nature, il y aurait *louage* ; et si leur restitution ainsi que le paiement du prix du louage étaient subordonnés à l'heureuse arrivée, il y aurait *louage à la grosse aventure* ; cette convention est, du reste, fort rare (3).

Le **profit maritime**, appelé aussi *change maritime* ou *intérêt maritime*, est essentiel au prêt à la grosse, qui est nécessairement à titre onéreux ; il est essentiel au même titre que le prix dans la vente ; il faut donc dire, avec Pothier (4) contre Emérigon (5), que, si le profit maritime n'avait pas été fixé, le contrat serait nul, et le capital devrait être restitué immédiatement. — Toute liberté est laissée aux parties pour fixer ce profit maritime ; il n'est soumis à aucun maximum ; il peut être déterminé à une somme fixe, ou à tant pour cent du capital, soit pour le voyage entier, soit par mois ; dans ce

(1) V. Béd., n. 929-934.

(2) Stypmannus, part. 4, ch. 2, n. 18. Pot., n. 8. Emérig., ch. 5, sect. 4, § 1. Boulay-Paty, t. III, p. 54. Béd., n. 840. Al. n. 1924.

(3) Emérig., ch. 5, sect. 4, § 2. Pard., n. 891. Béd., n. 840. Al. n. 1924. Cresp, t. II, p. 220.

(4) Pot., n. 19. — *It.* Béd., n. 839. Al. n. 1925.

(5) Emérig., ch. 3, sect. 1, § 9. — *It.* Pard., n. 902. Boulay-Paty, t. II, p. 58. Dagev., t. II, p. 477.

Source BIU Cujas

dernier cas, le mois commencé est censé terminé. Le taux est variable suivant la gravité des risques; ainsi, il est plus fort en temps de guerre; mais une fois fixé par la convention, il ne pourrait pas être changé par les tribunaux sous le prétexte que les risques ont changé (cf. n. 1357) (1).

Le profit maritime correspond à la prime dans l'assurance; il faut lui appliquer tout ce que nous avons dit de la prime (n. 1356 et suiv.), notamment la double règle qu'il n'est dû que si les risques ont couru, et qu'il est dû dès que les risques ont commencé à courir, avec les conséquences de ces deux règles (2).

A la détermination des sommes à payer se rattache l'**époque du remboursement** (art. 311, *in fine*). Si les parties n'ont rien dit, cette époque est celle de la cessation des risques. Mais, habituellement, les usages accordent un certain temps à l'emprunteur après la fin du voyage; d'autant mieux qu'il peut y avoir un règlement assez compliqué à faire alors (v. art. 330 et 331) (3). — Les intérêts du capital sont dus dès l'échéance, en vertu des usages commerciaux (4), mais non ceux du profit maritime, ce qui constituerait un anatocisme (5).

3° **Les objets affectés au prêt.**

1432. Quant à leur détermination, voir ce que nous avons dit à propos de l'assurance (n. 1324 et suiv.). Au surplus, le Code lui-même donne pour le prêt à la grosse des règles qu'il reproduit à peu près textuellement pour les assurances et qui ont été expliquées à ce propos. Tels sont les articles suivants :

Art. 315. Les emprunts à la grosse peuvent être affectés, — Sur le corps et quille du navire, — Sur les agrès et apparaux, — Sur l'armement et les victuailles, — Sur le chargement, — Sur la totalité de ces objets conjointement, ou sur une partie déterminée de chacun d'eux.

Voir les art. 334 et 335, 1er al., et notre commentaire sur ces articles (n. 1324, 1332).

Art. 318. Tous emprunts sur le fret à faire du navire et sur le profit espéré des marchandises sont prohibés. — Le prêteur, dans ce cas, n'a droit qu'au remboursement du capital, sans aucun intérêt.

Art. 319. Nul prêt à la grosse ne peut être fait aux matelots ou gens de mer sur leurs loyers ou voyages.

Voir l'art. 347 et notre commentaire sur cet article (n. 1324, 1326, 1331, 1333, 1334). — Il défend d'assurer les sommes empruntées à la grosse, et nous avons compris dans la prohibition les objets sur lesquels ces sommes ont été empruntées ; on doit admettre aussi la prohibition réciproque d'emprunter à la grosse sur des objets assurés : en effet, l'emprunteur recevant

(1) Al. n. 1927.

(2) Pot., n. 38. Emérig., ch. 3, sect. 1, § 4. Pard., n. 894. Béd., n. 828.

(3) Emérig., ch. 9, sect. 2, § 2. Al. n. 1936.

(4) Emérig., p. 414, 527. Boulay-Paty, t. III, p. 87. Dagev., t. II, p. 486. Al. n. 1928 et suiv. Cresp, t. II, p. 304.

(5) Pot., n. 51. Al. n. 1929. Cresp, t. II, p. 306 et suiv. — *Contrà* : Emérig., ch. 3, sect. 4.

Source BIU Cujas

immédiatement la valeur de ces objets et devant être dispensé de la rendre en cas de perte, s'enlèverait d'avance par là tout droit à recevoir encore cette valeur de l'assureur en cas de perte (1). Il faut dire, dans ce cas, que le prêt à la grosse serait nul; car de deux contrats qui ne peuvent pas s'exécuter cumulativement, c'est le second qui doit être annulé (v. art. 359). Cela résulte aussi des art. 316 et 317. — Mais cette règle ne peut s'appliquer qu'aux emprunts faits avant le voyage, et qui couvrent la valeur même des objets affectés au prêt (v. n. 1424, 1425); elle ne saurait s'appliquer aux emprunts faits en cours de voyage pour la conservation des objets, et qui ne font pas double emploi avec l'assurance de ces objets au départ (v. n. 1426, 1427). Ces derniers emprunts peuvent seulement se comparer à l'assurance de l'argent déboursé pour les besoins du voyage. Or, cette dernière assurance est très licite, lors même que la valeur entière des objets en risque a été couverte par une assurance avant le départ : soit un armateur qui a assuré son navire pour 100,000 fr, ; il fait pour 20,000 fr. de réparations d'avaries au cours du voyage; si le navire arrive à bon port, ses premiers assureurs lui paieront ces 20,000 fr. ; mais, en cas de perte, ceux-ci ne lui paieront que 100,000 fr.; il a donc un intérêt très légitime à faire couvrir par une nouvelle assurance les 20,000 fr. dépensés. De même, il peut très bien les emprunter à la grosse. Et, en cas d'heureuse arrivée, les assureurs au départ ne peuvent se plaindre de voir le prêteur passer avant eux pour son capital et son profit; car il leur a rendu service en permettant au navire de poursuivre sa marche, et en leur épargnant ainsi une indemnité beaucoup plus forte qu'ils auraient dû payer si le voyage avait été manqué (2). — La même observation doit s'appliquer aux art. 316 et 317 ci-dessous.

1433. **Art. 316. Tout emprunt à la grosse, fait pour une somme excédant la valeur des objets sur lesquels il est affecté, peut être déclaré nul, à la demande du prêteur, s'il est prouvé qu'il y a fraude de la part de l'emprunteur.**

Comp. art. 357 (n. 1340). En cas de fraude, le contrat peut être annulé pour le tout, si le prêteur le demande, quoique le défaut d'aliment pour les risques ne soit que partiel. Notre article, en ne permettant qu'au prêteur de demander la nullité, veut dire que dans le cas d'heureuse arrivée l'emprunteur lui doit le profit maritime à titre d'indemnité (v. même n. 1340) (3).

Art. 317. S'il n'y a fraude, le contrat est valable jusqu'à la concurrence de la valeur des effets affectés à l'emprunt, d'après l'estimation qui en est faite ou convenue. — Le surplus de la somme empruntée est remboursé avec intérêt au cours de la place.

Comp. art. 358 (v. même n. 1340). L'art. 317, en ordonnant de rembourser le surplus de la somme avec intérêt au taux de la place, entend parler évidemment de l'intérêt ordinaire; car le profit maritime ne peut être dû pour une somme qui n'a été exposée à aucuns risques (4). Pourtant, l'art. 358, en

(1) Béd., n. 887.
(2) De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, t. I, p. 36.
(3) Corvetto, dans les *Trav. prép.* Béd., n. 885. Al. n. 1948.
(4) Pot., n. 39. Emérig., ch. 6, sect. I. §§ 1 et 2. Valin, *Ord.*, liv. 3, tit. 5, art. 15. Al. n. 1946.

Source BIU Cujas

cas d'assurance, permet aux assureurs de garder 1/2 % pour indemnité du ristourne; aucune disposition ne reproduit cette règle pour le prêt à la grosse, et on ne peut suppléer un forfait de ce genre (1); mais l'équité demande que le prêteur puisse obtenir des dommages-intérêts pour le profit manqué; ces dommages-intérêts, à défaut de forfait légal, seront arbitrés par les tribunaux (2).

Art. 329. Celui qui emprunte à la grosse sur des marchandises n'est point libéré par la perte du navire et du chargement, s'il ne justifie qu'il y avait, pour son compte, des effets jusqu'à la concurrence de la somme empruntée.

Cet article nous amène au principe général qui domine même les deux articles précédemment cités : c'est que le contrat n'est pas valable si le prêt ne repose pas sur des objets mis en risque et dans lesquels l'emprunteur a un intérêt au moins égal à la somme prêtée. Car autrement le contrat dégénérerait pour lui en simple pari : il s'agirait d'une somme à *gagner*, si les objets arrivent à bon port; à rembourser avec le change, s'ils périssent en route.

Dans tous les cas où le ristourne proviendrait de la faute de l'emprunteur, il devrait, outre les intérêts de terre pour tout le temps qu'il a eu la somme entre les mains, des dommages-intérêts pour le profit dont il aurait privé le prêteur.

4° **Détermination des risques.**

1434. Il est essentiel, pour le prêt à la grosse, que les objets sur lesquels il est fait soient exposés à des risques de mer ; sans cela le profit maritime serait perçu sans cause par le prêteur.

Les conditions des risques se détermineront par la désignation du navire et du capitaine (art. 311, 5e al.); par celle du voyage (art. 311, 7e et 8e al.); par celle du temps où les risques commenceront à courir ou cesseront (art. 328 déjà cité et commenté à propos de l'art. 341 qui y renvoie, v. n. 1349). Sur tous ces points, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit à propos des assurances, n. 1343, et suiv.

CHAPITRE III.

DROITS DU PRÊTEUR A LA GROSSE.

Nous devons étudier les droits du prêteur : — 1° en cas d'heureuse arrivée; — 2° en cas de sinistre ; — 3° en concours avec des assureurs.

§ Ier

Droits du prêteur en cas d'heureuse arrivée.

1435. En cas d'heureuse arrivée, il a droit au remboursement intégral de son capital, avec le profit maritime; et ce droit forme en principe une créance

(1) Dagev., t. II, p. 515. Dall., n. 1314. Béd., n. 891. Al. n. 1947. — *Contrà* : Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 5, art. 15. Emérig., ch. 6, sect. 1, § 3. Pard., n. 932.

(2) Al. n. 1947.

Source BIU Cujas

véritable dont l'emprunteur est tenu personnellement et sur tous ses biens, dont il ne serait pas libéré par la perte ultérieure des objets affectés au prêt, dont il ne pourrait pas s'affranchir en abandonnant ces objets. Seulement dans le cas, presque uniquement pratique aujourd'hui, d'emprunt fait sur le navire par le capitaine au cours du voyage, la faculté d'abandon consacrée par l'art. 216, 3e al., supprime tout lien personnel (v. *suprà*, n. 1428).

Cette créance est garantie par un **privilège** sur les objets affectés au prêt :

Art. 330. Le navire, les agrès et les apparaux, l'armement et les victuailles, même le fret acquis, sont affectés par privilège au capital et intérêts de l'argent donné à la grosse sur le corps et quille du vaisseau. — Le chargement est également affecté au capital et intérêts de l'argent donné à la grosse sur le chargement. — Si l'emprunt a été fait sur un objet particulier du navire ou du chargement, le privilège n'a lieu que sur l'objet, et dans la proportion de la quotité affectée à l'emprunt.

La loi prend soin de dire, parce qu'on en avait douté, que l'affectation peut être générale ou seulement partielle; qu'on peut emprunter sur tout le navire avec ses accessoires, ou sur tout le chargement, ou sur quelques objets seulement ou même sur une portion de ces objets. Dans ce dernier cas, le surplus de ces objets peut faire la matière d'un autre prêt ou d'un contrat d'assurance; s'il est resté libre, il appartiendra à l'emprunteur ou à ses créanciers chirographaires; en cas de perte partielle, nous aurons à nous demander dans quelle proportion la valeur sauvée devra être répartie entre le prêteur et l'emprunteur ; mais cette question ne pourra être utilement examinée qu'après l'étude du concours entre le prêteur et les assureurs du surplus (v. n. 1440).

Lorsque l'emprunt affecte le navire, le privilège s'étend implicitement sur le *fret acquis* (art. 320). Ceci est remarquable : ce fret n'avait pas pu être affecté expressément à l'emprunt ; car, d'ordinaire, il constituait, au moment de l'emprunt, un *fret à faire* (art. 318) ; néanmoins, après l'arrivée du navire, il s'y trouvera affecté par privilège. Cela veut dire que l'emprunteur ne pourra se faire avancer une somme représentant la valeur du fret ; ainsi, sur un navire valant 100,000 fr. avec ses accessoires, il ne pourra se faire avancer 120,000 fr. en tenant compte du fret à faire (art. 316 et 318) ; mais, après l'arrivée du navire, si celui-ci a diminué de valeur, p. ex. par vice propre, l'emprunteur aura, pour garantie du remboursement de ses 100,000 fr., non seulement la valeur actuelle du navire, soit 80,000 fr., mais encore le fret acquis, soit 20,000 fr., qui lui permettront d'obtenir un paiement intégral. Cela correspond à ce qui se passe dans le contrat d'assurance : celui-ci ne peut porter sur le fret à faire (art. 347) ; mais le délaissement, s'il a lieu, doit englober le fait acquis (art. 386). On peut dire, à l'appui de ces solutions, que c'est l'assurance, et plus encore le prêt à la grosse, qui a permis de faire le voyage et de gagner le fret.

Si le fret avait été stipulé acquis à tout événement, même en cas de perte des marchandises, il n'aurait pu non plus faire l'objet du prêt à la grosse, car il n'est exposé à aucune fortune de mer. Cette convention, peu usuelle, serait sans influence sur les rapports du prêteur et de l'emprunteur : elle

Source BIU Cujas

n'empêcherait pas le privilège d'exister sur le fret afférent aux marchandises sauvées, car c'est toujours grâce au prêt qu'il a été gagné; elle ne le ferait pas s'étendre sur le fret afférent aux marchandises perdues, car ce fret n'est pas gagné par le navire; il résulte uniquement d'une convention aléatoire entre le fréteur et l'affréteur (1).

Pour l'exercice du privilège, nous avons supposé jusqu'ici que le voyage avait eu lieu; mais, le texte étant général, il existerait même dans le cas où le voyage aurait été rompu avant le départ. Sans doute, dans ce cas, l'intérêt maritime ne serait pas dû; mais le privilège existerait pour le capital, que le prêteur a toujours le droit de recouvrer, et même pour les intérêts que pourrait devoir l'emprunteur si la rupture provenait de son fait (2).

1436. **Art. 323. Les emprunts faits pour le dernier voyage du navire sont remboursés par préférence aux sommes prêtées pour un précédent voyage, quand même il serait déclaré qu'elles sont laissées par continuation ou renouvellement — Les sommes empruntées pendant le voyage sont préférées à celles qui auraient été empruntées avant le départ du navire; et s'il y a plusieurs emprunts faits pendant le même voyage, le dernier emprunt sera toujours préféré à celui qui l'aura précédé.**

Cet article établit un classement entre les divers privilèges résultant de prêts à la grosse. Mais en ce qui concerne les navires, le premier alinéa doit être considéré comme abrogé par la L. 10 déc. 1874, art. 27, qui supprime le paragraphe 9° de l'art. 191; cette suppression fait disparaître le privilège pour tous les prêts à la grosse faits avant le dernier départ du navire; il n'y a donc plus lieu de s'occuper du classement à faire entre eux.

Le second alinéa, s'occupant des emprunts faits pendant le dernier voyage, visés par l'art. 191, 7°, les classe pour le privilège dans l'ordre inverse de leurs dates, par la raison donnée déjà que les derniers ont conservé le gage des premiers. Mais nous avons dit aussi (n. 1131) que pour satisfaire le dernier alinéa de l'art. 191, il fallait classer en concours et au même rang, quelle que soit leur date, les divers emprunts se référant à la réparation d'un même sinistre, car alors la raison rappelée plus haut ne s'applique pas à eux.

En ce qui concerne les marchandises, il est peu probable qu'elles soient grevées d'emprunts antérieurs à ceux faits en vue du dernier voyage; il y aura donc lieu d'appliquer l'article seulement aux emprunts, relatifs au voyage, faits avant le départ, et à ceux faits pendant le voyage, soit pour les marchandises elles-mêmes, soit pour le navire. Ils seront tous classés dans l'ordre inverse de leurs dates, avec la seule restriction que nous venons de rappeler pour les emprunts relatifs au même sinistre.

(1) Comp. De Courcy., *Quest.*, t. I, p. 141.

(2) Cass. 20 fév. 1844, S. 44. 1. 197. Emérig., ch. 12, sect. 2. Béd., n. 118, 120, 881, 924. Demang., t. VI, p. 74. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. I, p. 142. Dagev., t. II, p. 29. Dufour, n. 211, 212.

Source BIU Cujas

§ 2.

Droits du prêteur en cas de sinistre.

1437. Il n'a pas droit à son remboursement si les objets affectés à l'emprunt viennent à périr par fortune de mer. Donc en cas de *perte totale*, il n'a plus rien à demander :

Art. 325. Si les effets sur lesquels le prêt à la grosse a eu lieu sont entièrement perdus, et que la perte soit arrivée par cas fortuit, dans le temps et dans le lieu des risques, la somme prêtée ne peut être réclamée.

Donc aussi, en cas de *destruction partielle*, il n'a de droit que jusqu'à concurrence des effets sauvés :

Art. 327. En cas de naufrage, le paiement des sommes empruntées à la grosse est réduit à la valeur des effets sauvés et affectés au contrat, déduction faite des frais de sauvetage.

Le naufrage n'est évidemment mis ici qu'à titre d'exemple.

Ces différentes pertes n'incombent au prêteur que si elles ont eu lieu par fortune de mer. Nous n'avons qu'à renvoyer à l'étude que nous avons faite des cas fortuits dont répondent les assureurs (v. n. 1372 et suiv.). La convention peut ici, comme en matière d'assurance, ajouter aux risques mis à la charge du prêteur ; l'ordonnance le disait (L. 3, tit. 5, art. 12), et dans les travaux préparatoires du Code on a jugé inutile de reproduire cette disposition (1). Mais on ne pourrait mettre la faute de l'emprunteur à la charge du prêteur (cf. n. 1375).

Le Code reproduit ici deux des règles données en matière d'assurance pour les cas exclus de la responsabilité des assureurs :

Art. 324. Le prêteur à la grosse sur marchandises chargées dans un navire désigné au contrat ne supporte pas la perte des marchandises, même par fortune de mer, si elles ont été chargées sur un autre navire à moins qu'il ne soit légalement constaté que ce chargement a eu lieu par force majeure.

Comp. art. 351, et nos explications sur cet article (n. 1375). Le prêteur a droit néanmoins au profit maritime, s'il a couru les risques pendant un temps quelque court qu'il soit, en supposant que les effets aient été chargés d'abord sur le navire convenu (2).

Art. 326. Les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose, les dommages causés par le fait de l'emprunteur, ne sont point à la charge du prêteur.

Comp. art. 352, et notre commentaire (n. 1376).

(1) Béd., n. 953, Al. n. 1973.
(2) Locré, sur l'art. 324. Béd., n. 942.

Source BIU Cujas

Mais il importe de remarquer que ces règles du Code, très utiles dans le cas d'emprunt fait par le propriétaire du navire, seront complètement vaines dans le cas beaucoup plus pratique d'emprunt fait par le capitaine en cours de voyage. Car alors le prêteur n'a pour gage que le navire ; le propriétaire du navire peut toujours se libérer en l'abandonnant (art. 216, 3e al.); donc le prêteur aura beau alléguer qu'il a péri par vice propre ou par la faute du propriétaire, il ne touchera pas pour cela un sou de plus (1).

1438. Jusqu'ici nous avons raisonné en supposant une perte totale ou une destruction partielle des objets affectés au prêt ; la décharge totale ou partielle de l'emprunteur ne pouvait dans ce cas faire difficulté, puisque le prêteur avait consenti dans le contrat à n'être remboursé que si les objets arrivaient et dans la mesure où ils arriveraient. Mais la question est en théorie plus délicate pour les simples *détériorations* qui diminuent la valeur des objets sans en rien faire disparaître, et pour les frais faits à leur occasion ; dans ces cas, la libération partielle de l'emprunteur ne découle pas aussi simplement du contrat. Pourtant le Code l'admet :

Art. 330. Les prêteurs à la grosse contribuent, à la décharge des emprunteurs, aux avaries communes. — Les avaries simples sont aussi à la charge des prêteurs, s'il n'y a convention contraire.

Pour les **avaries communes,** la règle est facile à justifier ; car le sacrifice fait pour les objets affectés au prêt a profité au prêteur qui aurait souffert de leur perte, et il n'a pas profité à l'emprunteur à qui cette perte n'aurait causé aucun dommage ; en supposant bien entendu que leur valeur entière fût couverte par le prêt. Aussi l'on a jugé que les conventions particulières ne pouvaient pas décharger le prêteur de la contribution aux avaries communes (2).

La règle de notre premier alinéa, sainement interprétée, doit amener inversement une solution favorable au prêteur : si ce sont les objets affectés au prêt qui ont été sacrifiés, quoiqu'il y ait perte totale de ces objets, l'emprunteur ne sera pas déchargé pour le tout, car il est indemnisé de la perte par la contribution : il n'y a pas, à son égard, perte totale des objets; il sera déchargé seulement dans la mesure ou la contribution sur soi-même atteindra les susdits objets (3).

Quant aux **avaries particulières**, ne consistant pas en destructions partielles, si l'on prenait à la lettre la teneur primitive du contrat de grosse, on aurait pu très bien soutenir qu'elles ne devaient pas incomber au prêteur : car elles n'empêchent pas que les objets ne soient arrivés intégralement (4). Mais quelle que soit la valeur absolue de ce raisonnement, on a depuis longtemps abandonné cette idée dans la pratique (5), par la raison sui-

(1) De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, t. I, p. 36 et 37.

(2) Aix, 20 nov. 1867, D. P. 68. 2. 193. — Béd., n. 992. Al. n. 1984.

(3) Frémery, p. 263. Béd., n. 993. Al. n. 1984.

(4) Cette solution était admise à Athènes : Pard., *Lois marit.*, t. I, p. 46; Frémery, p. 265; et suivie par l'ordonnance, l. 3, tit. 5, art. 16, sauf convention formelle.

(5) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 5, art. 16. Frémery, p. 265 et suiv.

Source BIU Cujas

vante : si l'emprunteur n'avait pas été couvert par le prêteur pour ces avaries, il aurait dû les faire couvrir par une assurance ; or le prêteur ne demandait pas mieux que de faire cette fonction d'assureur en percevant une prime en conséquence ; on est donc tombé facilement d'accord pour mettre ces avaries à sa charge, en lui donnant un profit maritime plus fort. C'est cet usage que le Code a consacré en réservant seulement la possibilité d'une convention contraire.

Il est bien évident que, si le prêt a eu lieu au cours du voyage (ce qui sera le cas à peu près unique maintenant), le prêteur ne répond que des avaries postérieures au prêt (1).

§ 3.

Droits du prêteur à la grosse en concours avec des assureurs.

Art. 331. S'il y a contrat à la grosse et assurance sur le navire ou sur le même chargement, le produit des effets sauvés du naufrage est partagé entre le prêteur à la grosse, pour son capital seulement, et l'assureur, pour les sommes assurées, au marc le franc de leur intérêt respectif, sans préjudice des privilèges établis à l'art. 191.

1439. Cet article établit le concours sur le pied de l'égalité proportionnelle entre le prêteur à la grosse et l'assureur. Il part évidemment de cette idée que le prêt à la grosse équivaut à l'assurance des objets sur lesquels il est fait (cf. n. 1432) : prêt à la grosse pour moitié et assurance pour moitié ; cela équivaut à deux prêts à la grosse pour moitié chacun, ou à deux assurances pour moitié chacune (2).

Il résulte évidemment de cette explication que l'article est inapplicable aux prêts à la grosse qui ne peuvent pas se comparer à l'assurance des objets eux-mêmes ; à ceux faits dans le cours du voyage pour la conservation des objets (cf. n. 1426, 1427). Cela résulte d'ailleurs du Code lui-même (art. 191), qui classe le privilège, résultant de ces prêts, au septième rang, et indique bien par là qu'ils doivent être remboursés avant les autres prêts, avant les assureurs ; c'est, du reste, ce qui a été signalé dans les observations de la Cour de cassation sur notre article ; et c'est ce qu'indique aussi, entre autres choses, le renvoi que ce même article contient *in fine* dans ces mots : « *sans préjudice des privilèges établis par l'art.* 191 (3). » — Il s'ensuit que l'art. 331 aura fort peu d'applications maintenant depuis la L. 10 décembre 1874 (4).

(1) V. un modèle de règlement d'avaries, en cas de prêt à la grosse, dans Frémery, p. 269 et suiv.

(2) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 5, art. 18. Frémery, p. 255 et suiv. — *Contrà* : Emérigon, ch. 11, sect. 2, § 2.

(3) Bordeaux, 18 juill. 1849, D. P. 52. 2. 48. — Locré, sur l'art. 331. Frémery, p. 260 et suiv. Béd., n. 1001. Al. n. 1987. De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, t. I, p. 37 et suiv.

(4) Laurin, t. II, p. 68.

Source BIU Cujas

On peut s'étonner que notre article fasse concourir le prêteur et l'assureur, tandis que l'art. 191 fait venir le premier au neuvième rang, et l'assureur seulement au dixième. La réponse est facile : c'est que l'assureur est classé au dixième rang pour la *prime* qui lui est due et non pour le montant des *sommes assurées*. Il n'y a donc pas antinomie; pour les sommes assurées il concourt avec le prêteur (1). — Mais alors on doit se demander comment l'assureur peut être *créancier* des sommes assurées, car il faut être créancier pour *partager* avec le prêteur, pour être privilégié au même rang que lui. Cela ne peut évidemment se rapporter au règlement en avaries, car alors l'assureur est *débiteur* des sommes assurées. Sans doute il peut *déduire de sa dette* la valeur des effets sauvés, et notamment en cas de concours avec un prêteur, lorsque chacun a couvert la moitié des objets mis en risques, l'assureur pourra imputer la moitié de la valeur des effets sauvés sur sa dette pour la réduire d'autant; nous l'admettons. Mais ce n'est évidemment pas cela que veut dire l'art. 331 ; car il ne parlerait pas de *partager* avec le prêteur le produit des effets sauvés. Cet article ne peut s'appliquer qu'en cas de délaissement : alors, en effet, l'assureur qui a payé la totalité des sommes assurées, en poursuit le recouvrement sur les effets délaissés; il peut se dire créancier sur ces effets jusqu'à concurrence de ces sommes, ou plus exactement propriétaire de ces effets à proportion de la valeur assurée par lui ; dès lors on comprend qu'il partage au marc le franc avec le prêteur (2) Celui-ci aussi ne figurera vis-à-vis de l'assureur que *pour son capital seulement*; parce que c'est pour cette somme seulement qu'il peut comparer sa situation à celle de l'assureur : tous deux *certant de damno vitando*. La part de profit maritime correspondant au sauvetage est un gain auquel il n'a droit que si la valeur libre des effets sauvés peut le payer; mais pour cette part, il passera avant l'assureur réclamant sa prime, c'est là que s'appliquera l'art. 191, 10°.

1440. Q. Quid *si le prêt n'a couvert qu'une partie de la valeur des objets sans qu'il y ait assurance pour le surplus*? Faut-il dire que l'emprunteur, étant son propre assureur pour le surplus, partagera avec le prêteur les effets sauvés, au marc le franc de son découvert? Sans discuter à fond cette question, à laquelle la Loi de 1874 a ôté à peu près tout intérêt pratique, nous admettons qu'il en a le droit : — les anciens auteurs ne séparaient pas à cet égard sa position de celle de son assureur, qu'ils regardaient uniquement comme son ayant cause (3); s'il est vrai que l'application véritable de l'art. 331 suppose nécessairement le délaissement, il est évident que les assureurs ne sont qu'au lieu et place de l'emprunteur, et que, s'ils ont le droit de partager avec le prêteur, c'est que celui-ci l'avait; — cette solution est imposée par l'équité, lorsque, une partie de la valeur des objets étant couverte par le prêt, le reste (soit la moitié) a été couvert par une assurance et que l'on règle en avaries : soit une valeur de 100,000 fr., garantie pour 50,000 fr. par un prêt à la grosse, pour le reste, 50,000 fr., par une assurance; il est évident que l'assuré-emprunteur doit être couvert intégralement; or cela n'aurait pas lieu

(1) Dagev., t. II, p. 672. Al. n. 1987.

(2) Bordeaux, 2 déc. 1839, D. P. 52. 2. 47.

(3) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 5, art. 18, où il cite sa correspondance sur ce point avec Emérigon. Emérig., ch. 11, sect. 2, § 2.

Source BIU Cujas

dans le système contraire : Supposons 20,000 fr. sauvés; l'assureur dira : vous n'avez perdu que 4/5 de la valeur assurée, je ne vous dois que 40,000 fr.; d'autre part, si l'on admet que le prêteur ne doit subir sur les effets sauvés aucune réduction de la part de l'emprunteur, il prendra les 20,000 fr.; de sorte que l'emprunteur n'aura que 40,000 fr. de l'assureur, 50,000 fr. du prêteur qui prendra tout le sauvetage; il perdra donc 10,000 fr., quoiqu'il ait eu soin de couvrir tous ses risques. Si, au contraire, on lui permet de concourir avec le prêteur sur le sauvetage, il y prendra 10,000 fr. et se trouvera alors complètement indemne. C'est évidemment la seule solution admissible (1).

(1) Valin, *Ord.*, l. 3, tit. 5, art. 18. Delvincourt, t. II, p. 328. Frémery, *Etudes de Dr. comm.*, p. 249 et suiv. Al. n. 1989 et suiv. — *Contrà* : Pot., n. 49. Emérig., ch. 11, sect. 2, § 2. Locré, t. III, p. 381. Pard., n. 855, 924. Boulay-Paty, t. III, p. 182. Dagev., t. II, p. 547 et suiv. Béd., n. 962, 999.

Source BIU Cujas

TITRE XIII.

DES PRESCRIPTIONS.

1441. **Art. 430. Le capitaine ne peut acquérir la propriété du navire par voie de prescription.**

Cet article était inutile, car il n'est que l'application du droit commun (C. civ., art. 2236 et 2240); ceux qui possèdent pour autrui ne peuvent prescrire. Le capitaine est évidemment un détenteur précaire, comme le mandataire, le dépositaire ou le commodataire.

1442. **Art. 431. L'action en délaissement est prescrite dans les délais exprimés par l'art. 373.**

Le législateur, en inscrivant cet article dans ce titre, a eu au moins pour but de rappeler le délai très court dans lequel le délaissement doit avoir lieu; mais, s'il n'avait voulu que rappeler la règle de l'art. 373, l'article ne serait pas très utile. Nous pensons qu'il faut lui attribuer un autre sens : c'est que, non seulement la *signification* du délaissement doit avoir lieu dans le délai de l'art. 373, mais encore l'*action en justice* doit, à défaut d'acceptation par l'assureur (art. 385), être intentée dans le même délai : — c'est là le sens naturel des mots *action en délaissement*, qui supposent, non pas un acte extrajudiciaire, comme la signification, mais une poursuite en justice; — cela donne une portée plus sérieuse à l'art. 431; — l'ord. de 1681 (Liv. III, tit. VI, art. 48) exigeait que l'action fût intentée dans les délais fixés, et les travaux préparatoires montrent qu'après avoir abandonné cette idée, le conseil d'Etat y est revenu (1).

1443. **Art. 432. Toute action dérivant d'un contrat à la grosse, ou d'une police d'assurance, est prescrite, après cinq ans, à compter de la date du contrat.**

Nous trouvons ici une prescription abrégée de **cinq ans** comme dans plusieurs autres matières commerciales, notamment les sociétés et la lettre de change. Elle a pour motif la célérité et la multiplicité des opérations commerciales, qui doivent faire désirer que les commerçants soient assez rapidement dégagés de leurs anciennes obligations pour se donner tout entiers à

(1) Lyon, 17 mars 1881, D. P. 82. 2. 198. — Béd., n. 1458. Al. n. 2241, 2347.

Source BIU Cujas

leurs nouvelles opérations. Mais nous avons déjà dit qu'il faut se garder de généraliser cette prescription de cinq ans à toutes les matières commerciales; et spécialement pour le droit maritime, cette prescription n'a un caractère un peu général que pour le prêt à la grosse et les assurances (1); pour les autres rapports maritimes, il pourra y avoir seulement lieu à l'application de l'art. 433. En tout cas cette action d'avaries durera cinq ans, lors même qu'elle serait intentée pour des sinistres ayant pu donner lieu au délaissement (v. art. 409); soit que l'assuré ait volontairement choisi l'action d'avarie, soit qu'il ait laissé périmer l'action en délaissement même après l'avoir intentée; en effet, une prescription plus courte que cinq ans ne résulte d'aucun texte, et on ne peut pas suppléer une prescription (2).

Il faut remarquer que cette prescription court du jour même du contrat (art. 432) et non du jour où les risques ont commencé, encore moins du jour du sinistre (3). — Aussi elle pourra s'appliquer même à l'action en délaissement malgré la prescription plus rapide édictée par les art. 373 et 431; celle-ci ne court que du jour de la réception de la nouvelle; si donc au moment du sinistre il y a tout près de cinq ans que la police est signée l'a. 432 éteindra l'action avant que l'a. 373 ait pu opérer (4).

1444. **Art. 433. Sont prescrites : — Toutes actions en paiement pour fret de navire, gages et loyers des officiers, matelots et autres gens de l'équipage, un an après le voyage fini; — Pour nourriture fournie aux matelots par l'ordre du capitaine, un an après la livraison; — Pour fournitures de bois et autres choses nécessaires aux constructions, équipement et avitaillement du navire, un an après ces fournitures faites; — Pour salaires d'ouvriers, et pour ouvrages faits, un an après la réception des ouvrages; — Toute demande en délivrance de marchandises, un an après l'arrivée du navire.**

Nous trouvons ici une prescription encore plus courte, d'**un an** dans tous les cas, avec des points de départ différents seulement. Elle s'applique à la plupart des rapports qui naissent des contrats maritimes autres que l'assurance et le prêt à la grosse; et elle est fondée sur la grande célérité qu'ils requièrent; mais elle ne doit évidemment pas être généralisée et appliquée aux cas qui ne rentreraient pas directement dans l'énumération de l'art.; p. ex. aux *avances* faites par le capitaine (5); aux *prêts* faits pour équipement ou avitaillement du navire (6); à l'action en remboursement des marchandises vendues pour les besoins du navire au cours du voyage (7).

(1) Il est évident que l'action en nullité du contrat de grosse ou d'assurance ne pourra non plus être intentée après les cinq ans; car à partir de ce moment l'action n'a plus d'intérêt; la partie poursuivie en vertu du contrat n'aurait pour se défendre qu'à invoquer la prescription : Comp. Béd., n. 1941, 1943.

(2) Cass. 15 mai 1854, D. P. 55. 1. 315. Dagev., t. IV, p. 192 et suiv. Lemonn., n. 256. Béd., n. 1985, 1946. Al. 2248-2249. — *Contrà* : Boulay-Paty, t. IV, p. 377. Pard., t. III, p. 407.

(3) Rouen, 12 juill. 1850, D. P. 51. 2. 49.

(4) Em. Cauvet. n. 493. Droz, n. 670.

(5) Béd., n. 1955.

(6) Béd., n. 1955. Al. n. 2254.

(7) V. Cass. 24 mai 1838; Dall., n. 2267. Al. n. 2357. — *Contrà* : Béd., n. 1962.

Source BIU Cujas

Relativement aux points de départ fixés par l'article pour les diverses actions, il faut faire deux observations : — 1° il convient de retarder le point de départ de la prescription toutes les fois que le créancier n'a pas connu immédiatement le fait qui ouvrait son droit, ou n'a pas pu agir immédiatement : p. ex. pour les matelots jusqu'à leur rapatriement ; cela est conforme au droit commun (*contra non valentem agere non currit præscriptio*), et ne paraît pas contraire à l'esprit de l'article (1) ; — 2° dans le cas d'une créance née d'actes successifs à la suite d'un contrat unique, comme dans les fournitures faites, le point de départ du délai ne doit être que le dernier acte, la dernière fourniture (2). — Quant aux divers cas spéciaux, il faut décider — que pour le paiement du fret la prescription date du jour de l'arrivée du navire et non du jour où le fret était payable (3) ; — que pour les matelots, la fin du voyage datera de la confection du rôle de désarmement (4) ; — et que pour l'action en délivrance des marchandises, l'arrivée du navire doit s'entendre de l'arrivée au port où les marchandises devaient être déposées, et non du retour au port de départ (5).

Le code de commerce n'ayant pas reproduit ici la possibilité de déférer le serment au débiteur, consacrée pour les courtes prescriptions par l'art. 2275 du C. civ. et l'art. 189, C. com., on ne peut suppléer ici cette faculté exorbitante ; et les travaux préparatoires confirment cette pensée (6).

A propos du dernier alinéa, il faut rappeler que l'art. 108 établit une prescription analogue (six mois ou un an) pour le transport par terre. Il faut observer aussi que notre prescription ne sera utile que dans les cas où les fins de non-recevoir de l'art. 435 seront inapplicables. Mais l'art. 433, ne visant que l'action en délivrance, ne s'appliquera pas, comme l'art. 108, à l'action en indemnité pour avaries subies par la marchandise (7).

1445. **Art. 434. La prescription ne peut avoir lieu, s'il y a cédule, obligation, arrêté de compte ou interpellation judiciaire.**

Cet article ne peut évidemment être pris à la lettre, car il semble dire qu'à la suite des faits qu'il énumère, toute prescription, même par trente ans, serait impossible ; ce qui est évidemment inadmissible. — Il ne peut pas non plus être entendu en ce sens que les faits qu'il cite substitueraient toujours la prescription de trente ans à la prescription abrégée des articles précédents : car son texte ne dit pas cela, et il faudrait un texte bien formel pour admettre que ces faits, notamment la simple interpellation judiciaire, empor-

(1) Béd., n. 1964 bis. Al. n. 2352. — Consult. Rennes, 30 août 1866, D. P. 68. 2. 25 ; Cass. 1er juin 1869, D. P. 69. 1. 393

(2) Béd., n. 1970-1971. Al. n. 2353.

(3) Cass. 10 nov. 1880, D. P. 80. 1. 157. La règle donnée pour le fret s'applique aussi à l'indemnité due pour retard dans le chargement (cf. n. 1264) : même arrêt.

(4) Dufour, n. 111. Laurin, p. 487.

(5) Béd., n. 1961. Al. n. 2356. — *Contrà* : Rouen, 31 mai 1825.

(6) Req. 16 juill. 1860, D. P. 60. 1. 461. Locré, t. IV, p. 441 et suiv. Caumont, v° *Gens de mer*, n. 82, § 1. Fresquet, p. 144. Béd., n. 1973. Al. n. 2358. — *Contrà* : Merlin, v° *Prescription*, sect. 2, § 4. Boulay-Paty, t. IV, p. 602. Dagev., t. IV, p. 213. Dall., n. 2268.

(7) Req. 1er juin 1870, D. P. 71. 1. 109.

Source BIU Cujas

tent toujours novation quelle qu'ait pu être l'intention des parties (C. civ., art. 1275) (1). — Nous admettrons donc qu'il consacre seulement la possibilité de l'interruption de ces courtes prescriptions, même par un simple acte judiciaire; c'est tout ce que demandait le tribunal de Paimpol dans ses observations auxquelles on semble avoir voulu faire droit en édictant l'art. 434. — Quant à la question de savoir s'il y a eu novation substituant la prescription de trente ans à la prescription abrégée, elle sera tranchée par les tribunaux, qui devront, avant tout, consulter l'intention des parties et exiger, pour l'admettre, que cette intention soit bien formelle (C. civ., art. 1275). Il pourrait très bien se faire qu'une obligation, une reconnaissance écrite, n'emportât pas cette intention; p. ex. si le créancier a accepté le renouvellement d'un *billet de grosse* ou d'un billet de prime, ou un arrêté de compte spécial à l'assurance, il doit bien être censé avoir voulu accepter l'obligation comme étant toujours une obligation résultant du prêt à la grosse ou de l'assurance, comme étant toujours prescriptible par cinq ans (2). — On sait qu'au contraire la novation devrait se présumer si la créance avait été passée en compte courant.

L'exercice de l'action en délaissement interromprait la prescription de l'action d'avaries, car celle-ci est au moins contenue dans la première (3).

(1) Al. n. 2360. — *Contrà* : Locré, t. IV, p. 446. Boulay-Paty, t. IV, p. 604.

(2) Al. n. 2360. *Contrà* : Locré et Boulay-Paty, *ll. citt.* Béd., n. 1974 et suiv. — Le paiement par un tiers constituerait une créance nouvelle au profit de ce tiers; et celle-ci ne se prescrirait que par trente ans : Rouen, 21 févr. 1881, D. P. 82. 2. 145.

(3) Béd., n. 1980. Al. n. 2359.

Source BIU Cujas

TITRE XIV.

FINS DE NON-RECEVOIR.

1446. Ce titre va encore plus loin que le précédent dans l'abréviation des délais : il y a trois cas énumérés par l'art. 435, où l'on n'a que vingt-quatre heures pour réclamer ou protester, et un mois pour agir en justice :

Art. 435. Sont non recevables : — Toutes actions contre le capitaine et les assureurs, pour dommage arrivé à la marchandise, si elle a été reçue sans protestation; — Toutes actions contre l'affréteur, pour avaries, si le capitaine a livré les marchandises et reçu son fret sans avoir protesté; — Toutes actions en indemnité pour dommages causés par l'abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir, s'il n'a point fait de réclamation.

Art. 436. Ces protestations et réclamations sont nulles si elles ne sont faites et signifiées dans les vingt-quatre heures, et si, dans le mois de leur date, elles ne sont suivies d'une demande en justice.

Les deux premiers cas se réfèrent au contrat d'affrètement; ils ont leur analogue dans l'art. 105, relatif au transport terrestre.

1447. 1° *Les actions du chargeur ou du destinataire contre le capitaine ou les assureurs pour dommage arrivé à la marchandise si elle a été reçue sans qu'on ait protesté dans les vingt-quatre heures.* — C'est, en matière de transport maritime, le même cas exactement que celui de l'art. 105. La décision de notre article présente trois différences : — 1° l'art. 435 n'exige pas que le prix ait été payé lors de la réception; — 2° il accorde vingt-quatre heures pour protester, tandis que l'art. 105 n'admet qu'une protestation ou une réserve faite immédiatement; — 3° cette fin de non-recevoir peut être invoquée, non seulement par le capitaine ou l'armateur (1), mais encore par les assureurs, étrangers au contrat de transport. — Il faut ajouter que ceux-ci peuvent l'opposer à l'action en délaissement comme à l'action d'avaries (2). Mais cette disposition est, à leur égard, étrangère à l'assurance sur corps, comme les autres dispositions de cet alinéa; le texte ne laisse aucun doute (3).

(1) Ce que l'a. 435 dit du capitaine doit évidemment être appliqué à l'armateur dont le capitaine n'est que le représentant : Cass. 24 janv. 1876, D. P. 77. 5. 44.

(2) Béd., n. 1999. Al. n. 2368. — Il paraît qu'en fait les assureurs ne se prévalent jamais des délais de vingt-quatre heures ou d'un mois, qui sont en contradiction avec les nécessités pratiques : De Courcy, *Quest.*, t. I, p. 197 et suiv.

(3) Bordeaux, 7 mai 1839, *J. Pal.*, 39. 2. 287. — Béd., n. 2009. Al. n. 2367. Laurin, t. IV, p. 207.

Source BIU Cujas

Le motif de cette fin de non-recevoir si rapide est évidemment le même que celui de l'art. 105 : lorsque la marchandise a séjourné dans les magasins du destinataire, on ne peut plus affirmer que l'avarie soit antérieure à la réception et doive être à la charge du capitaine ou des assureurs (1). Et encore ici on accorde vingt-quatre heures, parce qu'on a pensé que la vérification immédiate serait impossible.

Il semble conforme à la pensée du législateur de n'appliquer cette extinction de l'action que si la vérification a été possible; c'est ce qu'on admet sous l'art. 105, et il y a ici au moins les mêmes raisons, puisque la loi accorde un délai au destinataire (2). — Il faut évidemment aussi que la remise ait été faite au destinataire, ou à son mandataire ayant pouvoir de recevoir et de vérifier les objets (3) ; et p. ex. la douane, à qui l'on aurait remis les colis à l'insu du destinataire, ne serait pas dans ces conditions, car elle ne se charge pas de vérifier (4). — Enfin l'article suppose certainement la remise faite au lieu d'arrivée, il ne s'appliquerait pas aux marchandises retirées au cours du voyage (a. 293) (5).

Si la réception dure plusieurs jours, il est clair que le délai ne peut courir que de la fin de l'opération (6). Les jours fériés ne sont pas compris dans le délai de vingt-quatre heures (7).

La protestation qu'exige l'article pour empêcher la forclusion n'est soumise par la loi à aucune forme (8). Il suffira que le destinataire constate l'avarie, annonce l'intention d'en demander réparation, et qu'il se soit réservé, par une signification, la preuve des déclarations par lui faites sur ces points. Il suffirait qu'il pût prouver qu'il est entré en pourparlers pour cela avec le capitaine (9). A plus forte raison toute protestation serait superflue si le capitaine avait pris lui-même l'initiative d'une expertise (10). — Mais la protestation ne profitera qu'à ceux qui l'auront faite et contre ceux à qui elle aura été faite; il n'y a aucune solidarité entre les parties (11).

1448. Notre alinéa, parlant du *dommage* arrivé aux marchandises, paraît supposer une avarie matérielle et ne pas comprendre les *avaries-frais* qui pourraient être mises à la charge de celles-ci, ni la contribution qu'elles pourraient devoir pour avaries communes; et comme il ne faut pas étendre une

(1) Béd., n. 1988.

(2) Alger, 29 nov. 1867, S. 68. 2. 230. Al. n. 2363. — Mais on ne pourrait pas alléguer l'absence de vérification, si celle-ci a été possible : Al. *ibid. Contrà* : Rouen, 30 janv. 1843, D. P. 43. 2. 74. Béd., n. 1990.

(3) V. Bordeaux, 29 août 1854, D. P. 55. 2. 92.

(4) Req. 20 mars 1860, D. P. 60. 1. 273. — Béd., n. 1991. Al. n. 2364.

(5) Rej. 19 mars 1878, D. P. 78. 1. 193.

(6) Aix, 21 août 1845, D. P. 46. 2. 165. Trib. comm. Bordeaux, 12 fév. 1862, *J. Nantes*, 62. 2. 137. — Béd., n. 2016. Al. n. 2362.

(7) Req. 20 nov. 1871, D. P. 72. 1. 79. — Béd., n. 2023.

(8) Al. n. 2365.

(9) Cass. 13 avril 1870, D. P. 70. 1. 389. Comp. Bordeaux, 17 févr. 1876, D. P. 78. 1. 193. — Boulay-Paty, t. IV, p. 608. Sibille, n. 118. Béd., n. 1998. Al. n. 2368.

(10) Req. 15 juill. 1872, D. P. 73. 1. 150. — Béd., n. 1996.

(11) Cass. 10 fév. 1840, S. 40. 1. 264. — Béd., n. 1998, 2015. Al. n. 2368.

Source BIU Cujas

disposition aussi exceptionnelle, comme d'ailleurs son motif ne s'applique plus ici, nous ne l'appliquerons pas à ce cas (1).

C'est une question de savoir s'il s'applique aux avaries communes ayant porté matériellement sur les marchandises. La raison principale de douter, c'est que le livre de bord et le consulat du capitaine doivent contenir la constatation de la décision prise et de la réalisation du sacrifice. Nous admettrons volontiers que cette constatation, si elle est faite comme elle doit l'être, dispensera le destinataire de protester (2); mais nous ne poserons pas en principe qu'il en est dispensé par cela seul qu'il s'agit d'une avarie commune, et qu'elle a dû être constatée par le capitaine; il sera donc prudent pour lui de protester, pour se mettre en garde contre une omission possible du capitaine (3).

Il est certain que l'art. 435 est inapplicable au cas de simple retard (4).

1449. 2° *Les actions contre l'affréteur pour avaries, si le capitaine a livré les marchandises et reçu son fret sans protester dans les vingt-quatre heures.* — C'est la réciproque du cas précédent. — Cette solution est fondée sur ce que le destinataire qui reçoit ses marchandises et paie son fret doit croire que tout est fini, qu'il ne sera plus recherché à raison du voyage; car il ne peut pas deviner si sa chose a causé des avaries. Il faut donc qu'on le prévienne immédiatement. — La protestation pour cela sera faite par tous les moyens, comme dans le cas précédent.

Les avaries dont il est question ici sont les avaries communes auxquelles la marchandise doit contribuer, les frais faits pour elles, et les avaries particulières qu'elle peut avoir causées, soit au navire, soit aux autres marchandises chargées. Nous pensons que l'article comprend même ce dernier cas, quoiqu'il suppose le chargeur en rapport seulement avec le capitaine et non avec les autres chargeurs : en effet, il faut considérer le capitaine comme mandataire de ceux-ci pour la conservation de leurs droits, et responsable envers eux s'il laissait perdre leur recours faute de protestation.

1450. 3° *Toutes actions en indemnité pour dommages causés par l'abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir, s'il n'a point fait de réclamation dans les vingt-quatre heures.* — Le motif de cette disposition est analogue aux précédents : les causes de l'abordage sont souvent très obscures; il importe que la réclamation fixe immédiatement les faits allégués par le capitaine, et qu'il ne puisse pas prendre le temps de calculer et de combiner sa déclaration pour tirer parti des circonstances, ni de mettre sur le compte de l'abordage des avaries causées après coup par fortune de mer ou par un autre abordage (5).

Le texte de l'art. 435, 3°, conforme en cela au texte de l'ordonnance, qui

(1) Trib. comm. Marseille, 11 janv. 1846, Lehir., 48. 2. 23. Al. n. 2267. Laurin, t. IV, p. 209. — *Contrà* : Béd., n. 2010.

(2) Poitiers, 24 juin 1831, D. P. 31. 2. 244, etc. — Valin, *Ord.*, l. 1, tit. 12, art. 6. Al. n. 2367.

(3) Béd., n. 2010.

(4) Trib. comm. Lyon, 3 août 1865, et Cour de Lyon, D. P. 68. 1. 68.

(5) Valin, *Ord.*, liv. 1, tit. 12, art. 8. Emérigon, *Assur.*, ch. 9, sect. 16, § 2. Locré, t. 4, p. 450. Pard., n. 654. Delvincourt, t. 2, p. 274. Boulay-Patty, . 4, p. 690. Dall., n. 2293. Béd., n. 2018.

Source BIU Cujas

était encore plus explicite, n'établit cette fin de non-recevoir que pour le cas où l'abordage *s'est produit dans un lieu où le capitaine a pu agir immédiatement*, p. ex. dans un port ou dans une rade d'où il pouvait se rendre à terre. — Il laisse donc complètement en dehors le cas où l'abordage s'est produit en mer. Néanmoins tous les auteurs anciens et modernes (1), et la jurisprudence à peu près unanime (2), appliquent la même règle à l'abordage en pleine mer, en argumentant par analogie de l'art. 435, et en le lisant comme si les mots « dans le lieu où le capitaine a pu agir » se trouvaient à la fin de l'alinéa; en conséquence, ils décident que la déchéance est encourue si le capitaine n'a pas réclamé dans les vingt-quatre heures après le moment où, entré dans un port, il a pu agir. On allègue dans ce sens que les motifs unanimement acceptés de la règle se rencontrent aussi pour l'abordage en mer; et que, faute d'appliquer l'art. 435, on serait obligé de permettre d'agir pendant trente ans, ce qui serait exorbitant. Malgré la valeur de ces raisons, cette doctrine nous paraît en contradiction avec les règles les plus usuelles de l'interprétation : — dans une matière exceptionnelle comme la prescription, on ne peut raisonner par analogie, à bien plus forte raison quand il s'agit d'une prescription presque instantanée, d'une déchéance très rigoureuse; — d'ailleurs, s'il y a analogie de motifs, il n'y a pas analogie de situation; le législateur demande au capitaine abordé, non pas une protestation, mais une *réclamation*, qui ne peut être adressée qu'au capitaine abordeur; or cette réclamation sera possible si l'accident arrive dans un port ou dans une rade, parce que l'autre capitaine s'y trouvera sans doute aussi; mais elle n'est pas possible au premier port où le capitaine abordera, car il n'y trouvera certainement pas son adversaire; les auteurs et la jurisprudence sont donc obligés de substituer une protestation à une réclamation, ce qui est tout à fait divinatoire (3); — la seule raison qui nous ferait hésiter serait l'ancienneté de cette doctrine, permettant d'argumenter en sa faveur de l'autorité interprétative d'un usage constant; mais il nous semble que l'on ne rencontre pas là les caractères d'un usage suffisamment établi; Valin et Emérigon donnent cette solution sans dire qu'elle fût de leur temps consacrée par l'usage; depuis le code, l'opinion des auteurs et les décisions des arrêts, qui d'ailleurs ne sont pas absolument unanimes, et qui souvent ne paraissent pas s'apercevoir de l'extension donnée au texte de la loi, ne suffisent pas pour établir l'uniformité de l'usage. — Nous déciderions donc que l'abordage en mer ne tombe pas sous le coup de l'art. 435, 3°; que le capitaine a trente ans pour agir; et si l'on se récrie sur les inconvénients de ce long délai, nous ferons remarquer que c'est le système admis constamment par la pratique anglaise, qui ne paraît pas s'en mal trouver (4). — Le projet de réforme de 1865 résolvait cette question, en accordant un délai plus long que celui de l'art. 435.

Du reste, d'après le système généralement admis, la réclamation n'est

(1) V. les auteurs cités à la note 5 de la page précédente.

(2) V. après beaucoup d'autres, Cass. 21 avril 1874, D. P. 75. 1. 167. Aix, 9 juill. 1874, D. P. 76. 5. 2.

(3) De Courcy, *Quest. de dr. marit.*, t. I, p. 204 et suiv.

(4) V. De Courcy, *ibid.*

Source BIU Cujas

imposée au capitaine que dans le lieu où il aura pu agir (1); il n'est donc pas obligé de relâcher pour cela, si l'avarie causée par l'abordage ne l'y force pas (2); mais, dès qu'il relâche quelque part, il doit faire sa protestation (3). — Il faut qu'il ait *pu agir* : si donc les soins à donner à son bâtiment avaient absorbé complètement tout le premier jour, il ne serait pas forclos ; mais cette impossibilité ne sera pas admise facilement (4).

Sa réclamation n'est soumise à aucune forme; nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit pour les cas précédents. Il faut seulement observer qu'elle doit contenir tout ce qui peut servir à préciser les causes du sinistre, et l'indication aussi exacte que possible des avaries causées et du navire abordeur (5). — La signification doit être adressée au capitaine abordeur, ou à son armateur, s'ils sont dans le port où est entré le capitaine abordé; ou bien à leur domicile en tenant compte des délais de distance (C. pr. civ., art. 68 et 1033) (6); ou bien par les moyens indiqués à l'art. 69, C. pr. civ., si le domicile est à l'étranger ou inconnu (7).

❑ *L'art* 435 3e *al., s'applique-t-il à l'abordage qui a causé la perte totale du navire?* La question a surtout de l'intérêt dans le système qui applique l'art. 435 à l'abordage en pleine mer. Nous nous plaçons pour la discuter à ce point de vue très généralement adopté. 1er S. *Non* : — les commentateurs de l'Ordonnance ne l'admettaient pas, et le Code n'a pas pu vouloir changer de solution, puisqu'il ne s'est pas expliqué formellement; — il peut se faire qu'un officier du bord, seul sauvé, néglige de faire la protestation parce qu'il compte sur ses chefs, tandis que ceux-ci ont péri à son insu; il serait alors bien dur de faire perdre tout droit à l'armateur (8). — 2e S. *Oui* (!) : — le texte parlant des *dommages causés par l'abordage* est tout à fait général; il comprend aussi bien le dommage total que le dommage partiel; et le législateur a pu le considérer comme suffisamment explicite dans ce sens; — il n'y a pas de motif rationnel de faire une différence; car la forclusion n'a lieu que faute de protestation dans un lieu *où le capitaine a pu agir* ; or, s'il est jeté sur un rivage désert ou recueilli par un autre bâtiment, il n'aura pu agir que quand il aura atteint un port ou une ville et pourvu à ses premières nécessités ; de même un officier subalterne, seul sauvé, sera considéré comme n'ayant pas pu agir, tant qu'il n'aura pas eu des raisons sérieuses de découvrir qu'il s'est trouvé succéder aux obligations du capitaine (9).

(1) Valin et Emérigon, *ll. citt.* Béd., n. 2019. Al. n. 378.

(2) Valin et Al., *ibid.* — Béd., n. 2020. Sibille, n. 180.

(3) Poitiers, 14 janv. 1863, D. P. 63. 2. 65. Al. *ibid.* — Même en pays étranger : Req. 26 juin 1882, D. P. 83. 1. 33, etc.

(4) Al. *ibid.* V. Rouen, 27 avril 1871, D. P. 72. 2. 113. — Il faut un obstacle de force majeure : Rej. 29 mars 1882, D. P. 82. 1. 403.

(5) Sibille, n. 129. Al. n. 2374.

(6) Poitiers, 14 janv. 1863, D. P. 63. 2. 65. — *Contrà* : Rouen, 27 nov. 1876, D. P. 78. 1. 454.

(7) Rouen, 27 avril 1871, D. P. 72. 2. 113. — Al. n. 2376.

(8) Bordeaux, 19 août 1872, D. P. 73. 2. 211, et spécialement pour le dernier argument, Req. 29 déc. 1857, D. P. 58. 1. 105. — Emérig., *Assur.*, ch. 19, sect. 16, § 2. n. 2. Valin, *Ord.*, liv. 1, tit. 12, art. 8. Dall., n. 2294. Béd., n. 2027. Al. n. 2273.

(9) Req. 26 juin 1882, D. P. 83. 1. 33., etc. Spécialement sur la dernière solution, Aix, 12 mai 1857, D. P. 58. 2. 13. — Boulay-Paty, t. IV, p. 609. Vincens, t. III, p. 197. Sibille, n. 108. Caumont, v° *Abordage*, n. 26.

Source BIU Cujas

Le déchéance de l'a. 435, 3e al., atteint les réclamations des chargeurs, aussi bien que celles du capitaine et de l'armateur (1).

1451. Les fins de non-recevoir que nous venons d'étudier peuvent se couvrir par la renonciation des parties après qu'elles ont été encourues; cela résulterait notamment de pourparlers engagés après les délais avec les propriétaires ou le capitaine du navire abordeur (2).

Dans les trois cas, la signification doit, dans le mois, être suivie d'une demande en justice. Ceci ne peut évidemment s'entendre que d'une demande tendant à une condamnation, quoique l'on puisse laisser dans le vague le montant et même la nature (règlement d'avaries ou délaissement) de la condamnation demandée. Mais une simple demande tendant à la nomination d'experts ne serait pas suffisante (3). — Le délai d'un mois doit être allongé à raison des distances (art. 73 et 1033, C. pr. civ.), toutes les fois que la poursuite doit avoir lieu dans un endroit éloigné du lieu où la protestation a dû être faite (4).

(1) Req. 19 août 1878, D. P. 78. 1. 454.

(2) Rouen, 27 avril 1871, D. P. 72. 2. 113. — *Contrà* : Al. n. 2382.

(3) Douai, 7 fév. 1873, D. P. 74. 5. 42. — Al. n. 2370, 2371. Dagev., t. IV, p. 227 et suiv. Béd., n. 2002 et suiv.

(4) Bordeaux, 17 févr. 1876, D. P. 78. 1. 193. Béd., n. 2024. Al. n. 2372.

Source BIU Cujas

LIVRE IV.

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

1452. Depuis longtemps nos lois ont institué une juridiction spéciale pour juger les affaires de commerce; et cela par trois motifs principaux : — 1° la lenteur et la complication des formes de la procédure civile, jugées nécessaires pour protéger les intérêts des plaideurs, ne peuvent convenir aux affaires commerciales, qui demandent avant tout la rapidité, comme nous l'avons montré (n. 5); — 2° les frais de ces formalités seraient trop onéreux dans un ordre d'affaires où les transactions sont très nombreuses et doivent donner lieu à des procès bien plus fréquents que dans les matières civiles; — 3° la simplicité des formes ne pouvait être obtenue qu'en ayant recours, pour juger, à des hommes pratiques, habitués aux affaires et pouvant les comprendre et les juger rapidement, en déjouant les subtilités de la chicane et en conciliant les parties, si cela est possible, plutôt que de les juger. C'est pour cela que la juridiction commerciale est confiée à des commerçants choisis par leurs justiciables commerçants (1).

Les premières traces précises d'une juridiction spéciale aux commerçants se rencontrent dans celle des *gardes de la foire* aux célèbres foires de Champagne et de Brie (édit du 6 août 1349); puis dans celle des *gardes conservateurs* aux foires de Lyon (1419, 1443, 1464). Il paraît aussi qu'il y a eu à Marseille très anciennement des *juges des marchands*; il en fut établi à Toulouse en 1549; à Rouen, en 1556. — **L'édit de 1563** de l'Hôpital, sous Charles IX, institua la juridiction commerciale à Paris et la confia à un *juge des marchands* avec quatre *consuls*. Il fut rapidement étendu aux principales villes commerçantes; et l'ordonnance de 1673 consacra cette juridiction (Tit. XII, art. 1) (2). — Elle fut aussi maintenue par la L. 16-24 août 1790, sur l'*organisation judiciaire*, et de là passa dans le code de procédure et dans le code de commerce.

(1) Brav., t. VI, p. 220-222.
(2) Al. n. 2898. Demang., t. VI, p. 241-242.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

TITRE PREMIER.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

Nous étudierons : — 1° l'établissement des tribunaux de commerce; — 2° la nomination des juges; — 3° les officiers auxiliaires de la juridiction commerciale; — 4° comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce.

CHAPITRE PREMIER.

ÉTABLISSEMENT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1453. La juridiction des tribunaux de commerce est exceptionnelle d'abord en ce sens qu'ils ne connaissent que des affaires qui leur sont expressément attribuées par la loi. Elle est aussi exceptionnelle en ce sens qu'elle n'existe pas sur tout le territoire de la France; elle n'existe que dans les arrondissements où un tribunal a été institué par le gouvernement :

Art. 615. Un règlement d'administration publique déterminera le nombre des tribunaux de commerce, et les villes qui seront susceptibles d'en recevoir par l'étendue de leur commerce et de leur industrie.

On sait qu'un règlement d'administration publique est un décret du chef du gouvernement rendu en Conseil d'Etat.

Art. 616. L'arrondissement de chaque tribunal de commerce sera le même que celui du tribunal civil dans le ressort duquel il sera placé; et s'il se trouve plusieurs tribunaux de commerce dans le ressort d'un seul tribunal civil, il leur sera assigné des arrondissements particuliers.

Art. 617. Chaque tribunal de commerce sera composé d'un président, de juges et de suppléants. Le nombre des juges ne pourra pas être au-dessous de deux, ni au-dessus de quatorze, non compris le président. Le nombre des suppléants sera proportionné aux besoins du service. Un règlement d'administration publique fixera, pour chaque tribunal, le nombre des juges et celui des suppléants.

Art. 628. Les fonctions des juges de commerce sont seulement honorifiques.

Art. 630. Les tribunaux de commerce sont dans les attributions et sous la surveillance du ministère de la justice.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

NOMINATION DES JUGES DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1454. Tout tribunal de commerce se compose de deux classes de magistrats : les *juges* et les *suppléants*. Il n'y a pas de ministère public établi auprès des tribunaux de commerce.

Les membres des tribunaux de commerce, qu'on nomme souvent *juges consuls*, ont été, on peut le dire, de tout temps électifs (1). C'était le système de l'Edit de 1563, maintenu par l'ordonnance de 1673. La L. 16-24 août 1790, qui rendit élective la magistrature ordinaire elle-même, n'eut garde d'abandonner ce système pour la magistrature consulaire; et celle-ci avait conservé ce caractère jusqu'à la rédaction du code de commerce. — Les art. 618 et 619 de ce Code maintinrent ces traditions, et confièrent l'élection des juges consulaires à une assemblée de *notables commerçants*, désignés par le *préfet*. Cette ingérence du pouvoir administratif dans ces élections par ce choix, un peu arbitraire, laissé au préfet, avait plusieurs fois soulevé des critiques assez vives. Un décret du 28 août 1848, faisant droit à ces critiques, avait appliqué en notre matière le suffrage universel qui venait d'être inauguré en matière politique; mais le décret du 2 mars 1852 revint au régime du Code de commerce. — Après un décret de la délégation de Tours, rétablissant à peu près le système de 1848, mais bientôt abrogé par la L. 4 avril 1871, la **Loi du 21 décembre 1871** *sur l'élection des juges des tribunaux de commerce*, actuellement en vigueur (2), a adopté un système mixte. Nous allons donner le texte de cette loi, qui substitue une nouvelle rédaction au texte des articles 618, 619, 620, 621, C. comm. Mais le nouvel article 620, et l'art. 626 ont été encore modifiés par une L. 5-6 déc. 1876; nous les donnerons avec leur nouvelle rédaction.

Art. 1er. Le décret du 2 mars est abrogé.

2. Les articles 618, 619, 620 et 621 du code de commerce seront remplacés par les articles suivants :

Art. 618. Les membres des tribunaux de commerce seront nommés dans une assemblée d'électeurs pris parmi les commerçants recommandables par leur probité, esprit d'ordre et d'économie. — Pourront aussi être appelés à cette réunion les directeurs des compagnies anonymes de commerce, de finance et d'industrie, les agents de change, les capitaines au long cours et les maîtres au cabotage ayant commandé des bâtiments pendant cinq ans et domiciliés depuis deux ans dans le ressort du tribunal. Le nombre des électeurs sera égal au dixième des commerçants inscrits à la patente : il ne pourra dépasser mille, ni être inférieur à cinquante; dans le département de la Seine, il sera de trois mille.

(1) Ils l'ont été dans les foires de Champagne, et à la conservation du commerce de Lyon, avec une seule interruption de 1462 à 1464 (Demang., t. VI, p. 252).

(2) Une loi rétablissant le suffrage universel pour ces élections a été votée par le sénat, mais elle n'a pu être examinée par la chambre des députés avant la fin de la session ordinaire de 1883.

Source BIU Cujas

Art. 619. La liste des électeurs sera dressée par une commisssion composée — 1° Du président du tribunal de commerce, qui présidera, et d'un juge au tribunal de commerce. Pour la première élection qui suivra la création d'un tribunal, on appellera dans la commission le président du tribunal civil et un juge au même tribunal; — 2° Du président et d'un membre de la chambre de commerce; si le président de la chambre de commerce est en même temps président du tribunal, on appellera un autre membre de la chambre; dans les villes où il n'existe pas de chambre de commerce, on appellera le président et un membre de la chambre consultative des arts et métiers; à défaut, on appellera un conseiller municipal;— 3° De trois conseillers généraux choisis, autant que possible, parmi les membres élus dans les cantons du ressort du tribunal; — 4° Du président du conseil des prud'hommes, et s'il y en a plusieurs, du plus âgé des présidents; à défaut du conseil des prud'hommes, on appellera dans lacommission le juge de paix ou le plus âgé des juges de paix de la ville où siége le tribunal; — 5° Du maire de la ville où siége le tribunal de commerce, et, à Paris, du président du conseil municipal. — Les juges au tribunal de commerce, les membres de la chambre de commerce, les juges du tribunal civil, les conseillers généraux et les conseillers municipaux, dans les cas prévus aux paragraphes précédents, seront élus par les corps auxquels ils appartiennent. — Chaque année, la commission remplira les vacances provenant de décès ou d'incapacités légales survenues depuis la dernière révision. — Elle ajoutera à la liste, en sus du nombre d'électeurs fixé par l'article 618, les anciens membres de la chambre et du tribunal de commerce, et les anciens présidents des conseils des prud'hommes. Ne pourront être portés sur la liste, ni participer à l'élection, s'ils y avaient été portés : 1° les individus condamnés soit à des peines afflictives ou infamantes, soit à des peines correctionnelles pour des faits qualifiés crimes par la loi, ou pour délit de vol, escroquerie, abus de confiance, usure, attentat aux mœurs, soit pour contrebande quand la condamnation pour ce dernier délit aura été d'un mois au moins d'emprisonnement ; 2° les individus condamnés pour contravention aux lois sur les maisons de jeu, les loteries et les maisons de prêt sur gages; 3° les individus condamnés pour les délits prévus aux articles 413, 414, 419, 420, 421, 423, 430, § 2, du Code pénal, et aux articles 596 et 597 du Code de commerce; 4° les officiers ministériels destitués; 5° les faillis non réhabilités, et généralement tous ceux que la loi électorale prive du droit de voter aux élections législatives.

La liste sera envoyée au préfet, qui la fera publier et afficher. Un exemplaire signé par le président du tribunal de commerce sera déposé au greffe du tribunal de commerce. Tout patenté du ressort aura le droit d'en prendre connaissance et, à toute époque, de demander la radiation des électeurs qui se trouveraient dans un des cas d'incapacité ci-dessus. L'action sera portée sans frais devant le tribunal civil, qui prononcera en la chambre du conseil. En appel, la Cour statuera dans la même forme.

Art. 620. (Ainsi remplacé par la loi 5-6 déc. 1876, art. 1.) Tout commerçant et agent de change âgé de 30 ans, inscrit à la patente depuis cinq ans et domicilié, au moment de l'élection, dans le ressort du tribunal; toute personne ayant rempli pendant cinq ans les fonctions de directeur de société anonyme, tout capitaine au long cours, et maître au cabotage ayant commandé pen-

Source BIU Cujas

dant cinq ans, justifiant des mêmes conditions d'âge et de domicile, porté sur la liste des électeurs ou étant dans les conditions voulues pour y être inscrit, pourra être nommé juge ou suppléant. — Les anciens commerçants et agents de change seront éligibles s'ils ont exercé leur commerce pendant le même temps. — Nul ne pourra être nommé juge, s'il n'a été suppléant. — Le président ne pourra être choisi que parmi les anciens juges.

Art. 621. L'élection sera faite au scrutin de liste pour les juges et les suppléants, et au scrutin individuel pour le président. Lorsqu'il s'agira d'élire le président, l'objet spécial de cette élection sera annoncé avant d'aller au scrutin. — Les élections se feront dans le local du tribunal de commerce, sous la présidence du maire du chef-lieu où siège le tribunal, assisté de quatre assesseurs qui seront les deux plus jeunes et les deux plus âgés des électeurs présents. — La convocation des électeurs sera faite, dans la première quinzaine de décembre, par le préfet du département. — Au premier tour de scrutin, nul ne sera élu s'il n'a réuni la moitié plus un des suffrages exprimés et un nombre égal au quart du nombre des électeurs inscrits. Au deuxième tour, qui aura lieu huit jours après, la majorité relative sera suffisante. La durée de chaque scrutin sera de deux heures au moins. — Le procès-verbal sera dressé en triple original, et le président en transmettra un exemplaire au préfet et un autre au procureur général; le troisième sera déposé au greffe du tribunal. Tout électeur pourra, dans les cinq jours après l'élection, attaquer les opérations devant la cour d'appel, qui statuera sommairement et sans frais. Le procureur général aura un délai de dix jours pour demander la nullité.

3. Pour les premières élections, auxquelles il sera procédé immédiatement après la promulgation de la présente loi, les juges et juges suppléants en exercice seront éligibles. — Pour la première élection, la désignation des conseillers généraux dont il est parlé au 3° de l'article 619 ci-dessus sera faite par la commission départementale.

1455. L'esprit général de cette loi est de limiter le nombre des **électeurs**. Car on avait éprouvé, en 1848, que le suffrage universel avait eu pour unique résultat de faire déserter les scrutins, par cela seul que le droit d'y prendre part était ouvert à tout le monde. On fait dresser la liste, non plus par l'autorité administrative, mais par une commission qui doit être prise dans divers corps électifs et dont les membres sont élus eux-mêmes par les corps qu'ils représentent.

L'art. 618 (nouveau), 1er al., reproduit à peu près l'ancien art. 618, seulement on a supprimé la qualification de *notables* commerçants, pour ne pas écarter du corps électoral de petits commerçants qui ne sont pas arrivés à la fortune, mais qui sont parfaitement honorables et parfaitement capables de faire un bon choix. C'est dans la même pensée qu'on a supprimé la condition d'être *chef des maisons les plus anciennes*.

Le deuxième alinéa ajoute aux électeurs commerciaux plusieurs catégories de personnes qui, tout en faisant le commerce, souvent sur une très grande échelle, ne peuvent être considérées comme commerçantes parce qu'elles ne le font pas en leur nom et pour leur propre compte; tels sont les *directeurs des sociétés anonymes* (1) et les *capitaines de navire*, ceux-ci avec certaines con-

(1) Il a été jugé que ces termes ne comprennent pas les directeurs de compagnies d'assurances mutuelles, qui ne sont pas des sociétés anonymes, pas même des sociétés proprement dites : Req. 17 juin 1879, D. P. 79. 1. 343.

Source BIU Cujas

ditions d'exercice de la profession et de domicile. La loi mentionne spécialement les *agents de change*, auxquels on avait contesté la qualité de commerçants (v. n° 661). — L'art. 618 (L. 1871) exigeait pour ces personnes un domicile de deux ans dans le ressort du tribunal. Cette condition doit être considérée comme supprimée par la L. 5-6 déc. 1876, qui ne l'exige plus pour l'éligibilité de ces mêmes personnes (art. 620 nouveau) (1).

Enfin le 3e al. fixe le nombre des électeurs, en le proportionnant, non pas, comme l'ancien art. 619, au nombre des habitants de la ville où réside le tribunal, mais au nombre des commerçants patentés du ressort de ce tribunal (2); et en indiquant un maximum de 1000 électeurs et un minimum de 50. Enfin il fixe ce nombre à 3000 pour le département de la Seine.

Il faut rapprocher immédiatement de ces dispositions l'art. 619 (nouveau), 4e al., qui indique certaines catégories d'*électeurs de droit*, devant s'ajouter au nombre d'électeurs fixé par l'art. 618; ce sont tous *les anciens membres de la chambre et du tribunal de commerce, et les anciens présidents des conseils des prud'hommes*. Il a été jugé à bon droit que ces personnes ne doivent pas nécessairement être encore commerçantes pour pouvoir être portées sur la liste; car l'art. 619 est général et paraît bien n'exiger pour elles aucune des conditions de l'art. 618, pas plus la qualité actuelle de commerçant, que l'appréciation favorable et le choix de la commission, ou la limitation de nombre. On a considéré que la confiance qui leur a déjà été témoignée antérieurement par les électeurs appelle d'une manière définitive celle du législateur (3).

Le 5e al. de l'art. 619 signale une série d'incapacités qui se comprennent facilement à la lecture. — Le 6e al. organise la publicité de la liste électorale, et réglemente les actions auxquelles donneront lieu les réclamations qu'elle pourra soulever.

1456. Revenons maintenant à l'art. 619, 1er et 2e al., qui règle la composition de la **commission** chargée de dresser la liste des électeurs commerçants. Elle comprend en principe cinq catégories de personnes : — 1° le président et un juge au tribunal de commerce; — 2° le président et un membre de la chambre de commerce; — 3° trois conseillers généraux; — 4° le président du conseil des prud'hommes ou le plus ancien des présidents, s'il y en a plusieurs; — 5° le maire (à Paris le président du conseil municipal). En tout neuf membres. On peut voir, dans l'article, diverses règles de détail, et la substitution de certains fonctionnaires à ceux que nous venons d'indiquer, lorsque ceux-ci font défaut. — Quatre des membres sont nommément désignés par la loi, à raison de leurs fonctions, et ces fonctions sont électives, sauf dans certaines villes celle de maire; les cinq autres sont choisis dans certains corps : le choix a lieu alors par l'élection de leurs collègues (2e al.) (4).

(1) Rapp. de M. Bertauld à la Chambre des députés. V. D. P. 77. 4. 13-14.

(2) Jugé que ce nombre doit comprendre même les commerçants étrangers, quoique ceux-ci ne puissent pas être électeurs (Req. 11 mai 1874, D. P. 74. 1. 392); car ce rôle est purement passif. Il faut comprendre aussi dans le nombre les femmes et les indigènes énumérés par l'art. 619; en effet, il s'agit uniquement de mesurer l'importance commerciale de la localité (Alger, 5 mars 1873, D. P. 74. 2. 25).

(3) Rouen, 13 janv. 1873, D. P. 74. 2. 40.

(4) S'ils n'avaient pas été désignés par élection, les opérations de la commission seraient nulles. Toulouse, 1er mars 1880, D. P. 82. 2. 207.

Source BIU Cujas

1457. L'art. 620 (nouveau) énumère les conditions d'**éligibilité**. Il résulte de son texte que trois conditions générales sont exigées : — 1° l'âge de trente ans; — 2° l'inscription à la patente depuis cinq années (cf. ancien art. 620), et l'on a jugé qu'il faut cinq années complètes d'inscription (1); mais il n'est pas nécessaire qu'elles soient consécutives (2); la nouvelle rédaction de l'art. 620 (L. 5-6 déc. 1876) supprime cette condition pour les directeurs de sociétés anonymes, capitaines au long cours et maîtres au cabotage, car ils ne sont pas en général patentés; on se contente de l'exercice de leur fonction pendant le même délai de cinq ans; — 3° le domicile actuel dans l'arrondissement. — Ces conditions étant posées, les éligibles se composent d'abord de tous les électeurs qui les remplissent (car on peut être électeur commercial dès qu'on est commerçant, sans condition spéciale d'âge ou de durée); mais il faut ajouter de plus : — 1° ceux qui sont *dans les conditions voulues* pour être électeurs, quoiqu'ils ne soient pas sur la liste; — 2° les anciens commerçants et agents de change, lors même qu'ils n'auraient pas été membres de la chambre ou du tribunal du commerce, ni présidents du conseil de prud'hommes (art. 620, 2e al.; cf. art. 619, 4e al.).

Ces conditions sont exigées pour être membre d'un tribunal de commerce, soit comme juge, soit comme suppléant. — Pour être juge, il faut, de plus, avoir été suppléant, ce que n'exigeait pas le Code (3). Pour être président, il faut avoir été juge (4) et être âgé de quarante ans.

1458. Quittant pour un moment la loi de 1871, il faut nous reporter à l'art. 623 du Code, qui complète les conditions de l'élection des juges et suppléants :

Art. 623. Le président et les juges, sortant d'exercice après deux années, pourront être réélus immédiatement pour deux autres années. Cette nouvelle période expirée, ils ne seront éligibles qu'après un an d'intervalle. — Tout membre élu en remplacement d'un autre, par suite de décès ou de toute autre cause, ne demeurera en exercice que pendant la durée du mandat confié à son prédécesseur.

Le premier alinéa (modifié par la L. 3 mars 1840) a pour but d'empêcher que les juges ne s'éternisent sur les sièges, par l'hésitation que l'on éprouverait toujours à déposséder un magistrat qui n'aurait pas démérité, quand même il ne serait pas tout à fait à la hauteur de sa tâche (5). Le Code ne

(1) Rej. 6 août 1877, D. P. 77. 1. 446. — L'année courante ne peut pas être comptée tout entière avant d'être terminée, quoique la patente soit payée d'avance pour toute l'année : même arrêt.

(2) Aix, 12 fév. 1874, D. P. 74. 2. 171.

(3) Cette condition est à peu près impossible à remplir dans un tribunal de nouvelle création ; on admet généralement qu'elle ne doit pas être exigée dans ce cas. Demang., t. VI, p. 263. Al. n. 2928.

(4) Même observation qu'à la note précédente. V., dans le sens de cette solution, l'avis du Cons. d'Et. 21 déc. 1810; mêmes auteurs. — Un juge en exercice n'est pas un ancien juge, à moins qu'il n'ait été réélu après une première période d'exercice (v. *infrà*, a. 623) : Cass. 8 mars 1881; Dijon, 20 mai 1881, D. P. 81. 1. 183.

(5) *Trav. prép. de* 1840, Demang., t. VI, p. 265 et suiv. — Il s'ensuit qu'un juge après trois ans d'exercice ne peut être nommé président, car il ne peut plus siéger deux ans, ainsi que le comportent ses nouvelles fonctions : Rej. 9 mai 1877, D. P. 77. 1. 446.

Source BIU Cujas

permettait aucune réélection au bout de deux ans de charge; l'article modifié en permet une première pour deux ans, mais non pas une seconde, sinon après un an d'intervalle (1). Ces règles ne s'appliquent qu'au président (2) et aux juges; il en résulte *à contrario* que les suppléants peuvent être réélus immédiatement comme suppléants; car il n'existe aucune interdiction à leur égard. Ils peuvent aussi être nommés juges sans intervalle (3).

Le second alinéa a été ajouté en 1840 pour trancher une question controversée, car on pouvait soutenir que le nouveau magistrat, élu en remplacement d'un autre, était nommé pour deux ans, et, faute de texte, il nous semble qu'on devait l'admettre. Mais la loi a voulu ramener toujours les périodes établies pour la réélection à un certain nombre de sièges (v. art. 622, *infrà*).

1459. L'art. 621 (refondu en 1871) développe les conditions dans lesquelles doivent avoir lieu **les élections**, et que l'ancien art. 621 n'indiquait pas d'une manière aussi complète. Nous renvoyons à l'article pour tous ces détails. — Nous voulons noter seulement que la demande en nullité des élections est portée devant la Cour d'appel, parce que les juges du tribunal en exercice peuvent avoir directement ou indirectement des intérêts dans la validité ou la nullité (4). Notons aussi que le droit d'agir en nullité appartient à tout électeur (5) pendant cinq jours, et au procureur général pendant dix jours (6). Il est à remarquer que la loi ne donne au procureur général que le droit d'agir en nullité; elle ne lui donne pas le droit, accordé à tous les patentés du ressort, de demander des radiations sur la liste électorale; et cette différence de rédaction existait déjà dans les décrets de 1848 et de 1870, ce qui paraît bien lui donner un caractère intentionnel de la part du législateur; d'où il suit que, si le procureur général a à critiquer la composition de la liste électorale, il ne peut procéder qu'après l'élection et en arguant celle-ci de nullité (7). Ce droit est d'ordre public; il ne peut y renoncer par aucun acquiescement (8).

Art. 622. A la première élection, le président et la moitié des juges et des suppléants dont le tribunal sera composé, seront nommés pour deux ans : la seconde moitié des juges et des suppléants sera nommée pour un an : aux élections postérieures, toutes les nominations seront faites pour deux ans. — Tous les membres compris dans une même élection seront soumis simultanément au renouvellement périodique, encore bien que l'institution de l'un ou de plusieurs d'entre eux ait été différée.

(1) Il suffit qu'une année soit écoulée depuis l'expiration de son mandat régulier, lors même qu'il aurait depuis continué à siéger, par suite d'invalidation de son successeur : Rej. 20 nov. 1882, 2 mai 1883, D. P. 83. 1. 193.

(2) V. Aix, 22 janv. 1880, D. P. 80. 2. 216.

(3) Rej. 8 mai 1877, 4 arrêts, D. P. 77. 1. 448. — Mais un juge ne pourrait pas être renommé suppléant sans intervalle : Cass. 27 mai 1879, D. P. 79. 1. 431.

(4) V. Req. 25 juin 1873, D. P. 74. 1. 251.

(5) Tant qu'il n'est pas rayé judiciairement : Poitiers, 27 janv. 1880, D. P. 80. 2. 59.

(6) A partir de la date du procès-verbal de l'élection, quand même cette date serait arguée de faux : Rej. 21 déc. 1881, D. P. 82. 1. 232.

(7) Alger, 5 mars 1873, D. P. 74. 2. 25 et la note; v., en sens contraire, une circulaire de M. Dufaure, garde des sceaux, du 5 janv. 1872, D. P. 72. 4. 4.

(8) Cass. 8 mars 1881, D. P. 81. 1. 105.

Source BIU Cujas

Cet article a pour but d'établir le renouvellement des tribunaux de commerce par moitié tous les ans, afin de ne pas rompre brusquement les traditions. C'est pour cela qu'au début une moitié des magistrats n'est nommée que pour un an. Cet article s'appliquera encore toutes les fois que l'on créera un nouveau tribunal de commerce.

Art. 629. Ils prêtent serment avant d'entrer en fonctions, à l'audience de la cour royale, lorsqu'elle siège dans l'arrondissement communal où le tribunal de commerce est établi ; dans le cas contraire, la cour royale commet, si les juges de commerce le demandent, le tribunal civil de l'arrondissement pour recevoir leur serment , et, dans ce cas, le tribunal en dresse procès-verbal, et l'envoie à la cour royale, qui en ordonne l'insertion dans ses registres. Ces formalités sont remplies sur les conclusions du ministère public, et sans frais.

1460. **Art. 626. Les jugements dans les tribunaux de commerce seront rendus par trois juges au moins ; aucun suppléant ne pourra être appelé que pour compléter ce nombre. — (Addition de la loi 5-6 déc. 1876, art. 2.) Lorsque, par des récusations ou empêchements, il ne restera pas un nombre suffisant de juges ou de juges suppléants, il y sera pourvu au moyen d'une liste formée annuellement par chaque tribunal de commerce entre les éligibles du ressort, et, en cas d'insuffisance, entre les électeurs ayant les uns et les autres leur résidence dans la ville où siège le tribunal. — Cette liste sera de 50 noms à Paris, de 25 noms pour les tribunaux de neuf membres, de 15 noms pour les autres tribunaux. — Les juges complémentaires seront appelés dans l'ordre fixé par un tirage au sort fait en séance publique, par le président du tribunal, entre tous les noms de la liste.**

Le premier alinéa a été motivé par la crainte que l'on n'appelât des suppléants pour favoriser l'une des parties en formant une majorité pour elle (1). Donc, quand il y a trois juges siégeant, titulaires ou suppléants, on ne peut appeler aucun suppléant; mais les titulaires peuvent dépasser le nombre de trois. Il faut conclure aussi de l'article, que le tribunal ne pourrait pas être composé de trois suppléants sans titulaire; car l'article dit que les suppléants ne peuvent être appelés que pour *compléter* le nombre de trois.

CHAPITRE III.

OFFICIERS AUXILIAIRES DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

1461. **Art. 624. Il y aura près de chaque tribunal un greffier et des huissiers nommés par l'empereur , leurs droits, vacations et devoirs, seront fixés par un règlement d'administration publique.**

L'art. 625 établissait, en outre, à Paris, des *gardes du commerce* pour l'exécution de la contrainte par corps; l'abolition de celle-ci (L. 22 juillet 1867) a entraîné leur suppression.

1462. **Art. 627. Le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux de**

(1) *Trav. prép.*; Demang., t. VI, p. 291 et suiv.

Source BIU Cujas

commerce, conformément à l'art. 414 du Code de procédure civile; nul ne pourra plaider pour une partie devant ces tribunaux, si la partie, présente à l'audience, ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. Ce pouvoir, qui pourra être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, sera exhibé au greffier avant l'appel de la cause, et par lui visé sans frais. — Dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun huissier ne pourra, ni assister comme conseil, ni représenter les parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de vingt-cinq à cinquante francs, qui sera prononcée, sans appel, par le tribunal, sans préjudice des peines disciplinaires contre les huissiers contrevenants. — Cette disposition n'est pas applicable aux huissiers qui se trouveront dans l'un des cas prévus par l'article 86 du Code de procédure civile.

Cet article, qui reproduit à peu de chose près les art. 414 et 421, C. pr. civ., constitue une dérogation considérable au droit commun : non seulement il dispense du ministère des avoués, qui est obligatoire en matière civile, mais il *interdit* ce ministère. Le désir des rédacteurs de nos Codes a été que les parties comparussent en personne (C. pr. civ., art. 421); on a pensé que les affaires s'expliqueraient ainsi plus simplement, étant débarrassées de toutes les formes dont les enveloppent les hommes de loi et de toutes les complications qu'on les soupçonne, à tort ou à raison, de susciter. — Pourtant on ne pouvait priver une partie, peu habituée à parler en public, du droit de se faire représenter par un mandataire plus expérimenté. Mais ce mandataire, elle le choisira librement sans être obligée de le prendre dans certaines catégories officielles ; et, d'autre part, ce mandataire, n'ayant aucun caractère public, devra dans chaque cause justifier d'un pouvoir *spécial* pour cette cause (v., au surplus, le 1er al., *in fine* de notre article).

En pratique, les parties se font très souvent représenter par des avoués ou des avocats; mais ceux-ci sont assujettis, comme nous venons de le dire, à justifier d'un pouvoir spécial. La loi admet implicitement cette pratique, car elle n'exclut que les huissiers. Sur cette exclusion, avec une exception qu'elle comporte, v. l'article lui-même, 2e et 3e al.

1463. Il y a plus : on trouve près de presque tous les tribunaux de commerce certains mandataires recommandés aux parties par le choix du tribunal lui-même, et qu'on appelle **agréés près du tribunal de commerce**. La situation de ces agréés est assez difficile à définir. — Il faut d'abord constater qu'ils existent en fait à peu près depuis la création des tribunaux de commerce; et cela en vertu d'un usage invétéré, malgré l'esprit, sinon la prohibition formelle, des lois sur la matière : en effet les lois demandaient de tout temps la comparution personnelle des parties (édit de 1563, art.4; ord. 1667 ; ord. 1673, tit. XII, art. 2) ; malgré cela, des *procureurs solliciteurs* s'établirent près des tribunaux de commerce, d'abord malgré la résistance de ces tribunaux (arrêts du Parlement de Paris, 8 juillet 1613, 5 février 1619; arrêt du conseil, 10 janvier 1630); puis avec l'agrément des tribunaux, qui en limitèrent seulement le nombre (délib. 4 mars 1659). — Lors de la rédaction du code de procédure et du code de commerce, le législateur se montra hésitant sur ce point; et la pensée qui paraît résulter des travaux préparatoires semble être de ne pas consacrer cette institution, sans cepen-

Source BIU Cujas

dant la proscrire formellement; car on a écarté plusieurs projets de rédaction qui la condamnaient en termes exprès. On peut donc dire que les agréés existent sans aucun caractère officiel, en vertu de la seule tolérance du législateur. — Leur situation est en général fixée d'une manière très précise, soit par les usages, soit par diverses délibérations du tribunal qui les institue. Mais ces délibérations elles-mêmes donnent lieu à de graves objections de principe, car il n'appartient pas aux tribunaux de créer ainsi des fonctionnaires; ce droit appartient à la loi ou au pouvoir exécutif; d'autre part les délibérations qui déterminent la position des agréés sont évidemment des décisions qui statuent « par voie de disposition générale et réglementaire », et qui tombent par conséquent sous le coup de l'art. 5, C. civ. Aussi la Cour de cassation n'a pas hésité à casser les délibérations de ce genre quand elles lui ont été déférées (1). Mais à côté de quelques délibérations annulées, il y en a une infinité de ce genre qui n'ont donné lieu à aucune poursuite. Il faut reconnaître que l'annulation de ces délibérations n'amènerait pas un grand résultat. En effet la position des agréés résulte de la confiance que leur témoigne le tribunal; les décisions du tribunal à leur égard n'ont qu'une pure autorité morale; or cette autorité et la confiance du public n'existeront pas moins lorsque les décisions du tribunal auront été annulées. Voilà pourquoi la situation des agréés s'est toujours perpétuée et paraît inattaquable en pratique, à moins d'une prohibition formelle que pourrait édicter le législateur. — Ce qui est positif, c'est que les tribunaux de commerce ne peuvent pas refuser de laisser comparaître devant eux, comme mandataires, des représentants quelconques, même non agréés par eux, même ceux qu'ils auraient rayés de leur liste des agréés. — La seule faveur qui soit faite aux agréés (au moins par le tribunal de commerce de la Seine), c'est de les dispenser de faire légaliser la signature des parties sur le mandat spécial, qu'ils sont du reste toujours obligés de présenter (art. 627, 1er al.) (2).

Voici sommairement l'organisation du corps des agréés, en prenant pour exemple ce qui a lieu devant le tribunal de commerce de la Seine. On tend à les assimiler autant que possible à des officiers ministériels : ils sont nommés par le tribunal sur la présentation de l'ancien titulaire, après un stage plus ou moins long et l'avis de la chambre de discipline; — ils sont soumis à la surveillance et à la police immédiate du tribunal, qui peut les rayer de la liste sans pouvoir leur interdire de représenter les parties ultérieurement (v. *suprà*); des peines légères peuvent être prononcées par la chambre de discipline; — leur nombre, à Paris, a été d'abord de vingt et un; il est de quinze depuis 1813. Il n'appartient pas au tribunal de fixer leurs honoraires (3), ni de prononcer en leur faveur la distraction des dépens; mais on élude

(1) Cass. 25 juin 1850, D. P. 50. 1. 228. Cet arrêt a été précédé d'un réquisitoire très intéressant de M. le procureur général Dupin, auquel nous avons emprunté beaucoup des détails qui précèdent (V. D. P., *loc. cit.*). Req. 16 mars 1852, D. P. 52. 1. 127. — Cf. Laurent, *Pr. du dr. civ.*, t. I, n. 264 et suiv.

(2) Demang., t. VI, p. 275. — Cette légalisation est de droit commun et les tribunaux ont le droit de l'exiger, comme ils le font pour les autres mandataires : Paris, 6 mars, 12 juin 1881, D. P. 81. 2. 99, etc., etc.

(3) Req. 17 janv. 1842, D. P. 50. 1. 231.

Source BIU Cujas

cette dernière prohibition en allouant au gagnant, à titre de dommages-intérêts, la somme qu'il devra payer lui-même à son agréé (1).

CHAPITRE IV.

COMMENT SONT JUGÉES LES AFFAIRES COMMERCIALES DANS LES ARRONDISSEMENTS OU IL N'Y A PAS DE TRIBUNAL DE COMMERCE.

Art. 640. Dans les arrondissements où il n'y aura pas de tribunaux de commerce, les juges du tribunal civil exerceront les fonctions et connaîtront des matières attribuées aux juges de commerce par la présente loi.

Art. 641. L'instruction, dans ce cas, aura lieu dans la même forme que devant les tribunaux de commerce, et les jugements produiront les mêmes effets.

1464. Pour les formes de procédure auxquelles renvoie l'art. 641, v. au tit. III, *infrà*. Nous examinerons seulement ici deux questions.

Q. *Le ministère des avoués est-il obligatoire devant un tribunal civil jugeant commercialement?* On admet généralement que non, car la pensée de l'article paraît bien être d'introduire dans ce cas toutes les simplifications usitées en matière commerciale. On objecte cependant que, devant les Cours d'appel jugeant en appel les causes commerciales, il y a lieu au ministère des avoués, l'art. 648 ne l'excluant nullement. Mais il est facile de répondre que précisément cet art. 648 est rédigé tout autrement que l'art. 641, et que, dans ces appels, la Cour connaît de l'affaire en vertu de sa juridiction propre; tandis que dans notre cas le tribunal civil ne juge que comme remplaçant un tribunal de commerce qui n'existe pas, et, la loi le dit, *dans les formes* où jugerait un tribunal de commerce (2).

Q. *Dans le même cas le ministère public peut-il assister aux audiences et poser des conclusions* (3)? — On le soutient en disant que l'art. 640 donne compétence au tribunal civil, par conséquent à ce tribunal avec toute sa constitution propre; or, ajoute-t-on, le ministère public fait partie de la constitution du tribunal civil (4). — Mais il faut remarquer que l'art. 640 ne renvoie pas proprement au *tribunal civil*, mais aux *juges* du tribunal civil; on ne peut donc pas dire que la compétence soit attribuée au tribunal civil comme corps et avec sa constitution propre. On argumente aussi de ce qui se passe en appel; mais nous avons déjà répondu à cet argument à propos de la question précédente (5).

(1) Consult. Req. 22. juill. 1847, D. P. 47. 1. 255.

(2) Demang., t. VI, p. 298. Al. n. 3042.

(3) Et même le doit-il dans les cas de l'art. 83, C. pr. civ.?

(4) Cass. 5 avril 1848, S. 52. 2. 650, en note; jurispr. constante. Poitiers, 7 janv. 1856, S. 56. 2. 556. — Béd., n. 31-32.

(5) Bourbeau, dans S. 56. 2. 433. Demang., t. VI, p. 299-302. Al. n. 3043.

Source BIU Cujas

TITRE II.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1465. La compétence d'un tribunal quelconque soulève nécessairement trois questions : — 1° quelle est sa compétence *ratione materiæ*, ou quelles sont les matières pour lesquelles il est compétent; — 2° quelle est sa compétence *ratione personæ*, ou quel est celui, parmi les tribunaux du même ordre, qui devra être saisi de telle affaire particulière; — 3° quelle est la limite de sa compétence en premier et dernier ressort. — Le Code traite, dans notre titre, la première et la troisième question; nous traiterons aussi la seconde avec l'art. 420, C. pr. civ.

CHAPITRE PREMIER.

COMPÉTENCE RATIONE MATERIÆ DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1466. La compétence du tribunal de commerce étant une exception à la règle générale de compétence des tribunaux civils d'arrondissement (v. *suprà*, n. 453), on doit entendre restrictivement les dispositions de la loi sur ce point.

Art. 631. Les tribunaux de commerce connaîtront : — 1° De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; — 2° Des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce; — 3° Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce.

La fin de l'article contient le principe général : c'est que les tribunaux de commerce sont compétents pour les *actes de commerce;* nous l'avons déjà indiqué (n. 34) en énumérant les intérêts de la distinction entre les actes commerciaux ou non commerciaux. Cette compétence a lieu *entre toutes personnes* : supposé que deux parties, même non commerçantes, aient fait un acte qui soit commercial pour chacune d'elles, toutes les difficultés que cet acte pourra soulever seront de la compétence du tribunal de commerce. Il en sera ainsi lors même que leurs veuves ou héritiers seraient poursuivis pour cet acte (C. pr. civ., art. 426). — Le 2° de l'article ne fait qu'appliquer cette idée entre associés (1); car nous avons vu que tout associé fait un acte de commerce en s'engageant dans une société commerciale, lors même qu'il ne devient pas pour cela commerçant, comme un commanditaire, un actionnaire dans une société anonyme (v. n. 211, 228). — Le 1° doit aussi être con-

(1) Cet alinéa a été ajouté par la L. 17 juillet 1856, qui a supprimé l'*arbitrage forcé* pour les contestations entre associés (v. *suprà*, n. 396).

Source BIU Cujas

sidéré comme donnant simplement une application du principe que nous avons posé. Il semble dire que tout engagement entre commerçants sera de la compétence des tribunaux de commerce. En effet, ces engagements seront le plus souvent commerciaux et seront présumés tels en vertu de la théorie de l'accessoire (v. art. 638, 2e al., n. 49); mais il peut se faire qu'ils ne le soient pas, p. ex. l'achat d'une maison de campagne (v. art. 638, 1er al., même n. 49). Il faut dire que l'art. 631, 1°, a voulu seulement parler du cas ordinaire, et n'a pas voulu imposer la compétence commerciale pour les cas plus rares où l'acte ne peut être considéré à aucun point de vue comme commercial.

1467. Q. Quid *si l'acte n'est commercial que pour une seule des parties?* — 1er S. *Il y aura toujours compétence commerciale* : — l'art. 631, 3°, dit que les tribunaux de commerce sont compétents pour les actes commerciaux *entre toutes personnes*; par conséquent sans distinguer si l'une des parties n'a pas fait acte de commerce. — 2e S. *Toujours compétence civile* : — les tribunaux civils sont juges de droit commun; il ne faut admettre la compétence commerciale qu'en vertu d'un texte formel; or l'art. 631, 3°, ne vise pas du tout le cas où l'une des parties n'a pas fait acte de commerce; *entre toutes personnes* veut dire même entre non commerçants, mais en supposant que l'acte soit un acte de commerce *entre* les deux parties, comme le dit l'article lui-même. — 3e S. *Celui qui a fait un acte civil aura le choix entre les deux juridictions* (!), qu'il soit demandeur ou défendeur, peu importe : — il a droit à n'être jugé que par le tribunal civil, s'il tient aux garanties du droit commun, auxquelles il n'a jamais renoncé, et qu'aucun texte ne lui enlève; — mais s'il accepte la juridiction commerciale, son adversaire ne peut pas se plaindre, car en faisant acte de commerce il s'y est soumis (1).

1468. L'énumération des actes de commerce est faite par les art. 632 et 633 ; nous l'avons très complètement étudiée aux numéros 33 et suiv.

Les articles subséquents présentent quelques applications du principe de l'art. 631, avec quelques extensions à des cas qui n'eussent pas été directement compris dans la règle. Nous avons expliqué aussi ces divers articles en signalant les dérogations qu'ils font au droit commun et les motifs de ces dérogations, ainsi que les questions qu'elles soulèvent. V., pour l'art. 634, 1°, n. 68 et suiv., 1194; pour l'art. 635, n. 835, 959; pour les art. 636 et 637, n. 739, 740, 842, 843; pour l'art. 638, 1er al., n. 35; pour l'art. 638, 2e al., n. 838; v. aussi n. 49, 87, 740. — Il n'y a qu'un point dont nous n'avons pas eu occasion de parler : ce sont les billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables des deniers publics, qui, à la fois, sont présumés faits pour leur gestion lorsqu'une autre cause ne s'y trouve pas énoncée (art. 638, 2e al.), et sont soumis à la compétence commerciale (art. 634, 2°). Pourtant ces comptables ne font pas acte de commerce, et les billets souscrits par eux peuvent n'avoir même pas une forme ordinairement commerciale, comme le billet à ordre; ils n'en tomberaient pas moins sous le coup de ces articles dont le texte est général (2). Le motif de cette dérogation au droit commun paraît avoir été le désir de soumettre ces compta-

(1) Req. 21 juill. 1873, D. P. 74. 1. 264, etc., etc. — Pard., n. 1347. Noug., *Trib. de comm.*, t. I, p. 350. Al. n. 2949. — *Contrà* : Locré, t. VIII, p. 200. Orillard, *Compét.*, n. 234. Carré, *Procédure*, n. 487. Béd., n. 193.

(2) Demang., t. VI, p. 423. — *Contrà* : Mol., n. 106.

Source BIU Cujas

bles pour leurs billets à la contrainte par corps ; dès lors on a cru convenable, quoique cela ne fût pas nécessaire, de les soumettre aussi à la juridiction commerciale.

1469. En dehors des cas qui leur sont spécialement attribués par l'art. 631 et par les articles suivants, les tribunaux de commerce sont incompétents à raison de la matière ; il y a donc **incompétence absolue**, d'ordre public, dont les parties ne peuvent pas renoncer à se prévaloir, qui peut être invoquée en tout état de cause, même devant la Cour de cassation, et que les juges devraient eux-mêmes déclarer d'office. Il y a seulement exception dans la fin de l'art. 636 : lorsqu'un billet à ordre ne contient que des signatures d'individus non négociants et n'a pas été fait pour un acte de commerce, le tribunal de commerce n'est tenu de renvoyer au tribunal civil que s'il en est requis par le défendeur. Nous avons signalé, n. 842, et expliqué cette exception au droit commun.

Réciproquement, partout où il existe un tribunal de commerce, le tribunal civil est incompétent pour tous les cas dévolus par la loi au tribunal de commerce. Mais on discute : *Le tribunal civil est-il dans ce cas incompétent à raison de la matière?* — 1er S. *Non* : — il a la plénitude de la juridiction, et il pourrait exercer cette juridiction même sur les matières commerciales, s'il n'existait pas, à côté de lui, un tribunal de commerce ; — c'est uniquement dans l'intérêt des commerçants que la loi a organisé une procédure plus simple ; ils peuvent donc y renoncer ; et ils seront censés y avoir renoncé, s'ils n'ont pas proposé l'incompétence *in limine litis* ; — donc il y a ici incompétence purement relative (1). — 2e S. *Oui* (!) : — le tribunal civil a la plénitude de juridiction en ce sens qu'il est compétent pour toutes les causes qui ne lui sont pas formellement enlevées ; mais quand une matière lui est enlevée, il n'a plus juridiction pour elle ; — c'est ce que disait Pothier dans l'ancien droit (2) ; — c'est ce que la L. 16-24 août 1790 (Tit. IV, art. 4), fondamentale en cette matière, dit formellement en visant précisément les causes commerciales ; — un article avait été proposé en sens contraire par la Cour de cassation lors de la rédaction du code de procédure, et cet article n'a pas été admis ;—il n'est pas vrai qu'il n'y ait qu'un intérêt privé engagé ; la loi, dans l'intérêt général de la bonne administration de la justice, a voulu que des juges spéciaux connussent des affaires commerciales, là où elles sont assez étendues ; il ne peut dépendre des parties d'y déroger (3).

CHAPITRE II

DE LA COMPÉTENCE RATIONE PERSONÆ DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1470. Etant admis que les tribunaux de commerce sont compétents pour une affaire, quel sera, parmi tous les tribunaux de commerce, celui qui de-

(1) Paris, 30 déc. 1853, S. 57. 2. 120. — Noug., *Trib. de comm.*, t. II, p. 891 et suiv. Béd., n. 195, 196. Al. n. 2451.

(2) *Tr. de procéd. civ.*, 1re partie, ch. 2, sect. 4, § 2.

(3) Carré, *Procéd.*, t. VII, quest. 472. Boncenne, *Procéd.*, t. I, p. 322. Boitard, *Procéd.*, n. 554. Benech, *Journ. des avoués*, t. LVI, p. 265 et suiv. Demang., t. VI, p. 309 et suiv.

Source BIU Cujas

vra la juger? Le principe de droit commun est qu'en matière personnelle et mobilière, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent; *actor sequitur forum rei.* Cette règle doit en principe s'appliquer en matière commerciale, car très rarement une affaire commerciale sera immobilière (1).

Mais il y est fait une dérogation extensive par l'art. 420, C. pr. civ. : le demandeur en matière commerciale peut assigner *à son choix*, non seulement devant le tribunal du domicile du défendeur, mais encore *devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée*, ou *devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué.* — Pour être dans le cas de la première exception, il faut que le contrat (2) et l'exécution (3) aient eu lieu dans le même arrondissement; car les deux conditions sont évidemment cumulatives (4). Ce cas ne peut évidemment se présenter que dans un contrat synallagmatique : puisque l'on suppose déjà l'exécution faite par une partie, pour qu'il y ait procès, il faut que cette partie ait quelque chose à demander; pourtant la règle s'appliquerait aussi au cas où la partie qui a obtenu l'exécution du contrat aurait à demander un complément de cette exécution, p. ex. en cas de recours de l'acheteur pour vices rédhibitoires après sa mise en possession (5). — Cette disposition de l'art. 420 doit s'appliquer même à des contrats autres que les contrats de vente; p. ex. au contrat de transport (6), à la négociation d'une lettre de change (7); au recours d'un commissionnaire pour les avances faites par lui à son commettant (8); aux actions d'un commis contre son patron (9).

Pour la seconde exception de l'art. 420, il suffit d'un seul fait : il faut que le paiement dût être effectué dans le ressort du tribunal. Dans le mot *paiement*, il faut comprendre, non seulement le versement d'une somme d'argent, mais tout ce qui peut être presté par un créancier à son débiteur (v. C.

(1) Cependant cela peut arriver, p. ex. en cas de demande en nullité d'une vente d'immeuble, nullité fondée sur la faillite du vendeur (art. 635, v. n. 959); mais alors il y a lieu à une compétence spéciale, celle du tribunal du domicile du failli (C. pr. civ., art. 59, 7e al.).

(2) Il sera quelquefois délicat de savoir en quel lieu le contrat s'est formé : p. ex. dans le cas où il aura été fait par un commis voyageur (v. Lyon, 14 mars 1872, D. P. 74. 2. 15); s'il a été formé par correspondance, ou s'il est sujet à ratification (v. Cass. 25 février 1879, *Droit* du 27). Dans ce dernier cas, la solution dépendra de l'opinion qu'on adoptera sur la question que nous avons examinée au n. 443; si l'on admet, comme nous, que le contrat est formé au moment où la lettre d'acceptation est mise à la poste, c'est à cet endroit que le contrat se sera formé; sinon ce sera au domicile de celui qui avait fait l'offre et qui y a reçu la réponse : Rej. 30 mars 1881, D. P. 81. 1. 359. Dans le sens de la solution admise par nous, aj. Rouen, 28 fév. 1874, D. P. 77. 2. 222, etc. Comp. Req. 1er déc. 1875, D. P. 77. 1. 450.

(3) V. Req. 7 déc. 1881, D. P. 82. 1. 400, pour le cas où la marchandises était livrable en gare.

(4) Req. 18 juin 1879, D. P. 81. 1. 33. — Demang., t. VI, p. 451.

(5) Demang., t. VI, p. 452.

(6) Cass. 25 avril 1856, S. 56. 1. 579. — Demang., *ibid.*

(7) *Contrà* : Toulouse, 15 mai 1852, D. P. 52. 5. 128.

(8) Rej. 9 mars 1863, D. P. 63. 1. 176.

(9) Paris, 1er avril 1875, D. P. 77. 5. 110. — *Contrà* : Lyon, 28 févr. 1882, D. P. 83. 2. 99, etc.

Source BIU Cujas

civ. art. 1235 et suiv.) (1). Il ne suffit pas que le paiement ait été fait dans le ressort du tribunal, il faut qu'il *ait dû* y être fait, c'est-à-dire qu'on ait promis de le faire en cet endroit (2). Généralement le paiement doit se faire au moment de la délivrance, par conséquent au domicile du vendeur (3).

Pour l'application des deux exceptions, il faut nécessairement que le fait du contrat ne soit pas contesté, car la loi suppose évidemment qu'il est constant entre les parties que *la promesse a été faite*, ou que le paiement *devait* être effectué (4). Il faut aussi pour le cas de la deuxième exception que la convention sur le lieu du paiement soit constante entre les parties (5).

Nous avons étudié (*suprà*, n. 959) la dérogation spéciale faite à la compétence *ratione personæ* en cas de faillite, par l'art. 59, 7e al. C. pr. civ.

CHAPITRE III.

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE EN PREMIER ET EN DERNIER RESSORT.

1471. La compétence en premier ressort des tribunaux de commerce est indéfinie : quelle que soit l'importance du litige, il devra toujours être jugé par eux, sauf l'appel devant les cours d'appel.

Les limites de leur compétence en dernier ressort sont posées par l'art. 639, qui du reste n'est que l'application du droit commun à l'égard des tribunaux d'arrondissement (v. L. 11 avril 1838, art. 1 et 2) :

Art. 639. Les tribunaux de commerce jugeront en dernier ressort : — 1° Toutes les demandes dans lesquelles les parties justiciables de ces tribunaux, et usant de leurs droits, auront déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel ; — 2° Toutes les demandes dont le principal n'excédera pas la valeur de quinze cents francs ; — 3° Les demandes reconventionnelles ou en compensation, lors même que réunies à la demande principale, elles excéderaient quinze cents francs. Si l'une des demandes principale ou reconventionnelle s'élève au-dessus des limites ci-dessus indiquées, le tribunal ne prononcera sur toutes qu'en premier ressort. — Néanmoins il sera statué en dernier ressort sur les demandes en dommages-intérêts, lorsqu'elles seront fondées exclusivement sur la demande principale elle-même.

(1) Cass. 16 juin 1856. S. 56. 1. 597. — Demang., t. VI, p. 453.

(2) Req. 6 déc. 1875, D. P. 77. 1. 178.

(3) Req. 30 nov. 1880, D. P. 81. 1. 423.

(4) Req. 27 déc. 1880, D. P. 81. 1. 421 ; Toulouse, 11 juin 1881, D. P. 82. 2. 206. Demang., t. VI, p. 454, 455. — Mais on ne s'arrêterait pas devant une contestation qui ne serait pas sérieuse : Agen, 4 janv. 1875, D. P. 78. 2. 212.

(5) P. ex. si ce lieu a été fixé dans une facture reçue sans protestation : Req. 18 juin 1879, 14 janv., 13 avril 1880, D. P. 81. 1. 33; lors même que la marchandise serait ensuite refusée : mêmes arrêts. Il en serait autrement s'il n'y avait pas eu acceptation même tacite de cette clause : Angers, 2 déc. 1878, D. P. 79. 2. 214. — La convention pourrait aussi être modifiée postérieurement. Mais l'émission d'une traite sur l'acheteur n'implique pas nécessairement, de la part du vendeur, renonciation à être payé à son domicile : Req. 13 mars 1878, D. P. 78. 1. 311.

Source BIU Cujas

TITRE III.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1472. **Art. 642. La forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par le titre XXV du livre II de la première partie du Code de procédure civile.**

Les mêmes formes doivent certainement être suivies devant les tribunaux civils jugeant commercialement (1).

Nous nous bornerons à indiquer sommairement les points principaux sur lesquels la procédure devant les tribunaux de commerce diffère de la procédure devant les tribunaux ordinaires.

Rappelons d'abord que le ministère des avoués est interdit devant les tribunaux de commerce (C. com., art. 627; C. pr. civ., art. 414). Cela supprime tout ce qui concerne les constitutions d'avoué, les actes d'avoué à avoué, les significations de défenses et de réponses. Cela entraîne la nécessité de donner un pouvoir spécial à ceux par qui l'on veut se faire représenter (v. *suprà*, n. 1463). Nous en trouverons encore d'autres conséquences.

Le *délai pour comparaître* est très court : il n'est que d'un jour (C. pr., art. 416), au lieu de huit jours en droit commun (C. pr., art. 72). Il peut même être abrégé, et l'assignation donnée de jour à jour ou même d'heure à heure, soit avec l'autorisation du président du tribunal, avec ou sans caution, dans les matières qui requièrent célérité (C. pr., art. 417), soit même sans autorisation dans certaines affaires maritimes, et dans toutes autres matières urgentes et provisoires (v. C. pr., art. 418).

L'absence légale d'avoué empêche qu'il y ait aucune *élection de domicile* légalement impliquée : lors même que l'on se fait représenter par un avoué, ou un avocat, ou un agréé, l'élection de domicile chez eux n'est pas de droit. On est même dispensé de cette élection de domicile si l'affaire peut être terminée en une seule audience (C. pr., art. 422). Si elle n'est pas terminée à la première audience, la loi exige, pour abréger les rapports des parties, que celles qui ne sont pas domiciliées dans le lieu où siège le tribunal y fassent une élection de domicile, et que celle-ci soit mentionnée sur le plumitif de

(1) Demang., t. VI, p. 447. — V. *tam.*, n. 1464.

Source BIU Cujas

l'audience ; à défaut, toute signification, même celle du jugement définitif, sera valablement faite au greffe (même art. 422).

Les étrangers demandeurs sont, en matière de commerce, dispensés de fournir la caution *judicatum solvi* (C. pr., art. 423 ; cf. art. 166 ; et C. civ., art. 16). Il suffit pour cela que l'acte soit commercial du côté seulement de l'étranger demandeur ; et il a droit à la dispense, lors même que, la question étant incidente, il est transporté devant une juridiction civile (1).

Le tribunal, saisi d'un *déclinatoire*, p. ex. pour incompétence, peut statuer par le même jugement sur le déclinatoire et sur le fond, pourvu que ce soit par deux dispositions distinctes (C. pr., art. 425). Cette possibilité est controversée en droit commun (v. C. pr., art. 172) (2).

Les jugements des tribunaux de commerce sont toujours *exécutoires par provision*, c'est-à-dire nonobstant appel. Seulement l'exécution provisoire a lieu tantôt sans caution, tantôt moyennant caution (v. C. pr., art. 439).

« Les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. » En effet, l'exécution des jugements, c'est-à-dire les voies de contrainte à exercer sur la personne (autrefois) ou sur les biens pour amener cette exécution, n'ont rien de commercial ; au contraire, ces actes ne peuvent présenter que des difficultés dont les juges civils ont à s'occuper à tout moment. — Mais il ne faut pas confondre avec l'exécution des jugements, leur *interprétation*, qui appartient certainement aux mêmes juges que la décision même, car l'explication d'une disposition obscure du jugement est encore une décision donnée sur le fond (3).

1473. Pour l'*appel*, on rentre dans le droit commun :

Art. 644. Les appels des jugements des tribunaux de commerce seront portés par devant les cours dans le ressort desquelles ces tribunaux sont situés.

Quant aux *jugements par défaut*, l'art. 434, C. pr., admet les deux espèces de défaut : le défaut du défendeur et le défaut du demandeur ou défaut-congé, avec leurs effets ordinaires que nous n'avons pas à examiner.

C'est une question très délicate que de savoir s'il faut admettre, en matière commerciale, le *défaut profit-joint*, c'est-à-dire si, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs et que l'un d'eux ne comparait pas, le tribunal peut renvoyer la cause à un autre jour avec signification au défaillant par un huissier commis, de façon à rendre alors une décision qui ne sera plus susceptible d'opposition (C. pr., art. 153). La raison de douter, c'est que le titre du code de procédure qui s'occupe des jugements des tribunaux de commerce ne reproduit pas la disposition de l'art. 153, tandis qu'il reproduit d'autres règles en matière de jugements par défaut ; de plus, l'art. 643, C. com., qui renvoie à quelques articles du code de procédure sur le même sujet, ne renvoie pas à l'art. 153. L'opinion générale est que le silence de nos lois doit avoir pour seule conséquence de rendre cette manière de procéder *facultative* pour les

(1) Demang., t. VI, p. 464.

(2) Pour l'affirmative : Cass. 24 août 1852, D. P. 53. 1. 97 ; Nancy, 4 juin 1859, D. P. 61. 5. 199. — Pour la négative : Boitard, n. 363. Demang., t. VI, p. 466.

(3) Rej. 29 avril 1873, D. P. 73. 1. 304. — Boitard et Colmet-Daage, n. 665, 1046. Demang., t. VI, p. 492, 493. Al. n. 2954. — *Contrà* : Orillard, n. 84.

Source BIU Cujas

juges, et non pas de la leur interdire, puisqu'elle est éminemment utile pour la bonne expédition des affaires (1).

D'après l'art. 435, C. pr., tout jugement par défaut en matière commerciale doit être signifié par un huissier commis; c'est la règle ordinaire dans le cas où une partie n'a pas constitué avoué (C. pr., art. 156), cas qui se présente toujours en matière commerciale. — De plus, la signification doit, à peine de nullité, contenir élection de domicile dans le lieu où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié; c'est afin de permettre une procédure rapide. — Car, en dernier lieu, le jugement est exécutoire *un jour seulement* après la signification (au lieu de huit en droit commun); mais l'opposition survenue suspendra l'exécution.

1474. Pendant combien de temps peut être faite l'*opposition*? L'art. 436, C. pr., ne donnait que huit jours à partir de la signification; cette disposition était critiquable, car elle appliquait à une partie qui n'a pas d'avoué, le délai applicable en général au jugement par défaut contre avoué (C. pr., art. 157); elle était donc en contradiction avec l'art. 435. Aussi le code de commerce a modifié ce point :

Art. 643. Néanmoins les articles 156, 158 et 159 du même Code, relatifs aux jugements par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce.

Les art. 156, 158 et 159, C.pr., sont ceux qui règlent le délai d'opposition en cas de défaut contre partie, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas d'avoué : on a jusqu'au moment de l'exécution du jugement (art. 158), et l'art. 159 détermine le moment où le jugement doit être considéré comme exécuté.

Mais **Q.** *on se demande si l'art. 436, C. pr., est complètement abrogé par cet art.* 643? La jurisprudence ne l'admet pas; elle applique à la fois l'art. 643, C. com., et l'art. 436, C. pr., en distinguant suivant les analogies : — si le défendeur n'a pas comparu devant le tribunal, soit en personne, soit par mandataire spécial; elle applique les règles du défaut contre partie, ou faute de conclure, et l'opposition est possible jusqu'à l'exécution (C. pr., art. 158, visé par l'art. 643, C. comm.); — si, au contraire, le défendeur a comparu, p. ex. pour plaider sur la compétence, mais s'est abstenu de poser des conclusions au fond, elle applique les règles du défaut faute de conclure, et l'opposition ne sera recevable que pendant la huitaine qui suit la signification (C. pr., art. 436) (2): sans doute, on ne peut pas dire alors qu'il y a défaut contre avoué puisqu'il n'y a pas d'avoué, mais il y a une situation analogue, il y a défaut faute de conclure. — Ce système nous paraît conforme aux dispositions de la loi; car l'art. 643 a déclaré seulement les art. 156, 158 et 159, C. pr., applicables aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, ce qui doit s'entendre en ce sens qu'ils sont applicables avec la distinction qu'ils supposent; — l'art. 643 n'a pas dit qu'ils seraient *seuls* applicables, ni que l'art. 436, C. pr., (auquel le législateur pensait pourtant) est abrogé; il faut donc appliquer aussi cet article suivant la même distinction

(1) Req. 7 août 1872, D. P. 74. 5. 304, etc. Demang., t. V, p. 479 et suiv. — *Contrà :* Boitard, n. 663. — Comp. Orillard, n. 897.

(2) Amiens, 22 mai 1872, D. P. 72. 2. 196 ; Poitiers, 1er déc. 1875, D. P. 77. 2. 226.

Source BIU Cujas

de droit commun ; — on objecte que le défendeur qui n'a pas d'avoué est privé d'un conseil qui l'éclairerait sur la marche à suivre, et que, par conséquent, il doit être plus protégé par la loi, quoiqu'il connaisse le procès et qu'il ait même comparu ; ce qui le prouve, dit-on, c'est qu'on exige toujours qu'il reçoive la signification par un huissier commis (C. pr., art. 435, cf. art. 156) ; — nous répondrions que la loi a pris, dans l'art. 435, une précaution pour lui à raison de sa situation spéciale ; mais que le défaut des conseils d'un avoué ne paraît pas être la raison décisive de la règle des art. 157 et 436 ; le motif est que la partie ne peut ignorer le procès et doit se tenir sur ses gardes ; or, ce motif existe en matière commerciale, lorsque le défendeur a comparu à l'audience (1).

(1) Béd., n. 481. — *Contrà :* Orillard, n. 887. Bonnier, *Preuves*, n. 959, 960. Demang., t. VI, p. 483 et suiv. Al. n. 3045.

Source BIU Cujas

TITRE IV.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES COURS ROYALES.

1475. **Art. 645. Le délai pour interjeter appel des jugements des tribunaux de commerce sera de deux mois, à compter du jour de la signification du jugement, pour ceux qui auront été rendus contradictoirement, et du jour de l'expiration du délai de l'opposition pour ceux qui auront été rendus par défaut : l'appel pourra être interjeté le jour du jugement.**

Il faut remarquer que la fin de l'article, permettant d'appeler le jour même du jugement, donne par cela même plus de deux mois pour appeler. Cela est certain en cas de jugement contradictoire, puisque le délai d'appel ne court que de la signification, et que celle-ci peut ne pas avoir lieu le jour même du jugement. On admet aussi très généralement qu'en cas de jugement par défaut l'appel peut avoir lieu même pendant le délai d'opposition (quoique le délai d'appel ne coure que de la fin de ce délai); car la fin de l'art. 645 s'exprime absolument quoique la phrase précédente rappelle ce point de départ du délai d'appel; il en résulte que l'art. 645 déroge à la règle de l'art. 455, C. pr., qui déclare les jugements par défaut non susceptibles d'appel pendant la durée du délai pour l'opposition (1).

Il faut admettre que la signification qu'exige l'art. 645 serait suffisamment faite au greffe du tribunal dans le cas où il n'y aurait pas eu élection de domicile par les parties (v. art. 422, C. pr.); car l'art. 422 dit que dans ce cas la signification au greffe sera *valablement* faite (2).

Nous nous contentons de rappeler l'abréviation des délais d'appel dans les jugements en matière de faillite (v. art. 582, *suprà*, n. 960).

Art. 646. Dans les limites de la compétence fixée par l'article 639 pour le dernier ressort, l'appel ne sera reçu, encore que le jugement n'énonce pas qu'il est rendu en dernier ressort, et même quand il énoncerait qu'il est rendu à la charge d'appel.

(1) Chauveau Ad., t. VII, quest. 1637. Boitard, n. 692. Demang., t. IV, p. 510, 511.

(2) Rej. 25 mars 1862, D. P. 62. 1. 176, avec des divergences. Chauveau Ad., t. VII, quest. 1556. Orillard, n. 714. Béd., n. 506. Demang., t. VI, p. 511 et suiv.

Source BIU Cujas

Art. 647. Les cours d'appel ne pourront, en aucun cas, à peine de nullité, et même des dommages et intérêts des parties, s'il y a lieu, accorder des défenses ni surseoir à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce, quand même ils seraient attaqués d'incompétence ; mais elles pourront, suivant l'exigence des cas, accorder la permission de citer extraordinairement à jour et heures fixes, pour plaider sur l'appel.

Cet article est la conséquence de ce que les jugements des tribunaux de commerce sont toujours exécutoires par provision (cf. C. pr., art 457, 459, 460).

Art. 648. Les appels des jugements des tribunaux de commerce seront instruits et jugés dans les cours, comme appels de jugements rendus en matière sommaire. La procédure, jusques et y compris l'arrêt définitif, sera conforme à celle qui est prescrite, pour les causes d'appel en matière civile, au livre III de la première partie du Code de procédure civile.

FIN.

Source BIU Cujas

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.

Utilité des études de droit commercial (n. 1-2). 1
§ 1er. Rôle social et économique du commerce; caractères généraux de la législation commerciale (n. 3-5), ... 3
§ 2. Origines et rédaction du code de commerce (n. 6-18) 5
Jugements ou rooles d'Oléron (n. 8). Consulat de la mer (n. 9). Table d'Amalfi (n. 10). Droit maritime de Wisby (n. 11). Recès de la Hanse (n. 12). Guidon de la mer (n. 13). Edit de novembre 1563 (n. 15). Ordonnance de 1673; commentaires de l'ordonnance de 1673 (n. 16). Ordonnance de 1681; commentaires de l'ordonnance de 1681 (n. 17). — Rédaction du code de commerce (n. 18).
§ 3. Autres éléments de la législation commerciale (n. 19-27) 12
I. Lois postérieures qui ont modifié ou complété le code de commerce (n. 19) . Id.
A. Refontes partielles . . . . . Id.
B. Modifications importantes . . . . . Id.
C. Lois récentes sur les matières commerciales non traitées par le Code . . 13
II. Législation antérieure au Code (n. 20) . . . . . Id.
III. Usages et coutumes (n. 21-23) . . . . . Id.
IV. Droit commun ou code civil (n. 24-25) 17
V. L'équité (n. 26) 19
Législations étrangères (n. 29). Id.

LIVRE PREMIER

DU COMMERCE EN GÉNÉRAL.

PARTIE PREMIÈRE.

DES PERSONNES EN DROIT COMMERCIAL.

(A) TITRE PREMIER.

DES COMMERÇANTS.

CHAPITRE 1er. Des actes de commerce (n. 29-53) 23
Section 1re. Actes commerciaux par eux-mêmes (n. 33-48) 25
§ 1er. Spéculations sur les marchandises (n. 34-38). 26
I. Achat de denrées pour les revendre (n. 34-37). . . . . Id.
II. Entreprise de fournitures (n. 38) 30
§ 2. Spéculations sur certains louages d'ouvrage et d'industrie (n. 39-45) . . 31
I. Entreprise de manufactures (n. 40). . . . . Id.
II. Entreprise de commission et toute opération de courtage (n. 41). . . . 32
III. Entreprise de transport (n. 42) 33
IV. Entreprise d'agences, bureaux d'affaires (n. 43) . . . . . Id.

Source BIU Cujas

V. Etablissements de ventes à l'encan (n. 44) 34
VI. Etablissements de spectacles publics (n. 45) . . . . . Id.
§ 3. Spéculations sur les capitaux (n. 46-47). 35
§ 4. Spéculations relatives aux transports maritimes (n. 48) 36
Section II. Actes commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire (n. 49-51) 37
Section III. Actes commerciaux par l'autorité de la loi (n. 52-53) 41
CHAPITRE II. Comment on devient commerçant (n. 54-65). 42
Section 1re. Conditions nécessaires pour être commerçant (n. 54-58). . . . . Id.
Section 2. Restrictions à la liberté de devenir commerçant. — Professions incompatibles avec celle de commerçant (n. 59-65). 47
CHAPITRE III. Auxiliaires des commerçants (n. 66-75). 50
Section 1re. Quels sont les auxiliaires des commerçants (n. 66-71) . . . . . Id.
Section 2. Répartition des bénéfices entre les divers intéressés (n. 72-73) . . . 53
(Notions économiques. Détermination des salaires. Formes des salaires. Débats relatifs aux salaires).
CHAPITRE IV. Habilitation des incapables à faire le commerce (n. 76-102) 56
Section 1re. Du mineur émancipé (n. 77-90). . . . . Id.
§ 1er. Habilitation du mineur à faire le commerce (n. 77-85) 57
§ 2. Capacité du mineur commerçant (n . 86-90). 63
I. Pour les actes commerciaux (n. 86-88). . . . . Id.
II. Pour les actes civils (n. 89-90). 66
Appendice. De la capacité de l'interdit et de celui qui a un conseil judiciaire (n. 91-92) 67
Section II. De la femme mariée (n. 93-102) 68
§ 1er. Habilitation de la femme mariée à faire le commerce (n. 94-97). . . . 69
§ 2. Capacité de la femme mariée commerçante (n. 98-100). 73
I. Pour les actes commerciaux (n. 98). . . . . Id.
II. Pour les actes civils (n. 99) 74
III. Effets contre le mari des actes faits par la femme marchande (n. 100-100 ter) 75
Appendice. Position de la femme dont le mari fait le commerce (n. 101-102) 79

(B) TITRE II.

DES LIVRES DE COMMERCE.

CHAPITRE Ier. Quels livres on doit tenir et comment (n. 104-112) 82
(Livre-journal (n. 103), livre des copies de lettres (n. 106), livre des inventaires (n. 107). — Formalités de la tenue des livres, intrinsèques et extrinsèques (n. 108-111). — Temps pendant lequel on doit les conserver (n. 112.)
CHAPITRE II. Force probante des livres de commerce (n. 113-119). 88
Section Ire Preuve en faveur du commerçant (n. 113-114) . . . . . Id.
§ 1er. Si l'adversaire n'est pas commerçant (n . 113). . . . . Id.
§ 2. Si l'adversaire est commerçant (n. 114). 89
Section II. Preuve contre le commerçant (n. 115-116) 90
Section III. Manière de les consulter (n. 117-119). 92
CHAPITRE III. Eléments de comptabilité (n. 120-140) 93
Section Ire. Comptabilité en partie simple (121-124) 94
(Rédaction du livre-journal. Forme des comptes au grand-livre. Du débit et du crédit. Manière de solder les comptes.)
Section II. Comptabilité en partie double (n. 125-139) 96
(Explication sur les différents comptes. Du compte de capital et de l'ouverture des comptes. Balance. Clôture des comptes. Bilan.)
Modèles de comptabilité (n. 140) 103

(C) TITRE IV.

DES SÉPARATIONS DE BIENS.

CHAPITRE Ier. Publicité à donner au contrat de mariage (n. 142-146). 110
I. Si l'on se marie étant commerçant (n. 145-146). 111
II. Si l'on devient commerçant après le mariage (n. 143-144) 112
CHAPITRE II. Publicité de la séparation de biens (n. 147-150). 113
I. Séparation de biens principale (n. 148) . . . . . Id.
II. Séparation de biens accessoire de la séparation de corps (n. 149). 114
III. Rétablissement de la communauté après la séparation de biens (n. 150) . . Id.

Source BIU Cujas

(D) TITRE III.

DES SOCIÉTÉS.

Généralités (n. 151-164) 115
(Organisation générale d'une société civile (n. 157-164) : 1° stipulations originaires (n. 158) ; 2° gestion des affaires sociales (n. 150-163) ; 3° dissolution de la société (n. 164.)
Des sociétés commerciales (n. 165-169) 128
Chapitre Ier. De la société en nom collectif (n. 170-193) 133
Section Ire. Constitution de la société (n. 171-174) 134
Section II. Gestion de la société (n. 175-193). 136
§ 1er. Organisation de la gestion (n. 176-187) . . . . . Id.
I. Organisation lorsqu'il n'y a pas d'administrateurs nommés (176-178) . . Id.
II. Organisation lorsqu'il y a des administrateurs nommés (n. 179-182) . . 137
(Nomination, étendue de leurs pouvoirs, contrôle des associés sur les gérants.)
III. Actes que peuvent faire les gérants (n. 183-187) 139
§ 2. Droit de poursuite des créanciers (n. 188-193). 142
Chapitre II. De la société en commandite simple ou par intérêts (n. 194-216) . . 144
Section Ire. Constitution de la société (n. 196-201) 145
(Distinction du commanditaire et du simple prêteur.)
Section II. Gestion de la commandite (n. 202-216) 148
§ 1er. Organisation de la gestion (n. 201-208) . . . . . Id.
(Droits et devoirs des commanditaires.)
§ 2. Droit de poursuite des créanciers (n. 209-216). 152
I. Cas où les commanditaires ne se sont pas immiscés (n. 210-214) 153
II. Cas où les commanditaires se sont immiscés (n. 215-216) 158
Chapitre III. Des sociétés par actions en général (n. 217-274) 160
Section Ire. Définition des sociétés par actions (n. 218-222). . . . . Id.
(Avantages des sociétés par actions.)
Section II. Constitution du capital dans les sociétés par actions (n. 223-241). . 166
§ 1er. Souscription aux actions et obligations des actionnaires (n. 224-228) . 167
§ 2. Diverses formes des apports : 1re division des actions (n. 229) 169
§ 3. Droits des actionnaires ; amortissement : 2e division des actions (n. 230-234). 170
§ 4. Négociabilité des actions : 3e division (n. 235-238) 172
§ 5. Augmentations du capital ; émissions nouvelles, obligations (n. 229-241) 174
Sections III. Réglementations légales communes aux sociétés par actions (n. 242-274) 176
(Abus principaux auxquels on devait remédier.)
§ 1er. Limite à la division du capital en actions (n. 247) 179
§ 2. Epoque de la constitution de la société (n. 248-259). 180
I. Conditions pécuniaires (n. 249-255). . . . . Id.
II. Approbation des apports et avantages particuliers (n. 256-258). 184
III. Organisation des pouvoirs sociaux (n. 259) 187
§ 3. Moment où les actions peuvent d'abord être négociables, et ensuite être mises au porteur (n. 260-270). . . . . Id.
I. Négociabilité (n. 260) . . . . . Id.
II. Mise des actions au porteur (261-270). 188
(Position des actionnaires lorsque la conversion n'a pas eu lieu.)
§ 4. Sanction des dispositions de la loi (n. 271-274) 195
I. Nullités (n. 272-273). . . . . Id.
II. Pénalités (n. 274). 196
Chapitre IV. De la société en commandite par actions (n. 275-300). 198
Section Ire. Des gérants (n. 276-280).. . . . . Id.
§ 1er. Fonctions des gérants (n. 276) . . . . . Id.
§ 2. Responsabilité des gérants (n. 277-280). 200
I. Envers les tiers ; poursuites des créanciers sociaux (n. 277-279). . . . . Id.
II. Envers les asssociés (n. 280) 201
Section II. Du conseil de surveillance (n. 281-290). . . . . Id.
§ 1er. Nomination du conseil de surveillance (n. 282) 202
§ 2. Fonctions du conseil de surveillance (n. 283-285) 203
§ 3. Responsabilité des membres du conseil de surveillance (n. 286-290) . . 205
(Envers les associés, envers les tiers.)
Section III. Actionnaires-commanditaires (n. 291-298). 208
§ 1er. Droit de poursuite des créanciers sociaux contre les actionnaires (n. 292-296) . . . . . Id.
§ 2. De l'assemblée générale (n. 297-298). 213

Source BIU Cujas

Appendice : 1° Actions en justice dans l'intérieur de la société (n. 299) 214
2° Dispositions transitoires (n. 300). 215
CHAPITRE V. De la société anonyme (historique) (n. 301-329) . . . . . Id.
Section Ire. Formation et organisation générale de la société anonyme (n. 303-305) 217
Section II. Gestion de la société anonyme (n. 306-327). 218
§ 1er. Des administrateurs (n. 307-316). 219
I. Nomination (n. 307). . . . . Id.
II. Pouvoirs des administrateurs (n. 308-310) . . . . . Id.
III. Responsabilité des administrateurs (n. 311-316) 222
1° Garanties prises contre eux (n. 311-312). . . . . Id.
2° Etendue de la responsabilité des administrateurs (n. 313-316) 224
§ 2. De l'assemblée générale (n. 317-320) 228
§ 3. Des commissaires du contrôle (n. 321-323) 231
I. Nomination (n. 321). . . . . Id.
II. Fonctions (n. 322) . . . . . Id.
III. Responsabilité (n. 323). 232
§ 4. Précautions imposées dans la gestion (n. 324-326) . . . . . Id.
Dispositions transitoires (n. 327.)
Appendice au chapitre V. Règles relatives aux tontines et aux compagnies d'assurances (n. 328-329). 234
CHAPITRE VI. Des sociétés à capital variable (n. 330-343). 236
(Sociétés coopératives de consommation, de crédit, de production. — Condition légale des sociétés coopératives.)
CHAPITRE VII. Formes et publication des sociétés, et théorie générale des nullités de sociétés (n. 344-363) 244
Section Ire. Formes (n. 344-346). . . . . Id.
Section II. Publication (n. 347-353). 246
§ 1er. Modes de publicité (n. 348-352) . . . . . Id.
I. Pour toutes les sociétés (n. 349-350). 247
II. Pour les sociétés par actions (n. 351). 249
Publication des changements à l'acte social (n. 352). 250
§ 2. Sanctions (n. 353). . . . . Id.
Section III. Théorie générale des nullités de sociétés (n. 354-363). 251
I. Effets de la nullité dans l'avenir (n. 355) 252
II. Effets de la nullité dans le passé (n . 356-363). . . . . Id.
CHAPITRE VIII. De l'association en participation (n. 364-372) 257
CHAPITRE IX. Dissolution, liquidation et partage des sociétés (n. 373-395) 263
Section Ire. Dissolution (n. 373-378) . . . . . Id.
§ 1er. Dissolution de plein droit (n. 374-376) . . . . . Id.
§ 2. Dissolution en justice (n. 377) 265
§ 3. Publicité (n. 378). . . . . Id.
Section II. Liquidation (n. 379-383) 266
(Devoirs des liquidateurs. Pouvoirs des liquidateurs.)
Section III. Partage (n. 384-386) 270
Section IV. Prescription (n. 387-395) 272
1er Appendice au titre III. Notions sur l'arbitrage forcé (n. 396) 280
2e Appendice. Des sociétés étrangères (n. 396 bis) 281

PARTIE DEUXIÈME.

DES CONTRATS EN DROIT COMMERCIAL.

INTRODUCTION. Conditions générales du mouvement commercial (n. 397-435) . . . 283
§ 1er. Lois économiques intimes de l'échange (n. 398-405). . . . . Id.
(Monnaie, valeur ; prix ; prix courant ; prix de revient ; théorie des débouchés ; spéculation commerciale ; crises commerciales.)
§ 2. Conditions extrinsèques de l'échange (n. 406-428). 287
Notions pratiques générales sur les douanes (n. 416-428). 290
I. Droits de douane au point de vue commercial (n. 417-423). . . . . Id.
II. Droits de douane au point de vue de la navigation (n. 424-428). 292
§ 3. Condition juridique générale du commerce (n. 429-435) 294

Source BIU Cujas

(A) TITRE VII.

DES ACHATS ET DES VENTES.

CHAPITRE Ier. De la preuve des obligations commerciales (n. 436-447). 299
I. Actes publics (n. 439) 300
II. Actes sous signature privée (n. 440). . . . . Id.
III. Bordereau ou arrêté d'un agent de change ou d'un courtier dûment signé des parties (n. 441). 301
IV. Facture acceptée (n. 442). 302
V. La correspondance (n. 443-444). 303
VI. Les livres des parties (n. 445).. 305
VII. La preuve testimoniale (n. 446). . . . . Id.
VIII. Les présomptions (n. 447). . . . . Id.
IX. L'aveu (Id.). . . . . Id.
X. Le serment (Id.).. 306
Appendice. De l'enregistrement des actes commerciaux (n. 448). . . . . Id.
CHAPITRE II. De la vente commerciale (n. 449-484). 307
Section Ire. Application des règles du droit civil (n. 450-458). . . . . Id.
(Translation de la propriété, risques de la chose, frais, vente de la chose d'autrui, vente d'un objet péri, résolution de la vente, privilège du vendeur et droit de revendication.)
Section II. Usages spéciaux aux ventes commerciales (n. 459-484). 313
§ 1er. Modalités usitées dans les ventes commerciales (n. 460-473). . . . . Id.
I. Terme unilatéral (vente au comptant ou à crédit) (n. 461). . . . . Id.
II. Terme bilatéral ou synallagmatique (vente de disponible ou à livrer) (n. 462-464). 314
III. Conditions dans toutes ventes commerciales (n. 465-469). 315
IV. Conditions dans les ventes maritimes (n. 470-472) 318
V. Modalités spéciales aux marchandises en entrepôt (n. 473).. 322
§ 2. Obligations du vendeur (n. 474-480). . . . . Id.
I. Obligations du vendeur quant à la quantité de la marchandise (n. 475-476) 323
II. Obligations du vendeur quant à la qualité (n. 477-479). 325
III. Obligations du vendeur quant à la délivrance (n. 480). 327
§ 3. Obligations de l'acheteur (n. 481-482).. 328
(Escompte dans les ventes).
§ 4. Des ventes par filières (n. 483-484). 329

(B) TITRE VI.

DU GAGE ET DES COMMISSIONNAIRES.

CHAPITRE Ier. Du gage (n. 486-509). 332
Section Ire. Du gage commercial (n. 486-497).. . . . . Id.
(Historique.)
§ 1er. Constitution du gage (n. 489-493). 334
I. Preuve de la convention (n. 489). . . . . Id.
II. Mise en possession du créancier (n. 493). 336
§ 2. Droits du créancier gagiste (n. 494-496) 338
I. Avant l'échéance (n. 494-496). . . . . Id.
II. A l'échéance (n. 495-496). . . . . Id.
(Nullité du pacte commissoire de gage.)
III. Faveurs faites à certains établissements privilégiés (n. 496 bis). . . . 340
§ 3. Droits du débiteur (n. 497). 341
Section II. Des magasins généraux (n. 498-509). . . . . Id.
§ 1er. Fonctionnement général (n. 499-501). 342
§ 2. Mode de négociation des bulletins (n. 502-503). 343
§ 3. Effets de la négociation (n. 504-507).. 347
I. Droits du porteur du récépissé (n. 504-505). . . . . Id.
II. Droits du porteur du warrant (n. 506-507). 348
§ 4. Dispositions diverses (n. 508-509). 349
CHAPITRE II. Du contrat de commission (n. 510-535). 351
Section Ire. Définition du contrat de commission (n. 510-513).. . . . . Id.
I. Distinction de la commission et du mandat (n. 511-512). 352
II. Distinction entre la commission et d'autres relations analogues (n. 513-514). 354

Source BIU Cujas

Section II. Formation et fin du contrat de commission (n. 514-518). 335
Section III. Obligations des parties (n. 519-529). 339
I. Obligations du commissionnaire (n. 519-523). . . . . Id.
II. Obligations du commettant (n. 524-527). 363
III. De la convention de du-croire (n. 528-529). 365
Section IV. Effets des contrats passés par le commissionnaire avec les tiers (n. 530-533). 367
Section V. Du privilège du commissionnaire (n. 534-535). 371
Chapitre III. Du contrat de transport (n. 536-579). 374
Section Ire. Formation et preuve du contrat de transport (lettre de voiture, récépissé des compagnies de chemins de fer) (n. 538-543). 375
Section II. Obligations de l'expéditeur et du destinataire (n. 544-556). 380
Règles relatives aux compagnies de chemin de fer (n. 545-556). 381
I. Tarifs généraux (n. 547-549). 382
II. Tarifs exceptionnels (n. 550). 384
III. Tarifs différentiels (n. 551). . . . . Id.
IV. Tarifs spéciaux ou conditionnels (n. 552). 385
V. Camionnage des marchandises (n. 553). . . . . Id.
VI. Transport des bagages avec les voyageurs (n. 554). 386
VII. Sanction de l'observation des tarifs (n. 555-556). . . . . Id.
Section III. Obligations du voiturier et du commissionnaire (n. 557-579). . . 388
§ 1er. Responsabilité du commissionnaire et du voiturier (n. 558-559). . . . Id.
§ 2. Moyens de défense du voiturier et du commissionnaire (n. 560-565). . . 391
§ 3. Partage de la responsabilité entre les différents agents du transport (n. 566-571). 395
§ 4. Atténuations légales de la responsabilité du voiturier (n. 572-579). . . 398
I. Fin de non-recevoir (n. 573-574). 399
II. Prescription (n. 575-579). 401

(C) TITRE V.

DES BOURSES DE COMMERCE, AGENTS DE CHANGE ET COURTIERS.

Chapitre Ier. Des bourses de marchandises et des courtiers (583-597). 406
Section Ire. Tenue de ces bourses (n. 583). . . . . Id.
Section II. Des courtiers (n. 583-597). 407
I. Courtiers de marchandises (n. 592-594). 411
(Droit de participer aux ventes publiques.)
II. Courtiers d'assurances (n. 595). 414
III. Courtiers maritimes (n. 596). 415
IV. Courtiers de transport (n. 597). 416
Chapitre II. Des bourses d'effets publics et des agents de change (n. 598-663) . Id.
Section Ire. Opérations qui se font à la bourse (n. 600-649). 418
§ 1er. Valeurs qui se négocient à la bourse (n. 600-622). . . . . Id.
I. Division quant au fond (n. 601-605) 419
1° Rentes d'Etat (n. 601-603). . . . . Id.
2° Actions (n. 604). 421
3° Obligations (n. 605). . . . . Id.
II. Division quant à la forme (n. 606-622). 422
Avantages respectifs des deux formes : nominative ou au porteur (n. 607-622). . . . . Id.
1° Transmission (n. 608). . . . . Id.
2° Impôts (n. 609-612). 423
3° Détournement des titres au porteur (L. 15 juin 1872) (n. 613-622). . . 425
§ 2. Opérations sur les effets publics (n. 623-636). 429
I. Opérations au comptant (n. 623). . . . . Id.
II. Opérations à terme (n. 624-636). 430
1° Marchés fermes (n. 629-630). 432
2° Marchés libres ou à prime (n. 631-633). 434
3° Marchés reports (n. 634-636). 435
§ 3. Formation et exécution des marchés (n. 637-644) 437
I. Exécution des marchés au comptant (n. 638-640). . . . . Id.
1° Entre les agents de change (n. 639). 438
2° Entre chaque agent et son client (n. 640). . . . . Id.
II. Exécution des marchés à terme (n. 642-644). 440
1° Entre agents de change (n. 643). . . . . Id.

Source BIU Cujas

2° Entre chaque agent et son client (n. 644). 441
§ 4. Question de la validité des marchés à terme (n. 645-649). . . . . Id.
Section II. Des agents de change (n. 650-663). 446
§ 1er. Fonctions et mode de nomination (n. 651-654). 447
§ 2. Obligations professionnelles (n. 655-661). 451
§ 3. Monopole des agents de change (n. 662-663). 454

(D) INTRODUCTION AU TITRE VIII.

DE LA CIRCULATION DES CAPITAUX.

CHAPITRE Ier. — De la circulation monétaire (665-679) 456
Des instruments de circulation (n. 673-679) 460
1° Billets de banque (n. 674-675). 461
2° Dépôts dans les banques (n. 676). 462
3° Virements (n. 677). . . . . Id.
4° Bons de monnaie (n. 678) . . . . . Id.
5° Lettre de change (n. 679). . . . . Id.
CHAPITRE II. — De la circulation fiduciaire (n. 680-687). 463
Instruments de crédit (n. 681-687). . . . . Id.
1° Ventes à crédit (n. 681). . . . . Id.
2° Billets à ordre (n. 682). 464
3° Lettres de change (n. 683-684). . . . . Id.
4° Escompte (n. 685). 465
5° Avances sur nantissement (n. 686). . . . . Id.
6° Emission de billets de banque (n. 687). . . . . Id.
CHAPITRE III. Des banques (n. 688-705). . . . . Id.
Section Ire. Banques du commerce (n. 690-699). 466
I. Formes et conditions des dépôts (n. 692). 467
II. Formes et conditions des placements. — Escompte (n. 693-699). . . . 468
Section II. Banques d'émission ou de circulation (n. 700-704). 473
(Résumé des opérations de la banque de France.)
Section III. Banques de placement ou de circulation (n. 705). 476

(E) TITRE VIII.

DE LA LETTRE DE CHANGE, DU BILLET A ORDRE ET DE LA PRESCRIPTION.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. Pratique des changes (n. 706-711). 477
(Explication des tableaux du cours des changes ; change à l'intérieur de la France.)
CHAPITRE Ier. De la lettre de change (n. 712-837). 481
(Contrat de change, marche générale d'une lettre de change.)
Section Ire. Création de la lettre de change (n. 717-745). 484
§ 1er. Conditions essentielles (n. 717-731). . . . . Id.
I. Désignation des personnes (n. 719-720). 486
II. Désignation de l'obligation (n. 721-724). 487
1° Indication de la somme due (n. 721). . . . . Id.
2° Indication de l'époque du paiement (n. 722-723). 488
3° Indication du lieu du paiement (n. 724). 489
III. Mentions relatives au titre même (n. 725-726). . . . . Id.
1° La date (n. 725). . . . . Id.
2° La valeur fournie (n. 726). 490
Sanction des conditions essentielles (n. 727-731). 491
§ 2. Mentions accidentelles (n. 732-738). 494
I. Mentions facultatives quant au tireur (n. 732-733). . . . . Id.
1° Lettre à l'ordre du tireur (n. 732). . . . . Id.
2° Tireur pour compte (n. 733). 495
II. Mentions facultatives quant au tiré (n. 734-735) 496
1° Recommandataire ou besoin (n. 735-736). . . . . Id.
2° Domiciliataire (n. 735). . . . . Id.
III. Mentions facultatives quant aux choses (n. 736-738). 497
1° Suivant avis ou sans autre avis (n. 736). . . . . Id.
2° Retour sans frais (n. 737). . . . . Id.
3° Lettre à plusieurs exemplaires (n. 738). 498

Source BIU Cujas

§ 3. Incapacités en matière de lettres de change (n. 739-742). 499
I. Incapacité des femmes (n. 739). . . . . Id.
II. Incapacité du mineur (n. 740). 500
Interdit, individu pourvu d'un conseil judiciaire (n. 741). 501
§ 4. Conditions fiscales (n. 743-745). 502
I. Timbre (n. 743-744). . . . . Id.
II. Enregistrement (n. 745). 504
Section II. Transmission de la lettre de change (n. 746-769). . . . . Id.
§ 1er. Endossement translatif de propriété (n. 747-758). 505
I. Formes de l'endossement (n. 748-751). 506
II. Effets de l'endossement régulier (n. 752-757). 508
1° Garantie complète du paiement par l'endosseur (n. 753). 509
2° Les exceptions personnellement opposables au cédant ne sont pas opposables au cessionnaire (n. 754-757). 510
A. Cas où la règle s'applique absolument (n. 755). 511
B. Cas où la règle ne s'applique pas (n. 756). 512
C. Cas où la règle s'applique seulement en faveur d'un possesseur de bonne foi (n. 757). . . . . Id.
III. Clauses accidentelles (n. 758). 513
§ 2. Endossement de procuration (n. 759-768). 514
I. Endos de procuration expresse (n. 760-761). . . . . Id.
II. Endos de procuration tacite (n. 762-768). 516
1° Endossement irrégulier (n. 762). . . . . Id.
2° Endossement en blanc (n. 763). 517
3° Effets des endossements irréguliers ou en blanc (n. 764-768). . . . . Id.
§ 3. Endossement de garantie (n. 769). 520
Section III. Garanties du paiement (n. 770-798). 521
§ 1er. Provision (n. 770-777). . . . . Id.
I. Quand y a-t-il provision (n. 771). 522
II. Quels sont les droits du porteur sur la provision (n. 772-777). 523
§ 2. Acceptation (n. 779-794). 532
I. Formes de l'acceptation (n. 781-784). 534
II. Effets de l'acceptation (n. 785-787). 537
III. Refus d'acceptation et ses conséquences (n. 788-794). 538
(Recours du porteur, acceptation par intervention.)
§ 3. De l'aval (n. 795-797). 542
§ 4. De la solidarité (n. 798). 545
Section IV. Du paiement et du refus de paiement (n. 799-837). 546
§ 1er. Paiement normal (n. 799-811). . . . . Id.
I. Conditions du paiement (n. 799-802). . . . . Id.
Exceptions au droit commun (n. 801-802). 548
1° Possibilité d'un paiement partiel (n. 801). . . . . Id.
2° Le porteur ne peut être forcé à recevoir un paiement anticipé (n. 802). Id.
II. Question de validité du paiement (n. 803-805). . . . . Id.
III. Du cas de perte de la lettre de change (n. 806-809). 550
1° Précautions à prendre avant l'échéance (n. 807). . . . . Id.
2° Manière de procéder à l'échéance (n. 808-809). 551
IV. Du cas d'une lettre de change fausse (n. 810-811). 553
§ 2. Refus de paiement et ses conséquences immédiates (812-825). 554
I. Devoirs du porteur (n. 813-818). . . . . Id.
(Protêt, dénonciation, assignation en justice.)
II. Droits du porteur (n. 819-823). 560
(Rechange.)
III. Paiement par intervention (n. 824-825). 566
§ 3. Déchéances du porteur négligent (n. 826-832). 568
I. A l'encontre du tireur (n. 826-827). . . . . Id.
II. A l'encontre des endosseurs (n. 828-829). 570
III. A l'encontre du tiré (n. 830). 571
IV A l'encontre des cautions (n. 831). . . . . Id.
Déchéance fiscale (n. 833.). 572
§ 4. Recours des coobligés entre eux (n. 834-837). . . . . Id.
I. Le tiré a payé (n. 834). . . . . Id.
II. Le tireur a payé (n. 835). 573
III. Un endosseur a payé (n. 836). . . . . Id.
IV. Une caution a payé (n. 837). 574
Chapitre II. Du billet à ordre (n. 838-844). . . . . Id.
§ 1er. Formes du billet à ordre (n. 839). 575
Conditions fiscales, timbre, enregistrement n. 840). 576

Source BIU Cujas

§ 2. Effets du billet à ordre (n. 841). 577
§ 3. Compétence (n. 842-843). . . . . Id.
§ 4. Du billet à domicile (n. 844). 579
CHAPITRE III. De la prescription (n. 845-852). 586
(F). APPENDICE Ier, AU TITRE VIII. Des billets au porteur (n. 853-854). 580
(G). APPENDICE II, AU TITRE VIII. Des chèques (n. 855-874). 590
§ 1er Du chèque proprement dit (n. 859-872). 593
I. Définition du chèque (n. 859-863). . . . . Id.
II. Formes du chèque (n. 864-866). 598
III. Effets du chèque (n. 867-869). 601
IV. Conditions fiscales (n. 870-872). 603
§ 2. Des récépissés sur les banques (n. 873-874). 605
(H). APPENDICE III, AU TITRE VIII. Du compte-courant (n. 875-888). 607
Comptabilité spéciale (n. 875-879). . . . . Id.
Théorie juridique du compte-courant (n. 880-887). 611
Section Ire. Définition et effets essentiels du compte-courant (n. 880 A-B.) . . 612
Section II. Convention originaire du compte-courant (n. 881-881 E). 614
I. Le compte-courant est un contrat *sui generis* (n. 881). . . . . Id.
II. Nature du contrat (n. 881 A). 615
III. Formation du contrat (881 B-881 E). 616
Section III. Des remises et de leurs effets juridiques (n. 882-885). 619
§ 1er Entrée des remises dans le compte (n. 882-882 B). . . . . Id.
§ 2. Crédit donné en échange des remises (n. 883). 623
(De la condition sauf encaissement.)
§ 3. Effets des remises (n. 884-885) 629
I. Indivisibilité du compte-courant (n. 884-884 A). 630
II. Novation (n. 885). 633
Section IV. Fonctionnement du compte (n. 886-886 D). 635
§ 1er. Des intérêts (n. 886 A) . . . . . Id.
§ 2. Droits accessoires (n. 886 B) 637
§ 3. Arrêtés de compte (n. 886 C-D) . . . . . Id.
Section V. Clôture du compte (n. 887-887 B) 644
I. Causes et effets immédiats de la clôture (n. 887) . . . . . Id.
II. Règlement du compte (n. 887 A) 645
III. Créance du solde définitif (n. 887 B) 646
(I). APPENDICE IV, AU TITRE VIII. De la convention d'ouverture de crédit (n. 888) 650

LIVRE III

DES FAILLITES ET BANQUEROUTES

TITRE PREMIER.

DE LA FAILLITE.

Historique (n. 891). 656
Marche générale de la faillite (n. 892). 657
CHAPITRE Ier. Déclaration de la faillite et ses effets (n. 893-958). 658
Section Ire. Déclaration de la faillite (n. 893-904). . . . . Id.
§ 1er. Conditions nécessaires pour qu'il y ait faillite (n. 893-896). . . . . Id.
I. Qualité de commerçant (n. 893-894). . . . . Id.
II. Cessation de paiements (895-896). 661
§ 2. Jugement déclaratif (n. 897-904). 665
(Compétence, publicité du jugement, voies de recours contre le jugement.)
Section II. Effets du jugement déclaratif (n. 905-958). 674
Sous-section Ire. Effets du jugement déclaratif dans l'avenir (n. 905-939). . 675
§ 1er. Dessaisissement (n. 906-913). . . . . Id.
§ 2. Hypothèque au profit de la masse (n. 914-915). 684
§ 3. Interdiction de toute nouvelle inscription de privilège ou d'hypothèque (n. 916-919). 685
§ 4. Cessation des voies d'exécution individuelles (n. 920-922). 692
§ 5. Déchéance du terme (n. 923-935). 695
Droits du bailleur. L. 12 fév. 1872 (n. 926-932). 697
I. Résiliation du bail (n. 927-929). 700
II. Limite au privilège du bailleur (n. 930-932). 701
§ 6. Cessation du cours des intérêts (n. 936-938). 705

Source BIU Cujas

§ 7. Incapacités qui frappent le failli (n. 939). 708
Sous-section II. Effets du jugement déclaratif dans le passé (n. 940-958). . . . Id.
§ 1er. Nullités de droit (n. 943-953). 712
I. Tout acte à titre gratuit (n. 944). 713
II. Certains paiements (n. 945-951) 714
III. Certaines constitutions d'hypothèques ou de droits réels accessoires (n. 952-953). 721
§ 2. Nullités facultatives pour le juge (n. 954-956). 723
Règle spéciale à l'acquittement des effets de commerce (n. 956-957). . . 726
§ 3. Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques (n. 958). . . . 729
Chapitre II. Procédure préparatoire (n. 959-1026). 731
Section Ire. Personnel de la faillite (n. 959-970). . . . . Id.
§ 1er. Tribunal de commerce du domicile du failli (n. 959-961). . . . . Id.
Voies de recours contre les jugements en matière de faillite (n. 960-961) 733
§ 2. Juge-commissaire (n. 962). 734
§ 3. Syndics (n. 963-966). 735
§ 4. Les créanciers (n. 967-968). 739
§ 5. Le failli (n. 969-970). 741
Section II. Mesures conservatoires (n. 971-983). 743
I. Apposition des scellés et inventaire (n. 972-973). . . . . Id.
II. Exploitation du fonds de commerce du failli (n. 974). 745
III. Certaines ventes urgentes (n. 975). . . . . Id.
IV. Poursuite des droits du failli (976-980). 746
(Mesures purement conservatoires, recouvrements, actions en justice, transactions.)
V. Frais de ces mesures (n. 981). 749
VI. Secours au failli et à sa famille (n. 982). . . . . Id.
VII. Mesures dans l'intérêt de la vindicte publique (n. 983). 750
Section III. Mesures préparant la solution (n. 984-1026). . . . . Id.
Sous-section Ire. Etablissement de la liste des créanciers et de la quotité de leurs droits (n. 985-997). . . . . Id.
§ 1er. Vérification des créances (n. 985-990). . . . . Id.
§ 2. Quotité pour laquelle chacun figurera (n. 991-997). 759
Sous-section II. Prélèvements à faire sur la masse (n. 998-1026) 765
§ 1er. Revendications (n. 998-1016). . . . . Id.
I. Revendications d'objets déposés ou consignés (n. 999-1004) 766
1° Revendication des effets de circulation (n. 1000-1001). . . . . Id.
2° Revendication des marchandises déposées (n. 1002). 767
3° Revendication du prix de vente des marchandises déposées ou consignées (n. 1003-1004). 768
II. Revendication du vendeur de meubles (n. 1005-1011). 770
III. Revendication de la femme du failli (n. 1002-1016). 778
§ 2. Exercice des privilèges et hypothèques (n. 1017-1026). 782
I. Quels sont les créanciers privilégiés et hypothécaires (n. 1017-1024). . . Id.
(Privilège des commis et ouvriers, suppression du privilège du vendeur, restriction au privilège du bailleur; restriction à l'hypothèque légale de la femme du failli.)
II. Comment s'exercent les droits des créanciers privilégiés ou hypothécaires (n. 1025-1026). 787
1° Créanciers privilégiés généraux (n. 1025). . . . . Id.
2° Créanciers privilégiés spéciaux sur les meubles (n. 1025). . . . . Id.
3° Créanciers privilégiés spéciaux sur les immeubles et créanciers hypothécaires (n. 1026). 788
Appendice au chapitre II. Clôture pour insuffisance d'actif (n. 1027-1028). . . . 790
Chapitre III. Solution de la faillite (n. 1029-1084). 792
Section Ire. Du concordat (n. 1030-1062). . . . . Id.
§ 1er. Formation du concordat (n. 1031-1040) 793
(Convocation des créanciers, tenue de l'assemblée, solution, homologation par le tribunal, cas de la faillite d'une société.)
§ 2. Effets du concordat (n. 1041-1053). 804
I. Effets légaux (n. 1041-1044). . . . . Id.
II. Effets conventionnels (n. 1045-1048). 806
III. Exécution du concordat (n. 1049-1053). 809
§ 3. Annulation et résolution du concordat (n. 1054-1062). 815
I. Causes d'annulation et de résolution (n. 1054-1056). . . . . Id.
1° Annulation (n. 1055). 814
2° Résolution (n. 1056). . . . . Id.
II. Effets de l'annulation ou de la résolution (n. 1057-1062). 813
1° Effets *inter partes* (n. 1058). . . . . Id.
2° Effets à l'égard des tiers (n. 1059-1062). 816
(Seconde faillite.)

Source BIU Cujas

Section II. Du concordat par abandon (n. 1063-1066). 819
Appendice aux sections I et II. Des concordats amiables et des liquidations judiciaires (n. 1067-1069). 821
I. Des concordats amiables (n. 1067-1068). . . . . Id.
II. Des liquidations judiciaires (n. 1069). 823
Section III. De l'union (n. 1070-1084). 824
I. Organisation de l'union (n. 1071). . . . . Id.
II. Secours au failli (n. 1072). 825
III. Pouvoirs des syndics en dehors de la liquidation proprement dite (n. 1073-1075). . . . . Id.
IV. Réalisation de l'actif (n. 1076-1078). 827
V. Répartitions entre les créanciers (n. 1079-1080). 829
VI. Assemblées des créanciers et clôture de la faillite (n. 1081-1084). . . 831

TITRE II.

DES BANQUEROUTES.

CHAPITRE Ier. De la banqueroute simple (n. 1085-1088). 836
I. Causes de banqueroute simple obligatoires pour le juge (n. 1086) . . . 837
II. Causes de banqueroute simple facultatives pour le juge (n. 1087) . . . Id.
III. Frais des poursuites (n. 1088). . . . . Id.
CHAPITRE II. De la banqueroute frauduleuse (n. 1089). 839
CHAPITRE III. Des crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis (n. 1090-1099). 840
CHAPITRE IV. De l'administration des biens en cas de banqueroute (n. 1100-1101) 845

TITRE III.

DE LA RÉHABILITATION.

I. Conditions de la réhabilitation (n. 1103-1106). 847
II. Procédure de la réhabilitation (n. 1107) 850

LIVRE II.

DU COMMERCE MARITIME.

Coup d'œil d'ensemble sur le droit maritime : — I. Moyens de transport (les navires); — II. Agents du transport; — III. Contrat de transport (affrètement, charte-partie, connaissement); — IV. Risques maritimes (avaries particulières ou communes, contrat d'assurance, prêt à la grosse); — V. Prescriptions et fins de non-recevoir (n. 1108-1115). 854

(A) TITRE Ier.

DES NAVIRES ET AUTRES BATIMENTS DE MER.

CHAPITRE Ier. Etat civil des navires (n. 1117-1121) 860
(Condition de la francisation, perte de de la nationalité française, acte de francisation.)
CHAPITRE II. Régime de la propriété des navires (n. 1122-1166). 864
§ Ier. Privilèges sur les navires (n. 1123-1143) 865
I. Créances nées après le dernier voyage (n. 1125-1129) 867
II. Créances nées pendant le dernier voyage (n. 1130-1131) 869
III. Créances nées avant le dernier voyage (n. 1132-1137) 872
Durée de ces privilèges (n. 1138-1140). 878
Des autres privilèges sur les navires (n. 1141-1142). 882
Assiette des privilèges (n. 1143). 884
§ 2. Droit de suite des créanciers et son extinction (n. 1144-1150) . . . . . Id.
I. Vente sur saisie (n. 1146) 886
II. Voyage en mer (n. 1147-1150) 887

Source BIU Cujas

§ 3. De la vente volontaire des navires (n. 1151-1156). 891
Appendice. De la prescription applicable à la propriété des navires (n. 1156). 894
§ 4. De l'hypothèque des navires (n. 1157-1166) 895
I. Nature de l'hypothèque des navires (n. 1158). 897
II. Conditions pour l'établissement ou la main levée de l'hypothèque (n. 1159-1161) 898
III. Transmission de l'hypothèque (n. 1162). 900
IV. Droits des créanciers hypothécaires (n. 1163-1166). 901

(B) TITRE II.

DE LA SAISIE ET VENTE DES NAVIRES.

(n. 1167-1170).

(C) TITRE III.

DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES.

CHAPITRE Ier. De la copropriété des navires (n. 1171-1177) 909
CHAPITRE II. Contrat d'engagement du capitaine (n. 1178-1182). 917
CHAPITRE III. Obligations des propriétaires envers les tiers à raison des faits du capitaine (n. 1183-1190) 918

(D) TITRE IV.

DU CAPITAINE.

CHAPITRE Ier. Principe général de la responsabilité du capitaine envers ses mandants (n. 1192-1194). 925
CHAPITRE II. Pouvoirs du capitaine (n. 1195-1204) 928
(Formation de l'équipage, autorité sur l'équipage, armement et affrètement du navire, réparations et ravitaillement au cours du voyage, interdiction de vendre le navire.)
CHAPITRE III. Devoirs du capitaine (n. 1205-1214). 934
§ 1er. Obligations spéciales (n. 1206-1208). . . . . Id.
§ 2. Formalités à remplir par le capitaine (n. 1209-1214) 936
Appendice. Exemption de la contrainte par corps au moment du départ (n. 1215) 940

(E) TITRE V.

DE L'ENGAGEMENT DES MATELOTS ET AUTRES GENS DE L'ÉQUIPAGE.

Engagements des matelots (n. 1217-1218). 941
Salaires des matelots (n. 1219). 943
Formes des salaires (n. 1220). 944
Droits des matelots en cas de rupture ou de modification du voyage (n. 1221-1226) . . . . . Id.
Perte des salaires en cas de naufrage (n. 1227) 946
Droits du matelot malade, tué, blessé ou pris (n. 1228). 947
Droit au rapatriement (n. 1229). . . . . Id.
Défense de charger des marchandises pour leur propre compte (n. 1230) 948
(Contrat de pacotille.)

(F) TITRE VI.

DES CHARTES-PARTIES, AFFRÈTEMENTS OU NOLISSEMENTS.

CHAPITRE Ier. Formes du contrat d'affrètement (n. 1233-1240). 951
CHAPITRE II. Obligations résultant du contrat d'affrètement (n. 1241-1242). . . . 955

(G) TITRE VII.

DU CONNAISSEMENT.

CHAPITRE Ier. Formes du connaissement (n. 1244-1246). 959
CHAPITRE II. Effets du connaissement (n. 1247-1248) 961
CHAPITRE III. Obligations et pouvoirs du capitaine relativement aux marchandises chargées (n. 1249-1254) 963

Source BIU Cujas

(H) TITRE VIII.

DU FRET OU NOLIS.

CHAPITRE Ier. Obligation de payer le fret (n. 1255-1264). 969
1° Réduction ou augmentation du chargement (n. 1256-1258) . . . . . Id.
2° Empêchement au voyage (n. 1259) 971
3° Retardement du voyage (n. 1260-1261). . . . . Id.
4° Voyage incomplet (n. 1262-1264) 974
CHAPITRE II. Garanties réciproques des parties (n. 1265-1268) 976
I. Privilège réciproque (n. 1265-1266). . . . . Id.
II. Droit pour le capitaine de vendre les marchandises pour se payer (n. 1267) 978
III. Refus du droit de rétention au capitaine (n. 1268). . . . . Id.

(I) TITRE XI.

DES AVARIES.

CHAPITRE Ier. Distinction des avaries communes ou particulières (n. 1272-1288) . 982
CHAPITRE II. Règlement des avaries communes, ou contribution (n. 1289-1301) . 994
I. Evaluation des marchandises (n. 1292-1294). 995
II. Evaluation du navire et de ses accessoires (n. 1295-1301) 997
CHAPITRE III. De l'abordage des navires (n. 1302-1304) 1001

(J) TITRE XII.

DU JET ET DE LA CONTRIBUTION.

(n. 1305).

(K) TITRE X.

DES ASSURANCES.

Historique (n. 1307-1308). 1006
CHAPITRE Ier. Du contrat d'assurance, de sa forme et de son objet (n. 1309-1361). 1009
Section Ire. Formes du contrat (n. 1310-1315). . . . . Id.
Section II. Conditions de fond (n. 1316-1361) 1014
§ 1er. Désignation des personnes (n. 1318-1323). 1015
§ 2. Objets assurés (1324-1342) 1019
I. Détermination des objets assurés (n. 1324-1334). . . . . Id.
1° Assurances sur corps (n. 1325-1327). 1020
2° Assurances sur marchandises ou facultés (n. 1328-1331). 1023
3° Observations communes aux assurances sur corps et sur facultés (n. 1332-1334) 1026
II. Evaluation des objets assurés (n. 1335-1337). 1028
III. Somme assurée (n. 1338). 1030
IV. Preuve du chargement (n. 1339) 1031
V. Sanction des dispositions précédentes (n. 1340-1342). 1032
§ 3. Détermination des risques (n. 1343-1355) 1034
I. Navire comme lieu des risques (n. 1344-1345) . . . . . Id.
II. Voyage et ses conditions (n. 1346-1348) 1035
III. Temps des risques (n. 1349-1350) 1037
IV. Sanction de la loi (n. 1351-1355) 1038
§ 4. De la prime (n. 1356-1359). 1042
§ 5. Des réassurances et de l'assurance de la prime (n. 1360-1361) 1044
CHAPITRE II. Obligations de l'assureur et de l'assuré (n. 1362-1390). 1045
Section Ire. Causes de résolution du contrat (n. 1362-1368). 1046
I. Résolution par la faillite des parties (n. 1363-1364) . . . . . Id.
II. Résolution par la volonté de l'assuré (n. 1365-1366). 1047
III. Résolution pour changement dans les risques (n. 1367-1368). 1049
Section II. Obligation de l'assuré (n. 1369-1370). 1051
Section III. Obligations de l'assureur (n. 1371-1390) 1052
§ 1er. Avaries dont répond l'assureur (n. 1372-1380) . . . . . Id.
§ 2. Du règlement des avaries (n. 1381-1390). 1061

Source BIU Cujas

I. Des avaries-frais (n 1382) 1062
II. Des avaries particulières au navire (n. 1383-1384). . . . . Id.
III. Des avaries particulières aux marchandises (n. 1385-1388) 1063
IV. Des avaries communes (n. 1389-1390) 1067
CHAPITRE III. Du délaissement (n. 1391-1422) 1068
Section Ire. Cas où le délaissement est possible (n. 1394-1408 1071
1° Prise (n. 1398) 1073
2° Arrêt de puissance (n. 1399-1400) 1074
3° Naufrage (n. 1401) 1075
4° Echouement avec bris (n. 1402) 1076
5° Innavigabilité (n. 1403-1405) 1078
6° Défaut de nouvelles (n. 1406) 1080
7° Perte ou détérioration des trois quarts (n. 1407) 1081
Cas admis par les polices (n. 1408) 1082
Section II. Conditions à remplir par l'assuré pour le délaissement (n. 1409-1414) 1083
I. Formalité préalable (n. 1409) 1084
II. Soins à prendre dans l'intérêt de l'assureur (n. 1410). . . . . Id.
III. Réalisation du délaissement (n. 1411-1414). 1085
(Délai dans lequel il doit avoir lieu. Manière de faire le délaissement. Déclarations accessoires, justifications à faire.)
Section III. Effets du délaissement (n. 1415-1422) 1088

(L) TITRE IX.

DES CONTRATS A LA GROSSE.

Généralités (n. 1423-1427) 1093
CHAPITRE Ier. Formes du contrat (n. 1428-1429) 1097
CHAPITRE II. Conditions de fond (n. 1430-1434). 1099
1° Désignation des personnes (n. 1430) 1100
2° Capital prêté et profit maritime (n. 1431) . . . . . Id.
3° Objets affectés au prêt (n. 1433) 1101
4° Détermination des risques (n. 1424) 1103
CHAPITRE III. Droits du prêteur à la grosse (n. 1435-1440). . . . . Id.
§ 1er. Droits du prêteur en cas d'heureuse arrivée (n. 1435-1436). . . . . Id.
§ 2. Droits du prêteur en cas de sinistre (n. 1437-1438). 1106
§ 3. Droits du prêteur à la grosse en concours avec des assureurs (n. 1439-1440). 1108

(M) TITRE XIII.

DES PRESCRIPTIONS.

(n. 1441-1445).

(N) TITRE XIV.

FINS DE NON-RECEVOIR.

(n. 1446-1451).

LIVRE IV.

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

TITRE PREMIER.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE Ier. Etablissement des tribunaux de commerce (n. 1453) 1123
CHAPITRE II. Nomination des juges des tribunaux de commerce (n. 1454-1460). . 1124
CHAPITRE III. Officiers auxiliaires de la juridiction commerciale (n. 1461-1463). . 1130
CHAPITRE IV. Comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce (n. 1464). 1133

Source BIU Cujas

TITRE II.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

CHAPITRE Ier. Compétence *ratione materiæ* des tribunaux de commerce (n. 1465-1469) 1134
CHAPITRE II. Compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce (n. 1470). 1136
CHAPITRE III. Compétence des tribunaux de commerce en premier et dernier ressort (n. 1471). 1138

TITRE III.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

(n. 1472-1474).

TITRE IV.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES COURS ROYALES.

(n. 1475).

FIN DE LA TABLE ANALYTIQUE.

Source BIU Cujas

TABLE ALPHABÉTIQUE.

A

ABORDAGE de navires, n. 1302 et suiv. Règles destinées à les prévenir, n. 1303. Abordage douteux, à la charge des assureurs, n. 1373. Prescription, n. 1450.

ACCEPTATION d'une lettre de change, n. 778 et suiv. V. Table anal.

ACCEPTATION PAR INTERVENTION, n. 792-794.

ACCESSOIRE (Théorie de l'), en matière d'actes de commerce, n. 49 et suiv.

ACHALANDAGE. Propriété commerciale, n. 429 et suiv.

ACHAT POUR REVENDRE, n. 34; meubles incorporels, n. 36, 47; immeubles, n. 36.

ACQUITS A CAUTION, n. 422.

ACTE DE COMMERCE, n. 29 et suiv. V. Table anal. Quasi-contrat, quasi-délit, n. 50; cautionnement, *ibid.*; achat d'un fonds de commerce, *ibid.*; souscription à une commandite, n. 211, à une société par actions, n. 228; contrat de change, n. 712; lettre de change, n. 52, 716, 739, 746; billet à ordre, n. 842 et suiv; billet à domicile, n. 844; assurance maritime, n. 1323.

ACTE DE FRANCISATION, n. 1120. Inscription des mutations de propriété, effet à l'égard des tiers, n. 1150. Inscription des hypothèques, n. 1160.

ACTE DE NAVIGATION, n. 424.

ACTE SOUS SEING PRIVÉ, n. 440.

ACTEURS. Acte de commerce, n. 45; compétence, ibid.

ACTION dans une société. Différences avec l'intérêt, n. 218 et suiv. Divisions des actions : actions de capital, industrielles, de fondation, n. 229; actions de capital, industrielles, de jouissance, n. 230 et suiv.; actions au porteur, nominatives, à ordre, n. 235 et suiv. Emissions nouvelles, n. 234, 239. Actions de prime, illégalité, n. 249. Actions considérées comme valeurs de bourse, n. 604. Impôts, n. 609 et suiv.

ACTION D'AVARIE, n. 1371 et suiv.

ACTIONS EN JUSTICE du chef d'un failli, n. 913, 979.

ACTIONNAIRE. Action directe des créanciers sociaux, n. 228. Acte de commerce, *ibid.* Commerçant, *ibid.* Répétition des dividendes fictifs, n. 293 et suiv.

ADMISSION AU PASSIF DUNE FAILLITE, n. 967. Interrompt-elle la prescription? n. 851.

ADMISSION TEMPORAIRE, n. 422.

AFFIRMATION DES CRÉANCES, n. 987.

AFFRÈTEMENT, n. 1232 et suiv. V. table anal. Privilège, n. 1137, 1265. Pouvoirs du capitaine, n. 1197. Prescription, 1144, 1147 et suiv.

AGENTS, autrefois dans les faillites, n. 964.

AGENTS de change, n. 650 et suiv. V. table anal. Electeurs pour les tribunaux de commerce, n. 1455; éligibles, n. 1457.

AGRÉÉS près les tribunaux de commerce, n. 1463.

AGRÈS et apparaux, n. 1116, 1128. Assurance, n. 1325. Prêt à la grosse, n. 1432.

AGRICULTEUR; manipulations industrielles, acte de commerce, n. 35 et 40.

ALIÉNATIONS, par un failli, n. 910, 911.

ALLÈGES (Risques d'), avarie commune, n. 1280.

AMALFI (Table d'), n. 10

AMORTISSEMENT, n. 233.

ANATOCISME dans le compte courant, n. 886 D.

ANGARIE, n. 1374.

ANTIDATE, n. 749.

APOSTILLE, n. 583.

APPORT d'un associé; ses diverses formes, n. 154, 174, 198.

APPEL. Du jugement déclaratif de faillite, n. 904; des autres jugements en matière de faillite, n. 970 et suiv.; des jugements des tribunaux de commerce en général, n. 1473, 1475.

ARBITRAGE, de bourse, n. 623; de banque, n. 708.

ARBITRAGE FORCÉ entre associés, abolition, n. 396.

ARMATEUR. Définition, n. 1112.

ARMATEUR-GÉRANT, n. 1175.

ARMEMENT. Pouvoirs du capitaine, n. 1197. Assurance, n. 1325. Prêt à la grosse, n. 1432.

ARRÊT DE PUISSANCE, n. 1260; diverses espèces, n. 1374; cas de délaissement, n. 1399 et suiv.

ARTISTES. Acte de commerce, n. 45; compétence, *ibid.*

ASSEMBLÉES GÉNÉRALES. Dans les sociétés par actions, n. 297 et suiv., 317 et suiv. Dans les faillites, n. 908, 1081.

ASSOCIATION EN PARTICIPATION, n. 364 et suiv. Faillite, n. 894.

ASSURANCES MARITIMES, n. 1306 et suiv. V. table anal. — Comparaison avec le prêt à la grosse, n. 1114. Privilège pour la prime,

Source BIU Cujas

n. 1136, 1369. Sur corps, n. 1325 et suiv.; sur facultés, n. 1328 et suiv. Assurance illimitée, n. 1338; — *in quovis*, n. 1344; — à prime liée, n. 1347, 1358; — sur bonnes ou mauvaises nouvelles, n. 1354; — de la prime, n. 1360. Prescription, n. 1443.
Assurances mutuelles. Ne sont pas des sociétés, n. 155. Leur régime légal, n. 328.
Assurances sur la vie. Leur régime légal, n. 328.
Autorisation de faire le commerce : Mineur, n. 80 et suiv. Femme mariée, n. 94 et suiv.
Auxiliaires des commerçants, n. 66 et suiv. V. table anal.
Avances sur titres, n. 487.
Aval, n. 795 et suiv.
Avantages particuliers au profit d'un créancier de la faillite, n. 1094 et suiv.
Avaries, n. 1269 et suiv. V. table anal. — Etymologie, n. 1269. Menues avaries, n. 1270. Avaries dont répond l'assureur, n. 1372 et suiv.
Avaries communes ou grosses, n. 1272 et suiv. Leur règlement en cas d'assurance, n. 1389. Contribution par le prêteur à la grosse, n. 1438.
Avaries-frais. Définition, n. 1270. Leur règlement en cas d'avaries communes, n. 1290; en cas d'assurance, n. 1382.
Avaries matérielles. Définition, n. 1270. Leur règlement en cas d'avaries communes, n. 1291 et suiv.; en cas d'assurance, n. 1383 et suiv.
Avaries particulières, n. 1271 et suiv. Leur règlement en cas d'assurance, n. 1383 et suiv. A la charge du prêteur à la grosse, n. 1438.
Avenant, n. 1314, 1329.
Avoués. Leur ministère interdit devant les tribunaux de commerce, n. 1461; conséquences, n. 1472. *Quid* devant les tribunaux civils jugeant commercialement? n. 1464.
Ayant-cause. La masse est-elle l'ayant-cause du failli, n. 968.

B

Bailleur. Ses droits en cas de faillite, n. 922, 926 et suiv. Bailleur des magasins où sont déposés les agrès et apparaux, n. 1128.
Bailleur de fonds (prêteur), distingué de l'associé-bailleur-de-fonds (commanditaire), n. 200.
Balance du commerce (Système de la), n. 410.
Banques, n. 688 et suiv. V. table anal. Dépôts dans les banques, n. 676, 690 et suiv.
Banque de France, n. 700 et suiv. Privilégiée au point de vue du gage, n. 496 *bis*. Mandats blancs et mandats rouges, n. 857.
Banqueroute, n. 889, 1085 et suiv.
Baraterie de patron, n. 1372, 1379.
Besoin (dans la lettre de change), n. 734, 815.
Bilan, n. 138 et suiv. Bilans des diverses banques, n. 692 et suiv. Bilan de failli, n. 900, 984.
Billet a domicile, n. 844.
Billet a ordre, n. 838 et suiv. V. table anal. Comme instrument de crédit, n. 682.
Billet au porteur, n. 853, 854.
Billets de banque, n. 674, 675, 687, 700 et suiv.
Billet de grosse, n. 1428.
Billet de prime, n. 1359.
Blanc seing (Abus de), n. 757.
Blocus, n. 1264, 1374.
Bon de caisse, n. 857.
Bon de monnaie, n. 678.
Bonification dans les ventes, n. 478.
Bordereau d'agent de change ou de courtier, n. 441.
Bourses de commerce, n. 580 et suiv. V. table anal.

C

Cable rompu ou coupé, avarie commune, n. 1278.
Cambiste, n. 706.
Capacité du mineur commerçant, n. 86 et suiv.
Capitaine de navire, n. 1112, 1178, 1191 et suiv. V. table anal. Gages, privilège, n. 1130. Droit de chapeau, n. 1237; privilège, n. 1130. Son contrat d'engagement envers les armateurs, n. 1178 et suiv. Révocabilité, n. 1180, 1345. Est-il commerçant? n. 1194. Est-il personnellement obligé par le contrat d'affrètement? n. 1242. — Electeur pour les tribunaux de commerce, n. 1455; éligible, n. 1457.
Capital dans les sociétés. Capital-actions, capital-obligations, n. 240. Souscription, n. 249. Emission par séries, illégalité, *ibid.* Augmentations, formalités, n. 254.
Carnet. Des courtiers, n. 586. Des agents de change, n. 598, 655. Carnet de chèques, n. 864.
Cause des effets de commerce, ou valeur fournie, n. 726.
Cautions. Droits du créancier contre elles en cas de faillite, n. 991 et suiv.
Censeurs dans les sociétés anonymes; n. 321 et suiv.
Cessation de paiements, n. 895.
Cession de créance, antérieure au jugement déclaratif, mais non signifiée avant, non opposable à la masse, n. 919.
Chambre de compensation, n. 856, 872.
Change. Contrat de change, n. 712, 713. Change manuel, n. 672. Change tiré, pratique, n. 706 et suiv. Change indirect, arbitrages, n. 708. Changes perçus par les banquiers, n. 711, 887. Change maritime, n. 1431.
Chapeau. Droit pour le capitaine, n. 1237, privilégié? n. 1130.
Chargement, preuve, n. 1232, 1339, 1433; assurance, n. 1328; prêt à la grosse, n. 1432.
Chargeur, n. 1112, 1243 et suiv.
Charte-patrie, n. 1232 et suiv.

Source BIU Cujas

Chemins de fer, n. 536, 545 et suiv.
Chèques, n. 855 et suiv. En Angleterre, n. 855, 856; en France, n. 857. Comparaison avec la lettre de change à vue, n. 863. Sont des effets de commerce au point de vue de l'art. 446, C. com., n. 951. Chèque-mandat, n. 857, 858; chèque-reçu, *ibid.* et n. 873.
Chèquier, n. 864.
Circulation, monétaire, n. 665 et suiv; fiduciaire, n. 680 et suiv.
Clause compromissoire, permise dans les assurances, n. 1316. *Quid* dans les sociétés? n. 396.
Clearing-house, n. 856.
Clôture pour insuffisance d'actif, n. 1027, 1028.
Coalitions, n. 75.
Code civil. Son autorité en matière commerciale, n. 24, 25.
Code de commerce. Sa rédaction, n. 18. Sa diffusion, *ibid.*
Commanditaire. Distinction d'avec le simple prêteur, n. 200. Est-il commerçant, n. 201. Défense de s'immiscer, n. 203 et suiv., n. 215, 216. Droit d'autoriser certains actes du gérant, n. 207. Action directe des créanciers sociaux, n. 210. Rapport des dividendes touchés, n. 212 et suiv.; dividendes fictifs, n. 213; intérêts des mises, n. 214. Mêmes questions dans la commandite par actions, n. 292 et suiv.
Commerçant. Conditions pour l'être, n. 54 et suiv. Professions incompatibles, n. 62. Commanditaire? n. 201. Commanditaire immiscé? n. 215. Actionnaire? n. 228. Courtier, n. 591; agent de change, n. 661. Capitaine de navire? n. 1194.
Commerce. Son rôle, n. 3 et suiv. Fait par un failli, n. 912.
Commerce maritime, n. 1108 et suiv. V. Table anal.
Commis, n. 66 et suiv. Compétence, n. 68 et suiv. Privilège, n. 67, 1017. — Commis intéressé, comparé à un associé, n. 156. — Commis-placier, comparé au commissionnaire, n. 513. — Commis-voyageur, *ibid.*
Commissaires du contrôle dans les sociétés anonymes, n. 221 et suiv.
Commission, Commissionnaire, n. 510 et suiv. V. Table anal. — Droits du commettant en cas de faillite du commissionnaire, n. 1003. Commissionnaire dans les assurances, n. 1321.
Commissionnaire de transport, n. 537 et suiv.
Commissions perçues par les banquiers, n. 696. Commissions transitoires, n. 697. Commissions de recouvrement, n. 711. Commissions dans les comptes courants, n. 886, B, C.
Communauté d'intérêts comparée à la société, n. 153.
Compétence. Les tribunaux civils ou criminels sont-ils compétents pour constater la faillite? n. 898. Compétence du tribunal civil pour la vente des biens du failli, n. 1077.
Compétence commerciale, n. 1465 et suiv. Commis, n. 68, 69. Action des créanciers sociaux contre les commanditaires, n. 211; contre les actionnaires, n. 228. Lettre de change, n. 52, 714; réputée simple promesse, n. 730, 739. Billet à ordre, n. 842, 843. Billet à domicile, n. 844. En matière de faillite, n. 959. Capitaine de navire, n. 1194.
Compétence *ratione materiæ* des tribunaux de commerce. V. compétence commerciale. — Compétence *ratione personæ* des tribunaux de commerce, n. 1470. — Compétence en premier et dernier ressort, n. 1471.
Comptabilité commerciale, n. 120 et suiv. V. Table anal.; modèles, n. 140. Dans le compte courant, n. 875 et suiv.; modèles, page 609.
Compte courant, n. 875 et suiv. Comptabilité, *ibid.* Théorie juridique, n. 880 et suiv. V. table analytique. Clause *sauf encaissement*, n. 883. Indivisibilité, n. 884. Novation, n. 885.
Compte de retour. n. 820 et suiv.
Comptoir d'escompte, n. 694; privilégié au point de vue du gage, n. 496 *bis*.
Concordat, n. 1030 et suiv. V. Table anal. Annulation et résolution. n. 1054 et suiv. V. Table anal. Seconde faillite, n. 1061. — Concordat amiable, n. 1067 et suiv. — Concordat par abandon, n. 1063 et suiv.
Concordataire. Peut-il invoquer les nullités des art. 446 et suiv., 567 et suiv.? n. 1051.
Congé, pour les navires, n. 1211, 1169.
Connaissement, n. 1232, 1243 et suiv. V. Table anal. Comme mode de délivrance, n. 480, 493, 1008, 1248. Prescription, n. 1444, 1446 et suiv.
Conseil des prud'hommes, n. 71.
Conseil de surveillance, n. 281 et suiv. V. Table anal.
Conseil judiciaire (Individu pourvu d'un). Capacité, n. 92; en matière de lettres de change, n. 741.
Consignation, n. 518.
Consulat. Rapport du capitaine à l'arrivée, n. 1213.
Consulat de la mer, n. 9.
Contrat a la grosse. V. prêt à la grosse.
Contrats commerciaux. Vue d'ensemble, n. 433 et suiv. Solidarité, n. 435. Preuves, n. 437 et suiv. V. Table anal.
Contrat de change, n. 712.
Contrat de mariage. Publication, n. 142, et suiv.
Contribution aux avaries communes, n. 1289 et suiv. — Contribution sur soi-même, n. 1289.
Coobligés. Droits du créancier contre eux en cas de faillite, n. 991 et suiv.
Copropriété des navires, n. 1171 et suiv.
Corporations, jurandes, maîtrises, n. 59 et suiv.
Corps du navire, n. 1116. Assurance,

Source BIU Cujas

n. 1325 et suiv. Prêt à la grosse, n. 1422.
Correspondance. Mode de preuve, n. 443.
Coulissiers, n. 598.
Cours. Des marchandises, n. 587. Des valeurs de Bourse, n. 651; achat au cours du jour, au cours moyen, n. 637. — Cours de compensation, n. 632. — Cours forcé des billets de banque, n. 675, 702, 699.
Courtiers, n. 584 et suiv. V. Table anal. Comparés aux commissionnaires. n. 513, 592, 593. Ventes de marchandises données en gage, n. 495. Rédaction des polices d'assurance, n. 1310 et suiv.
Courtiers d'agents de change, n. 598.
Courtiers d'assurance, n. 595; rédaction des polices, n. 595, 1310.
Courtiers gourmets piqueurs de vin, n. 592.
Courtiers inscrits, n. 593.
Coutume, son autorité, n. 21 et suiv.
Couverture, pour les agents de change, n. 638, 644. 650.
Créances d'un failli, ne peuvent plus être aliénées ou éteintes par lui, n. 910.
Créanciers. Dans les faillites, n. 967 et suiv. Créanciers *dans* la masse et créanciers *de* la masse, n. 909. Droit de suite sur les navires, n. 1144 et suiv. — Créanciers hypothécaires : vote au concordat, n. 1035 ; paiement après le concordat, n. 1053. — Créanciers sociaux. Droit de poursuite dans la société en nom collectif, n. 188 et suiv. Action directe contre les commanditaires, n. 209 et suiv. contre les actionnaires, n. 228.
Crédit. Sa nécessité pour le commerce, n. 434, 664, 680. Crédit à long terme, n. 600; à court terme, n. 664. Instruments de crédit, n. 680 et suiv.
Crises commerciales, n. 405.
Croupier, n. 174.
Cueillette (Chargement à), n. 1236, 1238, 1256.

D

Débouchés. Théorie, n. 403.
Déclaration d'aliment, dans les polices d'assurance, n. 1329.
Déconfiture, définition et conséquences, n. 890.
Découvert, n. 629, 630.
Défaut de nouvelles, cas de délaissement, n. 1406.
Défaut profit-joint; est-il admissible devant les tribunaux de commerce? n. 1473.
Délaissement, n. 1371, 1391 et suiv. V. Table anal. Irrévocabilité, n. 1393. — Cas admis par les polices, n. 1408. — Délaissement du fret, n. 1420.
Délégation en banque, n. 712; timbre, n. 744.
Déport, n. 624, 634.
Dessaisissement, n. 906 et suiv. V. Table anal. Sa cessation par le concordat, n. 1042, 1049 et suiv.
Détournement des titres au porteur, n. 613 et suiv.
Dettes d'un failli, ne peuvent être payées par lui, n. 910.
Différence du neuf au vieux, n. 1383.
Directeur de société anonyme, n. 309. Electeur pour les tribunaux de commerce, n. 1455.
Dissolution de société, n. 373 et suiv. V. Table anal.
Dividende, n. 195, 200. Les commanditaires peuvent-ils être obligés de les rapporter? n. 212. Dividendes fictifs, n. 213, 293 et suiv. Coupon de dividende et coupon d'intérêt, n. 231.
Docks, n. 498 et suiv. V. Table anal.
Domicile au point de vue de la faillite, n. 898.
Domiciliataire, n. 735.
Don, dans les ventes, n. 479.
Donation. A un failli, charges, n. 911. Donation d'immeuble par le failli, non transcrite avant le jugement déclaratif, n. 919.
Donneur d'ordre, n. 733.
Douanes. Notions pratiques, n. 416 et suiv. V. Table anal. Tableaux des douanes, n. 423.
Drawbacks, n. 421.
Droit maritime, n. 1108 et suiv. V. Table anal. Vue d'ensemble, n. 1110 et suiv.
Droits fiscaux : — *Ad valorem*, n. 417; — de balance, *ibid.*; — de statistique, *ibid.*; — de tonnage, n. 426; — droits spécifiques, n. 417.
Du-croire, n. 528 et suiv. V. aussi n. 562.
Dupuys de la Serra, n. 16.

E

Ecart des primes, n. 631.
Echange. Ses lois intimes, n. 398 et suiv.; et extrinsèques, 406 et suiv.
Echelle (clause de faire), n. 1347.
Echouement. Avarie commune, n. 1281. Cas de délaissement, n. 1402, délaissement des marchandises en cas d'échouement du navire, *ibid.*
Economie politique. Place du commerce dans l'économie politique, n. 4. — Répartition des bénéfices entre les divers intéressés, n. 72 et suiv. Salaires, n. 73 et suiv. — Lois intimes de l'échange, n. 398 et suiv. V. Table anal. Conditions extrinsèques des échanges, n. 406 et suiv.; législations douanières, n. 409 et suiv. — Etalon monétaire, n. 668. — Banques, n. 688.
Edit de novembre 1563, n. 15, 1452.
Effets de commerce. Paiements en effets de commerce, n. 950 et suiv. Effets de commerce payés après la cessation des paiements, n. 956 et suiv.
Effets publics, n. 600 et suiv. V. Table anal. Semi-publics, *ibid.*
Elections des juges de commerce, n. 1454 et suiv., 1459. Liste des électeurs commerciaux, n. 1454 et suiv.
Embargo, n. 1374.

Source BIU Cujas

Emérigon, n. 17.
Endossement, n. 746 et suiv. V. Table anal. — Titres qui en sont susceptibles, n. 746. — Mode de transférer l'hypothèque sur les navires, n. 1162. — Endossement de garantie ou pignératif, n. 491, 769. — Endossement des récépissés ou warrants. n. 502 et suiv. — Endossement d'un billet de grosse, n. 1429.
Engagement des matelots et autres gens de l'équipage, n. 1216 et suiv. V. Table anal.
Enregistrement. Vente de fonds de commerce, n. 432. Actes commerciaux, n. 448. Transmission des valeurs de Bourse, n. 610, 611. Effets de commerce, n. 745, 840. Vente de navire, n. 1153. Acte constitutif d'hypothèque sur un navire, n. 1159. — Taxe obligatoire sur les assurances, n. 1315.
Enseigne, propriété, n. 431.
Entrepôt, n. 419.
Entrepreneur de transport, n, 537 et suiv.; de roulage, *ibid.*
Equipage de navire, n. 1195, 1196. Rôle d'équipage, n. 1211, 1195, 1217. — Gens d'équipage, v. matelots.
Equité, son autorité en matière commerciale, n. 26.
Escompte. Dans les ventes, n. 482, 681. D'un marché à terme, n. 630. Des effets de commerce, n. 685, 694 et suiv. Conditions de l'escompte par la Banque de France n. 703. Dans le compte courant, n. 886 B.
Etalon monétaire, n. 668.
Evaluation des objets assurés, n. 1335 et suiv.
Exceptions, non opposables à l'endossataire, n. 754 et suiv.
Excusabilité du failli, n. 1083.
Expéditions d'un navire pour le départ, n. 1169.

F

Facteur ou préposé, n. 513.
Facture. Preuve, n. 442. Transmission de la propriété, n. 442, 1008.
Facultés, par rapport aux navires, n. 1116. Assurance, n. 1328 et suiv.
Failli. Incapacités, n. 906 et suiv.; 939. Son concours aux opérations de la faillite, n. 969 et suiv. Dépôt de sa personne, n. 970. Sauf-conduit, n. 971. Secours, n. 982, 1072. Capacité après le concordat, n. 1049 et suiv.; peut-il invoquer les nullités des art. 446 et suiv., 557 et suiv.? n. 1051. Capacité après la dissolution de l'union, n. 1084.
Faillite, n. 889 et suiv. V. Table anal. Marche générale, n. 892. Commerçant décédé, n. 893. Dettes civiles, n. 896. Société, n. 894, 1040. Le commanditaire immiscé peut-il être mis en faillite? n. 215. Peut-il y avoir plusieurs faillites simultanées pour le même commerçant? n. 899. Domicile, n. 898. Créanciers *dans* la masse et créanciers *de* la masse, n. 909. Seconde faillite, n. 1061, 1084.
Faux. Dans une lettre de change, n. 756, 809; dans les endossements, n. 756, 803. Dans un chèque, n. 866.
Femme. Incapacité en matière de lettre de change, n. 739. — Femme mariée; autorisation de faire le commerce, n. 94 et suiv.; capacité commerciale, n. 98 et suiv. Femme mariée dont le mari fait le commerce, n. 101; société avec son mari, n. 102.
Fins de non-recevoir, en matière maritime, n. 1446 et suiv.
Fonds de commerce. Propriété, n. 429 et suiv. — Vente: acte de commerce, n. 36, 50; effets, n. 432; droit de suite des créanciers du vendeur, *ibid.*; enregistrement, *ibid.*
Fortune de mer, n. 1372 et suiv.
Frais des poursuites en banqueroute simple, n. 1088, ou frauduleuse, n. 1089.
Franc d'avarie ou de coulage (clause des polices), n. 1378, 1393.
Franchises d'avaries, n. 1300, 1356; à l'égard des assureurs, n. 1384, 1387, 1390.
Francisation, n. (425), 1117, 1118. Acte de francisation n. (1117), 1120, 1211.
Fret, n. 1236, 1255 et suiv. V. Table anal. Contribution aux avaries communes, n. 1295 et suiv. Défense de l'assurer; fret à faire, fret acquis, n. 1326 et suiv. — Délaissement, n. 1420. — Prohibition du prêt à la grosse, n. 1432. — Prescription. n. 1444.

G.

Gage, n. 486 et suiv. V. Table anal.
Gérant. Société en nom collectif, n. 179 et suiv.; révocation, n. 182; pouvoirs, n. 183 et suiv. Société en commandite simple, n. 199; révocation, n. 208. Société en commandite par actions, n. 276 et suiv.; révocation, n. 243, 276.
Gré dessus. Clause dans une vente, n. 469.
Grèves, n. 75.
Groupage de colis, n. (537), 549; à découvert ou fictif, à couvert ou réel, n. 549.
Guidon de la mer, n. 13.

H

Hanse (Recès de la), n. 12.
Histoire. Du droit commercial, n. 6 et suiv. V. Table anal. De la liberté commerciale, n. 59 et suiv. Des sociétés par actions, n. 242 et suiv. De la société anonyme, n. 302. Du gage commercial, n. 487. Des bourses de commerce, n. 581. Des agents de change, n. 650. Des banques, n. 690. De la faillite, n. 891. Du droit maritime, n. 1108 et suiv. Des assurances maritimes, n. 1307 et suiv. Des juridictions commerciales, n. 1452, 1454.
Hypothèque. Garantissant une ouverture de crédit, n. 888. Au profit de la masse

Source BIU Cujas

de la faillite, n. 914, 915, 1043. Consentie par un failli, n. 910. Inscrite après le jugement déclaratif, n. 916. Consentie dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, n. 952 et suiv.
Hypothèque légale de la femme mariée. Restriction en cas de faillite, n. 1021 et suiv. V. Table anal.
Hypothèque maritime, n. 1057 et suiv. V. Table anal.

I

Impôts. Sur les valeurs de Bourse, n. 609 et suiv.; sur le revenu, n. 612; sur les lettres de change, n. 743 et suiv.; sur les chèques, n. 870, 871. — V. Enregistrement, timbre.
Incapables. Leur habilitation à faire le commerce, n. 76 et suiv.
Indivisibilité du compte courant, n. 884.
Indivision pouvant être maintenue sur les navires par la majorité des copropriétaires, n. 1176 et suiv.
Innavigabilité. Déclaration, n. 1203. Cas de délaissement, n. 1403 et suiv. Délaissement des marchandises pour innavigabilité du navire, n. 1405.
Insaisissables (Biens). Sont-ils compris dans le dessaisissement? n. 907. Navire prêt à faire voile, n. 1168 et suiv. Loyers des gens de mer, n. 1219.
Insolvabilité. Définition et conséquences, n. 890. V. aussi, n. 895.
Instruments de circulation, n. 673 et suiv. V. Table anal.
Instruments de crédit, n. 680 et suiv. V. Table anal.
Interdiction de commerce, n. 1259, 1264, 1374.
Interdit. Capacité commerciale, n. 91; en matière de lettre de change, n 741.
Intérêt dans une société. Nature, n. 158, 165, 218. Différences avec l'action, n. 219. Coupon d'intérêt et coupon de dividende, n. 231 et suiv. Intérêts payés en l'absence de bénéfices, n. 214, 249.
Intérêts des capitaux, n. 684. Maximum, *ibid.* Dans les escomptes, n. 695. Dans les comptes courants, n. 886. — Intérêt maritime, n. 1431.
Intervention. Acceptation par —, n. 792 et suiv. Paiement par —, n. 824, 825.

J

Jaugeage des navires, n. (426, 476), 1121.
Jet. Avarie commune, n. 1276. Dommages causés par le jet, n. 1277. Conditions du jet, n. 1305. Fret des marchandises jetées, n. 1264.
Jeu. Marchés à terme, n. 463, 647 et suiv.
Jours de planche, n. 1239.
Jousse, n. 16.
Juge-commissaire, dans les faillites, n. 962 et suiv.
Jugements ou rooles d'Oléron, n. 8.
Juges des tribunaux de commerce; élections, n. 1454 et suiv.; électeurs, n. 1455; électeurs de droit, *ibid.*; éligibles, n. 1457.
Jurandes, n. 59.

L

Lettre de change, n. 712 et suiv. V. Table anal. Marche générale, n. 715. Instrument de circulation, n. 679; de crédit, n. 683. Réputée simple promesse, n. 729 et suiv., 739. Perdue, n. 806 et suiv. Lettre de change fausse, n. 810, 811.
Lettre de crédit, n. 712. Timbre, n. 744.
Lettre de voiture, n. 539 et suiv.; 1008. Mode délivrance, n. 480, 493, 1008.
Liberté de faire le commerce, n. 59 et suiv.
Libre-échange, n. 412 et suiv.
Lieu de la promesse, de la livraison, du paiement déterminant la compétence, n. 1470.
Liquidation. De société, n. 379 et suiv. Liquidation judiciaire de la faillite, n. 1069.
Livre de bord, n. 1209, 1213.
Livres de commerce, n. 103 et suiv. V. Table anal.
Louage a la grosse aventure, n. 1431.
Loyers de matelots. Privilège, n. 1130. Insaisissables, n. 1219. Perdus en cas de naufrage, n. 1227. Défense de les assurer, n. 1324, 1325, 1334; d'emprunter à la grosse sur eux, n. 1432. — Prescription, n. 1444.

M

Magasins généraux, n. 498 et suiv. V. Table anal.
Maîtrises, n. 59.
Majorité nécessaire pour le concordat, n. 1033 et suiv.
Manifeste, n. 1211.
Mandat. Synonyme de lettre de change, n. 779. Mandats blancs et rouges de la banque de France, n. 857.
Marchés a terme, n. 624 et suiv. Fermes, n. 629 et suiv. A Prime, n. 631 et suiv. Marchés-reports, n. 634 et suiv. Leur légalité, n. 636 et suiv. Leur mode d'exécution, n. 642 et suiv.
Marques de fabrique, propriété, n. 430; compétence, n. 50.
Mat rompu ou coupé, avarie commune, n. 1278.
Matelots. Engagement, n. 1216 et suiv.; salaires, n. 1219 et suiv.; rapatriement, n. 1229. Blessure, avarie commune, n. 1282. Loyer, nourriture, avarie commune, n. 1283 et suiv.
Mercuriales, n. 401.
Meubles. Les navires sont meubles, n. 1116, 1122.
Mineur commerçant, n. 77 et suiv. V. Table anal. Incapacité en matière de lettre de change, n. 740.
Monnaie, n. 398, 399, 665 et suiv. Titre,

Source BIU Cujas

n. 665. Etalon, n. 668. Monnaie de billon, *ibid.*; de compte, n. 670; idéale, *ibid.*; de papier, n. 674.
MONOPOLE. Des courtiers, n. 585. 592, 593. Des agents de change, n. 663.
MONTS-DE-PIÉTÉ, n. 494 *bis*.
MONUMENTS du droit commercial, n. 6 et suiv.

N

NANTISSEMENT, n. 486 et suiv. — Consenti dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, n. 952, 953.
NAUFRAGE. Perte des salaires des matelots, n. 1227. Perte du fret, n. 1264. Cause de délaissement, n. 1397, 1401.
NAVIRES, n. 1116 et suiv. V. Table anal. Hypothèque, n. 1157 et suiv. V. Table anal. Contribution aux avaries communes, n. 1295 et suiv.
NOLIS, n. 1236, 1255 et suiv. V. Table anal.
NOLISSEMENT, n. 1232 et suiv. V. Table anal.
NOM. Nom commercial, propriété, n. 430. Nom des navires, n. 1117.
NOMBRES. Dans les comptes courants, n. 875. Nombres rouges, n. 877.
NOTAIRES. Rédaction des polices d'assurance maritime, n. 595, 1311. Protêts, n. 815.
NOVATION dans le compte courant, n. 885.
NULLITÉS résultant rétroactivement du jugement déclaratif, n. 941 et suiv. V. Table anal.

O

OBLIGATIONS. Contractées par un failli, n. 911.
OBLIGATIONS DES SOCIÉTÉS, n. 240, 241; prime de remboursement, usure, n. 241. Formes, n. 605. Impôts, n. 609 et suiv. Effets sur elles de la déchéance du terme en cas de faillite, n. 934.
OFFRE ET DEMANDE, n. 400.
OPÉRATIONS DE BOURSE, n. 623 et suiv. V. Table anal.
OPPOSITION. Au jugement déclaratif de faillite, n. 903. Aux autres jugements en matière de faillite, n. 960, 961. — Aux jugements des tribunaux de commerce, n. 1474. Délai, *ibid.*
ORDONNANCES : de 1673, ses commentateurs, n. 16; — de 1681, ses commentateurs n. 17.
ORDRE (Clause à), n. 746. Titres qui en sont susceptibles, *ibid.*
OUVERTURE DE CRÉDIT, n. 888. Hypothèque, *ibid.*
OUVRIERS, n. 70. Privilège, n. 70, 1017. Livrets, n. 70; compétence des conseils de prud'hommes, n. 71. Ouvriers employés à la construction d'un navire, privilège, n. 1134.

P

PACOTILLE (Contrat de), n. 1230.
PAIEMENT. D'une lettre de change, n. 799 et suiv. V. Table anal. Par intervention, n. 824, 825. — Paiements nuls à l'approche d'une faillite, n. 945 et suiv.
PARI. Marchés à terme, n. 463, 467 et suiv. Assurance dégénérant en pari, n. 1306.
PARTAGE. Partage de société, n. 384 et suiv. — Faculté de l'exiger, restreinte à propos des navires, n. 1176. Effet déclaratif restreint à propos des navires, n. 1177.
PATENTE. Impôt, n. 56.
PATENTE DE SANTÉ, n. 1211.
PERSONNALITÉ MORALE des sociétés, n. 163.
PERTE d'une lettre de change, n. 806 et suiv.
PILLAGE, perte du fret, n. 1264.
POIDS, brut, net, n. 475.
POLICES D'ASSURANCE. Imprimées; spéciales aux diverses places, n. 1308. Polices françaises, *ibid.* Formes, n. 1310 et suiv. — Police évaluée, police ouverte, n. 1335. — Police flottante, n. 1329.
PORT d'attache, n. 1117. — Port franc, n. 418.
PORTEUR négligent, déchéances, n. 826 et suiv.
POTHIER. Commentaires sur les Ordonnances de Louis XIV, n. 16, 17.
POUR COMPTE. Dans les polices d'assurance, n. 1321.
PRÉSOMPTIONS, n. 447. Présomption de la lieue et demie par heure, n. 1354.
PRESCRIPTION. Y a-t-il une prescription générale de dix ans en matière commerciale? n. 112. — En matière de société, n. 387 et suiv. V. Table anal. — En matière de transport par terre, n. 575 et suiv. — En matière de lettre de change, n. 845 et suiv. Interrompue pendant les opérations de la faillite, n. 851, 920. — En matière maritime, n. 1441 et suiv.
PRÊT A LA GROSSE, n. 1423 et suiv. V. Table anal. — Différences avec l'assurance, n. 1114. — Diverses applications, n. 1424 et suiv. Au cours du voyage, n. 1426, 1427; privilège, n. 1131, 1435 et suiv. Avant le voyage, n. 1424, 1425; suppression du privilège, n. 1135, 1164, 1425. — Sommes empruntées à la grosse ne peuvent être assurées, n. 1333, 1432; exceptions, n. 1432. Sommes prêtées à la grosse, peuvent être assurées, *ibid.* En concours avec une assurance, n. 1439 et suiv. Prescription, n. 1443.
PRÊTEUR. Distinction d'avec le commanditaire, n. 200. Prêteur avec part dans les bénéfices, même distinction, *ibid.*
PREUVES, n. 437 et suiv. V. Table anal. — Preuve testimoniale, n. 446. En présence des livres d'un commerçant, n. 113.
PRIMAGE, n. 1237.
PRIME. Prime à l'exportation, n. 421. — Prime de remboursement dans les obligations de sociétés, n. 605. — Prime dans les marchés de bourse, n. 631 et suiv. —

Source BIU Cujas

Prime d'assurance, n. 1356 et suiv.; 1369 et suiv. Assurance de la prime et de la prime des primes, n. 1361.
Prise. Perte du fret, n. 1204. — Cas de délaissement, n. 1398. *Quid* en cas de recousse? n. 1396, 1398.
Privilège. Des commis et ouvriers, n. 67, 70, 1017. Du commissionnaire, n. 534. Sur les navires, n. 1123 et suiv. V. Table anal. Du prêteur à la grosse, n. 1131, 1135, 1435; classement, n. 1436; restriction, n. 1135, 1164, 1425. — Privilèges; inscrits après le jugement déclaratif de faillite, n. 916; nés depuis, n. 917; nés avant, n. 918; inscrits dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements, n. 858.
Prix, n. 401. Prix courant, *ibid.* Prix de revient, *ibid.*
Procédure devant les tribunaux de commerce, n. 1472 et suiv.
Profit. Profit espéré, défense de l'assurer, n. 1331 et suiv.; de prêter à la grosse dessus, n. 1432. Profit maritime, n. 1431; mêmes défenses, n. 1333, 1432.
Propriétaires de navire, n. 1112, 1171 et suiv. — Leur obligation pour les faits du capitaine, n. 1183 et suiv.; faculté d'abandon, n. 1186 et suiv.
Propriété commerciale. Fonds de commerce, n. 429. Nom, n. 430. Marques de fabrique, *ibid.*. Secrets de fabrique, *ibid.* Enseigne, achalandage, n. 431.
Provision. Dans une lettre de change, n. 770 et suiv. Propriété de la provision, n. 772 et suiv. — Dans le chèque, n. 860, 861.
Protêt, n. 815 et suiv. Faute d'acceptation, n. 789, 815 et suiv. Faute de paiement, n. 815 et suiv.
Publication des actes de société, n. 348 et suiv.
Publicité du contrat de mariage, n. 142 et suiv.; de la séparation de biens, n. 147 et suiv.
Purge. Du droit de suite sur les navires, n. 1144 et suiv. Des hypothèques sur les navires, n. 1166.

Q

Quarantaine. Frais, avarie commune? n. 1288 : à la charge des assureurs? n. 1380. Risques de quarantaine, *ibid.*
Que dit être, n. 1244.
Quirat, quirataire, n. 1174.

R

Rachat, n. 1263. Avarie commune, n. 1275.
Raison sociale, n. 173, 197.
Rapatriement des matelots, n. 1229.
Rapport du capitaine à l'arrivée, n. 1213.
Réassurance, n. 1360.
Récépissé. Des magasins généraux, n. (480), 500 et suiv. — Des chemins de fer, n. 541 et suiv. — Des banques (chèques reçus), n. 857, 873 et suiv.
Rechange, n. 821 et suiv.
Recommandataire, n. 734.
Recousse, n. 1396.
Réfaction dans les ventes, n. 478.
Règlements d'avaries. Entre armateurs et chargeurs, n. 1289 et suiv. Entre assurés et assureurs, n. 1381 et suiv. V. Table anal.
Réhabilitation d'un failli, n. 1102 et suiv. V. Table anal.
Remise. Envoi d'un effet de commerce en paiement, n. 679. — Remise de place en place, n. 712, 717.
Remises de dettes faites dans le concordat, leur caractère, n. 1045 et suiv.
Remisiers, n. 598.
Rentes d'État, n. 601 et suiv. Insaisissabilité, n. 603. *Quid* en cas de faillite, n. 907, 1076.
Réponse des primes, n. 632.
Report, n. 627, 634 et suiv.
Représentant de commerce, n. 513.
Rescousse, n. 1396.
Résolution (Droit de) pour le vendeur d'immeuble, survit à la perte du privilège, faute d'inscription avant le jugement déclaratif de la faillite, n. 918. Résolution du contrat d'assurance, n. 1362 et suiv. V. Table anal.
Rétention (Droit de) refusé au capitaine, n. 1268.
Retour sans frais, n. 747, 818.
Retraite, n. 821.
Revendications en cas de faillite, n. 998 et suiv. V. Table anal.
Risques de paix ou de guerre, n. 1372.
Ristourne, n. 1317. Pour fausse désignation des objets assurés, n. 1340 et suiv. Pour fausse désignation des risques, n. 1351. Pour faillite des parties, n. 1363 et suiv. Par la volonté de l'assuré, n. 1365 et suiv. Pour changement dans les risques, n. 1367, 1368. V. aussi, n. 1340, et suiv.; 1351 et suiv.
Role d'équipage, n. 1195, 1211, 1217.
Roles d'Oléron, n. 8.

S

Saisie des navires, n. 1167 et suiv.
Salaires, n. 72 et suiv. — Des matelots, n. 1219 et suiv.
Sauf encaissement, clause dans le compte courant, n. 883.
Savary, le parfait négociant, n. 16.
Secrets de fabrication, n. 430.
Séparation de biens, n. 141 et suiv. V. Table anal.
Séries. Division des marchandises en séries dans les assurances, n. 1388.
Serment, en présence des livres d'un commerçant, n. 113.
Sinistres, majeurs, mineurs, n. (1371), 1394.
Sociétés, n. 151 et suiv. V. Table anal. — Pour l'exploitation de charge d'agent de change, n. 654.
Société a capital variable, n. 330 et suiv.
Société anonyme, n. 301 et suiv. V. Table

Source BIU Cujas

anal. Histoire, n. 302. Sociétés anonymes étrangères, n. 396 bis. Directeur, n. 309. Faillite, n. 894. Concordat, n. 1040.
Société civile. Organisation générale, n. 157 et suiv. V. Table anal. Est-elle personne morale? n. 163 et suiv. Société civile avec formes commerciales, n. 167.
Société coopérative, n. 330 et suiv. Définition, *ibid.* Société de consommation, n. 331; de crédit, n. 332; de production, n. 333. Leur condition légale, n. 334 et suiv.
Société commerciale, n. 165 et suiv. V. Table anal. — Caractères distinctifs, n. 165 *bis*. Espèces, n. 169. Formes du contrat, n. 344 et suiv. Publication, n. 347 et suiv.; v. table anal. Théorie générale des nullités dans les sociétés commerciales, n. 354 et suiv.; v. Table anal. Faillite, n. 894.
Société en commandite, n. 194 et suiv.; v. Table anal. — Faillite n. 894. Concordat, n. 1040.
Société en commandite par actions, n. 275 et suiv.; v. Table anal. Son rôle depuis la L. de 1867, n. 276.
Société en nom collectif, n. 170 et suiv. V. Table anal. — Faillite, n. 894. Concordat, n. 1040.
Société en participation. V. association en participation.
Sociétés par actions, n. 217 et suiv. V. Table anal. — Histoire, n. 242 et suiv. Abus, n. 245.
Sociétés étrangères, n. 396 bis.
Solidarité. Dans les contrats commerciaux, n. 435. Dans les sociétés, n. 189 et suiv., 199, 210. Dans les effets de commerce, n. 798. Par l'endossement du billet de grosse, n. 1429.
Somme assurée, n. 1338.
Souscription, aux actions d'une société, n. 224 et suiv. Conditionnelle, illégalité, n. 249
Spéculation commerciale, n. 404, 623, 624.
Starie, n. 1239.
Subrécargue, n. 1112, 1205.
Succession, dévolue à un failli, charges, n. 911.
Suite (Droit de) sur les navires, n. 1144 et suiv.; v. Table anal.; n. 1165.
Suppositions, dans les lettres de change, n. 728 et suiv.
Surdon, dans les ventes, n. 479.
Surenchère, en cas de faillite, n. 1078.
Surestarie, n. 1239.
Surtaxe, d'entrepôt, n. 428; de pavillon, n. 427.
Suspension des paiements, n. 895.
Syndic de faillite, n. 963 et suiv.; n. 1073 et suiv. Son rapport dans l'assemblée du concordat, n. 1032.
Système mercantile, n. 410; protecteur, n. 411. Système colonial, n. 425.

T

Tableaux. Des douanes, n. 422. Du cours des changes, n. 709.
Tare, réelle, nette, d'usage, n. 475.
Tarifs des chemins de fer, n. 545 et suiv. V. Table anal.
Théorie de l'accessoire, en matière d'actes de commerce, n. 49 et suiv.
Tiers. La masse est-elle un tiers par rapport au failli? n. 968.
Timbre : récépissés et warrants, n. 508; lettres de voiture et récépissés de chemins de fer, n. 542; valeurs de Bourse, n. 609; effets de commerce, n. 743, 744, 833, 840; retraite, n. 822; chèques, n. 870; connaissement, n. 1246.
Tireur pour compte, n. 733.
Titre des monnaies, n. 667.
Titres au porteur, n. 606 et suiv. Détournement, perte, n. 613 et suiv. Revendication en cas de faillite, n. 1001.
Tolérance, dans les ventes, n. 479.
Tonnage, n. 1121. Droit de tonnage, n. 426, 1126. Déclaration du tonnage dans l'affrètement, n. 1241.
Tonne ou tonneau. Tonne en poids, tonneau de mer, tonneau d'affrètement, n. 476, 1236. Tonneau de jauge, n. 476, 1121.
Tontines, ne sont pas des sociétés, n. 155, 328. Régime légal, n. 328.
Traite documentaire, n. 776, 1248.
Traités particuliers, avec un créancier du failli, n. 1094 et suiv.
Transactions sur les droits du failli, n. 980.
Transfert. Diverses espèces, n. 237, 639. — Transfert en douane, mode de délivrance, n. 473, 480, 493. Transfert de garantie, n. 492.
Transit, n. 420.
Transport (Contrat de) n. 536 et suiv. V. Table anal.
Trésoriers généraux, en concurrence avec les agents de change, n. 663.
Types, pour la qualité des marchandises vendues, n. 477.

U

Usages. Leur autorité, n. 21 et suiv. Usages en matière de vente, n. 474 et suiv.
Union, solution de la faillite, n. 1070 et suiv. V. Table anal.

V

Valeur, définition, n. 400. — Valeur fournie dans la lettre de change, n. 726; dans les endossements, n. 749. — Valeur agréée dans les assurances, n. 1336.
Valin, n. 17.
Vendeur. — Vendeur d'immeuble : Privilège, doit être inscrit avant le jugement déclaratif de faillite, n. 918. Droit de résolution, survit à la perte du privilège, *ibid.* — Vendeur de meubles, privilège perdu en cas de faillite, n. 1005, 1018. Droits de rétention, de revendication, de résolution, en cas de faillite de l'acheteur, n. 1005. Vendeur de navire, privilège, n. 1133, 1140; droits de revendication et de résolution, n. 1155.

Source BIU Cujas

VENTE. Ventes commerciales, n. 449 et suiv. V. Table anal. Ventes à livrer, n. 462 et suiv. Ventes publiques de marchandises neuvès, n. 594. — Vente de fonds de commerce; droit de suite des créanciers du vendeur; enregistrement, n. 432. — Vente d'immeuble, non transcrite avant le jugement déclaratif, n. 919. — Vente des biens du failli en cas d'union, n. 1077 et suiv. — Vente de navire : sur saisie, n. 1167 ; éteint le droit de suite des créanciers du vendeur, n. 1146. Volontaire, n. 1147 et suiv. ; n. 1151 et suiv. — Vente de marchandises au cours du voyage, n. 1201, 1251 et suiv.
VÉRIFICATION DES CRÉANCES, n. 985 et suiv. V. Table anal.
VERITAS (Bureau), n. 1344, 1351.
VICE PROPRE. Le voiturier n'en répond pas, n. 561; ni le capitaine, n. 1249; ni les assureurs, n. 1377, 1378; ni le prêteur à la grosse, n. 1437.
VIREMENTS dans les banques, n. 677. Consentis dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, n. 948, 951.
VISITE du navire, n. 1210, 1261.
VITESSE (grande et petite) dans les transports par chemin de fer, n. 547.
VOIE D'EAU, réparation, avarie particulière, n. 1287.
VOITURIER, n. 536 et suiv.
VOYAGE. Voyage en mer : sa définition au point de vue de l'art. 191, n. 1139, 1140; au point de vue de l'art. 193, n. 1147 et suiv. — Voyage assuré, n. 1346 et suiv. — Voyage en caravane, n. 1347.
VUE DESSUS, clause dans les ventes, n. 469.
VU ET AGRÉÉ, clause dans les ventes, n. 465.

W

WARRANT, n. (480), 500 et suiv. — Transmis dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, n. 953.
WISBY (Droit maritime de), n. 11.

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE.

Source BIU Cujas

TABLE

DES ARTICLES DU CODE DE COMMERCE.

Articles.	Pages.
1	43
2	57
3	63
4	69
5, 1er al.	73
—, 2e al.	79
6	66
7	74
8	82
9	Id.
10, 1er et 2e al.	87
—, 3e al.	86
11	86, 87
12	89
13	90
14	93
15	92
16	93
17	92
18	133
19	Id.
20	134
21	Id.
22	136
23, 1er al.	144
—, 2e al.	145
24	146
25	145
26	144
27	148
28, 1er al.	159
—, 2e al.	150
29	216
30	Id.
31	Abrogé.
32	216
33	Id.
34	217
35	193
36	Id.
37	216
38	198
39	244
40	Abrogé.
41	246
42	Abrogé.
43	Id.
44	Id.
45	Id.
46	Abrogé.
47	257
48	Id.
49	Id.
50	Id.
51-63	Abrogés. V. p. 273
64	272
65	113
66	114
67	111
68	Id.
69	112
70	113
71	405
72	408
73	Id.
74	448
75	450
76	447, 454
77	411
78	Id.
79	414
80	415
81	411
82	416
83	409
84	408
85	409, 443
86	410, Id.
87	Id., id.
88	Id., id.
89	Id., id.
90	450
91	334-336, 338
92	336
93	338, 339
94	352
95	371
96	380
97	389
98	Id.
99	393
100	394
101	375
102	377
103	389
104	Id.
105	399
106	Id.
107	404
108	401
109	299
110	484
111	495, 496
112	491
113	499
114	500
115	521
116	522
117	569, 570
118	533
119	539
120	540
121	537
122	534
123	497
124	538
125	537
126	541
127	Id.
128	Id.
129	488
130	Id.
131	Id.
132	488
133	489
134	Id.
135	556
136	505
137	506
138	516
139	507
140	545
141	542
142	543
143	546
144	548
145	549
146	548
147	547
148	Id.
149	549
150	551
151	552
152	551
153	553
154	550
155	552

Source BIU Cujas

Articles.	Pages.
156	548
157	556
158	566
159	Id.
160	555
161	554
162	558
163	Id.
164	560, 573
165	559
166	Id.
167	560, 574
168	570
169	574
170	568, 571
171	569, Id.
172	561
173	556
174	557
175	558
176	557
177	562
178	561
179	562
180	Id.
181	Id.
182	564
183	Id.
184	561
185	Id.
186	562
187	577
188	575
189	580, 585
190	864
191	865
192	Id.
193	885
194	888
195	891
196	892
197-214	905
215	906
216	918, 920, 923
217	924
218	916
219	918
220	910, 912, 914
221	925
222	963
223	928
224	936
225	Id.
226	937
227	926
228	938
229	964
230	926
231	940
232	929
233	930
234, 1er al.	932
—, 2e al.	966
—, 3e al.	968
235	934
236	932
237	934
238	917
239	935
240	Id.
241	Id.
242	938
243	Id.
244	939
245	Id.
246	Id.
247	Id.
248	Id.
249	934
250	941
251	948
252	945, 946, 948
253	945
254	945, 946
255	946
256	945
257	Id.
258	946
259	947
260	Id.
261	Id.
262	Id.
263	Id.
264	Id.
265	Id.
266-269	Id.
270	942
271	943
272	949
273	951, 952
274	955
275	953
276	971
277	972
278	Id.
279	976
280	Id.
281	959
282	959, 960
283	961
284	Id.
285	965
286	953
287	969
288	970
—, 3e al.	956
289	Id.
290	Id.
291	970
292	971
293	974
294	973
295	Id.
296	972, 974
297	973
298	966, 967, 968
299	976
300	972
301	975
302	Id.
303	974
304	994
305	978
306	Id.
307	977
308	Id.
309	969
310	964
311	1097
312	1098
313	1099
314	Id.
315	1101
316	1102
317	Id.
318	1101
319	Id.
320	1104
321	1100
322	Id.
323	1105
324	1106
325	Id.
326	Id.
327	Id.
328	1038
329	1103
330	1107
331	1108
332	1009
333	1012
334	1019
335	1026, 1036
336	1030
337	1024
338	1030
339	1028
340	1030
341	1038
342	1044
343	1043
344	1032
345	Id.
346	1047
347	1020
348	1038
349	1047
350	1054
351	1056
352	Id.
353	1058
354	1060
355	1058
356	1048
357	1032
358	Id.
359	1033
360	Id.
361	1034
362	1038
363	1037
364	1050
365	1040
366	1041
367	Id.
368	Id.
369	1071
370	1074
371	1069
372	1088
373	1085
374	1084
375	1080
376	Id.

Source BIU Cujas

Articles.	Pages.
377	1080
378	1084
379	1087
380	Id.
381	1084
382	1088
383	1087
384	Id.
385	1088
386	1090
387	1075
388	1085
389	1078
390	1084
391	1079
392	Id.
393	Id.
394	1080
395	1085
396	Id.
397	980
398	982
399	Id.
400	983
401	995
402	Id.
403	992
404	982
405	Id.
406	981
407	1001
408	1068 ; cf. p. 1000, 1065
409	1066
410	1004
411	Id.
412	Id.
413	Id.
414	Id.
415	995
416	1005
417	995
418	997
419	999
420	997
421	Id.
422	987
423	986
424	987
425	1000
426	990
427	989
428	1001
429	Id.
430	1111
431	Id.
432	Id.
433	1112
434	1113
435	1115
436	Id.
437	658, 659
438	668, 669
439	632
440, 1er al.	666
—, 2e al.	674
441	671
442	671, 736
443, 1er al.	675
443, 2e al.	682
—, 3e al.	693
—, 4e al.	682
444, 1er al.	695
—, 2e al.	704
445, 1er al.	705
—, 2e al.	706
446	712
447	723
448, 1er al.	685
—, 2e et 3e al.	729
449	726
450	694
451	734
452	Id.
453	735
454	734
455	742, 743
456	742
457	743
458	744
459	750
460	742
461	749
462	736, 737
463	738
464	737
465	738
466	734
467	735
468	744
469	Id.
470	745
471	746
472	742
473	743
474	749
475	746
476	751
477	Id.
478	Id.
479	744
480	Id.
481	745
482	750
483	Id.
484	745
485	747
486	745
487	748
488	742
489	747
490, 1er et 2e al.	Id.
—, 3e al.	684
491	752
492	Id.
493	Id.
494	753
495	Id.
496	756
497	753
498	756
499	Id.
500	757
501	Id.
502	793
503	754
504	793
505	793
506	794
507	795
508	797
509	798
510	799
511	Id.
512	800
513	Id.
514	801
515	Id.
516	804
517	805
518	814
519	804
520	815, 816
521	814
522	815
523	Id.
524	Id.
525	817
526	817, 818
527	790
528	791
529	824
530	825
531	802
532	824, 825
533	826
534	827
535	826
536	831
537	831, 832
538	832
539	Id.
540	Id.
541, 1er al.	832
—, al. suiv.	820
542	761
543	762
544	763
545	807
546	787
547	Id.
548	788
549	782
550	770, 783
551	787
552	788
553	789
554	Id.
555	790
556	789
557	780
558	Id.
559	779
560	Id.
561	781
562	786
563	784, 785
564	781
565	829
566	830
567	Id.
568	Id.
569	831
570	826
571	692

Source BIU Cujas

Articles.	Pages.	Articles.	Pages.	Articles.	Pages.
572	827	598	842	624	1130
573	828	599	845	625	Id.
574	766	600	Id.	626	Id.
575	767, 768	601	Id.	627	Id.
576	770	602	846	628	1123
577	Id.	603	Id.	629	1130
578	778	604	847, 848	630	1123
579	Id.	605	850	631	1134
580	672	606	Id.	632	26
581	709	607	Id.	633	36
582	733	608	Id.	634	51
583	Id.	609	Id.	635	731
584	836	610	Id.	636	577
585	837	611	Id.	637	578
586	Id.	612	849	638, 1er al.	28
587	838	613	847	—, 2e al.	575
588	Id.	614	851	639	1138
589	Id.	615	1123	640	1133
590	Id.	616	Id.	641	Id.
591	839	617	Id.	642	1139
592	Id.	618	1124	643	1141
593	840	619	1125	644	1140
594	Id.	620	Id.	645	1143
595	841	621	1126	646	Id.
596	Id.	622	1129	647	1144
597	Id.	623	1128	648	Id.

FIN DE LA TABLE DES ARTICLES DU CODE DE COMMERCE.

Source BIU Cujas

TABLE

DES ARTICLES DE LOIS, DÉCRETS, ETC.,

COMMENTÉS AU COURS DE L'OUVRAGE.

L. 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement: art. 69, § 2, 6°, p. 576; art. 70, § 3, 15°, p. 504.

—

Arrêté 27 prairial an X, sur les bourses de commerce, p. 405 et suiv.

—

L. 28 avril 1816, sur les finances: art. 50, p. 504

—

L. 25 juin 1841, sur les ventes aux enchères de marchandises neuves, p. 413 et suiv.

—

Décret du 24 mars 1848, sur le rechange, p. 562.

—

L. 5 juin 1850, sur le timbre, p. 502, 563, 572, 576.

—

L. 28 mai 1858, sur les magasins généraux, p. 342 et suiv.

—

L. 28 mai 1858, sur les ventes publiques de marchandises en gros, p. 413.

—

L. 3 juillet 1861, sur les ventes publiques de marchandises en gros, p. 413.

—

L. 14 juin 1865, sur les chèques, p. 593 et s.

—

L. 13 juin 1866, sur les usages commerciaux, p. 322 et suiv., 464.

—

L. 18 juillet 1866, sur les courtiers de marchandises, p. 412.

L. 24 juillet 1867, sur les sociétés, p. 179-251. — V. le détail ci-dessous.

—

L. 23 août 1871, sur l'enregistrement et le timbre: art. 2, p. 502 ; art. 6, p. 1013; art. 18, 2°, p. 603 ; art. 20, 1°, p. 576.

—

L. 21 décembre 1871, sur l'élection des juges des tribunaux de commerce, p. 1124 et suiv.

—

L. 12 février 1872, sur le privilège du bailleur en cas de faillite, p. 700 et suiv.

—

L. 28 février 1872, sur les droits d'enregistrement: art. 5, p. 306, 892 ; art. 7, p. 306.

—

L. 15 juin 1872, sur les titres au porteur, p. 425 et suiv.

—

L. 19 février 1874, sur l'enregistrement et le timbre : art. 3 et 4, p. 502 et suiv.; art. 5 et 6, p. 598 et suiv. ; art. 7, p. 602 et suiv. ; art. 8 et 9, p. 604.

—

L. 10 décembre 1874, sur l'hypothèque des navires, p. 895 et suiv.

—

L. 23 décembre 1878, sur l'enregistrement et le timbre, p. 502, 576.

—

L. 29 juillet 1881, a. 5, p. 502, 576.

L. 24 juillet 1867, sur les sociétés.

Articles.	Pages.	Articles.	Pages.	Articles.	Pages.
1	179	9	205	15, 1er-4e al.	197
2	187	10, 1er et 2e al.	204	—, 5e al.	205
3	190	—, 3e et 4e al.	209	16	197
4	184	—, 5e al.	210	17	214
5	202	11	205	18	215
6	203	12	213	19	Id.
7	195.	13	196	20	Id.
8	203	14	197	21, 1er al.	217

Source BIU Cujas

Articles.	Pages.	Articles.	Pages.	Articles.	Pages.
21, 2e al.	240	37	233	53	243
—, 3e al.	217	38	Id.	54	Id.
22	219	39	234	55	247
23	218	40	223	56, 1er et 2e al.	248
24	183	41	195	—, 3e al.	251
25	219	42	226	57	248
26	222	43	232	58	Id.
27	228, 229, 230	44	224	59	247
28	228	45, 1er al.	197	60	249
29	230	—, 2e al.	229	61	250
30	229	46	234	62	Id.
31	230	47	Id.	63	247, 249
32	231	48	240	64	250, 251
33	Id.	49	241	65	247
34	232	50	Id.	66	234, 235
35	Id.	51	242	67	236
36	233	52	Id.		

FIN DE LA TABLE DES ARTICLES DE LOIS, DÉCRETS, ETC.

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DE CHATILLON-SUR-SEINE. — A. PICHAT.

Source BIU Cujas

ERRATUM.

Page 571, ligne 27, *au lieu de* : art. 178, 2e al., *lisez* : art. 170, 2e al.

Source BIU Cujas

SUPPLÉMENT

LOIS NOUVELLES DE 1884 A 1886

Depuis la publication de cette troisième édition, jusqu'au commencement de 1887, indépendamment de la loi du 8 décembre 1883, qui a rétabli le suffrage universel pour les *élections des juges consulaires* et dont le texte a été donné, page 1124 bis et suivantes, quatre lois importantes ont été votées et promulguées. Nous en donnons le résumé par ordre de dates, avec une indication sommaire des modifications que ces lois nécessiteraient dans le cours de cet ouvrage.

I. Loi du 28 mars 1885, sur les marchés à terme.

L'art. 1er de la loi en est la disposition essentielle : « Tous marchés à terme sur effets publics et autres, tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. — Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'article 1965 du code civil, lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence. » Cet article tranche et supprime complètement la grande controverse que nous avions discutée au n° 647 du *Cours*. Il admet, comme nous l'avions fait sous la législation alors en vigueur, la validité des marchés à terme sérieux. Et il applique expressément cette solution aux marchés à livrer, portant, non sur des effets publics, mais sur des denrées et marchandises (v. au n° 462), pour lesquels la question était beaucoup moins sérieusement controversée. — Mais le législateur de 1885 va beaucoup plus loin qu'il ne nous semblait possible d'aller avec les anciens textes (v. aux nos 463 et 647) ; car il reconnaît la validité de ces opérations, même lorsque réellement elles constituent des *jeux* ou des *paris*, il interdit expressément l'application à ces marchés de l'art. 1965, C. civ. Cette innovation a eu pour motif que l'exception de jeu profitait uniquement aux spéculateurs de mauvaise foi et leur permettait d'échapper aux conséquences de leurs pertes (v. du n° 648).

Pour compléter cette innovation législative, l'art. 3 de la loi abrog tous les anciens textes qui fournissaient des arguments à la doctrine dorénavant

Source BIU Cujas

proscrite, en exigeant que l'agent de change ne pût opérer que les mains garnies (v. n° 647). Ce sont les arrêts du conseil du 24 sept. 1724, des 7 août, 20 octobre 1785, du 22 sept. 1786 ; la L. 28 vendémiaire an IV, ch. 1er, a. 15, et ch. 2, art. 4 ; les art. 85, 3e al., et 86 C. com. (v. nos 582, 659 du *Cours*). Quant à l'arrêté consulaire du 28 prairial an X, art. 13, il est maintenu dans sa disposition principale, mais on y a supprimé (a. 4 de la L. 1885) les mots qui imposaient aux agents de change l'obligation d'avoir en mains l'argent ou les titres, et d'exécuter le marché d'une bourse à l'autre.

Enfin, dans le même ordre d'idées, l'art. 2 de la loi nouvelle abroge les articles 421 et 422 du code pénal, qui punissaient toutes ou quelques-unes au moins des spéculations à terme (v. notre n° 649).

Notons que l'abrogation des art. 85, 2e al., et 86 C. com., a aussi comme conséquence de confirmer et de rendre indiscutable l'obligation au secret imposée aux agents de change par l'art. 19 de l'arrêté de l'an X ; car cette abrogation supprime les deux arguments principaux qu'on pouvait faire valoir pour soutenir la suppression de cette obligation.

Une dernière disposition de la L. 1885, l'art. 5, renvoie, pour la fixation des conditions d'exécution des marchés à terme par les agents de change, au règlement d'administration publique annoncé par l'art. 90 du Code de commerce, et qui n'a pas encore été fait jusqu'à ce jour.

II. Loi du 10 juillet 1885, sur l'hypothèque maritime.

Cette loi a complètement refondu la loi antérieure du 10 décembre 1874 (v. nos nos 1157 et suiv.). Nous n'en analyserons pas toutes les dispositions qui reproduisent souvent les textes antérieurs. Nous signalerons seulement les innovations introduites par la loi nouvelle.

1° Les actes constitutifs d'hypothèque ne jouissent plus de l'avantage de ne payer, dans un grand nombre de cas, qu'un droit fixe (2 fr.) d'enregistrement (v. n° 1159). Ils paient toujours et immédiatement un droit proportionnel ; il est vrai que ce droit est modéré, 1 p. 1000 fr. (art. 2 de la loi nouvelle).

2° Les copropriétaires d'un navire n'ont plus le droit d'hypothèquer seuls et séparément leur part indivise. L'hypothèque ne peut être établie qu'avec l'autorisation de *la majorité* des copropriétaires ; ou bien avec l'autorisation du juge dans le cas de l'art. 233 C. com. Elle est dans ce dernier cas consentie par l'armateur titulaire (a. 3, 2e al.). — Si un propriétaire veut hypothéquer sa part indivise, il ne peut le faire qu'avec l'autorisation de la majorité (a. 2, 3e al.). — Dans un cas comme dans l'autre, la majorité se calcule d'après les principes de l'art. 228 C. com.

3° La loi nouvelle supprime la faculté d'hypothéquer le navire en cours de voyage (suppression de l'art. 26 de l'ancienne loi ; v. notre n° 1160, *in fine*).

Source BIU Cujas

Cette hypothèque éventuelle présentait des inconvénients pour la simplicité des mesures de publicité, et était d'ailleurs peu pratiquée. Comme conséquence, pour la publicité de l'hypothèque, l'art. 6 se contente de l'inscription sur les registres du receveur des douanes ; il n'exige plus la mention au dos de l'acte de francisation, qui n'avait pour but que de permettre l'hypothèque en cours de voyage. Mais aussi l'art. 33, 2e al., exige toujours l'inscription en France, même pour les hypothèques consenties à l'étranger, et ne donne rang à ces dernières qu'à la date de cette inscription (sauf une exception, à voir dans l'art. 33, 3e al.).

4° Le délai pendant lequel l'inscription conserve l'hypothèque est dorénavant de dix ans (a. 11), comme pour l'hypothèque immobilière, et non pas de trois ans seulement (v. notre n° 1161 *in fine*).

5° Les effets de l'hypothèque ne s'étendent plus de plein droit sur l'indemnité d'assurance (suppression de l'ancien art. 17). Le législateur a fait droit ainsi aux réclamations des assureurs, dont les craintes, peut-être un peu exagérées, avaient nui beaucoup au développement de l'hypothèque maritime (v. notre n° 1163, et la note).

6° La loi défend la vente à un étranger d'un navire grevé d'hypothèque (a. 33, 1er al.) ; on a voulu par là empêcher que l'on ne pût détruire les droits des créanciers hypothécaires, ou les compromettre, en soumettant le navire à une législation différente et en rendant beaucoup plus difficiles les poursuites.

Enfin le législateur de 1885 a placé dans la loi sur l'hypothèque maritime toute une série de dispositions, les art. 23-28, qui modifient, non plus la loi de 1874, mais les articles mêmes du Code de commerce (201-207), relatifs aux formalités de la saisie et de la vente des navires (v. notre n° 1167). Ces formalités sont abrégées et simplifiées.

Une disposition de la L. 1885 aurait dû être signalée comme très remarquable, si elle n'était pas devenue, depuis, le droit commun en matière commerciale (v. *infra* n° IV). C'est l'art. 38 qui consacrait la liberté de l'intérêt conventionnel en matière de prêts hypothécaires sur navires.

III. Loi du 12 août 1886 ayant pour objet de modifier plusieurs articles du livre II du code de commerce.

A la fin du n° 1109 du *Cours*, nous annoncions divers projets de modification du livre II du Code de commerce; on ne pouvait alors prévoir quand ils aboutiraient. Après un long sommeil, et quoique mené avec une sage lenteur, le travail de discussion de ces projets est cependant arrivé à son terme. La loi ne refond pas, comme on en avait eu la pensée en 1865, tout

Source BIU Cujas

le droit maritime; elle se borne à modifier huit articles du Code de commerce, les art. 216, 258, 262, 263, 265, 315, 334, 347 (a. 1er); et, comme conséquence de ces modifications, à en abroger trois (a. 2), les art. 259, 318 et 386 [1].

La modification à l'art. 216 a eu pour but de donner satisfaction à un vœu que nous signalions au n° 1188 du *Cours*, p. 922, note 3; elle applique la faculté d'abandon, consacrée par cet article, aux dépenses occasionnées par le naufrage d'un navire dans un port ou dans les eaux qui lui servent d'accès, ainsi qu'aux avaries causées aux ouvrages d'un port. — Le 5e al. du nouvel article 216 étend même alors la faculté d'abandon au capitaine propriétaire ou copropriétaire du navire, auquel dans les autres cas ce droit est refusé par le 3e al. Il n'y a d'exception que si l'on prouve la faute du capitaine.

Les articles 258, 259, 262, 263, 265 sont relatifs à la matière des engagements des matelots. Il suffit en général de rapprocher les textes nouveaux des anciens pour comprendre la portée des modifications; en notant l'abrogation complète de l'art. 259 (v. nos nos 1227 et 1228). Nous signalerons seulement l'innovation capitale, que nous annoncions avec ses motifs au n° 1227: les matelots ne perdent plus leurs salaires en cas de naufrage. Cette concession devait entraîner la suppression de la prohibition d'assurer ces loyers (v. nos nos 1326 et 1334); cette suppression a été operée par la nouvelle rédaction de l'art. 347 (*v. infrà*).

C'est à l'énumération des objets que l'on peut assurer et sur lesquels on peut emprunter à la grosse, que se réfèrent les derniers articles modifiés ou abrogés en 1885. Les articles 315 et 318 concordent, on le sait, sinon complètement dans leurs termes, du moins quant au fond de l'énumération, avec les art. 334 et 347; la modification des uns entraînait nécessairement celle des autres, et les explications doivent être données simultanément pour ces deux séries d'articles.

L'innovation capitale de la loi nouvelle sur ce point est d'autoriser l'assurance du *fret* des marchandises chargées et celle du *profit espéré* sur ces mêmes marchandises (a. 334, nouveau) ainsi que le prêt à la grosse sur ces mêmes objets (a. 315, nouveau). L'abrogation de l'article 318 consacre également cette volonté du législateur. Nous avons montré aux numéros 1326 et 1331 que l'ancienne prohibition n'avait pas de raison d'être, qu'elle était établie sur une analyse incomplète du but de ces conventions, que la législation des nations les plus commerçantes avait depuis un temps plus ou moins long renoncé à cette interdiction; enfin que dans la pratique on était parvenu à échapper à la défense de la loi (n° 1327). Ces détours de la pratique deviendront désormais inutiles et l'on pourra dorénavant assurer ouvertement ces objets.

1. On trouvera le commentaire de cette loi, dans Arth. Desjardins, *Traité de droit commercial maritime*, T. V, p. 527; dans de Valroger, *Dr. marit.*, t. V, p. 365; et dans une brochure de M. de Courcy, *la Loi du 12 août 1885*. Paris, Pichon, 8°, 1885.

Source BIU Cujas

Il en est de même du *profit maritime* (v. notre n° 1333).

Quant à l'assurance du *fret*, la loi prend soin de spécifier que c'est seulement le *fret net* qui pourra en faire l'objet. Cette restriction est parfaitement rationnelle; nous l'avons expliquée au n° 1326.

La prohibition d'assurer les *sommes empruntées à la grosse* est maintenue; c'est tout ce que le nouvel article 347 conserve de l'ancienne rédaction. Nous avons montré en effet (n. 1333) que cette défense était parfaitement justifiée puisque les risques sont, quant à ces sommes, complètement couverts par les conditions de l'emprunt à la grosse. V. également notre n. 1432.

Nous avons expliqué plus haut pourquoi les *loyers des gens de mer* peuvent dorénavant être assurés, et pourquoi également ils peuvent faire l'objet d'un prêt à la grosse. V. également n. 1334.

Le nouvel article 334 prend la peine de dire que l'on peut faire assurer le *coût de l'assurance*. Cette règle était déjà consacrée par l'art. 342 du Code. V. notre n° 1360.

Enfin les premiers mots du même article 334 autorisent expressément *toute personne intéressée* à contracter une assurance. Ils ont pour but d'écarter une opinion, que nous avons combattue au n° 1319, d'après laquelle il aurait fallu, pour faire assurer un objet, en être propriétaire ou être le représentant du propriétaire. Les conséquences de la doctrine consacrée par la loi sont développées au même numéro.

Deux alinéas entièrement nouveaux ont été ajoutés à l'article 334; ils interdisent *toute assurance cumulative*, et règlent les conséquences de l'infraction à cette prohibition. Cette règle était déjà certaine d'après les principes les plus élémentaires du contrat d'assurance; et l'article 359 (v. n. 1341) la supposait très certainement en développant plusieurs de ses conséquences. On ne peut assurer deux fois le même objet pour toute sa valeur; tel est le sens de l'art. 334, 2e al. Cela est évident puisque, une fois le risque de la perte couvert complètement par une première assurance, le propriétaire de l'objet n'a plus aucun intérêt à l'assurer; la seconde assurance, si elle était exécutée, ne pourrait être pour lui qu'une source de profit, ce qui est absolument contraire à l'essence de ce contrat (nos 1306 et 1324). C'est exactement pour le même motif que l'art. 357 défend d'assurer une somme supérieure à la valeur des objets en risque. Aussi n'y a-t-il pas lieu de s'étonner si le 3e al. (nouveau) de l'art. 334, établit comme sanction, en cas d'assurances cumulatives, les mêmes nullités et réductions qu'édictent les art. 357, 358, 1er al., 359, dans l'hypothèse de l'art. 357; v. au n° 1346, l'explication de ces articles. Quoique le 3e al. de l'art. 358 et le 2e de l'art. 359 ne soient pas reproduits dans l'art. 334 nouveau, il y a lieu d'appliquer ici les mêmes règles : lorsque l'assurance est réduite, il faut accorder aux assureurs l'indemnité d'un 1/2 0/0 de la somme assurée, comme dans tous les cas où une assurance est ristournée sans la faute de l'assureur, et sans le dol ou la fraude de l'assuré : a. 349, 361.

Source BIU Cujas

L'abrogation de l'art. 386 fait cesser la nécessité de comprendre le fret des marchandises sauvées dans le délaissement du navire (v. notre n. 1420). Cette innovation se rattache à la permission donnée d'assurer le fret. Si le fret est assuré par d'autres que les assureurs du navire, il est tout naturel qu'il soit délaissé, s'il y a lieu, aux assureurs du fret, et non pas aux assureurs du navire; le maintien de l'art. 385 aurait créé un conflit injuste entre ces deux classes d'assureurs. De plus, si l'article 386 avait été maintenu, on aurait pu soutenir que l indemnité payée à l'assuré par les assureurs du fret aurait dû être délaissée par l'assuré aux assureurs du navire. Il a paru plus juste que l'assuré, qui a eu la précaution de se faire garantir le fret, et qui a payé une prime spéciale pour cela, bénéficiât de sa prudence. — Si le fret est assuré par les assureurs du navire et par une seule et même clause, il nous paraît évident qu'il devra faire partie du délaissement, car celui-ci doit comprendre tous les objets assurés. — C'est seulement dans le cas où le fret ne serait pas assuré du tout que l'art. 386 aurait pu être maintenu sans inconvénient. La loi, dans ce cas, a laissé aux assureurs le soin d'en stipuler l'abandon, s'ils le jugent convenable.

IV. — **Loi du 14 janvier 1886, sur le taux de l'intérêt de l'argent.**

L'article unique de cette loi est ainsi conçu : « Les lois des 3 septembre 1807 et 19 décembre 1850, dans leurs dispositions relatives à l'intérêt conventionnel, sont abrogées en matière de commerce ; elles restent en vigueur en matière civile. »

La loi du 3 septembre 1807 établissait un maximum légal à l'intérêt conventionnel ; 5 °/° en matière civile, 6 °/° en matière commerciale. Son abrogation établit **la liberté du taux de l'intérêt conventionnel**, en matière commerciale seulement. C'est seulement l'intérêt conventionnel qui est libre ; car, à défaut de convention par les parties, il faut bien toujours que le législateur intervienne pour suppléer à leur silence ; c'est toujours le taux de 6 °/° qui est conservé dans ce cas.

La loi du 19 décembre 1850 était relative au délit d'usure ; elle devenait sans objet en matière commerciale sous l'empire de la loi nouvelle, puisque l'usure dans notre droit est simplement le fait de prêter au dessus du taux légal. Son article premier réglait notamment le mode d'imputation des intérêts perçus au delà du maximum légal ; évidemment il ne pouvait avoir dorénavant aucune application dans le commerce.

Les motifs de l'innovation ont été longuement développés dans les travaux

Source BIU Cujas

préparatoires, notamment dans les rapports de M. Jozon à la chambre des députés et de M. Labiche au Sénat (v. not. D. P. 86. 4. 32). Ils se résument en ces deux observations : — 1° l'application de la loi de 1807 en matière commerciale était considérablement restreinte en fait, depuis que la loi du 9 juin 1857 avait permis à la banque de France d'élever son escompte au dessus de 6 °/°, et qu'une jurisprudence constante avait autorisé les banquiers à suivre cette élévation de l'escompte dans leurs prêts aux particuliers, sous le nom de commissions transitoires (v. notre n. 697) ; — 2° lorsque les capitaux peuvent se placer facilement à la bourse à un taux supérieur à 6 °/°, les capitalistes honnêtes refusent de prêter aux particuliers, et ceux-ci se trouvent à la merci des « citoyens moins scrupuleux, qui savent bien tourner la loi et faire payer à l'emprunteur, non seulement le taux normal du marché des capitaux, mais aussi le risque des procédés illégaux auxquels ils doivent recourir » (M. Labiche) ; de sorte que la protection de la loi se retourne contre ceux qui ont besoin d'argent et auxquels un emprunt, même à un taux élevé, peut rendre de très grands services à un moment donné.

Le maximum du taux de l'intérêt est maintenu en matière civile. Après de longues discussions la majorité de nos législateurs, dans les deux chambres, a pensé qu'il fallait conserver la protection de la loi aux agriculteurs, aux petits propriétaires et aux ouvriers, qui ne peuvent pas s'adresser comme les commerçants au grand marché des capitaux représenté par les banques, où la concurrence abaisse le prix de l'argent, mais qui sont à la merci de petits prêteurs, souvent d'usuriers de bas étage, qui leur font la loi (v. not. M. Laroze à la chambre des députés, le 11 mars 1882. *Journ. off.* du 12).

Par ces diverses dispositions, notre législateur a suivi le grand mouvement qui a fait établir la liberté du taux de l'intérêt dans presque tous les pays d'Europe (sauf dans quelques cantons suisses), tout en tenant compte de la protection due aux faibles et aux ignorants, qui a déterminé plusieurs des pays, où la liberté existe, à prendre des mesures contre ceux qui abusent des besoins, de la faiblesse d'esprit ou de l'inexpérience des emprunteurs; v. not. en Belgique, en Allemagne, en Autriche, en Gallicie et dans certains cantons suisses, où le délit d'usure est maintenu ou a été rétabli dans la législation, malgré la liberté du taux de l'intérêt. En Hongrie, la loi de 1877 établit la même distinction que la loi française entre le prêt civil et le prêt commercial.

La liberté, consacrée par la loi nouvelle, devra être mentionnée parmi les conséquences de la commercialité des actes, à notre n° 31, 6°, et parmi les prérogatives résultant de la qualité de commerçant, à notre n° 54, 5°. Cette innovation supprime plusieurs questions controversées relatives aux opérations des banquiers, notamment celles qui étaient discutées aux n°s 695, 696, 697, 698 B, 699. — Elle donne au contraire un intérêt beaucoup plus grand à la question de savoir si les avances d'argent faites par un banquier, ou même par un autre commerçant, à un non commerçant peuvent être considérées

Source BIU Cujas

comme des opérations faites « en matière commerciale ». Nous maintenons en principe la solution que nous avons donnée au nº 695; nous y serions d'ailleurs conduits par les travaux préparatoires de la loi nouvelle : on avait demandé que le texte définît légalement ces mots « en matière commerciale»; il a été répondu par les rapporteurs MM. Labiche et Jozon, que « la définition exigerait de longues explications et resterait malgré tout incomplète; que la distinction dépend de circonstances multiples, que c'est avant tout une question de jurisprudence », et M. Jozon a ajouté : « Les règles dont la jurisprudence s'est inspirée pour distinguer les deux sortes de prêts sont connues. *Elles continueront à être appliquées dans l'avenir comme elles l'ont été dans le passé.* Le mieux est de s'y référer sans rien innover sur ce point.» Or la jurisprudence était conforme à la solution que nous avions adoptée. Pourtant ces déclarations des travaux préparatoires ne sauraient donner à la jurisprudence antérieure une autorité égale à celle d'un texte de loi, ni lui imposer une fixité qui n'est pas dans sa nature. Aussi dans le cas où la liberté produirait des abus, la jurisprudence pourrait se montrer plus sévère, et poursuivre plus rigoureusement les déguisements auxquels les parties pourraient avoir recours. Elle devrait en général rechercher si le prêteur était bien réellement un commerçant sérieux, et si l'intérêt qu'il a stipulé était conforme au cours général de l'argent sur la place, conformément aux motifs donnés dans les travaux préparatoires pour le maintien du maximum en matière civile.

FIN DU SUPPLÉMENT.

Source BIU Cujas

DEUXIÈME SUPPLÉMENT

LOIS NOUVELLES DE 1887 A 1889

Dans cette période nous n'avons à signaler que deux lois importantes concernant le droit commercial : celle du 11 avril 1888 *portant modification des art.* 105 *et* 108 *C. comm.*; et celle du 4 mars 1889 substituant dans certains cas la liquidation judiciaire à la faillite.

I. Loi du 11 avril 1888, portant modification des art. 105 et 108 C. com.

L'article 105 C. com. déchargeait *immédiatement* le voiturier de *toutes* ses obligations dès qu'il y avait eu réception de la marchandise et paiement du prix par le destinataire. Beaucoup de négociants se plaignaient de la rigueur de cette disposition pour les destinataires qui sont presque toujours dans l'impossibilité absolue de vérifier l'état des colis, surtout à l'intérieur, au moment où la livraison est opérée entre leurs mains. En 1879, à la suite de nombreuses pétitions adressées par des commerçants des diverses parties de la France, par des chambres de commerce et par des chambres syndicales, la question fut mise à l'étude par le gouvernement, et, après une longue élaboration, aboutit à la loi nouvelle. Aux termes du nouvel art. 105, 1er al. : « La réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier pour avarie ou perte partielle, si, dans les trois jours, non compris les jours fériés, qui suivent celui de cette réception et de ce paiement, le destinataire n'a pas notifié au voiturier, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée sa protestation motivée. » Deux innovations importantes résultent de ce texte : 1° la déchéance des actions n'est pas immédiate, le destinataire a trois jours pour réclamer ; 2° la déchéance ne frappe que les actions pour avarie ou perte partielle. — Mais il ne faudrait pas s'exagérer la portée de ces innovations ; le destinataire aura trois jours pour vérifier la marchandise ; mais, en usant de ce délai, il perdra un grand avantage, celui d'être dispensé de prouver que l'avarie ou la perte partielle avait eu lieu avant l'arrivée de la marchandise. Il ne sera plus dorénavant impossible que l'accident se soit produit entre les mains et par la faute des préposés du destinataire ; et ce sera à celui-ci, réclamant des dommages-intérêts, de prouver que le fait s'est produit avant qu'il n'ait reçu le colis. Cette obligation de prouver résulte à sa charge de l'art. 1315 C. civ., et il a été formellement dit dans les travaux pré-

Source BIU Cujas

paratoires, conformément à l'avis émis par la Cour de Cassation dans l'enquête préalable, qu'on n'entendait lui accorder aucune faveur à cet égard. (v. not. le résumé des trav. prép. dans D. P. 1884, p. 20, col. 1re à partir du milieu.) Le bénéfice de la loi nouvelle ne s'appliquera donc qu'au cas où l'on pourra établir, notamment par la nature de l'avarie, qu'elle a eu lieu en cours de route. Le destinataire prudent devra toujours vérifier la marchandise avant de la recevoir, et la refuser s'il découvre une avarie. V. notre ouvrage n°573. L'avantage qu'on lui a accordé n'est donc pas très considérable, mais c'est tout ce que l'on pouvait concéder sans injustice pour les voituriers. — La déchéance, même restreinte par le délai de trois jours, a encore été limitée aux cas d'avarie ou de perte partielle ; elle ne s'appliquera plus au cas de retard ; dans ce cas, en effet, il n'y avait pas lieu d'imposer aux parties un règlement rapide, car les preuves ne sont pas sujettes à disparaître promptement, et d'autre part le calcul des délais est quelquefois assez compliqué pour exiger une étude un peu prolongée. La rédaction du nouvel article 105 exclut encore implicitement le cas de perte totale ; mais il n'a jamais pu être question d'appliquer à cette hypothèse la fin de non recevoir dont il s'agit puisqu'alors la marchandises n'arrive pas, et n'est pas *reçue* par le destinataire. — On avait proposé de limiter la faveur du délai de trois jours au cas d'avarie non apparente (comp. notre n° 574,4°), parce que dans le cas contraire le destinataire doit s'en apercevoir immédiatement. Mais on n'a pas voulu exposer les parties à soutenir un procès préalable sur le caractère apparent ou non de l'avarie, et retarder ainsi une liquidation que l'on désirait avant tout accélérer. — Enfin le nouvel article, par son énumération limitative des cas où s'applique la fin de non recevoir, exclut certainement les actions en *détaxe* (v. notre n° 574, 3°), c'est-à-dire en répétition sur le prix mal calculé et exagéré par la compagnie de chemin de fer, qui n'a pas le droit d'excéder ses tarifs homologués par l'administration. Les raisons données ci-dessus pour excepter le cas de retard s'appliquent avec encore plus de force ici.

Le délai accordé au destinataire pour faire sa réclamation est de trois jours francs, non comprise la fin du jour de la réception, qui n'entre pas en compte ; la loi dit formellement : « dans les trois jours *qui suivent celui de* la réception. » Ainsi dans le cas où la marchandise a été reçue le 1er du mois, on a jusqu'au 4 au soir pour faire la notification. — Les jours fériés ne comptent pas dans ce délai.

La réclamation doit être notifiée au voiturier soit par un acte extrajudiciaire, c'est-à-dire par huissier, soit par lettre recommandée. La lettre recommandée est un moyen que l'on tend à introduire dans notre procédure pour remplacer les actes d'huissier en économisant

Source BIU Cujas

des frais aux parties. Elle donne lieu à des difficultés qui demanderont à être réglées par le législateur s'il généralise ce procédé. — Si la lettre n'arrive pas, sur qui tombera la négligence de la poste (sauf recours contre celle-ci jusqu'à concurrence de 50 fr.) ? Nous pensons que ce sera sur le destinataire du colis : la loi lui offre deux moyens de notification l'un plus sûr, l'autre plus économique ; c'est à lui qu'on doit imputer d'avoir employé le moyen le moins efficace ; et le voiturier ne peut rester sous le coup de l'action, lorsqu'il ignore absolument la réclamation. — Comment pourra-t-on établir le contenu de la lettre ? Il faut répondre que le voiturier qui a signé le récépissé de la lettre entre les mains de l'administration des postes, sera obligé de produire l'original ; et que, faute par lui de le produire, le destinataire du colis pourra prouver par la copie de sa lettre qu'il aura dû garder ; cette dernière solution ne peut faire doute si le destinataire est commerçant (a. 8, 2e al. et 15 C. com. combinés) ; nous pensons qu'elle s'impose également s'il n'est pas commerçant, car le législateur l'a admis implicitement à faire cette preuve, en l'autorisant à compter sur la lettre recommandée, comme moyen d'éviter la déchéance. — Enfin suffit-il que dans le délai de trois jours la lettre ait été mise à la poste, ou faut-il qu'elle soit arrivée au voiturier dans ce délai ? Il a été dit formellement dans les travaux préparatoires, à la fois à la Chambre et au Sénat, que le timbre du bureau de départ donnerait date certaine à la protestation et qu'il suffirait que la lettre fût partie dans le délai de trois jours ; et, si le ministre des travaux publics a fait une réserve à cet égard, c'est seulement en vue du cas (examiné plus haut) où la lettre n'arriverait pas à destination (v. le résumé des trav. prép. dans D. P. 88. 4. 20 ; col. 1re). On a objecté le texte de l'art. 105 d'après lequel le destinataire doit « notifier » dans les trois jours sa protestation au voiturier ; « notifier », dit-on, c'est faire connaître ; or le voiturier ne connaît le contenu de la lettre que quand il l'a reçue. Il faut répondre que le mot *notifier* a, dans la langue usuelle, un sens moins précis, et qu'il est employé souvent pour dire : envoyer une notification ; que dès lors il ne peut l'emporter sur les travaux préparatoires qui sont formels pour se contenter de l'envoi de la lettre.

La nouvelle rédaction de l'art. 105 laisse subsister la question que nous avons résolue à notre no 573 : faut-il que le paiement du prix ait eu lieu au moment de la réception ; ou bien la fin de non recevoir s'appliquerait-elle encore dans le cas où le prix a été payé d'avance au moment de l'expédition ? Nous déciderons, comme antérieurement, que la déchéance n'a pas lieu si l'expédition a été faite en port payé ; les raisons sont les mêmes qu'autrefois ; il y a même un double argument de texte à invoquer en plus. L'article donne trois jours à partir de « *celui de cette réception et de ce paiement* » ; il dit *et*, et non pas *ou*

Source BIU Cujas

de ce paiement, d'où il faut conclure que la réception seule ne suffirait pas pour faire courir le délai, si le paiement ne l'accompagnait pas ; de plus il suppose que c'est le même jour (*celui...*) que le paiement et la réception auront eu lieu. On a objecté[1] que, la déchéance étant moins rigoureuse actuellement, on devait entendre le texte d'une manière moins restrictive. Mais cette considération n'est pas décisive, car nous avons vu qu'il subsiste encore une rigueur assez grande contre le destinataire ; et l'argument est largement contrebalancé par les raisons nouvelles puisées dans le texte.

Il faudrait d'ailleurs excepter de l'application de l'article les deux cas prévus à notre n° 574, 1° et 2°, celui de réserves formelles faites lors de la réception, et celui d'une fraude positive commise par le voiturier : l'art. 108 nouveau dit, comme l'ancien, à la fin de son 1er al. « sans préjudice des cas de fraude ou d'infidélité »; Les rédacteurs de la loi n'ont nulle part manifesté la pensée d'exclure cette réserve dans le cas de l'art. 105, auquel elle avait été étendue de l'aveu de tous sous l'empire du Code de commerce.

Le 2e al. de l'art. 105 prohibe toute stipulation contraire à sa disposition principale, pour éviter des clauses qui seraient devenues de style, et souvent se seraient cachées dans les notes imprimées au dos des récépissés délivrés par les chemins de fer, notes qui ne sont jamais lues par l'expéditeur avant la formation du contrat de transport (comp. notre n° 563). — Mais la loi excepte de sa prohibition les transports internationaux. On n'a pas voulu lier les compagnies françaises par une règle, dont elles ne pourraient pas exiger l'application réciproque par les compagnies étrangères ; surtout au moment où un congrès international réuni à Berne avait préparé un projet de règlement international des transports par chemins de fer. — Il a été très formellement entendu, dans les travaux préparatoires, que cette prohibition de stipulation contraire s'appliquerait aussi aux règles de l'art. 108. Mais le Sénat n'a pas jugé utile de l'exprimer dans le texte de la loi parce que, à ses yeux, l'art. 2220 C. civ. suffisait pour établir cette défense, puisqu'il interdit d'une manière générale de renoncer d'avance à la prescription.

Dans le projet primitif, le nouvel article 108 abrégeait considérablement le temps de la prescription au profit du voiturier, il le réduisait à un ou deux mois suivant que l'expédition était faite de la France ou de l'étranger : c'était la contrepartie de la concession faite par l'art. 105 au destinataire. Mais de nombreuses protestations du commerce firent allonger ce délai, sans que peut-être on ait tenu assez compte de l'intérêt des voituriers et notamment des compagnies de chemin de fer.

1. L. Peronne, *Annales de dr. commerc.* 1888, p. 126, 127.

Source BIU Cujas

On n'a pas maintenu la distinction, établie par le Code d'abord, et par le projet ensuite, entre les transports faits en France ou empruntant un territoire étranger. On a observé que l'assignation d'une compagnie étrangère, à raison de la facilité de l'assigner en France (C. civ. a. 14), en remettant l'exploit à son représentant ou au parquet d'un tribunal français (C. pr. civ., a. 69, 8°), ne demandait pas plus de temps que l'action contre un voiturier français. Et d'ailleurs le délai le plus court admis dans la rédaction nouvelle est égal (un an) à celui que le Code de commerce accordait lorsqu'il y avait lieu d'agir contre un étranger.

Le nouvel article fait au contraire formellement une distinction qui était seulement impliquée par l'ancien texte, lequel ne réglait que l'une des deux hypothèses (v. notre n° 577). Il range d'une part les actions « pour avaries, pertes ou retard », et d'autre part « toutes les autres actions auxquelles le contrat peut donner lieu ». Les premières sont prescrites uniformément par un an; les secondes par cinq ans.

Relativement à la prescription d'un an, il y a lieu de remarquer que l'article actuel vise expressément l'action pour retard, qui par une omission tout à fait inexplicable était laissée en dehors du texte du Code.

La prescription de cinq ans est entièrement nouvelle dans cette matière. Auparavant, pour toutes les actions non visées par le texte de l'art. 108, on ne pouvait appliquer que la prescription de trente ans.

L'extinction s'applique à toutes actions autres que celles visées par le 1er al. de l'article ; non seulement à celles contre le voiturier ou le commissionnaire, mais encore à celles contre l'expéditeur ou le destinataire. Cela comprendra toutes les questions de *détaxe* ou de *surtaxe*, quand le prix aura été calculé trop haut ou trop bas, par rapport aux tarifs homologués auxquels les parties ne peuvent déroger par aucune convention, pas même par l'acquiescement résultant du paiement du prix demandé. L'article renvoie expressément à l'art. 541 C. pr. civ., afin d'éviter qu'on ne cherchât à échapper à la prescription de cinq ans en alléguant que les calculs, à raison notamment du nombre et de la variété des colis, à raison de la multiplicité des expéditions intervenues entre les mêmes parties, constitueraient un véritable compte dont la révision serait soumise à des règles spéciales en vertu de cet art. 541, et par conséquent à la prescription du droit civil, prescription de trente ans. — Du moment que l'on abrégeait le délai, il peut sembler que c'est beaucoup d'accorder cinq ans pour les réclamations dont il s'agit, alors qu'il a toujours été reconnu qu'un règlement rapide était très désirable dans cette matière des transports (v. notre n° 572). On a considéré dans les travaux préparatoires que le destinataire pouvait avoir plusieurs procès du même genre à soutenir en même temps, et qu'il fallait lui permettre de mener à fin l'un d'entre eux pour apprécier les chances qu'il pouvait avoir de gagner les autres

Source BIU Cujas

avant de les entamer; on a estimé qu'un procès compliqué, avec toutes les voies de recours pouvait bien durer quatre ans.

Le point de départ des deux prescriptions est réglé par le 3e alinéa du nouvel article conformément aux dispositions anciennes de l'art. 108, avec la même distinction entre le cas de perte d'une part, et celui d'avarie ou de retard d'autre part. Cette distinction s'impose, car elle résulte de la force des choses ; en cas de perte on ne peut prendre pour point de départ la remise des marchandises puisque celles-ci ne seront jamais livrées. Pourtant il y a là matière à une fraude: quand un colis aura éprouvé un retard considérable, le voiturier aura intérêt à ne pas le livrer, à le laisser considérer comme perdu, et à attendre l'expiration du délai d'un an, date de l'époque où l'expédition aurait dû arriver, au lieu qu'en remettant le colis, il rouvrirait à partir de la remise un nouveau délai d'un an pour l'action fondée sur le retard. — Il y a lieu d'ailleurs de soulever encore maintenant les questions examinées à nos nos 577 in fine et 578, et de les résoudre de la même façon.

Mais le législateur de 1888 a eu la bonne pensée de trancher la grande controverse que nous examinions à notre no 579 : désormais les actions récursoires des divers voituriers ou commissionnaires les uns contre les autres ne sont pas atteintes par les mêmes prescriptions que les actions du destinataire. Chacune s'éteint spécialement, et par un temps beaucoup plus court, un mois; mais le délai ne commence à courir que du jour où le garanti a été lui-même poursuivi (a. 108, 4e al.). Cela concilie tous les intérêts, quoique ce délai puisse paraître un peu court. — Ce mode d'extinction devrait s'appliquer, suivant nous, de quelque façon que l'action en garantie soit exercée, soit par voie principale, soit par voie incidente. Il y a eu à cet égard des vues opposées manifestées dans la discussion de la loi par MM. Clément et Paris (v. *Ann. de législ. française*, publié par la société de législation comparée, 1888, p. 40 ; et D. P. 88. 4. 21, 3e col.).

A raison des formalités spéciales de la comptabilité publique, le 5e al. de l'art. 108, établit un point de départ différent pour les transports faits pour le compte de l'Etat.

L'art. 2 de la loi applique la prescription de cinq ans aux actions ouvertes avant sa promulgation et pour lesquelles, d'après la législation antérieure, un temps plus long restait à courir.

II. L. 4 Mars 1889 sur la Liquidation judiciaire.

Depuis plus de neuf ans nos assemblées législatives sont saisies d'un projet de loi tendant à la refonte de notre législation sur les faillites, et diverses propositions leur ont été soumises sur la même matière. Ce

Source BIU Cujas

vaste travail, qui comporte la refonte de tout le Livre 3 du Code de commerce, ne pouvant encore aboutir prochainement, on s'est décidé à en détacher l'innovation la plus importante, celle qui permet aux commerçants, dans certaines conditions favorables, d'échapper à la plupart des incapacités attachées à la faillite en recourant à la procédure de la *liquidation judiciaire*. Tout en limitant ainsi l'objet de la loi nouvelle, on en a néanmoins pris occasion pour introduire dans la législation des faillites proprement dites quelques modifications jugées utiles et dont l'application immédiate semblait facile ; nous aurons à en dire un mot après l'étude de l'institution nouvelle.

De la liquidation judiciaire.

L'esprit général de cette institution a été d'épargner la qualification de failli, avec le déshonneur et les incapacités légales qui s'y attachent, aux commerçants honnêtes, victimes de malheurs imprévus, ou dont les spéculations auront mal tourné, sans qu'on puisse leur imputer des imprudences graves ou des actes déloyaux. Le but plus spécial que l'on s'est proposé a été de déterminer les négociants, dont les affaires sont embarrassées et qui ne peuvent plus soutenir leur crédit que par des moyens factices, à déposer au plus tôt leur bilan, au lieu d'aggraver leur situation et celle de leurs créanciers par des emprunts onéreux et déguisés, par des arrangements conclus avec les créanciers les plus pressants, ou par des avantages promis à quelques-uns d'entre eux. On constatait la décroissance notable des dividendes attribués aux créanciers dans les faillites; on en voyait la cause dans la prolongation factice et ruineuse de la vie commerciale, et l'on voulait décider les commerçants malheureux à renoncer à ces illusions pernicieuses, auxquelles ils s'abandonnaient de plus en plus sous l'influence funeste des agents d'affaires malhonnêtes, et quelquefois même avec la complicité inconsciente des tribunaux. Ceux-ci se montraient trop disposés à retarder souvent, à plusieurs reprises, la déclaration de faillite, en présence d'un léger acompte donné au créancier poursuivant, ou de promesses illusoires, ou même de simples pourparlers engagés avec les créanciers. — Le système d'ensemble du législateur de 1889 peut donc se résumer dans les *avantages* offerts au commerçant qui recourt à la liquidation judiciaire, et dans les *conditions* mises à l'obtention de ces avantages.

Avantages de la liquidation judiciaire.

Le premier de ces avantages, et le plus important, c'est d'éviter la *qualification de faillite*, et le déshonneur qui s'attache à cette qualification dans le monde et surtout dans le monde commercial. C'est pour cela, entre autres raisons qu'on a écarté le système proposé par la Cour de cassation d'attendre la fin des opérations de la faillite pour permettre au tribunal de rétracter après coup la déclaration de faillite

Source BIU Cujas

et de relever le débiteur de ses effets. Ce procédé aurait été beaucoup moins efficace au point de vue moral.

Un second avantage, connexe au premier, et qui en est le développement dans la sphère du droit, c'est de soustraire le débiteur aux *incapacités* légales résultant de la faillite; v. notre n° 939. Il évitera, en cas de liquidation judiciaire, l'incapacité d'être agent de change ou courtier, l'exclusion de la Bourse et de l'escompte à la Banque de France; et, parmi les incapacités politiques, ne subsistera que celle d'être nommé à aucune fonction *élective* (a. 21 de la loi). Le commerçant en état de liquidation reste électeur pour toutes les fonctions politiques, pour les tribunaux de commerce et les conseils des prud'hommes; il peut être juré, témoin dans les actes; il conserve l'exercice des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur et à la médaille militaire.

Le débiteur trouvera encore un troisième bénéfice dans la liquidation judiciaire; ce sera d'y être frappé d'un dessaisissement beaucoup moins complet que dans la faillite; il continuera à prendre part, avec le liquidateur et quelquefois des contrôleurs, à la gestion provisoire de son patrimoine (a. 6 et 7 de la loi).

Enfin la marche des opérations de la liquidation est simplifiée, accélérée (v. art. 9, 11-15), les frais en sont par là diminués, ce qui permet d'arriver plus tôt au concordat, et peut-être de l'obtenir plus facilement, puisque la diminution des frais laissera un actif plus fort à offrir aux créanciers.

Conditions de l'obtention de la liquidation judiciaire.

Il y a lieu de rapprocher pour les étudier successivement les conditions moyennant lesquelles la liquidation judiciaire peut être accordée au débiteur (a. 2), et les faits qui peuvent ou doivent lui en faire enlever le bénéfice après qu'il l'a obtenue (a. 19). Si ces derniers faits se présentent, et si par suite la faillite est déclarée, le débiteur aura joui en fait et provisoirement des faveurs de la loi nouvelle, mais il en sera définitivement privé.

Une seule condition matérielle est exigée pour que le débiteur qui a cessé ses paiements obtienne d'être mis en état de liquidation judiciaire, c'est qu'il adresse au tribunal sa requête dans les quinze jours de la cessation de ses paiements. Mais il y a évidemment une condition morale sous-entendue, c'est qu'il soit jugé digne par le tribunal d'obtenir cette situation plus avantageuse, qu'il soit malheureux et de bonne foi : — il résulte bien certainement des travaux préparatoires que c'est seulement au commerçant honnête que l'on a voulu accorder le bénéfice nouvellement introduit; — si le tribunal doit intervenir, c'est qu'il a une latitude d'appréciation; — et c'est afin que le tribunal puisse bien apprécier la situation, qu'on a exigé la comparution per-

Source BIU Cujas

sonnelle du débiteur (a. 4, 2e disp.); — d'ailleurs il est bien évident que les causes qui autoriseraient ou imposeraient au tribunal le retrait de la qualification favorable, s'opposent aussi à sa concession première, si elles peuvent être constatées avant cette concession; or parmi les faits énumérés par l'art. 19, nous trouvons, comme cause de retrait *obligatoire* pour le juge (2e al., 3°), la dissimulation d'actif, l'exagération du passif ou une *fraude quelconque* commise par le débiteur; il est donc certain que le tribunal pourra refuser la requête du débiteur et déclarer, même d'office, la faillite, s'il est en présence de faits contraires à l'honnêteté commerciale. Au surplus cette appréciation du tribunal se confondra bien souvent, comme on va le voir, avec la constatation qu'il aura à faire de l'accomplissement de la première condition.

Le débiteur doit présenter sa requête au tribunal dans les quinze jours de la cessation de ses paiements. Le but que s'est proposé le législateur en mettant cette condition a été de pousser les débiteurs commerçants embarrassés, à recourir le plus tôt possible à la justice au lieu d'employer des moyens factices et ruineux pour soutenir un certain temps une situation désespérée. Dans cet ordre d'idées on peut s'étonner que la loi ait concédé un délai aussi long, au lieu du délai de trois jours qu'accordait seulement le Code de Commerce; et qu'elle ait pour cela modifié, même en matière de faillite, l'art. 438 et l'art. 586, 4o, C. com. Il semble qu'elle ait été au rebours de la logique. Mais on a évidemment considéré que ce serait déjà gagner beaucoup sur la pratique que d'obtenir le dépôt du bilan dans la quinzaine au lieu des atermoiements de mois et d'années qui se rencontraient fréquemment jusqu'ici; et on a pensé qu'il ne fallait pas trop exiger du débiteur au moment où on voulait améliorer sa position. Reste à savoir si le législateur n'a pas regardé cette situation avec un peu trop d'indulgence et ne s'est pas fait illusion sur l'efficacité des mesures qu'il inaugurait. On ne saurait se dissimuler qu'à la suite d'une cessation de paiements bien caractérisée, le débiteur honnête n'a aucune raison sérieuse pour tarder quinze jours à présenter sa requête; et que la perspective d'un délai aussi long risque fort de l'endormir sur ses obligations et de laisser aux idées moins honnêtes, aux espoirs frivoles de salut, le temps de naître et de prendre un corps dans son esprit. — Il semble aussi que le procédé adopté ne cadre pas parfaitement avec le but qu'on se proposait; ce n'est pas la requête qu'il fallait presser autant que possible; ce serait plutôt la cessation même des paiements. Il s'agissait de décider le débiteur à déposer son bilan en temps utile, alors qu'il avait encore un actif présentable à offrir à ses créanciers au lieu d'aggraver sa ruine en arrivant par des moyens artificiels à faire face encore pendant quelque temps à ses échéances. Mais cette objection tombera, ou perdra du moins une grande partie de sa

Source BIU Cujas

force, lorsque nous aurons rappelé en quoi consiste la cessation de paiements, qui sert de point de départ au délai fatal de quinzaine.

Pour le calcul de ce délai, « le jour de la cessation de paiements, sera compris dans les quinze jours » (art. 23, 2e al.). Cela ne fera que quatorze jours en réalité. Le législateur a voulu dire qu'il prend les mots « quinze jours » dans le sens qu'ils ont dans le langage courant, deux semaines.

C'est le débiteur lui-même qui peut seul demander le bénéfice de la loi nouvelle; ses créanciers ne peuvent pas conclure à la mise en liquidation, ils ne peuvent que demander la déclaration de faillite (v. le même art. 2). On a considéré que le débiteur seul peut apprécier s'il se trouve dans les conditions morales pour obtenir les faveurs du tribunal. — On aurait même compris que la loi exigeât que le débiteur prît lui-même l'initiative du dépôt de son bilan; mais elle ne l'a pas fait, car, dans l'art. 2, elle l'autorise à demander sa liquidation même lorsqu'il est poursuivi en déclaration de faillite, pourvu que l'on soit dans le délai de quinzaine.

Pour savoir si ce délai n'est pas expiré, le tribunal doit se rendre compte de l'époque de la cessation des paiements, comme du reste le Code l'y obligeait déjà en cas de faillite (a. 441). Dans la détermination de cette époque, il y aura lieu d'appliquer les règles qui ont été posées au no 895 de notre ouvrage, spécialement dans le dernier alinéa de ce numéro, et de se rappeler notamment que la cessation de paiements ne sera pas nécessairement fixée au moment où la caisse du commerçant aura été fermée, mais qu'elle pourra être reportée beaucoup en arrière, à l'époque où il a été obligé de demander des délais à ses créanciers, de faire renouveler ses billets; si ces mesures ne lui ont pas permis de satisfaire à ses engagements et de reprendre, pour un temps au moins, la vie commerciale. Surtout si, pour se procurer de l'argent, il a usé d'une circulation d'effets de commerce non sérieux, les échéances auxquelles il aura fait face par ces moyens factices et illicites, devront être comprises dans la période de cessation des paiements. — C'est sur la crainte résultant de cette perspective que le législateur de 1889 a compté pour obtenir les résultats qu'il visait en instituant la liquidation judiciaire. En essayant de lutter contre une situation perdue, le débiteur s'enlèverait l'espoir d'obtenir les avantages résultant de la loi nouvelle.

Le délai de quinzaine pour la présentation de la requête est-il un délai fatal? Le tribunal ne pourrait-il pas, constatant que la cessation de paiements remonte à plus de quinze jours, apprécier néanmoins que le débiteur n'a pas commis de faute sérieuse en attendant plus longtemps avant de déposer son bilan, et qu'il mérite malgré cela le bénéfice de la liquidation judiciaire? Par exemple, il lui a manqué

Source BIU Cujas

les fonds pour faire face à une échéance, et il a dû demander des délais, il y a deux mois ; mais il avait une commande importante qui devait lui permettre de payer cet arriéré et le remettre à flot pour l'avenir ; puis, cette commande lui a manqué par la faillite imprévue de son acheteur, ou, ayant été livrée, elle n'a pas été payée ; et enfin une nouvelle échéance toute récente a provoqué la cessation définitive des paiements. Sera-t-on obligé de refuser à ce débiteur la situation favorable qu'il demande ? Il semble bien que la rigueur absolue s'impose au tribunal : — le texte de l'art. 2 de la loi est formel : « La liquidation judiciaire *ne peut être* ordonnée *que* sur requête présentée par le débiteur..... *dans les quinze jours* de la cessation de ses paiements » ; — et l'esprit de la loi ne commande pas moins cette solution sévère : le but essentiel du législateur a été de décider le commerçant embarrassé à recourir à la justice plutôt que d'essayer de soutenir artificiellement son crédit en détruisant le peu d'actif qui lui reste ; pour cela, il est nécessaire qu'il perde tout espoir d'obtenir sa liquidation après le délai déjà long qui lui est concédé ; autrement les illusions feront leur œuvre et il tentera un sauvetage impossible. La brièveté du délai est donc un des éléments essentiels de la combinaison imaginée par le législateur et il a dû en faire une condition *sine qua non* de l'obtention du bénéfice qu'il organisait. — Ces raisons si graves sont combattues par un argument très sérieux tiré de l'art. 19, 1er al., 1°, de la loi ; d'après cette disposition, la faillite du commerçant admis au bénéfice de la liquidation judiciaire *peut* être déclarée par le tribunal... « 1° s'il est reconnu que la requête à fin de liquidation judiciaire n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements. » La déclaration de faillite, qui fera perdre le bénéfice de la liquidation judiciaire, est donc *facultative* pour le tribunal qui constate après coup que le délai de quinzaine a été excédé, et cette liberté d'appréciation du tribunal est bien voulue par le législateur, puisque la suite du même article 19 contient une autre série de cas où il est dit que « le tribunal déclare la faillite si... », c'est-à-dire qu'il *doit* la déclarer dans ces autres hypothèses. Si le tribunal après avoir admis le débiteur à la liquidation judiciaire, peut lui en laisser encore le bénéfice, quoique plus tard on constate que la requête n'a pas été présentée dans le délai de quinzaine, comment expliquer que, dès le début, il ne puisse lui accorder cette faveur quoiqu'elle ait été un peu tardivement demandée. Il semble y avoir antinomie entre les art. 2 et 19 ; ne faut-il pas dès lors faire prédominer la solution favorable très nettement formulée par le second de ces articles ? Après de longues hésitations [1],

1. Nous avons même émis l'opinion contraire dans une note sous un arrêt : Rennes, 11 juin 1889, D. P. 89. 2. 193, qui interprète aussi dans le sens rigoureux l'art. 25 de la loi, conçu dans les mêmes termes que l'art. 2.

Source BIU Cujas

nous admettrions cette opinion, et nous déciderions qu'il y a lieu de modifier l'art. 2, en y introduisant la faculté inscrite dans l'art. 19. Si, au cours des opérations de la liquidation, le tribunal, après avoir reporté en arrière la date de la cessation de paiements au delà des quinze jours qui ont précédé la requête du débiteur, peut néanmoins reconnaître que celui-ci n'a pas commis de faute lourde en présentant tardivement sa demande, qu'il a pu avoir un espoir fondé et sérieux de sortir d'un embarras momentané ; il est impossible de comprendre pourquoi il ne jouirait pas de la même latitude au début, au moment même où le débiteur présente sa requête et explique en même temps les causes de son retard. Il semble même que si l'on devait être plus sévère dans un cas que dans l'autre, ce serait plutôt dans l'hypothèse de l'art. 19 ; car, si l'époque de la cessation des paiements a dû être modifiée au cours des opérations, c'est apparemment que le tribunal n'avait pas eu des renseignements suffisants pour la bien connaître au début. Or à ce moment, il n'a que les indications fournies par le débiteur lui-même (a. 2 et 4) ; on peut donc soupçonner que l'erreur du tribunal est due à une dissimulation par le débiteur de certains faits qui ont été révélés plus tard sur les indications des créanciers. Ce n'est qu'un soupçon, la loi ne s'y arrête pas absolument, elle laisse au tribunal le soin d'apprécier. Mais néanmoins la situation du débiteur qui, dès le début, fait connaître scrupuleusement tous les faits de nature à faire reporter en arrière la cessation de ses paiements est plus favorable que celle prévue par l'art. 19. — L'opposition entre cet article et l'art. 2, nous paraît s'expliquer par l'historique de la rédaction, par les hésitations du législateur. La distinction entre les cas où d'après l'art. 19 la déclaration de faillite serait obligatoire ou facultative a été fort laborieuse ; la Chambre des députés et le Sénat ne se sont entendus qu'avec peine sur ce point ; et, lorsqu'en dernière analyse on s'est mis d'accord, en classant dans les cas facultatifs l'intervalle de plus de quinze jours écoulé entre la cessation de paiements et la requête, on a oublié de modifier dans le même sens l'art. 2. — Enfin une dernière considération, c'est que la solution empruntée à l'art. 19 ménage mieux les droits de tous : la déclaration immédiate de faillite serait irrévocable contre le débiteur, tandis que la déclaration de liquidation judiciaire laisse ouverte la porte à toutes les réclamations et à une déclaration de faillite aussi prompte que l'on voudra (a. 2, 1er al. ; 4, 3e al. ; et 19). Et, en attendant, le droit des créanciers n'est pas compromis ; car, dans la liquidation judiciaire, on prend, comme nous le montrerons ci-après, toutes les mêmes précautions qu'en cas de faillite déclarée.

Si nous passons maintenant à l'étude de la procédure qui suit la requête, nous constatons d'une manière générale que le législateur a considéré l'admission à la liquidation judiciaire comme ne com-

Source BIU Cujas

promettant aucun intérêt légitime; car il n'a organisé aucun moyen préventif pour faire discuter les mérites du débiteur qui la demande. Il n'y a pas en principe de débat contradictoire. La requête est présentée par le débiteur tout seul (art. 2, 1er al.), lui seul est entendu par le tribunal dans la salle du conseil sans publicité (a. 4, 1er al.); et même le jugement qui admet la liquidation n'est susceptible d'aucun recours direct (a. 4, 3e al.). — Seulement à tout moment les créanciers peuvent venir défendre leurs intérêts, et faire retirer au débiteur un bénéfice dont il ne serait pas digne. C'est en partie pour les avertir à cet effet, que le jugement accordant la liquidation est publié (art. 4, 3e al.). Déjà avant la requête du débiteur, ils ont pu provoquer la déclaration de faillite (art. 2, 1er al.), c'est la seule initiative qu'ils puissent prendre. Pendant l'examen de la requête, ils peuvent encore demander que la faillite soit déclarée ; alors « le tribunal statue sur le tout par un seul et même jugement, rendu dans la forme ordinaire » « et susceptible d'appel dans tous les cas. » Ce jugement quel qu'il soit, est toujours exécutoire par provision ; c'est que le législateur veut que les précautions légales soient immédiatement prises dans l'intérêt des créanciers et des tiers ; mais peu lui importe que ces précautions, qui sont à très peu de chose près les mêmes dans tous les cas, soient prises sous l'étiquette de liquidation judiciaire ou sous celle de faillite. — Enfin à toute époque la faillite *peut* ou *doit* être déclarée, soit d'office, soit sur la poursuite des créanciers, pour les motifs prévus par l'art. 19; dans ces cas, par conséquent, le bénéfice de la liquidation judiciaire est retiré au débiteur.

Les cas de retrait facultatif sont : — « 1° s'il est reconnu que la requête à fin de liquidation judiciaire n'a pas été présentée dans les quinze jours de la cessation des paiements. » Nous nous sommes déjà suffisamment expliqués sur ce cas ; — « 2° si le débiteur n'obtient pas de concordat, » parce qu'alors, ou les créanciers l'en ont jugé indigne, ou il apparaît qu'il n'a pas su s'y prendre assez à temps pour conserver un actif présentable à offrir aux créanciers. Le vote sur le concordat fournit donc des indications précieuses sur les caractères de la cessation de paiements. La Cour de cassation avait proposé de faire de la concession du concordat une condition préalable et essentielle pour l'admission à la liquidation ; elle exigeait même que le failli eût dès lors payé 25 % aux créanciers ou fourni des sûretés sérieuses pour 50 %. La loi n'a même pas admis que le refus du concordat fût une cause absolue de rejet de la liquidation ; on n'a pas voulu que l'opposition systématique de quelques créanciers ou même d'un seul créancier très important pût lier les mains au tribunal.

Les causes de retrait de la liquidation *obligatoires* pour le juge sont indiquées sous quatre numéros par l'art. 19, 2e al. ; elles se ramènent

Source BIU Cujas

toutes au cas de fraude ou au moins de faute très grave du débiteur. La loi mentionne dans le 2° le cas général de fraude quelconque commise par le débiteur ; cela ne vise évidemment que la fraude dirigée sous une forme ou sous une autre contre les droits des créanciers. Quelques autres des cas de l'art. 19 auraient pu rentrer dans cette formule générale : ainsi la *dissimulation de l'actif* ou l'*exagération du passif* ; l'*omission volontaire du nom* d'un ou de plusieurs créanciers (a. 19, 2e al., 2°) dans la liste qui doit être jointe au bilan ; l'*annulation du concordat* qui suppose le dol ou la banqueroute frauduleuse (C. com. a. 520) ; et enfin la *banqueroute frauduleuse* elle-même (a. 19, 2e al., 4°) qui résulte de la dissimulation d'actif ou de l'exagération du passif, déjà mentionnées au 2°. Les cas de faute très grave sont les diverses hypothèses de *banqueroute simple* (a. 19, 2e al., 4° ; cf. a. 585, 586, C. com.) ; le cas de *résolution du concordat* (a. 19, 2e al. 3°; cf. art. 520, 2° al., c. com.) ; et enfin ceux indiqués en ces termes par le 1° du même alinéa de l'art. 19 : « 1° si, depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur a consenti l'un des actes mentionnés dans les art. 446, 447, 448 et 449 C. com., mais dans le cas seulement où la nullité aura été prononcée par les tribunaux compétents ou reconnue par les parties. » Le peu d'espace dont nous disposons ne nous permet pas de discuter tous ces cas. Mais il y a lieu de faire observer que le législateur ne semble pas s'être rendu un compte exact de l'application détaillée de cette disposition. Ainsi dans le cas de l'art. 447, si l'acte est maintenu à raison de la bonne foi du tiers qui ignorait la cessation des paiements, cela ne diminue en rien la faute du débiteur ; et néanmoins le retrait de la liquidation ne sera plus obligatoire. Dans l'hypothèse de l'art. 448, le retard dans la prise de l'inscription peut être uniquement le fait du créancier hypothécaire ou privilégié sans collusion du débiteur ; l'inscription pourra néanmoins être annulée ; faudra-t-il dire alors que le débiteur n'ayant pas *consenti* cette inscription ne pourra pas se voir retirer le bénéfice de la liquidation judiciaire ? Et si l'on admet qu'il le conserve, comment pourra t-on prouver qu'il a consenti ? Enfin dans le cas de l'art. 449 aucune nullité n'est prononcée : le commerçant débiteur d'un effet de commerce le paie après la cessation de ses paiements ; alors sa faillite peut avoir recours contre le tireur de la lettre de change ou le preneur du billet à ordre ; mais on ne recherche pas le dernier porteur de l'effet, on ne prononce pas la nullité du paiement à lui fait ; il semble donc à s'en tenir au texte, que jamais la faillite ne puisse être prononcée dans l'hypothèse de l'art. 449, C. com.

Organisation de la liquidation judiciaire.

Aux termes de l'art. 24 de la loi nouvelle : « Toutes les dispositions du Code de commerce qui ne sont pas modifiées par la présente loi

Source BIU Cujas

continueront à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite ». Les dispositions relatives à la liquidation judiciaire viennent donc se placer dans le cadre des règles du Code de commerce pour les modifier sur certains points seulement. Il paraîtra donc commode de suivre pas à pas la marche de la faillite dans l'ordre où elle est étudiée dans notre ouvrage et d'indiquer quelles sont les règles du Code de commerce qui restent en vigueur et quelles sont celles qui sont modifiées.

Au jugement déclaratif de faillite, correspond le *jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire* (c'est ainsi que l'appelle l'art. 21), qu'on pourra aussi appeler jugement déclaratif de liquidation judiciaire. Ce jugement n'a pas seulement l'effet négatif d'épargner au débiteur la qualification de failli et les incapacités qui y sont attachées; il a encore tous les effets positifs du jugement déclaratif de faillite, sauf quelques différences de détail.

La liquidation judiciaire ne peut être prononcée que sur la requête du débiteur lui-même (art. 2, 3e al.). La requête doit être accompagnée du bilan et d'une liste indiquant le nom et le domicile de tous les créanciers (a. 2, 2e al.). La mise en liquidation ne peut avoir lieu d'office, ni sur la poursuite des créanciers (comp. n° 900); nous avons déjà donné les motifs de cette règle. La loi autorise les héritiers du débiteur à présenter cette requête, tandis que le Code de commerce (L. 1838) ne leur permettait pas de provoquer la déclaration de faillite (v. notre n° 893). Pour la mémoire de leur auteur, ils peuvent légitimement tenir à lui épargner la qualification de failli. Mais il ne faut pas qu'ils renoncent à sa succession ; ils doivent justifier d'une acceptation pure et simple ou bénéficiaire (même art. 2, 3e al.). Enfin ils n'ont ce droit que si leur auteur l'avait encore, s'il est décédé dans la quinzaine de la cessation des paiements; on leur donne à eux un nouveau délai d'un mois à partir du décès de leur auteur (même art. 2, 3e al.). — L'art. 3 prévoit le cas de faillite d'une société ; il applique les mêmes règles que l'art. 438, 2e al., C. com. (v. notre n° 894), en les développant sur certains détails (v. cet art. 3). Il faut noter qu'il donne compétence au tribunal du siège social (à la différence de l'art. 438, 2e al. C. com.) ; c'est seulement quand il n'y a pas de siège social en France, qu'on devra s'adresser au tribunal dans le ressort duquel la société a son principal établissement.

Le tribunal doit entendre le débiteur qui est tenu de se présenter en personne, à moins d'excuses reconnues valables par le tribunal (art. 4, 1er al.). Le *jugement* est délibéré dans la chambre du conseil (même al.) ; il ne paraît pas en effet qu'il puisse y avoir de débats proprement dits sur la requête du débiteur; car la loi ne met pas en cause les créanciers ; rien ne les avertit de la demande ; on ne leur

Source BIU Cujas

donne même pas le droit d'intervenir dans cette instance même. Le seul moyen pour eux de provoquer un débat contradictoire, c'est d'assigner leur débiteur en déclaration de faillite (art. 2, 1er al. ; art. 4, 3e al.) ; alors le tribunal statue sur les deux demandes, en liquidation et en faillite, par un seul et même jugement, *rendu dans la forme ordinaire*, c'est-à-dire notamment précédé d'une discussion à l'audience. — Le jugement sur la requête, délibéré en la chambre du conseil, est rendu en audience publique (même art. 4, 1er al.) ; c'est la règle universelle pour les jugements.

La *publication* du jugement est ordonnée par l'art. 4, 3e al., dans les formes de l'art. 442, c. com. (v. notre no 902). On aurait voulu épargner cette publicité au débiteur jugé digne de la liquidation : mais il a été facilement démontré qu'il était impossible de s'en passer : il faut bien avertir les créanciers afin qu'ils défendent leurs intérêts ; il faut bien surtout prévenir les tiers en vue des effets si considérables que va produire le jugement déclaratif de liquidation.

Aucun *recours* n'est admis contre le jugement, ni l'appel, ni l'opposition, ni même la tierce opposition (a. 4, 3e al.). C'est la suite de la règle qui n'admet pas les créanciers à discuter directement la requête du débiteur, parce que l'admission de celle-ci ne peut, en elle-même, nuire à personne (v. *supra*).

Les **effets du jugement** d'ouverture de liquidation judiciaire, sont dans leur ensemble les mêmes que ceux du jugement déclaratif de faillite. Parmi les effets **dans l'avenir** (v. notre no 905), il y a lieu d'appliquer sans modifications : l'*hypothèque au profit de la masse* (art. 4, 1er al. in fine ; cf. a. 490, et nos nos 914-915) ; l'*interdiction de toute nouvelle inscription de privilège ou d'hypothèque* (art. 5, 2e al. ; cf. a. 448, 1er al., et nos nos 916-919) ; la *cessation du cours des intérêts* (art. 8, 1er et 2e al. ; cf. art. 445 et nos nos 936-938). Quant à l'*exigibilité des dettes*, même application (art. 8, 1er al. ; cf. a. 444, et nos nos 923 à 925) ; sans doute le 2e al. de l'art. 444, n'est pas reproduit, mais on a dit dans les travaux préparatoires, qu'à cet égard le renvoi général contenu dans l'art. 24 suffisait. Pour ce qui concerne spécialement l'exigibilité des créances du bailleur des lieux occupés par le failli, l'art. 18 applique les mêmes règles que la L. 12 février 1872 (v. nos nos 926 à 929), en modifiant seulement le point de départ du délai de huit jours dans lequel l'intention de continuer le bail doit être notifiée au propriétaire ; les personnes qui doivent faire cette notification sont aussi modifiées en vertu des principes nouveaux qui seront exposés ci-après sur le dessaisissement. Enfin pour les *incapacités* qui frappent le failli, nous avons déjà indiqué leur suppression presque complète (art. 21). — Le *dessaisissement* du débiteur est maintenu en principe, mais il subit une atténuation considérable. Quant au

Source BIU Cujas

principe, non seulement l'art. 24 renvoie entre autres à l'art. 443 C. com., mais l'art. 5, 3e al., en précise la portée en disant : « De son côté le débiteur ne peut contracter aucune nouvelle dette, ni aliéner tout ou partie de son actif, sauf dans les cas qui seront énumérés ci-après. » Ainsi que l'annonce cette fin de l'article, pour tous les actes qui peuvent ou doivent être faits pendant la liquidation, le débiteur n'est pas exclu absolument comme en cas de faillite ; il y prend part avec son liquidateur, et le liquidateur ne peut en principe agir sans lui, sauf à passer outre sur son refus avec l'autorisation du juge-commissaire (art. 6 et 7). Ces règles s'appliquent à tous les actes que nous avons rangés parmi les mesures conservatoires, aux numéros 971-980. Il faut noter seulement que les transactions sont facilitées, puisqu'elles n'exigent l'homologation du tribunal qu'au-dessus de 1500 fr.; mais cette garantie est remplacée par l'avis des contrôleurs dont il sera question ci-après ; avis nécessaire aussi pour les actes de désistement, de renonciation ou d'acquiescement (v. pour les détails l'art. 7). — Reste la *cessation des voies d'exécution individuelles*, qui est consacrée expressément en ce qui concerne les poursuites sur les immeubles pour les créanciers n'ayant pas d'hypothèque, par l'art. 5, 2e al., reproduisant l'art. 571 C. com. Mais l'application aux meubles de cette suspension des poursuites a été contestée, et plusieurs décisions de la jurisprudence l'ont déjà écartée depuis la promulgation de la loi[1]. Il y a là, à nos yeux une erreur des plus graves : — sans doute, l'interdiction des voies d'exécution n'est pas formulée expressément, dans la loi, pour les meubles comme elle l'est pour les immeubles ; mais elle n'était pas non plus édictée formellement par le Code de commerce, et les arguments qui la font admettre sous l'empire du Code en cas de faillite se représentent tous avec la même force, en vertu de la loi nouvelle, pour le cas de liquidation judiciaire ; car l'art. 19, 1er al., 2o, combiné avec l'art. 15, renvoie aux art. 529 et suiv., donc aux art. 532 et 534, 537, 2e al., 539, qui chargent les syndics de la liquidation et disent que les poursuites individuelles *renaissent* en cas de clôture pour insuffisance d'actif et après l'union ; — de plus l'art. 19 lui-même exprime formellement que « la liquidation continue jusqu'à la réalisation de l'actif », ce qui suppose que l'actif n'a pas été réalisé avant ; or si les créanciers pouvaient le saisir, il serait certainement réalisé avant que l'on n'arrive à la période à laquelle se réfère l'art. 19 ; — ce qui est plus décisif encore, c'est qu'aucune des précautions édictées par la loi ne se comprendrait plus si les créanciers pouvaient saisir les meubles, rien ne pourrait plus

1. Trib. civ. de Saint-Quentin, 12 avril 1889; C. de Paris, (4e ch.) 14 mai 1889, D. P. 89. 2. 169 ; Rennes, 11 juin 1889, D. P. 89. 2. 193.

Source BIU Cujas

fonctionner ; les mesures conservatoires, la vérification des créances, le vote du concordat, tout serait inutile, si les créanciers pouvaient immédiatement par leurs saisies faire disparaître tout l'actif mobilier, qui généralement compose à lui seul le patrimoine du commerçant [1]; — enfin, si la liquidation judiciaire n'arrête pas les poursuites, elle constitue un désastre immédiat pour le débiteur et pour ses créanciers dont le gage disparaît; le débiteur se gardera bien de la solliciter ; et jamais les juges ne la lui accorderont ; toute la loi tombe du coup [2]. — On objecte que le dessaisissement du débiteur liquidé est beaucoup moins complet que celui du failli; mais l'argument n'a aucune portée, puisque le dessaisissement existe, quoique organisé autrement, et même l'art. 5, 3e al., contient une interdiction qui n'est nulle part formulée expressément par le Code de commerce, celle d'aliéner tout ou partie de son actif ; les créanciers ne peuvent sans un texte faire individuellement ce qui est défendu au débiteur (a. 1166 C. civ.). Si donc l'art. 5, 1er al., vient dire que « toute action mobilière ou mmobilière et toute voie d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles doivent être intentées ou suivies contre les liquidateurs et le débiteur, » cette disposition n'implique pas que les voies d'exécution sont librement ouvertes, pas plus que cela n'était impliqué par l'art. 443 conçu dans les mêmes termes ; ces règles ne s'appliquent qu'aux cas où exceptionnellement, d'après les autres dispositions de la loi, ces poursuites sont possibles (v. notre n° 920) [3].

Quant aux effets du jugement déclaratif **dans le passé**, aux nullités édictées par les art. 446-449, ils s'appliquent sans différence aucune au cas de liquidation judiciaire (v. nos 943-958); nous avons vu qu'ils sont visés par l'art. 19, 2e al., 2° de la loi.

Si nous considérons maintenant le **personnel de la faillite**, nous n'aurons rien de spécial à noter en ce qui concerne le *tribunal de commerce* (v. nos nos 959-961). Relativement au *juge-commissaire* (v. notre n° 962), il y a lieu seulement d'observer, que son rôle est quelque peu réduit, en ce sens que, pour certains actes, le concours du débiteur avec les syndics a permis de dispenser de l'autorisation du juge-commissaire ; cette dispense s'applique à la vente des objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente

1. V. pour la démonstration détaillée la note dans D. P. 89. 2. 169.

2. C'est ce qu'a bien indiqué la cour de Rennes (D. P. 89. 2. 193) en disant que « *dans l'espèce* la liquidation judiciaire pourrait avoir des résultats désastreux pour les intérêts » de tous. Seulement elle aurait dû dire que *dans tous les cas* ces effets désastreux se produiraient et que les juges auront toujours les meilleures raisons pour refuser la liquidation.

3. V. dans ce sens : Trib. Marseille, 10 avril 1889 ; trib. de la Seine, 14 mai 1889, D. P. 89. 2. 169 ; Paris (1er ch.), 18 juill. 1889, D. P. 89. 2. 271.

Source BIU Cujas

ou dispendieux à conserver (art. 6, 1er al.) ; au contraire, l'autorisation du juge-commissaire reste nécessaire pour la continuation du commerce (a. 6, 3e al.). pour les désistements, renonciations et acquiescements (art. 7, 1er al.), et pour les transactions jusqu'à une valeur de 1500 fr. (art. 7, 2e al.). Inversement, l'intervention du juge-commissaire est étendue au recouvrement des effets et créances, aux actes conservatoires, dans le cas où le débiteur refuse d'y concourir (art. 6, 2e al.).

A la place des *syndics* la loi ordonne la nomination de *liquidateurs*, qui ont, au moins au début, des pouvoirs moins étendus que les syndics. Il faut en effet distinguer ici, comme en matière de faillite, trois périodes : — 1° celle des liquidateurs provisoires, nommés par le jugement d'ouverture de la liquidation (a. 4, 1er al., 3e phrase), et dont les fonctions durent jusqu'à la première assemblée des créanciers ; — 2° celle des liquidateurs définitifs, nommés par le tribunal après l'avis de cette assemblée sur le rapport du juge-commissaire (a. 9, 3e, 5e et 6e al.) ; —et 3° celle qui s'ouvre par le concordat par abandon d'actif (a. 15, 3e al.) ou par le rejet du concordat, si malgré ce rejet la faillite n'est pas déclarée (a. 19, 1er al., 2°). Or c'est seulement dans cette troisième période que les pouvoirs des liquidateurs sont exactement les mêmes que ceux des syndics (renvoi par les articles cités aux art. 532, 534, 535 C. com., sans aucune indication de modification). C'est aussi seulement dans cette période que les liquidateurs méritent réellement leur nom; car dans les deux premières périodes ils ne liquident rien, ils préparent seulement la liquidation, possible dans l'avenir. Pendant ces deux premières périodes, leurs pouvoirs sont limités par le concours que doit leur donner le *débiteur*, dont il convient par conséquent d'étudier le rôle en même temps que le leur. Il est même plus conforme au texte et à l'esprit de la loi de dire que c'est le débiteur qui agit pendant ces périodes *avec l'assistance* des liquidateurs ; telle est l'expression de l'art. 6, 1er al., pour les recouvrements, les actes conservatoires, les ventes urgentes, même pour les actions à intenter ou à suivre; de l'art. 6, 3e al., pour l'exploitation du commerce; de l'art. 7 pour les désistements, renonciations, acquiescements, transactions (v. aussi pour la première assemblée, l'art. 9, 1er al.). Aussi a-t-on fait observer dans les travaux préparatoires qu'ils ont un rôle analogue à celui d'un curateur, et on avait proposé de leur donner ce nom. C'est seulement sur le refus par le débiteur d'agir avec eux, qu'ils peuvent procéder sans lui avec l'autorisation du juge-commissaire (a. 6, 2e al.). Le même alinéa ajoute : « S'il s'agit d'une action à intenter, cette autorisation ne sera pas demandée, mais les liquidateurs devront mettre le débiteur en cause ». Il n'est question dans cet alinéa que des actions à intenter; car, si le débiteur est défendeur, l'art. 5, 1er al., a déjà dit que l'on devrait

Source BIU Cujas

les intenter ou les suivre à la fois contre les liquidateurs et le débiteur ; c'est dire que celui-ci doit être mis en cause par le poursuivant. — Le tribunal peut nommer un ou plusieurs liquidateurs (art. 4, 1er al., 2e phrase). Ils peuvent recevoir une indemnité qui sera taxée par le juge-commissaire (a. 10, 4e al.). — Si c'est une société qui obtient la liquidation judiciaire, le rôle attribué au débiteur est dévolu aux gérants ou administrateurs ; si elle avait été antérieurement mise en liquidation volontaire, ce même rôle appartient au liquidateur déjà nommé, qui fonctionne alors avec le liquidateur judiciaire. Cependant le tribunal peut réunir ces deux fonctions sur la même tête (a. 4, 2e al.).

La loi a voulu autoriser et provoquer même une intervention plus active des *créanciers* dans les opérations de la faillite, dont ils se désintéressaient assez promptement après une première période d'irritation contre leur débiteur. Aussi la première assemblée des créanciers[1] n'est plus consacrée uniquement à rectifier l'état des créanciers présumés et à émettre un avis sur le maintien du liquidateur provisoire. Mais on les convoque pour *examiner la situation* du débiteur, et celui-ci doit leur présenter, avec l'assistance des liquidateurs, un *état de situation* qu'il signe et certifie sincère et véritable (a. 9. 1er et 2e al.). Cet état contient les mêmes indications qu'a dû présenter le bilan (cf. art. 439, 2e disp. C. com. ; v. notre no 900). Mais, sous l'empire du Code, le bilan n'était pas présenté officiellement aux créanciers, tandis que d'après la loi nouvelle il pourra être discuté par eux ; et cette discussion permettra d'apprécier s'il convient de laisser au débiteur le bénéfice de la liquidation judiciaire ou de provoquer sa faillite. — Ensuite la loi encourage la nomination par les créanciers de *contrôleurs* choisis parmi eux et chargés de surveiller les opérations de la liquidation. Dès leur première assemblée, les créanciers « sont consultés par le juge-commissaire, sur l'utilité d'élire immédiatement parmi eux des contrôleurs »; et de plus « ces contrôleurs peuvent être élus à toute période de la liquidation, s'ils ne l'ont été dans cette première assemblée » (a. 9, 2e et 3e al.). Dans le silence du législateur, il faut décider que la nomination doit avoir lieu à la majorité des créanciers présents (arg. de l'art. 10, 3e al.; *infra*). — « Les contrôleurs ne gèrent pas ; ils sont spécialement chargés de vérifier les livres et l'état de situation présenté par le débiteur et de surveiller les opérations des liquidateurs ; ils ont toujours le droit de demander compte de l'état de la liquidation judiciaire, des recettes effectuées et des versements

1. La loi précise qu'elle doit être convoquée *dans les trois jours* du jugement d'ouverture, tandis que le code dit seulement *immédiatement* (a. 462). Le délai de la réunion est au maximum de 15 jours comme dans le Code (a. 9 ; cf. a. 462 C. com.).

Source BIU Cujas

faits. — Les liquidateurs sont tenus de prendre leur avis sur les actions à intenter ou à suivre » (art. 10, 1er et 2e al.). Leur avis doit être pris également pour les désistements, renonciations, acquiescements, et transactions (a. 7, 1er et 2e al.). Et néanmoins quand la transaction (au-dessus de 1500 fr.) doit être soumise à l'homologation du tribunal « tout créancier peut intervenir sur cette demande » (a. 7, 5e al.). Enfin les contrôleurs doivent être entendus par le juge-commissaire sur la notification à faire par le débiteur et les liquidateurs au propriétaire dans les termes de l'art. 450 C. com. — « Les fonctions des contrôleurs sont gratuites. Ils ne peuvent être révoqués que par le tribunal de commerce sur l'avis conforme de la majorité des créanciers et la proposition du juge-commissaire. Ils ne peuvent être déclarés responsables qu'en cas de faute lourde et personnelle » (art. 10, 3e al.).

Sur les **mesures conservatoires** (v. nos nos 971-983), il n'y a rien de spécial à signaler, sauf les modifications dans les personnes qui y procèdent, modifications déjà indiquées à propos du dessaisissement, et du rôle soit du juge-commissaire, soit du liquidateur, soit du débiteur, soit des contrôleurs.

La loi nouvelle est absolument muette sur les **droits des différentes espèces de créanciers** (ch. 7 du code), coobligés et cautions, créanciers privilégiés ou hypothécaires, femme du débiteur; et sur les **revendications** (ch. 10 du Code). Il y a donc lieu d'appliquer purement et simplement les règles données en cas de faillite (v. nos nos 991 à 1026), en notant seulement la modification générale apportée à l'art. 549 c. com., même dans l'hypothèse de la faillite, et par laquelle on étend à trois mois, au lieu d'un mois, le privilège des ouvriers (art. 22 de la loi).

La **vérification des créances** suit la même marche que dans la faillite (v. nos nos 985-990) avec quelques différences de détail ayant surtout pour but d'accélérer les opérations. Les créanciers peuvent dès le jugement d'ouverture remettre leurs titres aux liquidateurs aussi bien qu'au greffier (a. 11, 1er al.; cf. a. 491, c. com.), et la loi limite la responsabilité de ceux-ci pour les livres, titres, papiers, à dix ans à partir de la reddition de leurs comptes (a. 11, 4e al.). La loi développe un peu plus ce que doit contenir le bordereau qui accompagne la remise des titres par le créancier (art. 11, 1er al.; cf. a. 492, c. com.). Elle réunit (art. 12, 1er al.) dans une même formalité et un même délai l'invitation aux créanciers de présenter leurs titres, s'ils ne l'ont encore fait (cf. art. 492, C. com.), et la convocation pour l'assemblée de vérification (cf. a. 493, c. com, 1er al., *in fine*). Ce délai sera au maximum de quinze jours à partir de la première assemblée; la loi ne le dit pas expressément; mais l'art. 12, 1er al. *in fine* paraît impliquer un maximum légal; dès lors il faut admettre que le

Source BIU Cujas

commencement de ce même alinéa, en disant que « les créanciers sont convoqués *en la forme* prévue par le même article 9 », a voulu renvoyer, non seulement aux formes matérielles, mais encore au délai indiqué par cet article. Ce délai de quinzaine n'est pas augmenté à raison des distances pour les créanciers domiciliés en France (cf. a. 492, 2e al.); il n'est même pas augmenté de plein droit pour ceux domiciliés hors de France (cf. a. 492, 3e al.), mais il *peut* l'être par ordonnance du juge-commissaire (a. 12, 1er al. *in fine*). — La loi pour ne pas laisser se prolonger indéfiniment les opérations de vérification, n'autorise qu'une seconde assemblée, à quinze jours d'intervalle pour les créanciers retardataires (a. 13, 1er et 2e al.). Il n'y a d'exception à ce délai de rigueur que s'il y a des effets de commerce portant la signature du débiteur et non échus encore au moment de la seconde assemblée (v. a. 13, 3e al.). — Immédiatement après la vérification, doit avoir lieu l'affirmation; ces deux formalités s'accomplissent suivant les règles du code de commerce. Mais l'affirmation a lieu dans la même réunion que la vérification; le délai de huitaine de l'art. 497, 3e al., c. com., est supprimé (a. 12, 2e al.). S'il y a des contestations on applique les art. 499 et 500 c. com. (a. 14, 3e al.). — Pour toutes les assemblées, la convocation doit être lancée dès le lendemain de l'assemblée précédente (a. 12 et 13).

L'assemblée du **concordat** doit avoir lieu quinze jours exactement après la dernière assemblée de vérification (a. 14, 2e al.); la loi ne dit plus dans les quinze jours, et ce délai est compté du jour de l'assemblée et non pas du jour où les convocations sont lancées, qui est aussi ici impérativement au plus tard le lendemain de l'assemblée (a. 14, 1er al.). Il n'y a pas à tenir compte des délais relatifs aux créanciers éloignés domiciliés en France (cf. a. 502); car, nous l'avons vu, la vérification n'est pas retardée pour eux. C'est en conformité avec le code qu'on n'attend pas les créanciers domiciliés hors de France (cf. a. 502). S'il y a des contestations de créances, on pourra en attendre la solution, comme sous l'empire du code; l'art. 14, 3e al., renvoie aux art. 499 et 500 (cf. notre no 989).

Une innovation notable, applicable d'ailleurs aussi dorénavant au cas de faillite (a. 20); c'est que la majorité en sommes, nécessaire pour former le concordat, est réduite des trois quarts aux deux tiers (art. 15, 1er al.); (cf. notre no 1033). On a tranché aussi une question controversée (v. notre no 1034) en spécifiant que la majorité en nombre des créanciers doit se calculer sur tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, et non pas seulement sur les créanciers présents à l'assemblée. Cette décision est applicable également à la faillite (art. 20). — Il y aura lieu d'appliquer l'art. 509, dans le cas où l'on ne réunirait pas tout d'abord la double majorité (arg. art. 24). — Tout se passe

Source BIU Cujas

comme en cas de faillite pour la tenue de l'assemblée et pour l'homologation du concordat (v. nos nos 1031, 1032, 1039, 1040).

L'art. 15, 2e al., ajoute : « Si le concordat est homologué, le tribunal déclare la liquidation judiciaire terminée ». Dès lors, la loi nouvelle rend purement et simplement la parole au Code de commerce pour les effets du concordat, et les causes qui peuvent le faire tomber (art. 516, 526; v. nos nos 1041-1062).

Enfin l'art. 16 édicte une sanction nouvelle des prescriptions de la loi en matière de concordat. « Sont nuls et de nul effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités et concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites ». La loi ne parlant que des *traités* et *concordats*, il nous paraît que la nullité ne frapperait pas les *conventions* proprement dites consenties *à l'unanimité* par tous les créanciers; ces conventions ne peuvent s'appeler proprement des *traités* (v. notre no 1067) ou des *concordats*, quoiqu'on les qualifie improprement de concordats amiables; et les nullités doivent s'entendre restrictivement.

S'il y a **concordat par abandon**, ou si l'on arrive à la *liquidation complète* qui correspond à l'**union**, le concordat étant rejeté et néanmoins la faillite n'étant pas déclarée (a. 19, 1er al., 2o); tout se passe comme en cas de faillite, avec cette seule différence importante que ce sont toujours des liquidateurs, et non des syndics, qui procèdent à la liquidation de l'actif. En effet en cas de rejet du concordat, l'art. 19, 1er al., 2o, renvoie aux dispositions du 2e al. de l'art. 15; et celui-ci, visant le cas de concordat par abandon, renvoie à l'art. 541 C. com., lequel enfin renvoie lui-même aux art. 529, 2e, 4e al; 532-536, et 537, 1er et 2e al. — L'art. 15, 3e et 4e al., donne des règles un peu détaillées sur la reddition de compte des liquidateurs, et leurs indemnités. — L'art. 17 règle par un renvoi les droits et émoluments des greffiers.

Innovations en matière de faillite.

Ces innovations ont déjà été presque toutes signalées en passant, à propos des règles correspondantes de la liquidation judiciaire. En voici le tableau résumé : — concession d'un délai de quinze jours au lieu de trois pour le dépôt du bilan, et modification consécutive de l'art. 586, 4o, C. com., édictant la banqueroute simple facultative pour le retard dans ce dépôt (a. 23); — institution des contrôleurs, à côté des syndics (art. 20, 2e al.); — modifications légères dans les conditions de la remise des titres des créanciers en vue de la vérification, et limite à la responsabilité des syndics (art. 20, 1er al., renvoyant à l'art. 11); — condition de majorité des deux tiers en sommes seulement, pour la formation du concordat; et solution de la question autrefois controversée sur le calcul de la majorité en nombre (art. 20, 1er al., renvoyant à l'art. 15, 1er al.); — amélioration dans les formes

Source BIU Cujas

de la reddition de compte des syndics (art. 20, 1er al., renvoyant à l'art. 5, 3e et 4e al.); — extension du privilège des ouvriers à leurs salaires de trois mois, au lieu d'un mois (a. 23, modifiant l'art. 549, c. com.).

Dispositions transitoires.

Faillites non déclarées au moment de la promulgation de la loi, ou dont le jugement déclaratif ne sera pas devenu définitif avant cette promulgation. Le débiteur a eu quinze jours pour réclamer le bénéfice de la liquidation judiciaire, devant la juridiction saisie (art. 25, 1er al.).

Faillites déclarées définitivement avant la promulgation de la loi. On a dû ou on devra attendre le vote sur le concordat ou sur l'excusabilité, et c'est seulement en cas de solution favorable sur l'un ou l'autre point, que le failli pourra être relevé des incapacités que lui aurait épargnées l'admission à la liquidation judiciaire. Ces faillites en cours ont continué et continueront à être régies par les dispositions du Code de commerce, sans même que les innovations édictées en matière de faillite, puissent être appliquées, sauf l'institution des contrôleurs (art. 25, 2e et 3e al.).

Faillites terminées au moment de la promulgation de la loi. Le failli peut être relevé des incapacités, mais seulement s'il a obtenu son concordat ou a été déclaré excusable. V. pour les formes à remplir l'art. 25, 4e al.

Enfin l'art. 25, 5e al., permettait à ceux qui bénéficieraient immédiatement de la loi nouvelle de se faire inscrire sur les listes électorales de l'année même, jusqu'au 31 mars, c'est-à-dire jusqu'à la fin du mois où la loi a été promulguée.

L'art. 26 déclare la loi applicable aux colonies de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Réunion.

Source BIU Cujas