1
31. 191

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL



Source BIU Cujas

Chaque exemplaire doit porter la griffe de l'un des auteurs et celle de l'éditeur.

Ch. Lyon-Caen — F. Pichon

Source BIU Cujas

1
31191

MANUEL

DE

DROIT COMMERCIAL

SPÉCIALEMENT DESTINÉ

AUX ÉTUDIANTS DES FACULTÉS DE DROIT

PAR

CH. LYON-CAEN & L. RENAULT

Professeurs à la Faculté de droit de Paris et à l'École des sciences politiques.





PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée,

24, rue Soufflot, 24.

—

1887

Tous droits réservés.



Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

EXPLICATION DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.

C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. pén.	Code pénal.
C. instr. crim.	Code d'instruction criminelle.
C. proc. ou *C. proc. civ.*	Code de procédure civile.
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation.
Ch. civ.	Arrêt de la Chambre civile.
Ch. crim.	Arrêt de la Chambre criminelle.
Req.	Arrêt de la Chambre des Requêtes.
S.	Recueil périodique de jurisprudence de Sirey.
J. Pal.	Journal du Palais.
D.	Recueil périodique de jurisprudence de Dalloz.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

AVERTISSEMENT

L'ouvrage que nous publions contient un exposé des différentes matières comprises dans le Code de commerce et dans les lois commerciales qui l'ont complété. Nous nous sommes efforcés d'y résumer, d'une façon à la fois claire et concise, tous les éléments de notre législation commerciale. Les solutions que nous donnons sont rattachées avec soin aux principes généraux qui, dans toutes les branches du droit, ont une importance capitale. Sans entrer dans le détail des questions controversées, nous avons résumé brièvement les principales difficultés en donnant les arguments essentiels produits à l'appui des différentes opinions. Notre plan ne comportait la citation d'aucun auteur et la seulement où la jurisprudence présente un intérêt capital, nous avons cité quelques arrêts. Nous espérons avoir fait ainsi un travail qui ne sera pas sans utilité pour les étudiants de nos Facultés et aussi pour tous ceux qui désirent, dans un but quelconque, acquérir des notions sommaires mais exactes sur notre droit commercial.

Pour ceux qui voulant faire une étude approfondie de cette branche de notre législation, ont besoin d'un exposé complet de la doctrine des auteurs et de

Source BIU Cujas

la jurisprudence, de notions sur les lois étrangères et sur les conflits de lois, nous avons publié un ouvrage en deux volumes sous le titre de *Précis de Droit commercial*. Nous reconnaissons qu'avec l'organisation actuelle de l'enseignement du Droit en France, il serait excessif de demander à tous les étudiants de porter, pour une première étude, leur attention sur tous les points du programme que nous avons essayé de remplir. C'est là ce qui nous a déterminé à publier ce volume. Pour les questions importantes que nous avons dû nous borner à traiter brièvement dans le présent ouvrage, nous nous sommes permis de faire des renvois à notre *Précis de Droit commercial* destiné à ceux qui désireraient approfondir ces questions.

Nous avons surtout restreint les développements donnés dans notre *Précis* au droit maritime. Il nous a fallu, en effet, tenir compte de ce que cette si importante et si intéressante branche du droit commercial n'est enseignée dans la plupart de nos facultés que d'une façon très sommaire. Nous avons, en outre, passé sous silence tout ce qui concerne les différentes branches de la propriété industrielle dont nous nous sommes occupés brièvement à la fin de notre *Précis*. Cette matière, qui ne figure plus avec raison dans le programme officiel des cours de Droit administratif, n'est pas rattachée non plus au Droit commercial d'après les usages suivis dans nos facultés.

CH. L.-C. et L. R.

Source BIU Cujas

INTRODUCTION

I. — Du commerce et du Droit commercial.

1. *Place du droit commercial dans l'ensemble de la législation.*

Le droit commercial est une branche du droit privé.

D'après une division très ancienne, déjà faite par les Romains, le droit se divise en droit public et en droit privé.

Le droit public comprend l'ensemble des règles qui organisent les pouvoirs publics et qui régissent les rapports de ces pouvoirs avec les particuliers. Le droit privé, au contraire, est destiné à régir les rapports des particuliers entre eux; ces rapports sont très variés.

Le droit privé se subdivise en droit civil et en droit commercial.

Le droit civil règle les rapports des individus entre eux sans tenir compte de la nature de leur profession et de celle des opérations auxquelles ils se livrent. Le droit commercial est destiné à régir spécialement les rapports que l'exercice du commerce fait naître entre les particuliers.

Le droit civil est souvent qualifié de droit commun ; il s'applique, en principe, à tout le monde. (Le droit civil est aussi appelé dans un autre sens, droit commun par opposition au droit commercial V. n° 13). Le droit commercial est, au contraire, qualifié fréquemment de droit spécial, parce qu'il n'est fait que pour le commerce.

Il faut, du reste, remarquer que, si la plupart des dispositions du droit commercial règlent les rapports des particuliers entre eux, quelques-unes tiennent au droit public, telles sont celles qui règlementent l'exercice de certaines professions en restreignant la liberté de faire le commerce (n°s 50 à 52), qui sont relatives aux rapports du commerce avec l'administration, à l'organisation de juridictions spéciales pour les procès commerciaux, etc...

Source BIU Cujas

2. *Définition du commerce.* — Ce mot n'a pas le même sens dans la langue du droit et dans la langue de l'économie politique.

Au point de vue économique, le commerce est une branche de *l'industrie*, qui est l'ensemble des travaux de l'homme appliqués à la matière. On a proposé des divisions très diverses de l'industrie; la plus simple et la plus usuelle est celle de J.-B. Say. Elle consiste à distinguer :

L'industrie agricole ou *extractive* : elle comprend tous les travaux à l'aide desquels on extrait du sol ou l'on prend dans la nature les matières premières avec ou sans culture (agriculture, exploitation des mines, pêche, chasse, etc...).

L'industrie manufacturière : elle a pour objet la transformation des matières premières, dans le but de les approprier aux besoins des hommes.

L'industrie commerciale ou *le commerce* : elle a pour but de mettre les choses à la portée de ceux qui veulent s'en servir, en les transportant même au besoin dans les lieux où elles sont utiles aux consommateurs.

Dans l'usage, le mot *industrie* employé seul désigne spécialement l'industrie manufacturière.

Au surplus, cette classification n'est faite que pour la commodité du langage. Les diverses branches de l'industrie ne sont pas toujours nettement séparées : souvent c'est le commerçant qui transforme lui-même les matières premières avant de les livrer à la consommation; souvent aussi l'agriculteur se livre à l'industrie manufacturière, par exemple en transformant la betterave en sucre.

3. Dans le sens de nos Codes, le mot *commerce* comprend à peu près ce qu'on entend par industrie commerciale et par industrie manufacturière dans la langue économique. Aussi peut-on dire d'une façon générale qu'au point de vue de nos lois, le commerce est l'ensemble des opérations ayant pour but de réaliser des bénéfices en spéculant sur la transformation des matières premières, sur leur transport ou sur leur échange.

Le *droit commercial* est l'ensemble des règles applicables à ces opérations et aux personnes qui font profession de s'y livrer.

4. *Motifs de la distinction entre le droit civil et le droit com-*

Source BIU Cujas

mercial. — L'existence d'un droit commercial distinct du droit civil se justifie par des raisons multiples dont les principales sont les suivantes :

a. Il y a des institutions spéciales au commerce, telles que les Bourses, les Banques, etc...

b. Dans la vie ordinaire, les opérations juridiques importantes sont assez rares pour la même personne. Aussi a-t-on le temps de remplir sans inconvénient toutes les formalités, parfois un peu compliquées que la loi exige. Au contraire, les opérations commerciales sont nombreuses et se renouvellent très souvent dans un court laps de temps pour les mêmes individus. Il faut qu'elles puissent se faire avec une grande célérité et sans occasionner de grands frais. Aussi, pour ne pas gêner le commerce dans son libre développement, a-t-on dû déroger, en ce qui concerne les opérations commerciales, à des règles du droit civil. Par exemple, le Code civil exige qu'il soit dressé un écrit pour constater toute convention dont l'objet dépasse 150 fr. et, au dessus de cette somme, il exclut la preuve testimoniale (art. 1341, C. civ.); de plus cet écrit doit quelquefois être fait dans des formes spéciales, Cf. art. 1325 et 1326, C. civ. La confection d'un écrit est une cause de perte de temps et de frais. Aussi, pour les opérations commerciales, la loi n'exige pas, en principe, d'écrit et admet qu'elles peuvent être prouvées par tous les moyens (art. 109, C. com.).

c. Il importe au plus haut point que les engagements commerciaux soient fidèlement tenus. Les commerçants ayant entre eux de nombreuses relations, si l'un d'eux manque à ses obligations, beaucoup d'autres peuvent en souffrir et se trouver par contre-coup dans l'impossibilité d'acquitter les leurs. Pour assurer l'exécution ponctuelle des engagements commerciaux, la loi a pris des mesures spéciales.

Avant la suppression de la contrainte par corps en 1867, cette voie d'exécution était admise plus facilement en matière commerciale qu'en matière civile. C'est dans ce but aussi qu'a été organisée la faillite pour les commerçants et que leur a été imposée l'obligation de tenir des livres.

La nécessité d'un droit commercial distinct du droit civil n'a pas, du reste, été sentie de tout temps. Elle suppose un certain dévelop-

Source BIU Cujas

pement du commerce qui n'a pas toujours existé. En outre, cette distinction devient moins utile à mesure que les règles du droit civil tendent à être plus simples et moins formalistes. On peut constater que beaucoup de règles admises tout d'abord par le droit commercial seul acquièrent peu à peu une portée générale.

5. *Du droit industriel.* — On rapproche souvent du droit commercial le droit industriel. Sous cette expression on désigne généralement l'ensemble des dispositions légales règlant les rapports de l'industrie manufacturière ou du commerce avec les particuliers ou avec l'État et apportant des restrictions à la liberté du travail en organisant des monopoles ou en conférant à l'autorité publique un droit de surveillance ou de contrôle sur l'exercice d'une industrie. Dans le droit industriel rentrent notamment les lois sur les *mines*, sur la *propriété industrielle* (*brevets d'invention, dessins et modèles de fabrique, marques de fabrique et de commerce, nom commercial*), sur *les chemins de fer*, sur *la condition des ouvriers* (*livrets, apprentissage, travail des enfants et des femmes dans les manufactures*, etc.). On peut, du reste, faire rentrer la plupart de ces matières dans le droit administratif ou dans le droit commercial.

II. — Histoire et sources actuelles du Droit commercial.

6. On peut distinguer, dans l'histoire du droit commercial, quatre grandes périodes : la *première* comprenant l'antiquité; la *seconde* le moyen-âge et les temps modernes jusqu'à Louis XIV; la *troisième* allant des grandes ordonnances de Louis XIV à la confection de notre Code de commerce; la *quatrième* enfin qui est la période où nous nous trouvons et qui part de la mise en vigueur du Code de 1807, qui a eu lieu le 1er janvier 1808.

7. 1° *Antiquité.* — Il y a eu dans l'antiquité des peuples très commerçants tels que les Phéniciens, les Grecs, les Carthaginois; Tyr, Sidon, Rhodes, célèbre par ses lois maritimes, Marseille ont été de très importantes places de commerce. Nous n'avons que de rares documents sur le droit commercial de ces peuples ou de ces villes.

Les Romains se sont peu préoccupés du commerce qu'ils laissaient aux peuples vaincus et aux esclaves; ils ne paraissent pas

Source BIU Cujas

avoir admis l'existence d'un droit commercial distinct du droit privé ordinaire. On ne trouve dans les textes des lois romaines qu'un nombre relativement restreint de dispositions concernant le commerce et elles sont pour la plupart spéciales au commerce de mer. On peut mentionner les textes concernant le *nauticum fœnus* (prêt à la grosse), les règles sur le jet maritime empruntées à la loi des Rhodiens (*lex rhodia de jactu*) et les effets du commerce terrestre ou maritime pratiqué par des esclaves pour le compte de leurs maîtres (actions *institoria* et *exercitoria*).

8. 2° *Moyen-âge et temps modernes jusqu'à Louis XIV.* — L'origine du droit commercial moderne se place, en réalité, au moyen-âge. Le développement du commerce fut favorisé particulièrement par les croisades et par les grandes découvertes faites au début des temps modernes.

Le droit commercial fut d'abord exclusivement coutumier; il était composé d'usages ou de coutumes établis entre les commerçants. La plupart de ces coutumes se sont formées en Italie dans les villes où le commerce avait acquis une grande prospérité. De l'Italie ces coutumes se répandirent dans les autres pays, grâce surtout à l'habitude qu'avaient les Italiens de se rendre dans les grandes foires qui servaient souvent de rendez-vous aux vendeurs et aux acheteurs des pays les plus éloignés. Cette origine commune du droit commercial de toutes les nations lui a donné pendant longtemps une grande uniformité.

Les relations commerciales se multipliant et augmentant d'importance, on songea à poser des règles précises pour éviter les difficultés que présente toujours la constatation des coutumes. C'est pour le commerce de mer que le besoin de fixité s'est d'abord fait sentir : plusieurs recueils de droit maritime nous sont parvenus. Ce sont principalement le *Consulat de la mer*, les *Jugements* ou *Rôles d'Oleron*, le *Guidon de la mer*.

Le *Consulat de la mer* constate les règles du droit maritime en vigueur dans la Méditerranée. Ce titre lui est venu du nom de *consuls* donné depuis très longtemps aux juges de commerce. Ce recueil fut composé à une date très incertaine, du XIe au XIVe siècle. Il fut publié, soit à Marseille, soit plus probablement à Barcelone;

Source BIU Cujas

il était écrit en langue catalane. C'est sans doute un coutumier; on y trouve des définitions, des exemples et des raisonnements qui lui donnent le caractère d'une œuvre doctrinale.

Le droit maritime en vigueur dans l'Océan trouva sa formule dans les *Jugements* ou *Rôles d'Oleron*. Ce recueil ne paraît pas être non plus émané d'une autorité souveraine: c'est sans doute l'œuvre d'un praticien inconnu. Il remonte au moins au XIIe ou au XIIIe siècle. Il constate la jurisprudence sur un grand nombre de questions. Le titre de ce recueil s'explique aisément. Le nom de *jugements* vient de ce qu'il constate la jurisprudence, celui de *rôles* de l'ancien usage consistant à rouler les manuscrits autour d'un cylindre; enfin le nom d'Oleron s'explique peut-être par le fait qu'une ancienne copie fut certifiée par un notaire ou greffier de cette île; on ignore le lieu où il fut composé. Ce recueil a eu une grande autorité dans l'Océan; plusieurs peuples l'adoptèrent ou le reproduisirent avec quelques modifications seulement.

Un troisième grand monument du droit maritime est le *Guidon de la mer*. Il fut rédigé à Rouen au XVIe siècle par un auteur dont le nom ne nous est pas parvenu. Il s'occupe notamment du contrat d'assurance maritime que les deux recueils précédents ont passé sous silence, sans doute parce qu'il était inconnu lors de leur confection.

A partir du XVIe siècle, les gouvernements comprirent mieux l'importance du commerce pour la prospérité des nations. Si toutes les mesures prises pour favoriser son développement ne furent pas bonnes, du moins les actes législatifs le concernant devinrent très nombreux. On peut citer beaucoup d'Ordonnances relatives au commerce. L'une des plus importantes fut celle de 1563 rendue par Charles IX, à l'instigation du chancelier de l'Hospital; elle créa à Paris la juridiction consulaire (c'est-à-dire commerciale). Mais jusqu'à Louis XIV les Ordonnances ne furent jamais relatives qu'à des matières restreintes. Le droit commercial demeura donc un droit coutumier.

9. 3° *Des Ordonnances de Louis XIV à la confection du Code de commerce.* — Sous Louis XIV s'est produit un mouvement législatif considérable. Colbert donna au commerce de terre et de mer

Source BIU Cujas

et à l'industrie une vigoureuse impulsion. Il fit rendre à ce sujet de nombreuses Ordonnances : les deux plus importantes sont l'Ordonnance de 1673 sur le commerce et l'Ordonnance de 1681 sur la marine. Par leur étendue et l'importance des matières qui y sont renfermées, elles constituent de véritables Codes.

L'Ordonnance de 1673 est relative au commerce de terre. Elle traite des sociétés, des lettres de change, des faillites, etc... Sa rédaction fut précédée d'une enquête faite auprès des principaux commerçants. Jacques Savary, ancien négociant, fut chargé de la rédiger définitivement. On appelait quelquefois cette Ordonnance *Code Savary* ou *Code marchand*. Elle a été commentée par Jousse, par Bornier et par Boutaric. Pothier a donné des commentaires de la partie consacrée soit aux sociétés, soit aux lettres de change, dans ses traités *Des sociétés* et *Du contrat de change*.

L'Ordonnance de 1681 sur la marine est la plus parfaite des Ordonnances de Louis XIV. Elle traite à la fois du droit maritime public et privé. Elle fut précédée d'une enquête dans les ports ; on ignore le nom de son rédacteur. Elle a exercé une influence considérable sur la législation maritime de tous les pays et a été l'objet de commentaires d'une grande valeur dont l'autorité est encore considérable. *Valin*, avocat et procureur du roi à l'amirauté de la Rochelle, en a donné un commentaire exégétique. La partie relative aux assurances et au prêt à la grosse a été l'objet d'un traité fameux d'*Emérigon*, avocat au parlement de Provence et juge à l'amirauté de Marseille. Pothier a laissé aussi des traités du *Contrat d'assurance*, du *Prêt à la grosse*, du *Louage maritime*.

10. *Histoire de la confection du Code de commerce de* 1807. — Il y avait des lacunes à combler dans les deux grandes Ordonnances et elles avaient été modifiées par de nombreuses dispositions législatives postérieures qui rendaient le droit commercial quelque peu obscur. En 1787, une commission, dont les travaux furent mis de côté par suite de la gravité des événements politiques qui suivirent, fut chargée de réviser la législation commerciale ; l'idée ne devait être reprise qu'après la révolution de 1789. L'Assemblée constituante décréta qu'il serait fait un Code civil et un Code de commerce ; mais ce décret resta longtemps sans exécution. Un arrêté consulaire du

Source BIU Cujas

3 avril 1801 (13 germinal an IX) nomma une commission de sept membres chargée de rédiger un projet de Code de commerce. Le 4 décembre 1801, le projet achevé fut présenté au gouvernement par Chaptal, alors ministre de l'intérieur; il fut adressé au tribunal de cassation, aux tribunaux d'appel, aux tribunaux et aux conseils de commerce pour provoquer leurs observations. Le projet amendé d'après ces observations fut soumis au Conseil d'Etat, mais n'y fut pas mis en discussion. Une crise financière éclata en 1806 et amena des faillites scandaleuses qui prouvèrent l'utilité d'une modification de la législation. L'étude du projet fut alors reprise au Conseil d'Etat et terminée en 61 séances (du 4 novembre 1806 au 29 août 1807). Le texte ainsi arrêté fut transformé en loi en suivant la même marche que pour la confection du Code civil (communication officieuse au Tribunat, observations de la Section de législation du Tribunat au Conseil d'État, présentation au Corps législatif, communication officielle au Tribunat qui proposait l'adoption ou le rejet, discussion devant le Corps législatif qui votait). Il y eut cinq lois distinctes qui sont devenues exécutoires en même temps le 1er janvier 1808 et qui forment le Code de commerce français. La loi du 15 septembre 1807, qui a fixé la date de la mise en vigueur du nouveau Code, a abrogé expressément les lois anciennes, touchant les matières sur lesquelles le Code a statué. Il y a encore d'anciennes lois commerciales en vigueur, ce sont celles qui s'occupent de matières non traitées dans le Code de 1807. Ainsi beaucoup de dispositions de l'Ordonnance de 1681 sont encore appliquées et il en est de même de quelques dispositions de l'arrêté consulaire du 27 prairial an X sur les Bourses de commerce.

Une nouvelle édition officielle a été promulgée en 1841.

11. Le Code de commerce comprend 648 articles répartis en quatre livres subdivisés en titres. Livre I, *Du commerce en général* (commerçants, livres de commerce, sociétés, séparations de biens, bourses de commerce, gage et commissionnaires, achats et ventes, lettres de change et billets à ordre), art. 1 à 189. — Livre II, *Du commerce maritime*, art. 190 à 436. — Livre III, *Des faillites et banqueroutes*, art. 437 à 614. — Livre IV, *De la juridiction commerciale*, art. 615 à 648.

Source BIU Cujas

Les rédacteurs du Code de commerce ont emprunté la plupart des dispositions dont il se compose à l'Ordonnance de 1673, à celle de 1681 et aux règlements postérieurs. Depuis 1807, le commerce a subi des transformations considérables et s'est beaucoup développé, soit à l'intérieur, soit à l'extérieur; grâce à l'heureuse influence de la science économique qui a posé les lois des échanges, les idées relatives aux rapports du gouvernement avec le commerce se sont profondément modifiées. Aussi, bien que le Code de 1807 n'ait pas été révisé d'une façon complète, de nombreuses lois y ont fait des modifications ou des additions. Malgré cela, le Code de commerce français a, en beaucoup de parties, cessé d'être au courant des besoins du commerce et on peut y signaler de graves lacunes. Ainsi il ne traite ni des ventes commerciales, ni du compte-courant. Des opérations importantes, comme les assurances terrestres et les assurances sur la vie qui se rattachent par beaucoup de côtés au droit commercial, n'y sont même pas mentionnées.

12. *Lois commerciales postérieures à 1807.* — Quelques lois ont complété ou modifié le Code de 1807 et les dispositions de plusieurs y ont été insérées. Voici les principales de ces lois :

La loi du 28 mai 1838 a remplacé complètement le livre III consacré aux *faillites et banqueroutes.*

Deux lois du 17 juillet 1856, ont, l'une abrogé les art. 51 à 63 qui établissaient l'*arbitrage forcé* pour les contestations entre associés; l'autre modifié l'art. 541 sur les *concordats par abandon d'actif* en matière de faillite.

La loi du 23 mai 1863 a modifié le titre VI du livre I (art. 91 et suiv.), pour y insérer des dispositions sur le *gage.*

Deux lois du 28 mai 1858 sont relatives, l'une aux *négociations concernant les marchandises déposées dans les magasins généraux,* l'autre à *la vente publique des marchandises aux enchères et en gros.*

La loi du 18 juillet 1866 a supprimé le monopole des *courtiers de marchandises* et ainsi modifié des dispositions du titre V du livre I (art. 71 et suiv.).

La matière des *sociétés* a fait l'objet de plusieurs lois dont quelques-unes ne sont plus en vigueur. Il y a eu la loi du 17 juillet 1856

Source BIU Cujas

sur les *sociétés en commandite par actions*, la loi du 23 mai 1863 sur les *sociétés à responsabilité limitée*. La loi du 24 juillet 1867 sur les *sociétés* les a abrogées, en même temps que diverses dispositions du Code de commerce ; elle a réglementé à nouveau les sociétés anonymes et les commandites par actions, s'est occupée des sociétés à capital variable laissées jusqu'alors de côté par nos lois et posé quelques règles communes à toutes les sociétés.

La loi du 14 juin 1865 a réglé la matière des *chèques*. Elle a été complétée par la loi du 19 février 1874.

La loi du 13 juin 1866 a consacré les *usages commerciaux* en matière de ventes.

La loi du 22 juillet 1867 a supprimé la *contrainte par corps*, qui était de droit en matière commerciale pour toutes dettes de 200 fr. au moins.

La loi du 8 décembre 1883 a réglé l'*élection des juges consulaires* ou juges des tribunaux de commerce.

Notons encore : La loi du 28 mars 1885 sur les *marchés à terme ;*

La loi du 10 juillet 1885 sur l'*hypothèque maritime* remplaçant la loi du 10 décembre 1874 relative au même objet ;

La loi du 12 août 1885 modifiant plusieurs dispositions du livre II du Code de commerce concernant le *commerce maritime ;*

La loi du 12 janvier 1886 qui admet la liberté de l'intérêt en matière commerciale.

De nombreux projets ou propositions de lois relatifs à des matières commerciales ont été présentés aux Chambres dans ces dernières années. Elles sont saisies notamment d'un projet de loi sur les sociétés destiné à remplacer la loi du 24 juillet 1867 et d'un projet sur les faillites et banqueroutes.

13. *Sources actuelles du droit commercial français.* — Le Code de commerce et les lois qui s'y rattachent sont loin de résoudre toutes les questions importantes et des lacunes graves s'y rencontrent. Ainsi, ni le Code de commerce ni aucune loi s'y rattachant ne réglemente d'une façon complète la vente commerciale, ne s'occupe des assurances non maritimes, ne détermine le mode d'évaluation des dommages-intérêts dus pour inexécution d'une obligation, ne fixe la manière de constituer en demeure un débiteur, n'indique les causes

Source BIU Cujas

de dissolution des sociétés de commerce, etc., etc. Comment résoudre ces questions, comment combler ces lacunes? Il faut recourir pour cela au *droit civil* ou aux *usages*.

Aucune disposition expresse de nos lois n'autorise d'une façon générale à combler les lacunes du Code de commerce à l'aide des dispositions du Code civil. Mais le droit commercial est, par rapport au droit civil qui constitue le droit commun, un droit exceptionnel. Là où il n'existe pas d'exception, c'est au droit civil formant la règle qu'on doit se référer. Plusieurs dispositions du Code civil et du Code de commerce impliquent qu'il en doit être ainsi. Les art. 18, Code com., et 1873, C. civ., déclarent les lois civiles applicables aux sociétés de commerce dans le silence des lois commerciales. On ne voit pas pourquoi cette règle serait restreinte aux sociétés et ne s'appliquerait point aux autres contrats commerciaux tels que la vente. La même idée se retrouve dans plusieurs dispositions du Code civil qui, en réservant les règles particulières au commerce, impliquent qu'à défaut de cette réserve, les règles du Code civil eussent été appliquées. V. art. 1107, 1153, 1341, 2084, C. civ. Du reste, si, avec de rares auteurs, on n'adopte pas cette opinion, on tombe dans l'arbitraire; on arrive à n'admettre les règles du Code civil pour remplir les lacunes des lois commerciales qu'autant qu'elles sont conformes à l'équité et aux besoins du commerce.

Le Code civil ne doit pas être seul consulté. Les usages du commerce peuvent aussi servir à combler les lacunes des lois commerciales. L'art. 1873, C. civ., vise les usages pour les sociétés; il n'y a pas de raison pour ne pas étendre cette règle à tous les contrats commerciaux. Du reste, même dans les matières civiles, la loi tient compte des usages (art. 1135, 1159, 1160, C. civ.). L'usage fait loi, parce qu'il y a lieu de présumer que les parties ont entendu s'y référer. C'est surtout par des actes répétés et extérieurs comme ceux du commerce que se forment des usages faciles à constater.

Les usages peuvent servir à compléter la loi commerciale et figurent ainsi parmi les sources du droit commercial. Peuvent-ils avoir pour effet de l'abroger lorsqu'ils sont contraires à ses dispositions? La force de l'usage dérive de la volonté présumée des parties. Aussi ne peut-elle exister là où la volonté des particuliers ne

Source BIU Cujas

peut avoir aucune prise. Par suite, l'usage peut abroger une loi interprétative, il ne saurait avoir cet effet sur une loi impérative ou prohibitive. Il faut donc puiser les règles du droit commercial : 1° dans le Code de commerce et dans les lois qui l'ont complété ou modifié; 2° dans les usages; 3° dans le Code civil et dans les lois complémentaires.

Parfois l'usage commercial et la loi civile sont en désaccord. C'est alors l'usage qui doit prévaloir, en tant évidemment que la loi civile n'est ni impérative ni prohibitive. L'art. 1873, C. civ., admet la prépondérance de l'usage sur la loi civile pour les sociétés ; il n'y a point de motif pour appliquer un principe différent aux autres contrats. Ainsi, il est généralement admis dans l'usage qu'en matière commerciale une lettre missive adressée par le créancier à son débiteur suffit pour mettre celui-ci en demeure. Cet usage doit prévaloir sur l'art. 1139, C. civ., qui exige, en principe, une sommation ou un commandement. L'art. 1139 est une disposition interprétative, puisqu'il autorise à convenir que le débiteur sera constitué en demeure par la seule échéance du terme. Au contraire, l'usage ne pouvait prévaloir contre la loi du 3 septembre 1807 qui avant la loi du 12 janvier 1886, fixait à 6 0/0, le maximum du taux de l'intérêt, en matière commerciale.

La force de l'usage n'existe pleinement que pour les usages communs aux pays de toutes les parties. L'usage d'une place qu'une personne d'une autre place peut ignorer ne saurait être obligatoire pour celle-ci. C'est au juge à apprécier si elle l'a connu et si toutes les parties ont entendu s'y référer.

La constatation de l'existence d'un usage peut être difficile. Elle est, en général, facilitée par la qualité même des juges des tribunaux de commerce qui sont des commerçants. Au besoin, l'on réclame, pour établir l'existence d'un usage commercial, l'attestation soit d'une chambre de commerce, soit de certains commerçants. Les certificats constatant des usages commerciaux sont appelés *parères* (*quod paret*, ce qui paraît conforme à l'usage à ceux qui donnent leur avis). Afin d'éviter des difficultés, il est souvent utile que des usages bien établis soient consacrés par des lois écrites. C'est ainsi que la loi du 13 juin 1866 concernant *les usages com-*

Source BIU Cujas

merciaux a transformé en droit écrit divers usages relatifs aux ventes commerciales (1).

14. *Sources actuelles du droit commercial dans les principaux Etats étrangers de l'Europe et de l'Amérique.* — Les relations avec les peuples étrangers ont pris un tel développement qu'il est fort utile, au point de vue pratique, de connaître leurs lois commerciales auxquelles, du reste, parfois des emprunts pourraient être faites pour l'amélioration des nôtres.

Le Code français de 1807 est le plus ancien des Codes de commerce du monde; il a exercé pendant de longues années une influence prépondérante sur les législations commerciales des Etats étrangers. Ce Code n'est plus dans toutes ses parties au niveau des besoins du commerce ; aussi son influence a-t-elle beaucoup diminué.

La plupart des Etats ont des Codes de commerce. Toutefois dans plusieurs, il n'y a que quelques lois écrites et le droit commercial est resté en grande partie coutumier. Il en est ainsi dans le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et dans les États-Unis d'Amérique.

Italie. — Elle a : 1° un Code de commerce voté en 1882, mis en vigueur le 1er janvier 1883, qui a remplacé le Code de 1865 ; 2° un Code pour la marine marchande datant de 1865 et révisé en 1877.

Hollande. — Le Code français introduit en Hollande, à la suite de la conquête, en 1811, a été remplacé par un Code nouveau en 1838 qui est actuellement soumis à une révision.

Belgique. — Le Code de commerce français y était resté en vigueur après la séparation de la Hollande. Le livre III consacré aux faillites a été refondu par une loi du 18 avril 1851. Mais depuis 1872, une révision générale a été entreprise. De nombreuses lois destinées à remplacer le Code français ont déjà été publiées. Elles seront réunies pour former un seul Code.

Suisse. — Jusqu'en 1883, les différents cantons de la Suisse avaient les lois commerciales les plus diverses. Le *Code fédéral*

(1) Quels sont relativement aux usages commerciaux les pouvoirs de la Cour de cassation? Il va de soi que l'admission d'un usage contraire à une loi impérative ou prohibitive pourrait donner ouverture à cassation. Mais un pourvoi en cassation peut-il être formé à raison de la violation d'un usage? V. *Précis de droit commercial*, t. I, n° 52.

Source BIU Cujas

suisse des obligations de 1881, mis en vigueur le 1er janvier 1883, régit pour toute la Suisse les contrats et les obligations en général et s'occupe de la plupart des matières de droit commercial, par cela même que presque toutes les opérations du commerce sont des contrats.

Empire d'Allemagne. — L'Allemagne a une législation commerciale commune pour presque toutes les matières. Ce résultat était, du reste, obtenu en grande partie avant que l'Allemagne fût unifiée au point de vue politique. Le droit commercial allemand est contenu dans : *a.* le Code général de commerce allemand de 1861 ; *b.* la loi générale allemande sur le change de 1848 qui est consacrée exclusivement aux lettres de change et aux billets à ordre ; *c.* la loi sur l'organisation judiciaire de 1877 qui s'occupe de la juridiction commerciale (art. 100 à 118). La faillite étant admise même pour les non-commerçants n'est pas une matière commerciale proprement dite ; le Code de commerce ne s'en occupe pas ; elle forme l'objet d'une loi spéciale du 10 février 1877.

Autriche-Hongrie. — Au point de vue de la législation commerciale, comme de toutes les autres branches du droit, l'Autriche et la Hongrie, qui ont chacune leur parlement, doivent être distinguées.

Autriche. — Le Code de commerce allemand, à l'exception du livre V relatif au commerce de mer, et la loi allemande sur le change ont été introduits en Autriche ; il y a aussi une loi sur les faillites du 25 décembre 1868.

Hongrie. — Les lois commerciales en vigueur sont de date récente. Il y a : *a.* un Code de commerce de 1875 ; *b.* une loi sur le change de 1876 ; *c.* une loi sur la faillite de 1881.

En Autriche et en Hongrie, comme en Allemagne, la faillite s'applique même aux non-commerçants.

Royaume de Grande-Bretagne et d'Irlande. — Il n'existe pas de Code de commerce ; mais d'importantes lois écrites sur quelques matières ; pour le reste, le droit est demeuré coutumier. Les lois de la métropole ne s'appliquent pas, en principe, aux colonies. Elles régissent, sauf disposition contraire, à la fois l'Angleterre, l'Ecosse et l'Irlande. Les principales lois écrites sont : *a.* la loi sur la marine marchande de 1854, souvent modifiée depuis, qui traite de quelques

Source BIU Cujas

matières maritimes, surtout au point de vue administratif, mais laisse de côté des sujets importants comme les assurances maritimes, les avaries, etc., qui sont régies par la coutume : *b.* des lois de 1862 et de 1867 sur les sociétés ; *c.* une loi de 1882 sur les lettres de change, les billets à ordre et les chèques ; *d.* une loi de 1883 sur la faillite qui est applicable, du reste, même aux non-commerçants.

Etats-Unis d'Amérique. — Les lois commerciales communes à tous les États de l'Union sont peu nombreuses et peu importantes. Chaque État a quelques lois écrites complétées par les usages qui, pour la plupart, se confondent avec les usages anglais.

PLAN GÉNÉRAL DE L'OUVRAGE.

15. L'ordre général du Code de commerce sera, en principe, suivi. Les quatre livres du Code seront expliqués dans leur ordre même, sauf en ce qui concerne les actes de commerce dont il est traité dans le IVe livre à propos de la compétence des tribunaux de commerce et dont il sera parlé dès le début. Nous diviserons cet ouvrage en 5 parties dont les trois premières correspondent exactement aux deux premiers livres du Code de commerce.

Première partie : DES ACTES DE COMMERCE ET DES COMMERÇANTS.

Chap. 1er. Des actes de commerce (art. 631 à 638, C. com.).

Chap. 2. Des commerçants et de leurs obligations (art. 1 à 17, art. 65 à 70, C. com.).

Chap. 3. Des sociétés (art. 18 à 64, C. com. Loi du 24 juillet 1867, loi du 30 mai 1857, art. 1832 à 1872, C. civ.).

Seconde partie : DES CONTRATS COMMERCIAUX.

Chap. 1er. Règles générales.

Chap. 2. De la vente commmerciale.

Chap. 3. Du gage (art. 91 à 93, C. com., art. 2073 à 2084, C. civ.). Des magasins généraux et des warrants (Lois du 28 mai 1858 et du 31 août 1870).

Chap. 4. De la commission (art. 94, C. com.).

Chap. 5. Du contrat de transport (art. 96 à 108, C. com.).

Chap. 6. Des lettres de change, des billets à ordre (art. 110 à

Source BIU Cujas

189, C. com.). Des chèques (Lois du 14 juin 1865 et du 19 fév. 1874). Des opérations de banque et du compte-courant.

Chap. 7. Des Bourses de commerce et des opérations de Bourse (art. 71 à 90, Loi du 28 mars 1885).

Troisième partie : DU COMMERCE MARITIME (art. 190 à 436, C. com.).

Quatrième partie : DES FAILLITES ET BANQUEROUTES (art. 437 à 614).

Cinquième partie : DE LA JURIDICTION COMMERCIALE (organisation, compétence et procédure des tribunaux de commerce (art. 615 à 648, C. com.; art. 414-442, C. pr. civ.) et des conseils de prud'hommes.

Source BIU Cujas

PREMIÈRE PARTIE

DES ACTES DE COMMERCE ET DES COMMERÇANTS

16. *Généralités.* — Le droit commercial est un droit spécial en ce sens qu'il est destiné à régir certaines personnes, les *commerçants*, et certaines opérations, *les actes de commerce*. Il eût été, par suite, naturel que le Code de commerce commençât par déterminer ce qu'on doit entendre par *commerçants* et par *actes de commerce*. Le Code de commerce débute, en effet, par un titre : *Des commerçants*, dont l'art. 1er dit qu'il faut entendre par là *ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*. Mais aucun titre spécial n'est consacré dans le Code aux *actes de commerce* ; c'est incidemment, à propos de la compétence des tribunaux de commerce (art. 632 et 633), que le législateur s'en est occupé ; ces tribunaux connaissent, en effet, presque exclusivement des contestations relatives aux actes de commerce (art. 631-3°). Cette manière de procéder suivie par le Code est défectueuse et pourrait engendrer deux erreurs : on pourrait croire d'abord que c'est au point de vue de la compétence seulement qu'il importe de distinguer les actes de commerce des actes civils, puis que les tribunaux de commerce connaissent exclusivement des contestations concernant les actes de commerce. Il y aurait là une double inexactitude. Si le caractère commercial d'un acte entraîne la compétence du tribunal de commerce pour les contestations qu'il soulève, il produit d'autres conséquences légales non moins graves ; le législateur a donc eu tort d'énumérer les actes de commerce à propos d'un point spécial. En outre, si la nature commerciale d'un acte entraîne toujours la compétence du tribunal de commerce, cette compétence ne suppose pas de toute nécessité un procès relatif à un acte de commerce. Parfois, en vertu des art. 634 à 637, C. com., des contestations relatives à un acte purement

Source BIU Cujas

civil doivent être portées devant le tribunal de commerce. Par exemple, il sera expliqué que le contrat par lequel un commerçant engage un commis n'est pas considéré à l'égard de celui-ci comme un acte de commerce; pourtant le procès intenté contre le commis par son patron est de la compétence du tribunal de commerce (art. 634, 1er alin.).

Le plus souvent ce sont les commerçants qui font des actes de commerce. Il n'en est pas toujours ainsi. Parfois des actes de commerce sont faits accidentellement par des non-commerçants : ainsi l'achat de valeurs de Bourse pour les revendre est souvent fait par des non-commerçants et est un acte de commerce; la souscription aux actions d'une société commerciale est, selon l'opinion la plus répandue, un acte de commerce et le souscripteur peut être un non-commerçant; enfin un simple particulier peut apposer sa signature sur une lettre de change, il fait par là un acte de commerce, etc...

Par cela même que, d'après l'art. 1er, C. com., le commerçant est celui qui fait des actes de commerce sa profession habituelle, il faut, avant de traiter des commerçants, rechercher quelles sont les opérations qualifiées par la loi d'actes de commerce.

Source BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

DES ACTES DE COMMERCE.

17. A propos des actes de commerce, deux questions sont à examiner :

1° A quels points de vue y a-t-il, en droit, intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils ; 2° Quels sont, d'après la loi, les actes de commerce ?

1° *A quels points de vue y a-t-il intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils ?*

18. Il y a un certain nombre de règles générales qui s'appliquent aux actes de commerce à raison même de leur nature commerciale.

a. Compétence. — Les contestations relatives aux actes de commerce sont de la compétence des tribunaux de commerce ; ces tribunaux ne connaissent qu'à titre exceptionnel de procès concernant des actes non commerciaux (n° 16). Aussi est-ce à propos de la compétence des tribunaux de commerce que le Code donne l'énumération des actes de commerce (art. 632 et suiv.). Mais c'est à cette même énumération qu'il faut se référer pour savoir si un acte est ou non commercial, quel que soit l'intérêt engagé. C'est la seule énumération que contiennent nos lois et l'on ne concevrait pas qu'un acte traité comme commercial au point de vue de la compétence, le fût comme non commercial à un autre point de vue.

b. Preuve. — En matière civile, un écrit doit être dressé quand il s'agit d'une somme ou d'une valeur excédant 150 fr. et, s'il n'en a pas été dressé, en cas de contestation, la preuve par témoins (art. 1341, C. civ.) et, par suite, les présomptions de l'homme (art. 1353, C. civ.) sont exclues. En matière d'actes de commerce, à raison de la rapidité avec laquelle doivent pouvoir se faire ces opérations, la loi ne prescrit point de dresser un écrit ; quelle que soit la somme ou la valeur dont il s'agisse, la preuve peut, en principe, se faire par tous les moyens (art. 109, C. com.).

c. Qualité de commerçant. — C'est la réitération d'actes de commerce à titre professionnel qui rend une personne commerçante (art. 1, C. com.).

Source BIU Cujas

d. Gage. — Le gage est, au point de vue de sa constitution et de sa réalisation, régi par des règles différentes selon qu'il se rattache à une dette civile ou à une dette commerciale (art. 2084, C. civ.; art. 91 et 93, C. com.).

e. Taux de l'intérêt. — La loi du 3 septembre 1807 avait fixé différemment le taux maximum de l'intérêt *conventionnel* pour les dettes civiles et pour les dettes commerciales. Il est toujours de 5 0/0 pour les premières et il était de 6 0/0 pour les secondes. Cette différence a été accentuée par la loi du 12 janvier 1886, qui a admis le principe de la liberté de l'intérêt, mais en *matière commerciale* seulement. — L'intérêt *légal* est encore de 5 ou 6 0/0 selon que la dette est civile ou commerciale.

f. Crime de faux. — Au point de vue de la gravité de la peine à appliquer, il y a lieu de distinguer selon que le faux se rapporte à un acte civil ou à un acte de commerce. Dans le premier cas, il y a *faux en écriture privée* et ce crime est puni de la réclusion, tandis que, dans le second, il y a un *faux en écriture de commerce* puni des travaux forcés à temps (art. 147 et 150, C. pén.).

h. Droits d'enregistrement. — La loi des 11-17 juin 1859 (art. 22) a, en matière fiscale, consacré des règles de faveur pour les ventes commerciales et pour les marchés de travaux ayant le caractère d'actes de commerce. La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 3, n° 1 et § 5, n° 1) soumettait à un droit proportionnel de 2 0/0 ces ventes et à un droit de 1 0/0 ces marchés. Ces droits, étant des *droits d'acte*, n'étaient dus que quand il y avait un écrit; en outre, lorsque cet écrit était sous seing privé, l'enregistrement était obligatoire seulement quand l'écrit était mentionné dans un acte authentique ou produit en justice. Mais, en cas de procès, pour éviter de payer le droit proportionnel, les parties dissimulaient l'écrit et alléguaient l'existence d'une simple convention verbale. Grâce à ce subterfuge, le droit proportionnel, au lieu d'être dû sur l'objet total de la convention, ne l'était que sur celui de la demande. Ainsi, dans le cas où le prix de la vente était de 50,000 fr., mais où le procès n'était relatif qu'au paiement de 25,000, le droit proportionnel ne portait que sur cette dernière somme.

Cet état de choses était vicieux à un double point de vue : d'abord

Source BIU Cujas

il nuisait au Trésor à raison de ce qu'on ne faisait pas enregistrer les actes sous seing privé; puis il était choquant que ceux qui produisaient franchement l'acte fussent plus maltraités que ceux qui le dissimulaient. Pour éviter ce résultat, la loi du 11 juin 1859 (art. 22) a admis les règles suivantes :

1° Les actes sous seing privé constatant des ventes ou des marchés de travaux ayant le caractère commercial sont soumis à un droit fixe qui, de 2 fr. d'après la loi de 1859, a été élevé à 3 fr. par la loi du 28 février 1872 (art. 4).

2° Un droit proportionnel n'est pas dû nécessairement; il n'est dû que s'il y a jugement portant condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance. Ce droit qui est de 1 ou de 2 0/0 avec les décimes en sus, est perçu, sans qu'on ait à s'inquiéter s'il y a eu ou non un écrit, sur le montant de la condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance. Ainsi une vente a été faite pour 50,000 fr., le vendeur réclame 25,000 fr. en justice; le tribunal condamne le défendeur à payer 12,000 fr. seulement. L'acte sous-seing privé a dû être soumis à un droit fixe de 3 fr., puis un droit proportionnel de 2 0/0 sera perçu sur 12,000 fr.

Il résulte de là que la loi de 1859 accorde deux faveurs : *a*. le droit proportionnel n'est dû que s'il y a jugement et non pas par cela seul que l'acte sous-seing privé est produit en justice. Si donc les parties transigent avant qu'un jugement soit rendu, le droit proportionnel n'est pas dû. — *b*. Le droit proportionnel n'est pas dû sur l'objet de la demande, mais sur celui de la condamnation ou de la reconnaissance.

Pour que ces dispositions de faveur s'appliquent, il faut : *a*. Qu'il s'agisse d'une vente ou d'un marché de travaux. La loi de 1859 ne s'est pas occupée des autres actes de commerce à l'occasion desquels l'allégation de conventions verbales n'a jamais donné lieu à des abus. — *b*. Que ces actes aient le caractère commercial. Il n'est pas à craindre, en général, pour les opérations civiles, qu'on dissimule l'écrit; à défaut d'écrit, l'exclusion de la preuve par témoins et des présomptions de l'homme peut rendre la preuve très difficile. — *c*. Qu'il n'y ait pas d'acte authentique constatant la convention.

— Avant 1867, la nature commerciale d'un acte et, par suite, des

Source BIU Cujas

obligations en résultant, avait aussi une grande importance au point de vue de la contrainte par corps. Cette voie d'exécution sur la personne n'était admise en matière civile qu'à titre exceptionnel pour les dettes limitativement déterminées par les lois et dont le montant excédait 300 francs. En matière commerciale, au contraire, elle était prononcée à raison de toutes les dettes atteignant 200 francs au moins. La loi du 22 juillet 1867 a aboli la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Cette réforme aurait dû entraîner la modification d'un grand nombre de dispositions du Code de commerce qui ne s'expliquaient bien que sur l'existence de la contrainte par corps.

2° *Quels sont les actes de commerce.*

18 *bis*. On peut distinguer deux catégories d'actes de commerce. Les uns sont *commerciaux par eux-mêmes*, c'est-à-dire indépendamment de la profession de celui qui les a faits (art. 631-3°, 632 et 633, C. com.); les autres ne sont commerciaux qu'autant qu'ils sont faits par des commerçants de profession (art. 631-1° et 638, 2e alin.). Cette distinction n'est sans doute pas consacrée expressément par la loi, mais elle paraît résulter de ses dispositions et elle est généralement adoptée (n° 37).

A. — *Actes commerciaux par eux-mêmes.*

19. On a essayé d'indiquer des caractères distinctifs communs à tous les actes de commerce. On a dit que ce sont des *actes de spéculation*, c'est-à-dire ayant pour but la réalisation d'un bénéfice en argent; mais ce n'est pas là quelque chose d'essentiel se rencontrant seulement dans les actes de commerce et se trouvant même dans tous les actes de commerce. D'un côté, il y a des actes n'ayant rien de commercial qui impliquent une spéculation. Ainsi le fermier, en prenant à bail un fonds rural, spécule; il se propose de réaliser des bénéfices grâce à la différence entre ce qu'il est obligé de débourser pour le fermage et les frais d'exploitation et ce qu'il retirera de la vente des produits de la terre; il est pourtant certain qu'il ne fait acte de commerce ni en louant la ferme ni en vendant les récoltes. D'un autre côté, si presque tous les actes de commerce sont des actes de spécu-

Source BIU Cujas

lation, il en est qui n'ont pas pour but la réalisation d'un bénéfice. Ainsi celui qui appose sa signature sur une lettre de change fait un acte de commerce et pourtant il peut ne pas avoir en vue une spéculation.

La vérité est qu'il n'existe pas de caractère distinctif commun à toutes les opérations qualifiées par la loi d'actes de commerce. Ce sont souvent des opérations que le législateur a voulu soustraire à l'application du droit civil pour des raisons de pure utilité pratique, parce qu'il a pensé qu'il importait de donner aux créanciers l'avantage de la procédure rapide et peu coûteuse suivie devant les tribunaux de commerce où la garantie de la contrainte par corps qui, exceptionnelle pour les dettes civiles, était, jusqu'en 1867, admise d'une façon générale pour toutes les dettes commerciales (c'est-à-dire dérivant d'actes de commerce), pourvu qu'elles fussent de 200 francs au moins (n° 18). Aussi y a-t-il des actes qui, peu différents au fond, sont considérés par la loi les uns comme des actes de commerce, les autres comme des actes civils. La distinction ne s'explique que par l'utilité plus grande qu'il y avait aux yeux du législateur à soumettre les premiers aux règles du droit commercial. Ainsi la lettre de change est nécessairement un acte de commerce; le billet à ordre n'en constitue un que sous certaines conditions, parce que l'on a pensé que la lettre de change rend plus de services au commerce que le billet à ordre.

20. Parmi les actes commerciaux par eux-mêmes, on peut remarquer que les uns n'ont ce caractère qu'à raison de l'intention qui y préside, du but que poursuivent les parties en les faisant, tandis que les autres le sont par leur vertu propre, sans qu'il y ait à se préoccuper du résultat que les parties ont en vue. Ainsi, pour savoir si un achat de denrées ou de marchandises constitue un acte de commerce, il y a lieu de se préoccuper du but de l'acheteur (V. n° 21 *c*), tandis que l'intention du signataire d'une lettre de change est indifférente, par cela même que la lettre de change est un acte de commerce pour tous ceux qui y apposent leur signature à quelque titre que ce soit. A un autre point de vue, certains actes sont considérés comme actes de commerce par la loi, alors même qu'ils sont faits à titre accidentel et isolé, tandis que les autres sup-

Source BIU Cujas

posent une personne qui les fait d'une façon répétée. Ces derniers actes de commerce sont désignés, en général, par la loi au moyen du mot *entreprise* (V. n° 25).

Il faut passer en revue successivement les différents actes de commerce compris dans l'énumération faite par la loi.

21. Achat pour revendre. — D'après l'art. 632, *la loi répute actes 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.* Il résulte de cette disposition que l'acte visé par elle suppose la réunion de trois éléments : *a. un achat; b. des denrées et marchandises* qu'il a pour objet; *c. l'intention de les revendre ou de les louer.* Chacun de ces éléments mérite de fixer l'attention; l'acte dont il s'agit est le plus fréquent des actes de commerce, il en est le type.

a. Achat. — Ce mot implique une acquisition faite moyennant un prix en argent (art. 1582, C. civ.). Mais toute autre acquisition à titre onéreux faite dans le but de revendre serait aussi un acte de commerce, par exemple l'acquisition de marchandises par voie d'échange pour les revendre.

b. Denrées et marchandises. — Le mot *marchandises* aurait suffi ; il comprend tout ce qui est meuble et objet de commerce. Le mot *aenrées* a un sens plus étroit, il désigne seulement ce qui est destiné à la subsistance de l'homme et des animaux. Toutes les choses pouvant être un objet de spéculation sont des marchandises dans le sens légal : il en est ainsi soit des choses corporelles de toute nature (objets de première nécessité ou de luxe), soit des choses incorporelles (brevets d'invention, obligations des villes ou des sociétés, rentes sur l'État, etc...).

Un achat peut-il être commercial quand il a pour objet des immeubles? La question est importante. Des spéculations très vives se font parfois sur l'achat et la revente des terrains ou des maisons; il y a des individus qui achètent en bloc un domaine rural pour en revendre en détail les différentes parties; on les désigne souvent dans l'usage sous le nom de *marchands de biens.* Dans ces opérations on trouve le premier et le troisième élément de l'achat commercial. Y trouve-t-on aussi le second? Peut-on dire que l'achat en pareil

Source BIU Cujas

cas porte, dans le sens légal, sur des *marchandises* ? Pour l'affirmative, on dit que toutes les opérations ayant la même nature juridique doivent être considérées comme des actes civils ou de commerce, quel qu'en soit l'objet. Il n'en devrait être autrement que si la loi s'y opposait absolument et ce n'est pas le cas. Rien ne prouve que la qualification de marchandises soit liée indissolublement à la qualité de meubles. Sans doute les meubles sont l'objet principal des transactions commerciales. Pourquoi en serait-ce l'objet exclusif ?

Cette doctrine n'a pas prévalu. Les termes de l'art. 632, *denrées* ou *marchandises*, supposent des choses se déplaçant, se transmettant avec une grande facilité. Les rédacteurs de nos Codes paraissent avoir admis que les meubles seuls peuvent être régis par la loi commerciale. Portalis disait, dans son *discours préliminaire sur le Code civil* : « La distinction des immeubles et des richesses mobilières « nous donne l'idée des choses proprement civiles et des choses « commerciales. Les richesses mobilières sont le partage du com- « merce, les immeubles sont particulièrement du ressort de la loi « civile. » Dans les textes du Code pénal (art. 387, 408, 423, 440), le mot marchandises ne désigne que les meubles. En outre, les textes de lois qui déterminent dans quels cas les jugements des tribunaux de commmerce sont susceptibles d'appel, ne font aucune allusion au cas où ces tribunaux statuent en matière immobilière, mais adoptent sans distinction la même règle que celle qui sert à déterminer le taux de la compétence des tribunaux civils en premier ou en dernier ressort pour le cas où ceux-ci jugent en matière personnelle et mobilière (Cpr. art. 639, C. com. et loi du 11 avril 1838). On peut ajouter deux considérations. Les spéculations sur les immeubles n'étaient pas inconnues lors de la rédaction du Code : elles avaient même été très actives sur les biens des émigrés; si le législateur avait voulu les considérer comme des actes de commerce, il aurait employé des expressions plus précises. La doctrine contraire conduirait, du reste, à un résultat inadmissible; avec elle, il faudrait décider que celui qui a acheté une maison pour la louer a fait acte de commerce et on arriverait à traiter la plupart des propriétaires de maisons situées dans les grandes villes comme des commerçants (1).

(1) Cass. 4 juin 1850, Dalloz, 1850. 1. 163.

Source BIU Cujas

Du reste, pour que la chose vendue puisse être traitée comme mobilière, il suffit qu'elle ait ce caractère à l'égard de l'acheteur. Ainsi l'achat d'une construction à démolir, d'une coupe de bois à faire est un acte de commerce, s'il est fait pour revendre les matériaux à provenir de la démolition ou les bois de la coupe.

Mais on ne pourrait pas décider que le fermier achetant les produits à venir de la ferme pour les revendre fait acte de commerce; car l'industrie agricole ou extractive n'est pas régie par la loi commerciale (art. 638, al. 1); il en serait autrement de celui qui sans exploiter, achèterait une récolte pour la revendre. De même, celui qui achète le droit d'exploiter une carrière pendant un certain temps ne fait pas acte de commerce, quand même il se propose de revendre les pierres à extraire.

c. Intention de revendre. — C'est cette intention qui fait de l'achat une spéculation et permet de le qualifier d'acte de commerce. Peu importe la profession de l'acheteur : le commerçant qui achète des objets pour ses besoins personnels ne fait pas un acte de commerce; le non-commerçant qui achète pour revendre, en fait, au contraire, un.

Peu importe que l'acheteur se propose de revendre la chose en bloc ou de la détailler, de la laisser dans le même état ou de la transformer.

Par cela même qu'il s'agit de déterminer la nature de l'achat, il faut se placer au moment où il est intervenu pour vérifier l'existence des conditions requises par la loi, sans tenir compte des faits postérieurs. Ainsi celui qui a acheté pour revendre a fait un acte de commerce, et son achat conserve ce caractère, quand même il ne revendrait pas la chose achetée et la garderait pour lui. A l'inverse, celui qui, ayant acheté sans intention de revendre, revendrait pourtant plus tard avec bénéfice, n'aurait pas fait un achat commercial.

Comment peut-on connaître l'intention de l'acheteur? Il n'y a guère de difficulté sur ce point. Si c'est un commerçant qui a acheté des marchandises de son commerce, cette intention se présume. Si c'est un non-commerçant qui est acheteur, il y a à se décider d'après les circonstances, c'est-à-dire surtout d'après la nature et la quantité des choses achetées : celui, par exemple, qui achète des denrées ou

Source BIU Cujas

des marchandises en quantité dépassant de beaucoup ses besoins, se propose toujours de revendre. C'est à celui qui allègue qu'un achat fait par un non-commerçant est commercial à le prouver en cas de doute et il peut le faire par tous les moyens.

Ce qui rend l'acte commercial, c'est moins l'intention de revendre en elle-même et toute seule que celle de réaliser des bénéfices en revendant ; alors seulement on peut dire qu'il y a spéculation. De là découlent de nombreuses conséquences :

a. Le manufacturier qui, dans l'intérêt de ses ouvriers, achète en gros des objets de consommation qu'il se propose de leur revendre ensuite au prix coûtant ne fait pas acte de commerce.

b. L'État ne fait pas acte de commerce dans les cas divers où il achète certains objets pour les revendre. Il se propose alors moins de faire des bénéfices proprement dits que de recouvrer des impôts soit qu'il exerce un monopole, soit qu'il ait pour but de percevoir un impôt. C'est ainsi que l'État achète pour les revendre des tabacs indigènes ou étrangers, du papier à timbrer, etc...

c. L'achat n'est pas commercial, quand les marchandises achetées doivent être revendues comme accessoires de choses non achetées ou doivent servir à l'exercice d'une profession qui n'a rien de commercial. Ainsi le vigneron qui achète des tonneaux pour y mettre le produit de sa récolte, ne fait pas acte de commerce ; il se propose bien de les revendre, mais comme accessoires de la vente de la récolte, vente qui n'est point commerciale (art. 638, al. 1). De même, les maîtres de pension ne font pas acte de commerce en achetant pour les besoins de leur profession des marchandises (livres ou denrées, par exemple) qu'ils revendent à leurs élèves ; il n'y a là qu'un accessoire de leur entreprise qui n'a rien de commercial. Au contraire, les restaurateurs, aubergistes, cafetiers font acte de commerce en achetant des denrées ; ils spéculent directement sur la revente des choses qu'ils ont achetées. Pour la même raison, l'écrivain, le peintre, le sculpteur ne font pas acte de commerce en achetant du papier, de la toile, du marbre : ce qu'ils vendent, c'est l'œuvre qu'ils n'ont pas achetée, qu'ils ont créée eux-mêmes et non pas la matière transformée.

— L'acheteur peut avoir l'intention de spéculer, non pas sur la re-

Source BIU Cujas

vente des choses achetées, mais sur la location de ces choses ; ainsi en est-il de celui qui achète des livres pour un cabinet de lecture ou des chevaux pour une entreprise de transports.

L'achat pour louer est régi par les mêmes principes que l'achat pour revendre. Il n'est donc commercial que s'il porte sur des meubles (n° 21). L'achat des meubles n'aurait même pas ce caractère, si les meubles étaient destinés à être l'accessoire d'un immeuble, objet principal de la location. Ainsi le propriétaire qui loue les appartements de sa maison et achète des meubles pour les garnir ; celui qui achète des bestiaux pour les donner à titre de cheptel à son fermier ne font pas acte de commerce : *Accessorium sequitur principale.*

— Ce qui est vrai de l'achat l'est aussi de la location ; la location des choses mobilières dans le but de sous-louer est un acte de commerce.

22. De la vente. — Si l'achat fait pour spéculer sur la revente est un acte de commerce, la revente à l'aide de laquelle l'acheteur cherche à atteindre son but, est-elle aussi commerciale? La question est importante. Elle se pose à l'occasion de toutes les ventes faites par un marchand, quand il s'agit notamment de savoir s'il peut être actionné par son client devant le tribunal de commerce. Malgré le silence du Code, il ne faut pas hésiter à résoudre cette question affirmativement. Il serait incompréhensible que l'achat fût commercial, alors que la vente en vue de laquelle il a été fait, ne le serait pas : les deux actes liés intimement l'un à l'autre doivent avoir le même caractère. La pensée de la loi paraît ressortir de l'article 638, 1er alin., qui ne refuse à la vente le caractère d'acte de commerce que dans le cas où elle porte sur des choses qui n'ont pas été achetées.

Il résulte de là que la vente de ses ouvrages faite par un auteur à un éditeur ou la vente d'un procédé industriel par l'inventeur, n'est pas un acte de commerce. Il en serait tout autrement de la revente faite par l'éditeur ou par l'acheteur du procédé.

L'art. 638, 1er al., tire une conséquence de ces principes en disposant que *ne seront pas de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son crû.* C'est cette disposition

Source BIU Cujas

qui implique que *l'industrie agricole* est soustraite à la loi commerciale (n° 3).

Cette disposition est d'une application facile, quand le propriétaire vend les produits tels que le sol les lui a fournis. Mais souvent il ne les vend qu'après leur avoir fait subir une transformation plus ou moins grande. Ne faut-il pas dire alors que la vente constitue un acte de commerce, parce qu'il y a là une opération faisant partie d'une *entreprise de manufacture* que l'art. 632 range parmi les actes de commerce? La négative est certaine, quand il s'agit d'une mise en œuvre accessoire ayant avec l'agriculture un lien intime. Ainsi celui qui vend le blé qu'il a récolté après l'avoir battu, qui vend son lait transformé en beurre, ses pommes transformées en cidre, etc., ne fait évidemment pas acte de commerce. Mais, si la main d'œuvre a une importance considérable, si elle exige l'emploi de machines et de nombreux ouvriers, on peut admettre que la production agricole n'est que l'accessoire et considérer, par suite, les ventes des produits transformés comme se rattachant à une *entreprise de manufacture*.

23. Entreprise de fournitures. — Il s'agit ici d'une opération qui a avec l'achat pour revendre beaucoup d'analogie; elle implique aussi une spéculation sur la différence entre le prix de vente et le prix d'achat. Ce qu'il y a de particulier dans l'entreprise de fournitures, c'est qu'une personne promet à une autre de lui fournir ce qu'elle peut n'avoir pas encore acheté. Ici donc l'opération débute ou peut débuter par la vente qui n'est ordinairement commerciale qu'autant qu'elle a été précédée d'un achat (n° 22).

Le caractère commercial appartient d'abord au marché par lequel une personne s'est engagée à fournir, puis aux achats faits pour l'exécution de ce marché. Il n'y aurait pas acte de commerce si les choses à fournir ne devaient pas être achetées, par exemple, s'il s'agissait d'un propriétaire qui s'est engagé à fournir les produits de sa terre, d'un auteur d'une œuvre littéraire la publiant par souscription, etc.

Du reste, l'entreprise de fournitures peut avoir seulement pour but de procurer l'usage, et non la propriété de certaines choses. Ainsi il y a entreprise de fournitures, dans le sens de l'art. 632,

Source BIU Cujas

quand une personne s'engage à fournir l'usage de costumes ou de décors nécessaires à une exploitation théâtrale.

Il résulte du caractère commercial reconnu à l'entreprise de fournitures que les contestations y relatives sont de la compétence des tribunaux de commerce. Il y a pourtant des règles spéciales de compétence pour les fournitures à faire en vue d'un service public. Ainsi, pour les fournitures à faire à l'Etat, les contestations sont soumises au ministre en première instance et au Conseil d'État en appel. Pour les fournitures à faire aux communes, on suit les mêmes règles de compétence que s'il s'agissait de particuliers. Il y a difficulté en ce qui concerne les fournitures à faire aux départements.

24. *Actes mixtes.* — Une opération n'a pas toujours le même caractère pour les deux parties qui y interviennent; elle peut être commerciale pour l'une d'elles et civile pour l'autre. Cela peut se présenter pour un grand nombre d'actes de commerce, spécialement pour l'achat et pour l'entreprise de fournitures. Ainsi l'achat de marchandises de son commerce fait par un marchand en détail à un marchand en gros est bien un acte de commerce pour les deux parties, mais l'achat de blé fait par un marchand en gros à un fermier ou à un propriétaire est commercial pour l'acheteur sans l'être pour le vendeur.

A l'inverse, l'achat fait à un commerçant par une personne pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille est un acte de commerce pour le vendeur et un acte purement civil pour l'acheteur ; de même, celui qui contracte avec un entrepreneur de fournitures, fait ou non acte de commerce selon le but dans lequel il a conclu le marché.

25. Entreprises diverses. — Le louage de services n'est pas, en règle générale, un acte de commerce. Il en est autrement toutefois quand celui qui loue ses services spécule en même temps sur ceux d'autrui ; il se rend alors intermédiaire. De plus, à titre exceptionnel, pour des motifs tout spéciaux, certains louages de services purs ont été déclarés commerciaux par la loi.

Pour désigner les différents cas dans lesquels le louage de services a exceptionnellement le caractère commercial, le Code emploie le mot *entreprise (entreprise de manufactures, de transports, de*

Source BIU Cujas

fournitures, etc...). Cette expression implique qu'il s'agit, non d'un acte isolé, mais de l'exercice d'une profession ou tout au moins d'une série d'actes semblables d'une certaine importance. Le caractère commercial est imprimé au contrat principal et aux diverses opérations qui s'y rattachent.

26. *Entreprise de manufacture.* — On désigne sous ce nom l'ensemble des opérations par lesquelles une personne se propose de transformer, façonner, modifier des matières premières pour les approprier aux besoins des consommateurs. Ainsi sont des entreprises de manufactures les opérations à l'aide desquelles on extrait le sucre de la betterave, l'huile de l'olive ou du colza, on convertit le minerai en fer ou en acier.

Lorsque le manufacturier fournit lui-même la matière première qu'il a achetée, il y a alors achat pour revendre et l'opération est commerciale à ce titre. Mais il en est de même lorsque le manufacturier reçoit les matières premières de la personne qui le charge de les transformer ou modifier, comme, par exemple, le blanchisseur ou le teinturier. Le manufacturier spécule toujours sur son travail et sur celui de ses ouvriers ainsi que sur l'emploi de ses machines ou instruments divers. On pourrait dire qu'il a acheté les services de ses ouvriers pour les revendre et les machines pour en louer l'usage.

Cela implique bien qu'il n'y a pas entreprise de manufacture, lorsqu'il s'agit d'une personne qui se charge de transformer des matières premières, dans le but unique de gagner sa vie au jour le jour. Cette personne est un ouvrier ou artisan et non pas un manufacturier. V. n° 49.

— Sous le nom d'entreprise de manufactures, on désigne exclusivement dans l'usage la fabrication ou la transformation des choses mobilières qui demeurent telles. Il y a des entreprises très importantes qui ont des immeubles pour objet, par exemple, des entreprises de construction de maisons, de ponts, de routes ou de terrassements, de plantations, de desséchements, de drainage, etc. L'entrepreneur de ces travaux spécule sur l'emploi de ses machines, sur les services de ses ouvriers, parfois sur l'achat et la revente de matières premières. Ne faut-il pas dire, par suite, qu'il y a là une véritable entreprise de

Source BIU Cujas

manufacture dans le sens légal et que, dès lors, ces opérations sont commerciales ? On pourrait être tenté de le nier, en alléguant qu'il ne saurait y avoir là des opérations commerciales par cela même qu'il s'agit d'immeubles. Ce motif serait erroné : à l'égard de l'entrepreneur, il ne s'agit que d'une spéculation sur les matériaux ou sur la main-d'œuvre ; peu importe que le résultat des travaux soit la création d'un immeuble ou d'une valeur immobilière pour celui qui a fait la commande. Mais ce n'est pas à dire que l'entreprise de construction soit toujours commerciale. Il y a lieu de distinguer plusieurs cas :

a. L'entrepreneur ne fournit que la main-d'œuvre ; il reçoit les matériaux à employer de la personne pour laquelle l'ouvrage est fait. Les principes paraîtraient conduire à décider qu'il y a là une entreprise de manufacture. Mais les travaux préparatoires du Code de commerce et son texte définitif doivent faire écarter cette solution : le projet de Code faisait figurer dans l'énumération des actes de commerce les *entreprises de construction* ; sur les observations de plusieurs tribunaux, ces expressions furent supprimées et le Code ne range parmi les actes de commerce que *les entreprises de construction de navires* (art. 633).

b. L'entrepreneur fournit les matériaux. C'est le cas de beaucoup le plus fréquent. Il va de soi que les achats de matériaux faits par lui sont des actes de commerce en vertu de l'art. 632-1°. Faut-il aussi reconnaître le même caractère à tous les contrats faits par l'entrepreneur pour l'exécution de son travail, par exemple, avec des sous-entrepreneurs ou des ouvriers ? La jurisprudence, après avoir été divisée, admet aujourd'hui, et avec raison, l'affirmative. Il y a là une entreprise réunissant tous les caractères de l'entreprise de fournitures, par conséquent ceux d'une opération commerciale. Cela n'était pas contesté par les tribunaux qui, lors de la rédaction du Code de commerce, ne voulaient pas qu'on laissât figurer l'entreprise de construction dans l'énumération des actes de commerce.

c. Un entrepreneur achète des terrains pour les revendre après y avoir élevé des constructions ; cela se présente souvent à la suite de grands travaux d'utilité publique, spécialement de percements de rues. — L'hypothèse est difficile. Il paraît conforme aux principes

Source BIU Cujas

généraux de distinguer. Dans les rapports entre l'entrepreneur et celui qui lui a vendu le terrain ou l'acquéreur l'opération est civile ; il s'agit, en effet, d'une vente d'immeuble (V. n° 21). Mais, à l'égard des ouvriers, des sous-entrepreneurs, des vendeurs de matériaux, l'opération a un caractère commercial ; en ce qui les concerne, la convention porte exclusivement sur des choses mobilières et sur la main-d'œuvre.

27. *Entreprise de transport par terre et par eau.* — Le contrat de transport tient de la nature du louage de choses et du louage de services, puisque l'entrepreneur met à la disposition du public son matériel et les services de ses employés.

Il s'agit ici de tous les transports par terre et par eau à l'aide de quelques moyens qu'ils soient opérés (voitures, chemins de fer, bateaux à vapeur ou autres, etc.) ; mais les transports maritimes sont en dehors de l'art. 632, c'est l'art. 633 qui les déclare commerciaux.

On appelle en droit *voiturier* celui qui se charge d'effectuer le transport, que ce soit un individu ou une compagnie. Il fait acte de commerce ; peu importe qu'il reçoive des subventions de l'Etat, qu'il jouisse même d'un monopole et ne puisse appliquer que des tarifs approuvés par l'administration. Les Compagnies de chemins de fer et les maîtres de poste notamment font donc des actes de commerce.

Quant à celui qui contracte avec le voiturier pour faire opérer le transport de choses quelconques ou se faire transporter lui-même, il fait ou non acte de commerce selon les cas. V. n° 37, *Théorie de l'accessoire.*

Il importe de remarquer que c'est l'ENTREPRISE *de transport* que la loi range parmi les actes de commerce. Cela suppose que le voiturier, ou fait profession d'effectuer des transports ou, tout au moins, en opère d'une façon répétée. La multiplicité des transports indique seule qu'il y a un outillage exploité dans un but de spéculation. Celui donc qui accidentellement se charge, même moyennant salaire, de transporter des personnes ou des marchandises, ne fait pas acte de commerce. Cela s'appliquerait, par exemple, à un paysan qui se rendant à une foire dans sa voiture y transporterait des objets qui lui seraient confiés.

Source BIU Cujas

28. *Entreprise d'agences, bureaux d'affaires.* — L'agent d'affaires est celui qui fait profession de donner, moyennant salaire, ses soins aux affaires d'autrui. Les expressions employées encore ici par le Code (art. 632) impliquent non des actes isolés, mais des actes répétés faits par une personne qui offre ses services au public.

Les agents d'affaires se chargent de faire pour autrui des opérations très variées; ils donnent des conseils, font des recouvrements de créances, représentent leurs clients en justice, spécialement devant la juridiction commerciale, etc.; les uns se chargent de toutes sortes d'affaires, les autres ont une spécialité plus ou moins restreinte.

L'art. 632 ne faisant aucune distinction, l'entreprise d'agences d'affaires a le caractère commercial, que les opérations dont se charge l'agent d'affaires soient elles-mêmes commerciales ou civiles (comme l'achat et la vente de terrains ou de maisons), qu'il fasse des opérations très variées ou seulement des opérations d'un genre restreint. Peu importe aussi que ceux qui font profession de donner, moyennant salaire, leurs soins aux affaires d'autrui, soient de la part d'un tribunal de commerce l'objet d'une recommandation auprès du public ou d'une désignation; la loi n'autorise à admettre aucune distinction. En conséquence, il paraît juste de décider que les agréés sont des agents d'affaires dans le sens légal et font, comme tels, des actes de commerce en engageant leurs services à leurs clients.

La disposition, qui range l'entreprise d'agences ou bureaux d'affaires parmi les actes de commerce, ne se justifie que par une considération d'utilité pratique. La loi s'est défiée un peu des agents d'affaires, par cela même qu'ils ne sont pas soumis à la surveillance des tribunaux comme les officiers ministériels. Elle a voulu donner aux clients les avantages de la commercialité, c'est-à-dire la célérité de la procédure commerciale et la garantie de la contrainte par corps. Ce dernier avantage a disparu depuis la suppression en 1867 de cette voie d'exécution, et le premier motif seul explique actuellement le caractère commercial reconnu à l'entreprise d'agences d'affaires. On peut se demander s'il est suffisant.

29. *Etablissements de ventes à l'encan.* — Ce sont des établisse-

Source BIU Cujas

ments dans lesquels des marchandises sont vendues aux enchères. Ceux qui les tiennent sont en quelque sorte des agents d'affaires servant d'intermédiaires entre les vendeurs et les acheteurs. — Les ventes aux enchères ne sont pas toujours libres et, en général, ce sont des officiers ministériels déterminés par la loi qui seuls peuvent y procéder.

30. *Etablissements de spectacles publics.* — On comprend sous ce nom toutes les entreprises ayant pour but de distraire le public moyennant salaire, tels que théâtres proprement dits, concerts, cirques, conférences, etc. Celui qui fait ces entreprises spécule sur le travail des personnes qu'il emploie, acteurs, chanteurs, musiciens, etc.

Si le directeur de l'entreprise théâtrale contracte un engagement commercial envers les acteurs et les autres personnes dont il se sert, il n'en est pas de même à l'égard du propriétaire de la salle qu'il loue; la location d'un immeuble faite même dans le but de spéculer sur sa sous-location n'est pas un acte de commerce (n° 37 *in fine*).

Quant à l'acteur, son engagement envers le directeur n'a rien de commercial. Le contrat par lequel il s'oblige est une sorte de louage de services ou d'industrie; il s'engage à produire son talent moyennant rétribution et il est dans une situation semblable à celle du journaliste ou de l'auteur qui traite avec un éditeur. On a pourtant essayé de faire admettre la compétence des tribunaux de commerce pour les actions intentées par le directeur contre les acteurs, en invoquant l'art. 634-1°, C. com.; cette disposition déclare les tribunaux de commerce compétents pour statuer sur les actions intentées par le patron contre ses *commis, préposés* ou *serviteurs*. Cela n'est pas admissible : la qualification de *commis* ou de *préposés* ne saurait convenir aux acteurs qui ne sont nullement chargés de représenter leur directeur et il n'est pas besoin de dire que les acteurs ne sont pas des *serviteurs*.

31. *Entreprise de commission.* — La commission est le mandat appliqué à des opérations commerciales (V. art. 94). Il y a des personnes qui font profession de se charger de ces opérations pour le compte d'autrui. Le mandant, quand il s'agit d'opérations commerciales, reçoit le nom de *commettant* et le mandataire celui de *commissionnaire*.

Source BIU Cujas

Un acte isolé de commission ne serait pas commercial, puisque l'art. 632 parle d'*entreprise*; il doit s'agir d'une personne qui se met à la disposition du public pour faire pour le compte d'autrui des opérations de commerce telles qu'achats, ventes, contrats de transports, assurances, etc...

Faut-il, pour qu'il y ait commission, non seulement que l'opération à faire soit un acte de commerce, mais encore que celui qui la fait contracte en son nom, comme s'il agissait pour son compte? C'est une question qui sera examinée plus loin (2e partie, chapitre IV).

32. *Opérations de courtage.* — On entend par courtage le fait d'un individu qui, sans s'obliger lui-même, rapproche deux personnes qui veulent conclure un contrat. Par exemple, il y a courtage quand une personne sert d'intermédiaire entre un assureur et un assuré, entre un vendeur et un acheteur, etc... — Le mot *courtage* sert parfois aussi à désigner la rétribution payée au courtier pour ses services.

L'art. 632 parlant de *toute* opération de courtage sans exiger qu'il y ait entreprise, une opération même isolée de courtage constitue un acte de commerce, quoiqu'elle ne suffise évidemment pas pour faire d'une personne un courtier de profession. On ne s'explique pas pourquoi le Code a fait à cet égard une différence si profonde entre le courtage et la commission.

La loi ne se préoccupe pas de la nature de l'acte pour lequel le courtier sert d'intermédiaire. L'opération de courtage a le caractère commercial quand même il s'agit d'un acte purement civil; il en est ainsi notamment lorsque le courtier sert d'intermédiaire pour une vente d'immeuble ou s'entremet entre un producteur qui veut vendre ses produits et les consommateurs.

Le courtage de toutes les opérations ne peut pas être fait librement; pour certaines il y a des courtiers privilégiés nommés par le gouvernement.

33. *Opérations de banque.* — On désigne, en général, sous ce nom toutes les opérations relatives au commerce des métaux précieux et des titres qui les représentent. Ces opérations sont très variées; elles sont examinées dans le chapitre VI de la 2e partie; on peut

Source BIU Cujas

citer entre autres les dépôts d'argent ou de titres, les prêts, les ouvertures de crédit, les escomptes, etc...

L'art. 632 mentionne spécialement les *opérations des banques publiques*. On appelle ainsi les établissements de banque institués avec l'autorisation du gouvernement et vivant sous sa tutelle. Telles sont la Banque de France, la Banque de l'Algérie et les Banques Coloniales. Ces établissements font, en général, les mêmes opérations que les banques privées et, en outre, quelques-unes leur sont, en vertu d'un privilége spécial, exclusivement réservées, telle est l'émission de billets au porteur payables à vue.

34. *Opérations de change, lettres de change ou remises d'argent faites de place en place.* — On dit qu'il y a *change*, lorsque deux personnes échangent des monnaies les unes contres les autres ou contre des titres qui en sont la représentation. L'utilité de ces opérations provient notamment de ce que les monnaies n'ont pas toutes la même valeur, soit dans leurs rapports entre elles, soit dans leurs rapports avec les billets de banque ou autres titres. On a ainsi, selon les cas, avantage à échanger certaines monnaies contres d'autres, par exemple de l'or contre de l'argent ou des billets contre des espèces monnayées. On distingue le *change manuel* ou *local* dont il vient d'être parlé et le *change tiré*.

Il y a *change tiré* lorsqu'une personne se trouvant dans un lieu s'oblige envers une autre, en retour d'une valeur quelconque qui lui a été fournie par celle-ci, à payer ou à faire payer une somme déterminée dans un lieu différent. Les contractants font un acte de spéculation; ils comptent réaliser des bénéfices grâce aux différences qui existent dans le cours ou la valeur des monnaies de deux places distinctes.

Il y a *lettre de change*, quand une personne, au lieu de s'engager à payer elle-même, s'oblige à faire payer par une autre, par exemple son correspondant ou son débiteur, une somme d'argent dans un autre lieu et que le titre émis par le souscripteur a la forme d'une lettre écrite par celui-ci au tiers qui doit payer, lettre le priant ou lui enjoignant de payer. Ce titre appelé, à raison de sa forme même, *lettre de change*, est remis par le souscripteur au bénéficiaire, c'est-à-dire à la personne envers laquelle il s'oblige.

Source BIU Cujas

Ainsi Jean de Paris rédige un titre sous forme de lettre adressée à Paul son correspondant de Lyon; par ce titre qu'il remet à Pierre, il prie Paul de payer une somme à Lyon. Voici d'ailleurs la formule employée :

Paris, le *B. P. F. 1000 fr.*

Au prochain, il vous plaira payer, à Pierre ou à son ordre, la somme de mille francs, valeur reçue comptant.

(Signé) Jean.

A Paul, à Lyon.

Jean qui a créé le titre est appelé le *tireur;* Paul qui est chargé de payer est le *tiré*. Pierre qui est indiqué pour recevoir le paiement, est le *preneur* ou *bénéficiaire* (il n'y a pas d'expression consacrée par la loi). Ce n'est pas lui qui reçoit nécessairement le paiement du tiré; il peut, en vertu de la clause *à ordre* contenue dans le titre, donner l'ordre à Paul de faire le paiement à une autre personne qu'il désigne par une mention faite au dos du titre; cette mention s'appelle *endossement*. Celui au profit duquel un endossement a été fait, peut à son tour donner au tiré l'ordre de payer à une autre personne; il est alors désigné sous le nom d'*endosseur*. Le tiré, en acceptant la lettre de change tirée sur lui, s'oblige à en payer le montant. Le tireur et les endosseurs sont garants de ce paiement envers la personne qui est *porteur* du titre lors de l'échéance. La lettre de change étant un acte de commerce, tous ceux qui y apposent leurs signatures sont obligés commercialement; peu importe qu'ils soient ou non commerçants, qu'ils apposent leur signature sur le titre à l'occasion d'une opération commerciale ou civile.

Dans le système du Code de commerce, la lettre de change implique une *remise de place en place*, c'est-à-dire une obligation contractée dans un lieu et devant être acquittée dans un autre lieu; cela tient à ce que notre Code considère qu'elle est un mode d'exécution du contrat de change. Il sera expliqué (2e partie chapitre VI), que la lettre de change rend aujourd'hui des services n'impliquant pas un contrat de change préalable entre le tireur et le bénéficiaire.

Un autre titre qui se rencontre souvent, est le *billet à ordre*.

Source BIU Cujas

C'est un écrit par lequel une personne (le *souscripteur*) s'engage envers une autre (le *bénéficiaire*) à payer à celle-ci ou à *son ordre* une somme d'argent. Un billet à ordre peut être ainsi rédigé :

Au prochain, je payerai à Pierre, ou à son ordre, la somme de mille francs, valeur reçue comptant.

Paris, le

(Signé) Jean.

Le billet à ordre, à la différence de la lettre de change, n'est pas considéré comme un acte de commerce par lui-même. Le souscripteur ou un endosseur n'est obligé commercialement qu'autant qu'il a créé ou endossé le titre à l'occasion d'une opération commerciale, par exemple pour acquitter le prix d'un achat de marchandises fait pour les revendre (art. 189 et 636). Seulement, lorsqu'il est souscrit ou endossé par un commerçant, la loi présume qu'il l'est pour son commerce et qu'il a, par suite, le caractère commercial (art. 638, al. 2). V. n° 42.

Le souscripteur s'oblige ordinairement à payer le montant du billet dans le lieu même de sa création. Mais il est possible qu'il y ait *remise de place en place*, c'est-à-dire que le billet soit payable dans un lieu autre que celui où il est souscrit. Dans ce cas, ne faut-il pas reconnaître que le billet à ordre constitue, comme la lettre de change, un acte de commerce à l'égard de tous les signataires (souscripteur et endosseurs)? La question naît de l'art. 632 qui range parmi les actes de commerce *les lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place;* il y a controverse sur l'interprétation à donner à cette disposition qui sera commentée plus loin, à propos du billet à ordre.

Un autre titre analogue à la lettre de change, le *chèque*, n'est pas un acte de commerce par lui-même, mais est traité comme le billet à ordre (L. 14 juin 1865, art. 4).

35. *Opérations du commerce maritime.* — Le Code de commerce a reconnu le caractère commercial à toutes les opérations du commerce de mer. L'art. 633 énumère les principales de ces opérations et se termine par une formule générale qui les englobe toutes.

D'après l'art. 633, sont réputés actes de commerce :

Source BIU Cujas

Toute entreprise de construction et tous achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure. — Les opérations dont il s'agit sont commerciales non-seulement quand elles concernent la navigation maritime, mais encore quand elles se rattachent à la navigation des fleuves, des rivières et des canaux. Cela résulte des mots *navigation intérieure et extérieure.*

L'entreprise de construction de navires est un acte de commerce pour l'entrepreneur, qu'il fournisse les matériaux et la main-d'œuvre ou celle-ci seulement. Cf. ci-dessus, n° 26.

La *vente d'un navire* n'est pas commerciale dans tous les cas. Ainsi la vente sur saisie ne constitue jamais un acte de commerce et les difficultés y relatives sont, par suite, jugées par le tribunal civil. La vente volontaire elle-même n'est un acte de commerce qu'autant qu'elle implique une spéculation pour le vendeur ou pour l'acheteur : elle a ce caractère pour le vendeur, quand il revend un navire acheté avec l'intention de le revendre, pour l'acheteur quand il se propose soit de revendre le navire acheté soit de le consacrer au commerce de mer. Elle ne serait pas commerciale pour l'héritier qui vendrait un navire trouvé dans la succession ou pour l'acheteur qui se proposerait de l'employer à un usage personnel, par exemple comme bâtiment de plaisance.

Toutes expéditions maritimes. — Toutes les opérations se rattachant à l'expédition sont commerciales.

Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements. — Les mots *agrès et apparaux* désignent tout ce qui est nécessaire pour mettre le navire en état de naviguer. Les *agrès* comprennent plus spécialement divers objets qui ne font pas partie intégrante du navire et qu'on peut en détacher sans fracture (chaloupes, mâts, voiles, ancres, cordages, etc...). L'*avitaillement* comprend les provisions de bouche. L'achat de ces objets rentre sous la disposition qui vise les *expéditions maritimes;* ce sont des actes nécessités par elles. Quant au vendeur d'agrès ou d'apparaux, il ne fait un acte commercial qu'autant qu'il vend dans un but de spéculation; celui qui fournit les produits de son fonds ne fait pas acte de commerce, encore qu'ils soient destinés à une expédition maritime.

Tout affrétement ou nolissement. — C'est le contrat de louage

Source BIU Cujas

d'un navire ayant pour but le transport d'objets mobiliers. — La première expression est la plus usitée ; la seconde, employée seulement dans la Méditerranée, tend même à y disparaître.

Le caractère commercial de l'affrétement existe incontestablement toujours pour celui qui donne le navire à loyer (*fréteur*). Peu importe qu'il ne fasse pas ces sortes d'actes d'une façon répétée ; la loi n'exige pas, comme pour le transport par terre (n° 27), qu'il y ait une *entreprise*.

Mais, pour l'affréteur, le contrat est-il toujours un acte de commerce ? La loi ne faisant pas de distinction, il paraît juste de lui reconnaître toujours ce caractère, alors même que l'affréteur ferait transporter non des marchandises qu'il se propose de vendre, mais des objets à son usage personnel. C'est une solution très contestée.

Tout emprunt ou prêt à la grosse. — C'est le *nauticum fœnus* des Romains. V. art. 311, C. com. et ci-après, 3e partie.

Toutes assurances et autres contrats concernant le commerce de mer. — L'assurance maritime est un contrat par lequel l'une des parties, *l'assureur*, s'oblige envers l'autre, *l'assuré*, moyennant une somme convenue, à réparer les dommages éprouvés par des objets exposés à des risques de mer, par suite de la réalisation de ces risques. V. art. 332 et suiv. et ci-après, 3e partie.

On distingue deux sortes d'assurances, les *assurances à primes* et les *assurances mutuelles*. Dans les premières, l'assureur, qui est, en général, une société, s'engage envers un grand nombre de personnes à les garantir contre les risques prévus moyennant une somme appelée *prime*. Dans les secondes, différentes personnes, courant des risques de la même nature, s'engagent à supporter en commun les dommages pouvant résulter de ces risques pour une ou pour plusieurs d'entre elles. Chacun des mutuellistes paie une somme appelée *cotisation* qui forme le fonds commun et chacun est à la fois assureur et assuré.

L'assurance à prime est un acte de commerce pour l'assureur qui spécule sur la différence entre le montant des primes qu'il reçoit et l'importance des dommages. Elle ne paraît avoir ce caractère à l'égard de l'assuré qu'autant que l'assurance se rattache à l'exercice de son commerce, c'est là ce qui a lieu quand le propriétaire d'un navire autre

FACULTÉ DE DROIT

Source BIU Cujas

qu'un bâtiment de plaisance le fait assurer. Quant à l'assurance mutuelle, il est difficile de lui reconnaître *a priori* le caractère d'acte de commerce; elle ne doit l'avoir que lorsque les mutuellistes sont des commerçants se livrant au commerce des armements; elle se rattache alors à l'exercice de leur profession (V. ci-après, n° 37). Les mutuellistes ne sont pas mûs par l'esprit de spéculation qui domine ordinairement les actes de commerce; leur but est d'éviter ou de restreindre une perte éventuelle, non de réaliser un bénéfice.

Le Code de commerce n'a parlé que des assurances maritimes; il a passé sous silence les assurances terrestres telles que les assurances contre l'incendie ou sur la vie qui, peu connues en 1807, se sont tant répandues depuis; il n'a même pas indiqué si les assurances terrestres sont des actes de commerce. Il semble rationnel de donner pour elles les mêmes solutions à cet égard que pour les assurances maritimes. Le contrat d'assurance a, en effet, toujours la même nature, quels que soient les risques qu'il a pour objet. Ces risques ne constituent qu'un élément de fait qui, en l'absence d'une disposition formelle de la loi, ne peut avoir aucune influence sur le caractère civil ou commercial du contrat.

La formule générale qui se trouve dans l'art. 633 (*et autres contrats concernant le commerce de mer*) montre que l'énumération des principaux contrats maritimes contenue dans cet article n'a rien de limitatif et était, par suite, inutile.

Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce. — Il s'agit des contrats de louages de services par lesquels le capitaine d'un navire et les hommes de l'équipage sont engagés. Bien qu'en principe le louage de services ne soit pas un acte de commerce, la loi l'a commercialisé en tant qu'il s'applique aux opérations maritimes. V. art. 250 et suiv. et ci-après, 3e partie.

B. — *Actes commerciaux à raison de la qualité des parties.*

36. Tous les actes d'un commerçant n'ont pas la même nature. Les actes d'un commerçant qui ont pour objet direct l'exploitation du commerce et qui rentrent dans les art. 632 et 633, sont

Source BIU Cujas

certainement commerciaux : il en est ainsi des achats de marchandises destinées à être revendues, des divers contrats nécessaires à l'exécution des entreprises de manufacture, de transport, etc...

A l'inverse, un commerçant peut faire un grand nombre d'actes tout-à-fait étrangers à son commerce et qui ne sont pas plus commerciaux pour lui que pour tout autre : tels sont les achats de denrées ou de meubles faits pour ses besoins personnels ou pour ceux de sa famille (art. 638, al. 1). Le caractère commercial doit, en principe, être refusé aux actes d'un commerçant qui sont étrangers à son commerce et qui ne rentrent pas dans les art. 632 et 633.

37. *Théorie de l'accessoire.* — Mais il y a des actes qui, sans constituer l'exercice même du commerce, s'y rattachent étroitement : tels sont les achats de comptoirs, de livres pour tenir les écritures, de voitures pour transporter des marchandises, le contrat en vertu duquel elles sont transportées, l'assurance des marchandises renfermées dans un magasin etc... Tous ces actes ne sont pas commerciaux par eux-mêmes; faits par un non-commerçant, ils auraient un caractère purement civil. Ils reçoivent un caractère commercial de leur rapport avec le commerce de celui qui les fait. On doit dire que tous les actes, même purement civils par eux-mêmes, sont des actes de commerce, quand ils sont faits par un commerçant pour les besoins de sa profession. Cette théorie n'est consacrée par aucun texte formel et son admission a, par suite, fait quelque difficulté. Elle est maintenant consacrée par la jurisprudence et on la désigne généralement sous le nom de *théorie de l'accessoire,* parce qu'elle s'applique aux actes qui sont des accessoires du commerce.

Des arguments décisifs peuvent être invoqués en faveur de cette doctrine. Rien de plus naturel d'abord que de considérer comme commerciaux des actes se rattachant à l'exercice du commerce. Les raisons qui ont fait établir la juridiction commerciale et qui ont fait admettre les autres conséquences de la commercialité, se présentent ici avec toute leur force. Du reste, les textes sont favorables à cette solution. L'art. 638, al. 2, exclut de la compétence consulaire les *actions intentées contre un commerçant pour paiement de denrées et marchandises achetées* POUR SON USAGE PARTICULIER; cela semble impliquer que l'achat est un acte de commerce, au contraire, quand

Source BIU Cujas

les denrées ou marchandises sont achetées par un commerçant pour les besoins de son commerce, alors même qu'elles ne doivent pas être revendues. Ce n'est pas tout : l'art. 632 énumère parmi les actes de commerce *toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers*. Assurément cette disposition ne peut être prise à la lettre, il est certain que, lors même qu'un commerçant s'oblige envers un autre commerçant, l'obligation est civile si elle est contractée pour les besoins personnels de celui qui s'oblige. Ainsi un commerçant propriétaire d'une forêt vend une coupe de bois à un autre commerçant qui se propose de l'employer au chauffage de sa maison d'habitation. L'acheteur ne fait certainement pas plus que le vendeur acte de commerce. Mais, sous peine de refuser toute signification à cette disposition de l'art. 632, il faut au moins l'entendre en ce sens que les obligations des commerçants sont traitées autrement que celles des non-commerçants : elles sont commerciales, par cela seul qu'elles sont contractées pour les besoins du commerce.

Cette *théorie de l'accessoire* a des conséquences multiples dont plusieurs ont déjà été indiquées. Voici les principales :

L'achat de balances, de rayons, de comptoirs, de registres; l'assurance des marchandises contre l'incendie, des voitures servant à l'exercice du commerce contre les accidents; l'engagement de commis ou de serviteurs pour les besoins du commerce, etc... sont des actes de commerce.

A l'occasion des contrats qui doivent être déclarés commerciaux en vertu de la théorie de l'accessoire, deux difficultés importantes se présentent :

1° L'achat ou la vente d'un fonds de commerce est-il un acte commercial? Pour résoudre cette question avec netteté, il faut distinguer plusieurs hypothèses. Un fonds de commerce peut comprendre l'achalandage (ou clientèle), le droit au bail, des marchandises. Il peut être vendu pour un prix unique ou moyennant un prix s'appliquant à l'achalandage et au droit au bail et un prix distinct pour les marchandises. L'achat ou la vente, en tant qu'ils portent sur les marchandises, sont certainement commerciaux; il y a revente de marchandises achetées dans ce but et achat avec l'intention de revendre. Mais que faut-il décider lorsque la vente ne porte

Source BIU Cujas

que sur l'achalandage et le droit au bail ou quand il y a un prix unique, de telle sorte que, l'opération ne pouvant être scindée, un caractère unique doive lui être reconnu?

On a soutenu qu'il n'y a pas là un acte de commerce, parce que l'art. 632 n'en fait pas mention. Cette opinion a succombé; elle est en contradiction avec la *théorie de l'accessoire*. La vente d'un fonds de commerce est le dernier acte de la vie d'un commerçant; l'achat d'un fonds de commerce est le premier de celui qui veut le devenir ou une opération ayant pour but de développer son commerce à l'égard de celui qui est déjà commerçant.

2° La théorie de l'accessoire ne doit pas faire reconnaître le caractère commercial à des actes qui, d'après la loi, sont essentiellement civils. Ainsi l'achat ou la location d'un immeuble pour y exercer un commerce sont des actes civils. Il serait irrationnel de déclarer civile la spéculation portant directement sur un immeuble et commerciale celle qui ne s'y rattache qu'accessoirement. Il ne faudrait pas conclure de là que les contrats passés par un commerçant qui fait construire une maison pour l'exercice de son commerce ne sont pas commerciaux pour lui. Ces contrats ne sont pas relatifs à la propriété immobilière et ils sont passés réellement pour les besoins du commerce.

38. La *théorie de l'accessoire* n'est généralement appliquée qu'au cas où il s'agit d'un commerçant qui fait un acte pour les besoins de sa profession; c'est ce que l'art. 631 semble avoir en vue en parlant des obligations entre négociants. Il semble toutefois logique de ne pas restreindre ainsi la *théorie de l'accessoire*, mais de l'étendre même aux actes faits à l'occasion d'une opération commerciale isolée par une personne qui n'est pas commerçante. Ainsi l'emprunt fait par un non-commerçant pour une spéculation commerciale est un acte de commerce.

39. *Quasi-contrats, délits, quasi-délits commerciaux.* — En vertu de la théorie de l'accessoire on est conduit à reconnaître le caractère commercial non seulement à des obligations contractuelles, mais aussi à des obligations nées de quasi-contrats, de délits, ou de quasi-délits, dès l'instant où elles naissent à l'occasion de l'exercice du commerce. Il y a ainsi, en même temps que des contrats com-

Source BIU Cujas

merciaux, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits commerciaux. En voici des exemples :

a. Dans un règlement de compte entre commerçants une erreur est commise et l'un d'eux paye à l'autre plus qu'il ne lui doit en réalité ; il y a là un paiement de l'indû commercial, et, par suite, l'action en répétition est de la compétence du tribunal de commerce. C'est ainsi que l'action en *détaxe* intentée par un expéditeur de marchandises contre une compagnie de chemin de fer qui a perçu un prix de transport trop élevé, est de la compétence du tribunal de commerce.

b. La gestion d'affaires peut avoir le caractère commercial. Ainsi j'ai tiré une lettre de change sur un de mes débiteurs de Nancy; cette lettre circule. A l'échéance le tiré ne peut pas payer le porteur et je suis exposé comme tireur au recours du porteur non satisfait. Un de mes correspondants intervient, pour payer à ma décharge (c'est ce qu'on appelle un *paiement par intervention)*. Il n'a pas reçu de mandat de moi, c'est un gérant d'affaires. Mon obligation de lui rembourser la somme qu'il m'a avancée est commerciale.

c. Il y a abordage entre deux navires marchands ou la voiture affectée par un commerçant à l'exercice de sa profession cause un accident; il y a délit ou quasi-délit. L'obligation de réparer le préjudice causé est commerciale et, par suite, l'action en dommages-intérêts est de la compétence du tribunal de commerce.

d. Un commerçant cherche à enlever à un concurrent par des actes frauduleux une partie de sa clientèle : il commet ce qu'on appelle des faits de *concurrence déloyale*. L'action en dommages-intérêts doit être portée devant la juridiction commerciale.

Le texte du Code de commerce permet de donner cette large portée à la théorie de l'accessoire. L'art. 632 *avant-dernier alinéa* parle *des obligations entre commerçants,* sans en spécifier la cause ; rien n'indique que cette disposition doive être restreinte aux obligations contractuelles. Du reste, les commerçants sont exposés à de nombreuses demandes fondées sur des faits variés se rattachant à leur commerce ; il est très utile qu'elles puissent toutes être jugées avec une grande rapidité.

Source BIU Cujas

Toutefois, il va de soi que le caractère commercial n'appartient pas plus à toutes les obligations quasi-contractuelles ou délictuelles d'un commerçant qu'à ses obligations contractuelles. Quand un commerçant cause un dommage à autrui, fût-ce même à un autre commerçant, si le fait dommageable ne se rattache en rien au commerce de celui qui l'a commis, celui-ci n'est tenu que d'une obligation civile. Ainsi une personne réclame à un commerçant des dommages-intérêts à raison d'une poursuite correctionnelle mal fondée ; l'obligation du défendeur est purement civile.

Il y a dans notre législation quelques dérogations importantes à la *théorie de l'accessoire*. Les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des actions en dommages-intérêts exercées même contre un commerçant à raison soit de la contrefaçon d'une invention brevetée (L. 5 juillet 1844, art. 34), soit de l'usurpation ou de l'imitation d'une marque de fabrique ou de commerce (L. 23 juin 1857, art. 16). Mais on rentre dans la règle générale pour les actions en dommages-intérêts fondées sur la contrefaçon d'un dessin de fabrique (L. du 18 mars 1806, art. 15) ou sur l'usurpation d'un nom commercial. Ces différences ne peuvent pas s'expliquer rationnellement.

40. *Cautionnement.* — L'obligation qui est l'accessoire d'une autre, n'a pas nécessairement le caractère de l'obligation principale. Ainsi le cautionnement d'une dette commerciale constitue, en principe, un engagement purement civil. Il en est ainsi alors même que le débiteur principal et la caution sont des commerçants. Toutefois il en est autrement lorsque la caution est elle-même intéressée dans les opérations commerciales du débiteur principal. En outre, la commercialité de l'engagement de la caution résulte de sa forme même, quand il est donné par une personne qui garantit l'obligation d'un signataire d'une lettre de change ; il y a là ce qu'on appelle un *donneur d'aval* (C. com., art. 141 et 142).

41. Une obligation originairement civile peut devenir commerciale et réciproquement une obligation commerciale devenir civile par suite d'une novation. Lorsqu'un compte-courant existe entre deux commerçants, il rend commerciales toutes les dettes qui y rentrent, quelle que soit leur origine.

Source BIU Cujas

42. *Présomption applicable aux actes faits par les commerçants.* — Souvent le caractère civil ou commercial d'un acte fait par un commerçant apparaît avec évidence. Parfois aussi il peut y avoir doute sur le point de savoir si un acte d'un commerçant est ou non relatif à son commerce. La loi présume que tous les actes faits par un commerçant se rapportent à son commerce et sont, par conséquent, commerciaux. Cette présomption légale est fort naturelle ; presque tous les actes d'un commerçant sont relatifs à sa profession. L'art. 638, al. 2, ne parle que des *billets souscrits par un commerçant*, pour décider qu'ils sont censés faits pour son commerce. Mais cela n'a rien de limitatif, il n'y a pas de raison pour distinguer selon la forme de l'engagement. Peu importe qu'il y ait un billet, un acte authentique ou sous-seing privé, ou même que l'engagement soit purement verbal.

Du reste, cette présomption peut être détruite par la preuve contraire. Cette preuve se fait par tous les moyens, elle peut résulter des énonciations mêmes de l'écrit invoqué (art. 638, al. 2).

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

DES COMMERÇANTS ET DE LEURS OBLIGATIONS SPÉCIALES.

43. Il importe en droit de distinguer les commerçants des non-commerçants comme il y a intérêt à distinguer les actes de commerce des actes civils. Tout le monde ne peut pas être commerçant : il y a des personnes auxquelles le commerce est interdit pour des motifs d'intérêt général ; il en est d'autres qui sont incapables de faire le commerce. Du reste, tous les genres de commerce ne sont pas libres, il en est qui sont l'objet d'un monopole ou qui sont réglementés d'une façon spéciale. Enfin il y a des obligations particulières imposées aux commerçants et qui doivent être examinées en détail, telles sont l'obligation de tenir des livres et celle de publier le régime sous lequel ils sont mariés. Aussi devons-nous examiner successivement : 1° A quels points de vue il importe de distinguer les commerçants des non-commerçants ; 2° Quelles conditions doit réunir une personne pour avoir la qualité de commerçant ; 3° Quelles sont les restrictions apportées à la liberté de faire le commerce ; 4° Quelle est la capacité requise pour faire le commerce ; 5° Quelles sont les principales obligations spéciales aux commerçants.

1° *De l'intérêt de la distinction entre les commerçants et les non-commerçants.*

44. Les commerçants doivent être distingués des non-commerçants parce qu'ils ont des droits et des obligations qui leur sont propres et que des règles spéciales leur sont sous certains rapports applicables. Ces droits, ces obligations et ces règles spéciales, dont l'énumération suit, seront examinés en détail à propos de chaque matière à laquelle ils se rattachent :

a. Sauf quelques rares exceptions, les commerçants seuls sont électeurs et éligibles aux tribunaux et aux chambres de commerce ainsi qu'aux chambres consultatives des arts et manufactures (L. 8 décembre 1883, art. 2 et 8).

Source BIU Cujas

b. Les commerçants sont obligés de tenir des livres et de dresser tous les ans un inventaire (C. com., art. 8 et suiv.).

c. Ils doivent publier leur régime matrimonial dans les formes que la loi détermine (C. com., art. 65 à 70).

d. Quand ils cessent leurs paiements, ils sont déclarés en *faillite* et la faillite ne s'applique pas aux non-commerçants (art. 443, C. com.).

e. Les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce sont commerciaux en vertu de la *théorie de l'accessoire*, quoique ces actes ne soient pas commerciaux par eux-mêmes (n° 37).

f. Tous actes faits par un commerçant sont présumés faits pour son commerce et sont, par conséquent, réputés commerciaux jusqu'à preuve du contraire (n° 42).

Il ne faut pas mentionner parmi les obligations spéciales aux commerçants, celle de payer l'impôt de la patente. Cet impôt frappe, en principe, toutes les personnes exerçant une profession quelconque, notamment les médecins, les avocats, etc... (L. 15 juillet 1880, article 1); il y a seulement quelques exceptions limitativement indiquées par la loi.

2° *Qui est commerçant.*

45. D'après l'art. 1, C. com., *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.*

Deux conditions sont donc exigées pour qu'une personne ait la qualité de commerçant. Il faut : *a.* qu'elle fasse des actes de commerce ; *b.* qu'elle en fasse sa profession habituelle.

a. Pour la première condition, il n'y a qu'à renvoyer à l'étude des actes de commerce faite dans le chapitre précédent (nos 21 et suiv.).

b. Il ne suffit pas, pour être un commerçant, qu'une personne fasse un ou plusieurs actes de commerce accidentellement, il faut que ces actes soient assez répétés, pour qu'on puisse dire qu'elle en fait sa *profession habituelle.*

D'après ces expressions mêmes, la loi ne se contente pas de l'habitude, elle veut qu'il y ait une profession, c'est-à-dire l'exercice d'actes de commerce réitérés faits dans un but de spéculation. Ainsi le propriétaire d'une maison qui aurait l'habitude de recouvrer ses

Source BIU Cujas

revenus et de payer ses fournisseurs au moyen de lettres de change tirées au profit de ceux-ci sur ses débiteurs ne serait pas, pour cela, commerçant.

C'est aux tribunaux à apprécier dans chaque espèce si le nombre des actes de commerce faits par un individu implique bien qu'il en fait sa profession habituelle. Il n'est pas, du reste, nécessaire que l'exercice d'une profession commerciale soit *notoire* à raison de ce qu'un magasin a été ouvert, de ce que des offres de services ont été faites au public ; les faits de notoriété ne sont utiles qu'au point de vue de la preuve. Il n'est pas besoin non plus, pour être un commerçant, qu'une personne fasse du commerce sa profession *principale* : ainsi des notaires, des huissiers ont été souvent considérés comme des commerçants et déclarés, par suite, en faillite, par cela seul qu'ils faisaient le commerce à titre accessoire.

46. La loi n'indique expressément que les deux conditions qui viennent d'être mentionnées. Mais il va de soi que pour qu'un individu soit commerçant, il est, en outre, nécessaire :

a. Qu'il soit *capable* de faire le commerce. Il est expliqué plus bas que celui qui, malgré son incapacité, fait des actes de commerce sa profession habituelle, ne devient pas pour cela commerçant (n° 57).

b. Qu'il fasse les actes de commerce constituant sa profession *en son nom* et non pas au nom d'une autre personne. Ainsi un commis fait continuellement des actes de commerce, il n'est pourtant pas commerçant et la raison en est qu'il les fait au nom de son patron. De même, les directeurs et les administrateurs des sociétés commerciales anonymes ne sont pas commerçants ; c'est au nom de ces sociétés qu'ils opèrent. Aussi les dispositions de la loi du 8 décembre 1883 (art. 1 et 8) sur les élections des juges aux tribunaux de commerce, qui rangent les directeurs des sociétés anonymes françaises parmi les électeurs et les éligibles, constituent-elles des dérogations au principe selon lequel les commerçants y sont seuls compris.

47. Ces principes doivent conduire à reconnaître que les agents de change et les courtiers jouissant d'un privilège sont des commerçants. Cela résulte bien de ce que les opérations de courtage, de change et l'entreprise de commission sont rangées parmi les actes de

Source BIU Cujas

commerce. Les personnes dont il s'agit font des actes de cette nature leur profession habituelle. Il est vrai que ces personnes sont des officiers ministériels ; mais cette qualité n'a rien d'incompatible avec celle de commerçant. Du reste, la question avait été surtout agitée à propos des élections aux tribunaux de commerce et, à ce point de vue, elle n'est plus discutable ; la loi du 8 décembre 1883 (art. 1 et 8) range expressément les agents de change et tous les courtiers parmi les électeurs et les éligibles.

48. La définition que l'art. 1 donne des commerçants et qui vient d'être commentée, ne s'applique pas seulement aux individus, mais aux sociétés qui peuvent être civiles ou commerciales. Sont des *sociétés commerciales* celles qui font des actes de commerce leur profession habituelle.

49. A s'en tenir au texte de la loi, on devrait qualifier de commerçant tout individu qui fait de l'exercice d'actes de commerce sa profession, quelque restreintes que soient ses affaires, alors même que pour lui le commerce serait plutôt un moyen de gagner sa vie de chaque jour qu'un mode de spéculation. Ainsi, d'après la définition de l'art. 1, le marchand des quatre saisons devrait être considéré comme commerçant. Cela n'est pas admissible : on arriverait autrement à cette conséquence absurde de soumettre à l'obligation de tenir des livres ou de publier leur régime matrimonial des personnes qui font des gains modiques constituant plutôt des salaires que des bénéfices commerciaux. Il faut reconnaître aux tribunaux le pouvoir de refuser, d'après les circonstances, la qualification de commerçant à une personne qui fait de minimes opérations de commerce pour gagner sa vie de chaque jour. Des Codes étrangers formulent cette règle que le bon sens impose.

3° *De la liberté de faire le commerce et des restrictions qu'elle subit.*

50. En règle générale, depuis la révolution de 1789, toute personne peut faire tel commerce que bon lui semble et de la manière qui lui convient. Ce principe de la liberté du travail n'a pas toujours existé. Dans l'ancienne France, il y avait un grand nombre de villes où, pour les différentes professions, il existait des *corporations*. Pour exercer le commerce, il fallait être admis dans ces corporations

Source BIU Cujas

comme maître à la suite d'épreuves subies devant des jurés. La loi du 1er avril 1791 a supprimé les corporations avec les maîtrises et les jurandes et proclamé qu'*il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.*

51. Mais la liberté du travail en matière commerciale n'est pas absolue. Des restrictions y sont apportées par la constitution de monopoles au profit de l'État ou d'un certain nombre d'individus, par l'exigence de conditions spéciales chez ceux qui veulent exercer certains commerces, par la défense faite à certaines personnes dans un intérêt général de faire, soit le commerce, soit des actes de commerce d'un certain genre.

Ainsi l'État s'est réservé le monopole de la fabrication et de la vente des tabacs, des poudres de guerre, de chasse ou de mine, des allumettes, de la frappe des monnaies, du transport des lettres, du télégraphe, etc...

Les professions d'agents de change, de courtiers d'assurances maritime et de courtiers maritimes ne peuvent être exercées que par des individus nommés dans ce but par le gouvernement. Pour d'autres professions commerciales, comme celle de pharmacien, un diplôme est exigé.

Le commerce est interdit aux magistrats, aux avocats, aux avoués, aux notaires, aux huissiers, aux consuls français. Ces interdictions n'ont pas pour but de protéger les personnes dont il s'agit, mais d'empêcher qu'elles ne se livrent à des opérations peu compatibles avec leur profession. Aussi les actes de commerce que font ces personnes sont-ils valables et les rendent-ils commerçants, s'ils sont assez réitérés pour qu'on puisse dire qu'ils en font leur profession habituelle. C'est pour cela que des notaires ou des huissiers ont parfois été déclarés en faillite. La seule sanction de l'interdiction consiste dans des peines disciplinaires qui frappent ceux qui y contreviennent.

Dans un intérêt de salubrité et de sécurité générale, la loi restreint la liberté d'exercer des professions dangereuses ou insalubres, en réglementant la création des établissements incommodes, insalubres ou dangereux.

Source BIU Cujas

4° *De la capacité requise pour faire le commerce, spécialement de celle du mineur et de la femme mariée.*

52. En règle générale, toute personne capable de contracter peut faire le commerce, qu'il s'agisse d'un Français ou d'un étranger. La loi n'énumère pas les personnes incapables de faire le commerce; elle se borne à indiquer (art. 2 et 4, C. com.) comment peut être levée l'incapacité des mineurs et des femmes mariées. Pour être complet, il faut parler aussi des interdits et des individus pourvus d'un conseil judiciaire (n° 75).

Il importe au plus haut point de distinguer les personnes incapables de celles auxquelles le commerce est interdit. Les actes de commerce que font les secondes sont valables et peuvent, quand ils sont assez nombreux, les rendre commerçantes (n° 51). Les actes de commerce que font les premières sont, au contraire, nuls et ne leur donnent pas, quelque nombreux qu'ils soient, la qualité de commerçant.

A. — *Du mineur.*

53. D'après les principes généraux du droit civil, le mineur non émancipé ne peut faire aucun acte par lui-même (art. 450, C. civ.), et quant au mineur émancipé, il ne peut, en dehors des actes de pure administration, faire aucun acte sans être au moins spécialement assisté de son curateur (art. 482 à 484, C. civ.). On ne pouvait admettre que le tuteur d'un mineur non émancipé ferait le commerce en son nom; l'exercice du commerce a des conséquences trop graves pour que la loi charge une personne de s'y livrer pour une autre. On ne pouvait non plus admettre que le mineur émancipé ferait le commerce lui-même, mais à la charge de se faire assister pour chaque acte par son curateur; la nécessité de cette assistance continuelle ne serait pas conciliable avec la célérité si nécessaire au succès des affaires commerciales. Aussi le législateur a-t-il organisé un système spécial : en vertu d'une autorisation générale le mineur émancipé est habilité à faire tous les actes nécessaires pour l'exercice d'un commerce.

D'après l'art. 2, C. com., le mineur, pour devenir commerçant, doit être : 1° émancipé, 2° âgé de 18 ans, 3° autorisé expressément,

Source BIU Cujas

4° de plus, cette autorisation doit être rendue publique. Chacune de ces quatre conditions doit être examinée séparément.

1° *Émancipation.* — Cette condition déjà exigée par le Code civil (art. 487) se justifie facilement : le mineur, pour être commerçant, doit pouvoir agir par lui-même. Peu importe, du reste, que l'émancipation soit expresse ou résulte du mariage (art. 476-478, C. civ.).

2° *Age de 18 ans.* — Cette condition ne fait pas double emploi avec la précédénte : car le mineur, qui a encore son père ou sa mère, peut être émancipé dès l'âge de 16 ans et l'émancipation résulte du mariage, à quelque âge que celui-ci ait lieu (art. 476 et 477, C. civ.). Le législateur a avec raison exigé pour l'émancipation commerciale un âge plus avancé que pour l'émancipation civile : la première confère au mineur une capacité très étendue (art. 487, C. civ.), tandis que la seconde ne lui donne qu'une capacité très restreinte (art. 481 et s., C. civ.).

3° *Autorisation expresse de faire le commerce.* — Elle est donnée par le père, ou par la mère, en cas de décès, interdiction, ou absence du père, ou, à défaut de père et de mère, par une délibération du conseil de famille. Cette délibération doit être homologuée par le tribunal civil; le tribunal de commerce n'est pas compétent en cette matière, parce qu'il s'agit d'une question de capacité et non d'une question commerciale.

L'autorisation peut, au gré de celui qui la donne, s'appliquer au commerce général ou à un genre spécial de commerce. Elle doit être expresse; une autorisation tacite résultant de ce que le mineur aurait fait le commerce au su et au vu de son père, de sa mère ou du conseil de famille ne suffirait pas. Quand elle émane du conseil de famille, elle est constatée par le procès-verbal de la délibération dressé par le greffier de la justice de paix. Quand l'autorisation émane du père ou de la mère, elle peut être donnée, soit par acte authentique, soit par acte sous seing-privé. Si l'autorisation doit être écrite, c'est que la publication en est requise.

4° *Publication de l'autorisation.* — D'après l'art. 2, l'autorisation doit être transcrite sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce et, en outre, un extrait doit en être affiché

Source BIU Cujas

dans la salle d'audience du tribunal. Cette publicité dispense le mineur de la nécessité de justifier de sa capacité; elle est prescrite dans son intérêt; lui seul peut donc se prévaloir de son omission.

54. L'autorisation donnée à un mineur de faire le commerce peut-elle être révoquée par celui-là même qui l'a accordée? On l'a nié. On a fait remarquer qu'aucun texte ne permet cette révocation qui aurait l'effet très grave de restreindre la capacité d'une personne par la volonté d'une autre; on a ajouté que, si le législateur avait permis la révocation, il l'aurait réglementée au point de vue des conditions et des formes. Cela n'est pas admissible. D'abord il est hors de doute que le mineur cesse d'être capable de faire le commerce quand, à la suite de la réduction de ses engagements, il est privé du bénéfice de l'émancipation (art. 484 et 485, C. civ.); une des conditions exigées par l'art. 2 vient alors à manquer. Mais cette révocation indirecte est insuffisante pour protéger le mineur : elle n'est pas possible en cas d'émancipation résultant du mariage puisqu'alors l'émancipation est définitivement acquise. De plus, le mineur peut très mal gérer son commerce sans qu'il y ait lieu de réduire ses engagements en vertu de l'art. 485, C. civ. La révocation directe de l'autorisation doit être possible; la loi a en vue la protection du mineur; il serait exorbitant qu'on dût le laisser se ruiner.

Qui peut révoquer l'autorisation? Les personnes mêmes qui, d'après l'art. 2, sont investies du droit de l'accorder. Comme les choses ne sont plus entières et qu'à certains égards, la révocation a pour le mineur plus de gravité que l'autorisation même, on doit reconnaître au mineur le droit de s'adresser au tribunal civil qui examinera si la révocation est fondée sur des motifs sérieux.

Il semble aussi convenable de rendre publique la révocation de l'autorisation par cela même que l'autorisation a été publiée. Cette publicité est utile pour prévenir les tiers qui pourraient contracter avec le mineur, que sa capacité est réduite. A défaut de texte de loi réglant la publicité, une insertion dans les journaux peut suffire. Comme il n'y a pas dans ce cas de *publicité légale*, les tiers peuvent toujours soutenir qu'ils n'ont pas connu la révocation, quoique celle-ci ait été en fait publiée par la voie des journaux, ou à l'in-

Source BIU Cujas

verse, être considérés comme en ayant eu connaissance, malgré l'absence de toute publication.

54 *bis. De la capacité du mineur commerçant.* — Le mineur autorisé à faire le commerce *est réputé majeur pour les faits relatifs à son commerce* (art. 487, C. civ., art. 2, C. com.). Ainsi, en principe, le mineur commerçant est, en ce qui touche son commerce, absolument capable : il peut vendre, acheter, emprunter, s'obliger, plaider, transiger, compromettre, etc.... La prescription court contre lui par dérogation à l'art. 2252, C. civ. Il ne peut plus, à l'occasion de ses dettes commerciales, invoquer l'art. 2206, C. civ., et exiger que ses créanciers discutent ses biens mobiliers avant de saisir ses immeubles; il ne peut faire rescinder ses opérations pour cause de lésion (art. 1308, C. civ.).

La capacité du mineur commerçant existe non pas seulement pour les faits qui constituent l'exercice même de sa profession, comme pourrait le faire croire l'art. 2, C. com.; elle existe pour tous *les faits relalifs à son commerce* (art. 487 et 1308, C. civ.). Ainsi il peut louer des magasins, acheter des comptoirs, emprunter pour les besoins de son négoce, etc.

La loi du 27 février 1880 a restreint la capacité du mineur émancipé en général en exigeant pour la vente de ses droits mobiliers qu'il obtienne l'autorisation de son conseil de famille et l'homologation du tribunal civil, quand il s'agit d'une somme excédant 1500 francs. Il n'a pas été parlé dans cette loi du mineur commerçant; on l'a passé sous silence avec intention, afin qu'il conservât la capacité de vendre seul ses valeurs mobilières pour se procurer l'argent nécessaire à la marche de son commerce.

Le Code de commerce (art. 6) apporte une restriction à la capacité du mineur commerçant : s'il peut engager (c'est-à-dire donner en antichrèse) ou hypothéquer ses immeubles pour les besoins de son commerce, il ne peut pas, au contraire, les vendre sans l'autorisation de son conseil de famille et l'homologation du tribunal civil, conformément à l'art. 457, C. civ. Il y a là une dérogation à la règle de l'art. 2124, C. civ., d'après laquelle celui-là seul peut hypothéquer qui peut aliéner. Cette dérogation ne peut guère s'expliquer

Source BIU Cujas

que par l'importance exceptionnelle qu'on attachait encore au début du siècle à la fortune immobilière.

Du reste, le mineur autorisé à faire le commerce ne peut pas par cela seul devenir membre d'une société de commerce dans laquelle il devrait être tenu personnellement et solidairement des dettes sociales. L'association offre des dangers exceptionnels; pour qu'un mineur puisse en contracter une, une autorisation spéciale doit être regardée comme nécessaire.

55. L'autorisation de faire le commerce dûment donnée au mineur le fait considérer comme majeur *seulement pour les faits relatifs à son commerce* (art. 487, C. civ., art. 2, C. com.). Pour tous autres actes, sa capacité ne diffère point de celle des mineurs émancipés en général (art. 481 à 484, art. 1305 et suiv., C. civ.). Il est donc très important de savoir si un acte fait par un mineur commerçant concerne ou non son commerce; la validité de cet acte peut en dépendre. Il y a des cas nombreux dans lesquels la nature de l'acte ressort avec évidence des circonstances. Mais, dans le doute, l'acte est-il présumé commercial ou civil? Une question analogue se pose pour les commerçants en général. La loi présume que les actes faits par un commerçant sont relatifs à son commerce et sont, par conséquent, commerciaux (art. 638, 2e al., C. com.). V. plus haut, nº 42. Pour une personne absolument capable, la question a un intérêt relativement secondaire (compétence, preuve, etc.). Elle en a un considérable à l'égard du mineur; il s'agit de la nullité ou de la validité d'un acte fait par lui.

Des auteurs n'appliquent pas la présomption de l'art. 638, al. 2, au mineur commerçant. Pour lui, disent-ils, l'incapacité est la règle et la capacité l'exception; dans le doute, il faut appliquer la règle. L'art. 638, al. 2, n'a entendu trancher qu'une question de compétence et non de validité d'opérations. En conséquence, tout acte fait par un mineur commerçant serait jusqu'à preuve contraire présumé étranger à son commerce, à moins toutefois qu'il ne revêtît une forme commerciale (billet à ordre, lettre de change, etc.).

Cette opinion doit être rejetée. L'art. 638, al. 2, doit être appliqué au mineur comme à tous autres commerçants. Le mineur commerçant est réputé majeur pour les actes relatifs à son commerce; il

Source BIU Cujas

doit être dans la même situation que les autres commerçants. Sa qualité même fait que presque tous ses actes concernent sa profession; la raison d'être de la présomption de l'art. 638 existe donc bien pour lui.

56. *Actes de commerce isolés faits par un mineur.* — Pour faire des actes de commerce isolés, le mineur doit être pourvu de la même autorisation et doit remplir les mêmes formalités que pour devenir commerçant (art. 3). Le législateur a craint sans doute qu'autrement on ne tournât l'art. 2 en présentant les actes du mineur faisant, en réalité, le commerce, comme des actes isolés.

Mais le mineur autorisé à faire un acte de commerce peut-il non seulement faire cet acte, mais encore toutes les opérations nécessaires à cet effet (par exemple constituer une hypothèque), comme le mineur commerçant est capable pour tous les actes relatifs à son commerce? On l'a nié, en faisant remarquer que la loi est muette et qu'un mineur se livrant au commerce a besoin d'une capacité plus étendue que celui qui se borne à faire une opération de commerce isolée. Cela n'est pas concluant: le mineur habilité à faire un acte de commerce même isolé doit avoir à sa disposition tous les moyens nécessaires pour mener à fin son entreprise; on ne comprendrait pas que la loi exigeât pour un seul acte de commerce les formalités compliquées de l'art. 2, C. com., si le mineur ne devait pas acquérir une capacité complète pour tout ce qui est nécessaire à la réalisation de cet acte.

57. Sort des actes faits par le mineur non autorisé. — Les actes faits par le mineur non autorisé conformément à l'art. 2 ne sont pas inexistants; ils sont entachés d'une nullité relative; en effet, d'après les principes généraux (art. 1125, C. civ.), cette nullité ne peut être invoquée que par le mineur ou par ses héritiers. Suffit-il, pour que la nullité soit admise, que les formalités de l'art. 2 n'aient pas été remplies? ne faut-il pas de plus qu'une lésion ait été éprouvée par le mineur? On a soutenu que la seule sanction de l'art. 2 consistait en ce que les actes du mineur ne sont pas réputés commerciaux, mais que la question de savoir s'ils doivent être annulés se résout à l'aide des principes du Code civil qui exige la lésion comme condition de l'annulation des actes du mi-

Source BIU Cujas

neur. Cette doctrine subtile est contraire à l'interprétation généralement donnée des art. 1305 et suiv., C. civ. ; on reconnaît que les actes pour lesquels la loi exige dans l'intérêt du mineur des formalités spéciales sont nuls pour incapacité et que la rescision pour cause de lésion existe seulement pour les actes qui peuvent être faits par le tuteur seul ou par le mineur émancipé assisté seulement de son curateur. Il s'agit bien ici d'actes pour lesquels des formalités spéciales, celles des art. 2 et 3 C. com., sont requises.

Il y a lieu seulement de tenir compte des art. 1242 et 1312, C. civ., pour admettre que le mineur est tenu dans les limites du profit qu'il a tiré de l'acte; même dans cette mesure, l'obligation du mineur n'est pas commerciale. Des conséquences importantes résultent de cette règle : *a*. Le tribunal civil seul peut connaître de l'engagement du mineur. *b*. Alors même que le mineur non autorisé aurait fait des actes de commerce répétés, il ne serait pas commerçant ; par suite, il ne pourrait être ni déclaré en faillite, ni poursuivi comme banqueroutier; la banqueroute est une infraction pénale qui ne peut être commise que par un commerçant (art. 585, 586 et 591, C. com.) et cette qualité ne peut être donnée à un mineur non autorisé.

B. — *De la femme mariée.*

58. Par cela même qu'il n'y a pas, dans notre législation, d'incapacité tenant au sexe, les filles et les veuves sont pleinement capables au point de vue commercial comme au point de vue civil (V. cependant art. 113, C. com.). La femme mariée est, au contraire, incapable. D'après le droit commun, elle doit obtenir l'autorisation de son mari pour les actes qu'elle veut faire. L'autorisation du mari doit être *spéciale* et doit être donnée par écrit ou résulter du concours du mari dans l'acte (art. 215 et 223, C. civ.). L'autorisation de justice remplace celle du mari, quand il refuse d'autoriser sa femme, quand il est mineur, interdit, absent, condamné à une peine afflictive ou infamante (art. 219, 221, 222 et 224, C. civ.).

Ces règles s'appliquent sans exception aux actes de commerce isolés d'une femme mariée ; cela résulte de ce que le Code de commerce ne contient sur ce point aucune disposition spéciale.

Au contraire, de notables dérogations sont apportées au droit com-

Source BIU Cujas

mun pour la femme mariée qui veut devenir commerçante (*marchande publique*, selon l'expression ordinaire de nos Codes). Ces dérogations s'expliquent par deux considérations générales. D'abord la nécessité d'une autorisation spéciale, expresse et donnée dans des formes déterminées, ne se concilierait guère avec la multiplicité et la célérité des opérations du commerce. Puis la multiplicité des opérations que fait une femme exerçant le commerce ne peut laisser aucun doute sérieux sur la volonté du mari de l'autoriser, quand il les lui laisse faire sans protester.

Il y a lieu de rechercher : *a.* A quelles conditions une femme mariée peut devenir marchande publique. *b.* Quelle est alors sa capacité et quels sont les effets des obligations contractées par elle.

(*a*). A quelles conditions une femme mariée peut-elle devenir marchande publique ?

59. *La femme mariée ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari.* Cette disposition de l'art. 4, C. com., est la seule de nos lois qui indique comment une femme mariée peut devenir commerçante. L'art. 4 ne règle pas la forme dans laquelle le consentement du mari est donné ; il résulte de la généralité de son texte expliqué et complété par les précédents, qu'il y a en cette matière deux dérogations aux règles du Code civil :

1. L'autorisation peut être *tacite :* elle résultera notamment de ce qu'une femme mariée fait le commerce au vu et au su de son mari. Il n'est pas besoin d'une autorisation par écrit ni du concours du mari dans les opérations commerciales de sa femme. Une vieille tradition consacre cette règle qui s'explique facilement : le grand nombre d'actes que suppose l'exercice d'un commerce fait que le silence du mari implique son approbation, tandis que pour un acte isolé, ce silence peut ne pas être nécessairement interprété de cette façon; il peut même y avoir doute sur le point de savoir si le mari a eu connaissance de cet acte.

2. L'autorisation, fût-elle donnée par écrit, peut être *générale.* Elle s'applique, si telle est la volonté du mari, non à tels ou tels actes déterminés, mais à tous les actes que la femme pourra faire pour les besoins de son commerce.

60. Le consentement du mari n'est pas toujours suffisant. Ainsi,

Source BIU Cujas

quand la femme mariée est mineure, il y a deux incapacités qu'il faut faire disparaître : l'une est celle de la femme mariée, l'autorisation maritale l'écarte ; l'autre est celle qui provient de la minorité, pour la lever, il faut remplir les formalités de l'art. 2, C. com.

61. Mais le consentement du mari est-il toujours nécessaire ? Ne doit-on pas admettre que, dans les cas de refus et d'impossibilité matérielle ou juridique, l'autorisation maritale peut être suppléée par l'autorisation de justice ? Les textes paraissent devoir faire exclure en cette matière l'autorisation de justice. L'art. 4 ne parle que du consentement du mari et aucun article du Code de commerce ne fait allusion à l'autorisation de justice. Il est vrai que le Code civil (art. 218, 219, 222, 224) permet à la femme de recourir à la justice dans les cas de refus ou d'incapacité du mari ; mais les textes de ce Code visent exclusivement des cas dans lesquels il s'agit de faire un acte isolé ou de soutenir un procès. Puis la loi suppose toujours (art. 5, C. com. et 220, C. civ.), sans faire aucune distinction, que les actes de la femme commerçante obligent le mari quand il y a communauté de biens entre eux. Or, cet effet des actes de la femme suppose essentiellement le consentement du mari, V. C. civ., art. 1419. On comprend, du reste, qu'une grande différence soit faite entre le cas où il s'agit d'autoriser des actes déterminés par avance et celui où il s'agit d'habiliter la femme mariée à acquérir la qualité de commerçante, grâce à laquelle elle peut faire les actes les plus nombreux et les plus divers. Dans le second cas, il importe que l'autorisation soit donnée par une personne qui se rend bien compte de l'aptitude commerciale de la femme ; il peut en être ainsi du mari, mais il ne saurait en être de même du tribunal civil. On peut ajouter que l'exercice d'un commerce met la femme en rapports constants avec le public et que le mari doit être seul juge des motifs qui sont de nature à empêcher de permettre à la femme de transformer ainsi son genre de vie.

Ce système bien fondé en droit est rigoureux pour la femme qui peut être ainsi victime du refus injuste ou souffrir de l'incapacité de son mari, alors que le commerce est pour elle le seul moyen de se procurer des ressources. Aussi la jurisprudence admet-elle

Source BIU Cujas

généralement que l'autorisation de justice peut même en cette matière suppléer à celle du mari.

Tout en n'adoptant pas cette jurisprudence, on peut, quand le mari est mineur, admettre que la justice autorise la femme à devenir commerçante; alors elle ne fait que compléter en quelque sorte l'autorisation du mari insuffisante à raison de son état d'incapacité.

(*b*). De la capacité de la femme commerçante et des effets de ses obligations à l'égard du mari.

62. L'autorisation donnée à une femme mariée de faire le commerce a deux conséquences dont l'une se produit toujours, tandis que l'autre dépendant du régime matrimonial ne se produit qu'en certains cas : la première est la capacité conférée à la femme, la seconde est l'obligation du mari résultant des actes faits par elle.

63. *De la capacité de la femme commerçante.* — L'autorisation générale donnée à la femme de faire le commerce l'habilite à faire tous les actes relatifs à son commerce; par dérogation à l'art. 223, C. civ., il n'est pas besoin d'une autorisation spéciale pour chacun de ces actes; c'est là le sens de l'art. 5, C. com. et de l'art. 220, C. civ.

La femme commerçante peut donc faire non seulement les opérations constituant l'exercice même de son commerce, mais encore tous les actes nécessaires ou utiles pour son exercice; elle peut ainsi acheter, vendre, emprunter, échanger, etc..., art. 7, C. com. Toutefois la qualité de marchande publique ne fait pas disparaître l'incapacité spéciale dont est atteinte la femme mariée sous le régime dotal; elle ne peut donc aliéner ses biens dotaux ou les hypothéquer que dans les cas prévus par le Code civil (art. 7, al. 2, C. com., art. 1557 à 1559, C. civ.) (n° 66).

Sous quelque régime qu'elle soit mariée, la femme marchande publique ne peut plaider sans une autorisation spéciale, fut-ce à l'occasion d'affaires de son négoce. On a expliqué cette disposition en disant que, pour un procès, la femme a toujours le temps de requérir l'autorisation de son mari et qu'il importe qu'elle n'aborde pas un débat public sans une autorisation spéciale que la justice peut, du reste, donner à défaut du mari.

Source BIU Cujas

Il résulte de là qu'une femme mariée commerçante ne peut pas compromettre sans y être spécialement autorisée; le compromis implique un procès porté devant des arbitres. Au contraire, elle peut transiger sur des difficultés relatives à son négoce; elle a la disposition des objets compris dans la transaction (art. 2045, al. 1, C. civ.).

64. Quelqu'étendue que soit la capacité de la femme marchande publique, on ne saurait lui permettre, à moins qu'elle n'ait une autorisation spéciale, de contracter une société de commerce. A part les dangers qu'offre au point de vue pécuniaire l'association avec une autre personne, il y a des raisons de convenance qui s'opposent à ce qu'une femme puisse, sans l'autorisation de son mari, former avec une autre personne les liens étroits qui résultent d'un contrat de société. V. analog. n° 54.

65. En dehors de son commerce, la femme demeure soumise aux règles du droit commun, c'est-à-dire aux règles des art. 215 à 225, C. civ.; elle a besoin, pour chaque acte qu'elle fait, d'une autorisation spéciale; sinon, l'acte est nul conformément à l'art. 225, C. civ. Il est donc important de savoir si les actes d'une femme mariée commerçante sont ou non relatifs à son commerce. Dans le doute, il y a lieu de présumer l'affirmative sauf la preuve contraire, en vertu de l'art. 638, al. 2. V. analog. n° 55.

66. Il va de soi que les obligations contractées par la femme marchande publique dans les limites de sa capacité l'obligent sur tous ses biens (art. 2092 et 2093, C. civ.). Toutefois ses biens dotaux demeurant inaliénables (n° 63) restent, par suite, insaisissables même en ce qui concerne les obligations contractées pour les besoins du commerce.

67. *Effets des obligations de la femme à l'égard du mari.*— Il va de soi que le mari ne saurait être obligé par suite des actes de la femme dans le cas où celle-ci a été autorisée par justice, si l'on admet que cette autorisation peut remplacer celle du mari (V. n° 61). Jamais, sous quelque régime matrimonial que ce soit, les actes faits par la femme autorisée par justice n'obligent le mari (art. 1409-2° et 1426, C. civ.).

68. Le mari qui a autorisé, est-il obligé par les actes de la femme

Source BIU Cujas

relatifs à son commerce ? On ne peut faire une réponse absolue ; la solution varie avec les divers régimes matrimoniaux. Aussi faut-il parler séparément de chacun d'eux. Nos lois (art. 5, C. com.) n'ont prévu expressément que le cas du régime de communauté.

69. *Régime de communauté.* — En s'obligeant, pour les besoins de son commerce, la femme oblige aussi la communauté et le mari (art. 220, C. civ., 5, C. com.) ; il y a là simplement une application des principes généraux (art. 1419, C. civ.).

L'autorisation du mari communique à la femme le pouvoir d'obliger la communauté qu'elle n'a pas sans cela, et dès que la communauté est tenue, le mari l'est aussi : les biens de la communauté et ceux du mari que les tiers ne peuvent pas distinguer, sont réputés se confondre. Du reste, l'application des principes généraux est ici d'autant plus juste que la communauté et, par suite, le mari peuvent profiter des bénéfices réalisés par la femme dans son commerce (art. 1401-1°, C. civ.).

La loi ne faisant aucune distinction entre les diverses obligations de la femme, il semble juste d'admettre que le mari en est tenu, alors même qu'elles résultent de délits ou de quasi-délits, pourvu qu'elles aient le caractère commercial en vertu de la *théorie de l'accessoire* (n° 37) (telle serait l'obligation de réparer le dommage causé par un fait de concurrence déloyale ou paru ne négligence commise par la femme à l'occasion de son commerce).

L'obligation qui résulte pour le mari des actes de sa femme, n'est pas commerciale ; elle a son fondement dans une cause purement civile : le régime matrimonial admis par les époux. En conséquence, avant l'abolition de la contrainte par corps en 1867, le mari n'était pas contraignable par corps ; il n'est pas commerçant par cela seul que sa femme a cette qualité et n'est pas même justiciable du tribunal de commerce.

70. *Séparation de biens contractuelle ou judiciaire.* — Chaque époux conserve la pleine propriété et l'administration de ses biens ; rien n'est commun entre eux. Aussi le mari n'est-il pas obligé par les actes de sa femme.

71. *Régime sans communauté.* — Sous ce régime, le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme. S'il

Source BIU Cujas

autorise sa femme à faire le commerce, les créanciers de celle-ci ont assurément le droit de se faire payer sur tous les biens de leur débitrice pour la pleine propriété. Il est de règle que, sous ce régime, le mari, par son autorisation même, abdique éventuellement son droit de jouissance. Mais le mari est-il tenu sur ses biens personnels? La négative résulte des principes généraux et des textes. D'après les art. 220, C. civ. et 5, C. com., la femme marchande publique oblige son mari *quand il y a communauté entre eux;* on est autorisé à conclure de là que le mari n'est pas obligé lorsqu'il n'y a pas de communauté. Cette conclusion s'impose d'autant plus qu'en principe, celui qui se borne à autoriser n'est pas engagé (*qui auctor est non se obligat*); les art. 220, C. civ. et 5, C. com., sont donc des dispositions exceptionnelles qui, comme telles, doivent recevoir une interprétation restrictive.

On a pourtant soutenu que le mari est obligé, en prétendant que, comme les bénéfices réalisés par sa femme lui appartiennent à titre de revenus ou de fruits, il est équitable que, par réciprocité, il réponde de ses dettes. Mais le point de départ du raisonnement est faux : les bénéfices commerciaux ne constituent pas des fruits ou revenus dans le sens légal, et, par suite, ne sont pas gagnés par le mari. La loi distingue toujours les produits de l'industrie des époux des fruits et revenus de leurs biens (V. art. 1498, C. civ.).

72. *Régime dotal.* — Lorsque la femme ne s'est constitué en dot que ses biens présents, elle est, quant aux biens acquis pendant le mariage, dans la situation d'une femme séparée et, en conséquence, elle n'oblige assurément point son mari (n° 70). Quand la constitution de dot porte sur les biens à venir, la même question se pose que sous le régime sans communauté et elle doit être résolue de la même façon, c'est-à-dire qu'on doit admettre, selon nous, que le mari n'est pas obligé (n° 71).

73. Quand le mari est commerçant, il arrive souvent que sa femme l'aide dans son commerce, notamment en détaillant les marchandises, en tenant les livres, etc. Elle doit être considérée en droit comme un préposé de son mari; elle l'oblige donc sans s'obliger elle-même (cf. art. 1420, C. civ.). Aussi est-il très important de ne pas confondre la femme d'un commerçant qui lui sert d'auxiliaire avec la femme

Source BIU Cujas

commerçante. Afin d'éviter autant que possible les difficultés à cet égard, l'art. 5, al. 2, C. com., a posé pour la femme mariée deux règles : *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.* Il résulte de là que, s'il n'est pas nécessaire pour être considérée comme commerçante qu'une femme mariée fasse un commerce d'un autre genre que celui de son mari, du moins faut-il que son commerce soit distinct.

74. Le mari peut-il révoquer son autorisation? L'affirmative n'est pas douteuse. Le mari ne peut abdiquer d'une façon définitive son autorité pour l'avenir, et, d'après l'art. 4, C. com., la femme ne peut être marchande publique *sans le consentement de son mari.*

La révocation ne doit pas être arbitraire; la femme, qui prétendrait qu'elle n'est pas motivée, aurait le droit de recourir à la justice pour demander le maintien de l'autorisation. Dès que le commerce a été entrepris, les choses ne sont plus entières et le tribunal peut se décider en connaissance de cause d'après les résultats déjà obtenus. V. analog. nº 46.

Bien qu'il n'y ait à cet égard aucune prescription légale, il est bon de rendre public le retrait de l'autorisation. A défaut de formalités de publicité déterminées par la loi, c'est aux tribunaux à apprécier en fait si elles ont été suffisantes pour faire connaître aux tiers que l'autorisation a été retirée ou si, même en l'absence de toute publication, les tiers n'ont pas connu ce retrait. V. analog. nº 46.

75. *Interdits, individus pourvus d'un conseil judiciaire.* — Le Code de commerce ne s'est pas occupé des incapables autres que le mineur et la femme mariée. Les principes généraux doivent donc servir à déterminer comment doivent être traités les interdits et les individus pourvus d'un conseil judiciaire.

Les individus frappés d'interdiction judiciaire ou légale ne peuvent faire le commerce et personne ne peut le faire pour eux. Du reste, pour les individus légalement interdits, il y a une impossibilité de fait à ce qu'ils fassent des actes de commerce : ils subissent l'interdiction pendant la durée même de leur peine (art. 29, C. pénal).

Les individus pourvus d'un conseil judiciaire peuvent faire des actes isolés de commerce avec l'assistance de leur conseil. Mais ils

Source BIU Cujas

ne peuvent être autorisés d'une façon générale par leur conseil à faire le commerce; une autorisation de cette espèce détruirait une incapacité créée par la justice et qu'elle seule peut lever.

5° *Obligations spéciales aux commerçants.*

76. Deux obligations que la loi n'impose pas aux autres personnes pèsent sur les commerçants : *a.* celle de tenir des livres; *b.* celle de rendre public dans les formes déterminées par le Code de commerce leur régime matrimonial.

Section Ire. — Des livres de commerce.

77. *Utilité des livres de commerce.* — En prescrivant aux commerçants de tenir des livres pour y mentionner leurs opérations, le législateur s'est proposé plusieurs buts. Il y va d'abord de l'intérêt des commerçants eux-mêmes; en consultant leurs livres, ils peuvent se rendre un compte exact des résultats de leurs opérations et se décider en connaissance de cause à étendre ou à restreindre leurs affaires. Ce n'est pas tout : les opérations commerciales ne sont pas toujours constatées par un acte dressé *ad hoc*; si les livres de commerce ne les mentionnaient pas et ne servaient pas de moyen de preuve, il faudrait recourir à la preuve testimoniale qui offre toujours de grands dangers. Enfin, quand un commerçant est dans l'impossibilité d'exécuter ses engagements et est, par suite, déclaré en faillite, il importe de savoir quelle est la cause du mauvais état de ses affaires. S'il est dû à des événements imprévus, il y a simplement faillite; s'il y a eu des fautes commises ou des fraudes pratiquées, il peut y avoir délit de banqueroute simple ou crime de banqueroute frauduleuse (art. 585, 586 et 591, C. com.). L'examen des livres peut seul permettre de résoudre cette importante question.

78. La loi indique les livres que tout commerçant doit tenir, elle les soumet à certaines formalités pour en assurer la régularité (art. 8 à 17, C. com.), elle en détermine la force probante et indique de quelles manières et dans quelles circonstances la production en justice des livres de commerce peut avoir lieu. Aucune loi ne s'occupe de la façon dont les opérations doivent être mentionnées sur

Source BIU Cujas

les livres. Les règles concernant la méthode à suivre pour que le commerçant se rende le plus facilement et le plus sûrement compte de sa situation générale ou de sa situation à l'égard de chacune des personnes avec lesquelles il est en relation, constituent la *comptabilité* qui ne rentre pas dans le domaine du droit proprement dit (1).

En ce moment, nous examinerons seulement de quels livres la loi prescrit la tenue et à quelles formalités ils sont soumis. Tout ce qui concerne la force probante des livres de commerce et la manière dont la production peut en être faite en justice sera exposé à propos de la théorie générale des preuves en matière commerciale. (V. 2e partie, chap. Ier).

79. L'obligation de tenir des livres incombe à tous les commerçants, aux sociétés commerciales comme aux individus (V. art. 34, loi du 24 juillet 1867). Les étrangers faisant le commerce en France y sont soumis comme les Français ; il s'agit là d'une sorte de loi de police dans le sens large de l'art. 3, al. 1, C. civ.

80. La loi réduit au minimum le nombre des livres que doit tenir tout commerçant. Il y a trois livres obligatoires : le *livre-journal*, le *livre copie de lettres*, le *livre des inventaires*. En outre de ces livres que *tout* commerçant doit avoir, la tenue de certains livres spéciaux est exigée de quelques commerçants. Voir pour les agents de change et courtiers, art. 84, C. com. et L. 15 juin 1872, art. 13 ; pour les changeurs, L. 15-27 mai 1791, ch. IX, art. 5 ; pour les entrepreneurs de transports, art. 1785, C. civ. et 102, C. com.

81. *Livre-journal.* — D'après l'art. 8, C. com., tout commerçant est tenu d'avoir un *livre-journal qui présente, jour par jour, ses dettes actives et passives* (c'est-à-dire ses créances et ses dettes), *les opérations de son commerce, ses négociations, acceptations ou endossements d'effets et généralement tout ce qu'il reçoit et paye, à quelque titre que ce soit, et qui énonce, mois par mois, les sommes employées à la dépense de sa maison.* Ce livre est la base même de toute la comptabilité ; on a dit exactement que c'est « le procès-« verbal quotidien et détaillé de tous les actes de la vie du commer-« çant qui peuvent influer sur sa fortune. » Il ne doit pas mentionner

(1) V. des notions générales de comptabilité dans notre *Précis de droit commercial*, t. Ier, p. 111 et suiv.

Source BIU Cujas

seulement les opérations commerciales, mais tout ce qui est reçu ou payé à un titre quelconque, par exemple, à raison d'une constitution de dot, d'une donation faite ou reçue, d'une succession recueillie, etc.

82. *Livre de copies de lettres.* — Tout commerçant *est tenu de mettre en liasse les lettres missives qu'il reçoit et de copier sur un registre celles qu'il envoie* (art. 8, al. 2). Il faut évidemment comprendre sous le nom de *lettres missives* toutes les formes de correspondance; on y ferait rentrer aujourd'hui les télégrammes. Beaucoup d'opérations commerciales se concluent par correspondance; pour que la preuve en soit faite, il peut être nécessaire de rapprocher les réponses des lettres qui les ont provoquées. Il est nécessaire que chaque intéressé ait entre ses mains le moyen de prouver la conclusion de l'opération ; il ne saurait le faire qu'en produisant l'original ou la copie des lettres contenant l'offre et l'acceptation.

Bien que la loi ne le prescrive pas, il va de soi qu'il est prudent pour un commerçant, comme pour toute autre personne, de conserver aussi les effets qu'il paye, les factures acquittées, les lettres de voiture, les connaissements et les autres titres relatifs à ses opérations.

83. *Livre d'inventaires.* — Un commerçant doit *faire, tous les ans, sous seing-privé, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives, et le copier année par année, sur un registre spécial à ce destiné* (art. 9). L'inventaire n'a pas besoin, comme en matière de succession, d'être fait par un notaire; cela occasionnerait trop de frais. La loi veut seulement que l'inventaire ne reste pas consigné sur une feuille volante, mais que, pour en assurer la conservation, il soit copié sur un registre. L'inventaire a, en effet, une grande importance; il donne des indications précises sur la situation du commerçant aux différentes époques de sa vie commerciale.

Beaucoup de commerçants dressent un inventaire tous les six mois. Dans les sociétés anonymes, outre l'inventaire annuel, il doit être fait chaque semestre un état sommaire de la situation active et passive (art. 34, loi du 24 juillet 1867).

84. *Livres auxiliaires.* — En dehors des livres obligatoires, presque tous les commerçants tiennent d'autres livres (art. 8,

Source BIU Cujas

C. com.) qu'on appelle *livres facultatifs* ou *auxiliaires*. Ces livres varient avec l'importance et la nature du commerce : ils ont, en général, pour but de permettre à un commerçant de mieux connaître sa situation générale ou l'état de ses relations avec chacun de ses clients.

Les livres auxiliaires les plus usités sont :

Le *livre brouillard* sur lequel on porte les opérations au fur et à mesure de leur conclusion, pour les reporter ensuite à loisir et au net sur le livre journal;

Le *grand-livre* qui est le relevé du journal dans un ordre méthodique;

Le *livre de caisse* indiquant les espèces qui entrent dans la caisse et celles qui en sortent, de telle façon qu'à l'aide de deux additions et d'une soustraction on voit quelle somme doit se trouver en caisse;

Le *livre d'achats et ventes*, qui contient la copie des factures envoyées aux acheteurs ou reçues des vendeurs;

Le *livre des traites et billets* indiquant les effets à payer ou à recevoir, leur montant et leur échéance. Celle-ci est très importante à connaître même pour les effets à recevoir, à raison des formalités que le porteur doit exactement remplir à l'échéance, s'il n'est pas payé, sous peine d'encourir des déchéances très graves.

84 *bis*. *Des formalités auxquelles sont soumis les livres de commerce*. — Les formalités diverses auxquelles la loi soumet les livres de commerce ont pour but d'en assurer la sincérité, de prévenir les fraudes consistant spécialement dans des antidates et des suppressions.

L'expression même de *livres de commerce* implique qu'il doit s'agir de registres ou feuillets rattachés les uns aux autres et non de feuilles détachées.

85. Avant qu'un commerçant ne se serve de ses livres, ils doivent être soumis aux formalités prescrites par l'art. 11, C. com. : ils doivent être *cotés*, *paraphés* et *visés*. La *cote* est le numérotage des feuillets dont se compose le livre; elle prévient la suppression ou l'intercalation. Le *paraphe* ou signature abrégée du juge ou du maire rend difficile et peu probable la substitution d'un feuillet à un

Source BIU Cujas

autre; pour, l'opérer il faudrait imiter la signature d'un fonctionnaire public, ce qui constituerait un faux en écriture publique entraînant la peine des travaux forcés à temps (art. 147, C. pénal). Le *visa* consiste dans un procès-verbal dressé au commencement ou à la fin du registre pour constater l'opération, sa date, le nom du magistrat qui y a procédé et celui du commerçant qui doit employer le registre, enfin le nombre de feuillets dont il se compose.

Ces formalités, d'après l'art. 11, ont lieu sans frais. Cela signifie seulement que les magistrats y procédant n'ont droit à aucune rémunération. Jusqu'à la loi du 20 juillet 1837 (art. 4), les livres devaient être timbrés; le droit de timbre supprimé par cette loi a été remplacé par des centimes additionnels à l'impôt de la patente. Du reste, le *visa* doit, avant tout usage du livre, être enregistré; le droit d'enregistrement est de 2 francs plus deux décimes et demi (L. 28 avril 1816, art. 73; L. 28 février 1872, art. 4).

86. Les écritures ne doivent pas nécessairement être de la main du commerçant; elles peuvent être tenues par un employé, ce qui n'en diminue nullement la force probante.

87. Afin d'éviter les additions ou modifications après coup et les antidates, le Code (art. 10, al. 3) prescrit de tenir les livres par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge. Aussi, quand l'on découvre une erreur ou une omission, ne peut-on la réparer que par un article spécial inscrit sur le livre à la date même de cette découverte; des ratures ne doivent pas être faites (V. art. 84, al. 2).

88. Les formalités à remplir avant qu'il soit fait usage des livres de commerce ne sont pas les seules. Il faut, en outre, que le livre-journal et le livre des inventaires soient parafés et visés une fois par année. Le livre de copies de lettres seul n'est pas soumis à cette formalité (art. 10, al. 1 et 2, C. com.). Ce visa annuel est tout à fait distinct du visa antérieur à l'usage du registre dont parle l'article 11. C'est un procès-verbal indiquant où en sont les écritures à une date déterminée; il a pour but d'empêcher qu'on ne puisse après coup fabriquer un registre entier pour une ou plusieurs années. Cette formalité n'est pas exigée pour le livre de copies de lettres; l'existence des originaux entre les mains du destinataire

Source BIU Cujas

rend cette fraude presque impossible en ce qui concerne ce registre.

89. Conservation des registres. — Pour ne pas encombrer les magasins des commerçants, la loi les dispense de conserver indéfiniment leurs livres. Leur conservation n'est légalement obligatoire que pendant 10 ans. On a pensé qu'après ce laps de temps, les contestations relatives aux opérations portées sur des livres étant rares, l'utilité en disparaît le plus souvent. La loi ne détermine pas le point de départ du délai de dix ans; il est naturel de le fixer à la date du dernier article de chaque livre.

Du reste, cela n'implique pas qu'en matière commerciale la prescription soit, en principe, de dix ans. Elle est, au contraire, de trente ans comme en matière civile; le Code de commerce ne contient pas de dérogation absolue à l'art. 2262, C. civ.; seulement en beaucoup de cas, la loi commerciale admet des prescriptions de cinq ans (art. 64, 189, C. com.) ou même de moindre durée (article 108, C. com.).

Bien qu'un commerçant ne soit pas tenu de conserver ses livres plus de dix ans, il peut arriver en fait qu'il les ait encore après l'expiration de ce délai. Alors il peut s'en servir en justice et être contraint de les produire tout aussi bien qu'avant que le délai de dix ans soit expiré. Seulement, tandis que pendant dix ans un négociant ne peut alléguer raisonnablement qu'il n'a plus ses livres, après dix ans il est recevable à le dire et, pour l'obliger à les produire, il faut prouver contre lui qu'il les a conservés.

90. *Sanction des prescriptions de la loi relatives aux livres de commerce.* — Le Code de commerce a sanctionné à la fois l'obligation de tenir les livres qu'il détermine et l'obligation de remplir les formalités qu'il prescrit d'observer.

Le commerçant, qui ne tient pas de livres, peut, en cas de faillite, être puni comme banqueroutier simple (art. 586-6°). Cette disposition est très rarement appliquée; les commerçants ont un intérêt personnel évident à tenir des livres.

Au contraire, il y a peu de livres de commerce qui soient soumis aux formalités prescrites par les art. 10 et 11, C. com. On les tient par ordre de dates, sans blancs, lacunes ni transports en marge, comme le prescrit la loi, mais on ne les fait guère coter, parafer et

Source BIU Cujas

viser. Il en est ainsi même depuis qu'en 1837 le timbre des livres de commerce a été supprimé (n° 85) et qu'ainsi les commerçants n'ont plus d'intérêt *pécuniaire* à se soustraire aux formalités légales. Cela tient à ce que ces formalités ne sont pas sanctionnées d'une façon sérieuse. Sans doute, d'après l'art. 586-6°, le commerçant dont les livres sont irrégulièrement tenus, peut, en cas de faillite, être déclaré banqueroutier simple; mais aucun tribunal, dans l'état de la pratique, n'oserait appliquer cette disposition. Sans doute aussi, d'après l'art. 13, C. com., les livres non régulièrement tenus ne peuvent faire foi en justice au profit de celui qui les a tenus. Cette seconde sanction paraît sérieuse; elle ne l'est point, en réalité. Par cela même que tous les moyens de preuve et spécialement les présomptions de fait sont, en principe, admis en matière commerciale, les tribunaux admettent les livres même légalement irréguliers à titre de présomptions de fait. La sanction est ainsi réduite à néant; il n'y a plus là qu'une simple question de mot.

Ce ne sont pas seulement des omissions ou des négligences qui sont possibles à l'égard des livres de commerce; ce sont aussi des fraudes. La loi punit sévèrement la soustraction (art. 591, C. com. et 402, C. pén.) et l'altération des livres de commerce (art. 147, C. pén.).

Section II. — Obligation pour les commerçants de rendre public leur régime matrimonial.

91. Le Code de commerce exige qu'une certaine publicité soit donnée au régime matrimonial des commerçants. Cette publicité est utile pour les tiers qui contractent avec l'époux commerçant et deviennent ses créanciers : leurs droits varient, en effet, avec le régime matrimonial de leur débiteur. Si le mari commerçant est marié sous le régime dotal, sous le régime sans communauté ou sous celui de la séparation de biens, ses créanciers ne peuvent se faire payer que sur les biens de leur débiteur; s'il est marié sous le régime de la communauté, ils ont de plus pour gage les biens communs. Dans le cas où il s'agit d'une femme commerçante, les créanciers, si elle est commune en biens, ont action non-seulement sur ses biens, mais encore sur ceux de la communauté et sur ceux du mari (art. 220, C. civ.; art. 5, C. com., V. n° 69); sous les autres régimes, au

Source BIU Cujas

contraire, les créanciers de la femme mariée marchande publique n'ont de droit que sur les biens de leur débitrice (nos 70 à 72). Les personnes qui contractent avec un commerçant marié, ont donc intérêt à savoir s'il est soumis à un régime autre que celui de la communauté et le commerçant lui-même, pour jouir d'un plus grand crédit, est intéressé à faire savoir à tous qu'il est soumis au régime de communauté.

Bien que le régime adopté avant la célébration du mariage soit, en principe, irrévocable (art. 1395, C. civ.), il peut être changé exceptionnellement en vertu d'une décision judiciaire ou cesser par suite de la dissolution du mariage arrivée sans la mort de l'un des conjoints : c'est ce qui se présente en cas soit de séparation de biens ou de corps, soit de divorce. Il y a là des faits que les créanciers ont un grand intérêt à connaître.

Les dispositions du Code de commerce sont relatives soit à la publicité du régime établi par le contrat de mariage des commerçants (art. 67 à 70), soit à celle des jugements de séparation de biens ou de corps et de divorce (art. 65 et 66). L'intitulé du titre IV du livre I du Code de commerce : *Des séparations de biens* n'indique donc pas tout ce dont il y est traité.

A. — *Publicité du contrat de mariage des commerçants.*

92. L'objet et les formes de la publicité sont toujours les mêmes ; mais au point de vue soit des personnes chargées d'accomplir les formalités de publicité, soit de la sanction de l'obligation de les remplir, soit des régimes matrimoniaux pour lesquels elles sont nécessaires, la loi distingue selon que les époux (ou l'un d'eux) étaient déjà commerçants lors de la célébration du mariage ou ne le sont devenus que postérieurement.

93. *Objet et formes de la publicité.* — Ce qui doit être rendu public, ce n'est ni le contrat de mariage dans son entier, ni même le montant des apports faits par chaque époux, mais exclusivement le régime qu'ils ont adopté. Une publicité plus étendue serait gênante pour les familles et pourrait entraver le mariage des commerçants.

Un extrait du contrat de mariage, indiquant seulement le régime adopté par les époux, doit être transmis aux greffes du tribunal de

Source BIU Cujas

commerce et du tribunal civil du domicile du conjoint commerçant, pour être affiché pendant un an dans l'auditoire, sur un tableau à ce destiné ; s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la mairie. Pareil extrait doit être inséré au tableau placé dans les chambres d'avoués et de notaires (art. 67 et 68, C. com., et 872, C. proc. civ.).

94. *a. Les époux (ou l'un d'eux) étaient déjà commerçants lors de la célébration du mariage.* — C'est le notaire qui est chargé, dans le mois du contrat de mariage, de déposer les extraits prescrits (art. 67 et 68). Il résulte de là que, s'il n'y a pas de contrat, aucune publicité n'est requise. Cela n'a pas d'inconvénients : les époux mariés sans contrat sont soumis à la communauté légale (art. 1393, C. civ.), régime de tous le plus avantageux pour les créanciers. Mais, en dehors de ce cas, la publicité est requise, quel que soit le régime adopté, qu'il soit favorable ou non au crédit des époux.

Le notaire qui ne remplit pas la mission dont la loi le charge, encourt une amende de 20 fr. (L. 16 juin 1814, art. 10 modifiant l'art. 68, C. com.). En outre, il peut être destitué et même rendu responsable du dommage causé aux créanciers, s'il y a eu collusion entre lui et les époux.

95. *b. Les époux (ou l'un d'eux) deviennent commerçants pendant la durée du mariage.* — Ce n'est plus le notaire (il peut ignorer qu'un des conjoints est devenu commerçant) qui doit déposer les extraits du contrat de mariage, mais l'époux qui devient commerçant; il doit remplir cette formalité dans le mois à partir du jour où il ouvre son commerce (art. 69).

En ce cas, d'après le Code de commerce, la publicité n'est prescrite que lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal ou sous celui de la séparation de biens : ce sont là deux régimes très défavorables aux tiers qui ont, par suite, le plus grand intérêt à en connaître l'existence. Il n'est pas à craindre que les époux cachent leur régime quand c'est celui de la communauté légale ; il ne peut qu'augmenter leur crédit. Mais d'autres régimes que le régime dotal et celui de la séparation de biens sont défavorables aux tiers et il leur importe de les connaître, tels sont les régimes sans communauté et aussi les régimes de communauté dans lesquels l'actif est plus réduit

Source BIU Cujas

que dans la communauté légale, par exemple, la communauté réduite aux acquêts. Il serait conforme à l'esprit de la loi d'exiger aussi que ces régimes fussent rendus publics; mais le texte fait défaut, et, comme il s'agit, à raison de la sanction, d'une matière pénale, on peut hésiter à étendre ainsi les dispositions de la loi.

L'obligation imposée aux époux reçoit une sanction purement éventuelle : en cas de faillite, l'époux commerçant peut être condamné comme banqueroutier simple (art. 69, art. 586-3°, C. com.; art. 402, C. pén.).

Cette sanction est-elle la seule ? N'y a-t-il pas aussi une sanction civile consistant en ce que l'époux commerçant ne peut opposer aux créanciers les clauses dérogatoires au régime de communauté légale de nature à leur nuire ? On l'a nié, en se fondant sur le silence du Code de commerce qui ne prononce pas cette sanction. Les principes généraux du droit conduisent à admettre le droit pour les tiers de méconnaître ces clauses dérogatoires, l'époux commerçant a commis un délit ou un quasi-délit; il doit réparer le préjudice en résultant (art. 1382 et 1383, C. civ.).

96. La publicité du régime matrimonial des commerçants est peu efficace; car les extraits affichés dans les salles d'audience ne sont guère lus, elle est de plus onéreuse pour les gens sans fortune, enfin elle est rendue à peu près inutile par la loi du 10 juillet 1850 qui a organisé un système de publicité applicable aux époux, quelle que soit leur profession : grâce à ce système de publicité les tiers sont au moins mis à même de savoir si les conjoints sont mariés avec ou sans contrat de mariage (art. 75, 76 et 1391, C. civ.).

B. — *Publicité des séparations de biens, des séparations de corps et des divorces.*

97. Les règles de publicité pour les séparations de biens, les séparations de corps et les divorces sont, sauf une légère différence, les mêmes pour les commerçants et les non-commerçants.

98. *Séparations de biens.* — Pour elles il n'y a aucune règle spéciale au cas où les époux (ou l'un d'eux) sont commerçants. Le Code de procédure civile, auquel renvoie l'art. 65, C. com., prescrit à la fois la publicité de la demande elle-même et du jugement.

Source BIU Cujas

Publicité de la demande. — Elle est utile à raison de la rétroactivité du jugement (art. 1442, C. civ.). Le greffier du tribunal civil doit insérer un extrait de la demande dans un tableau spécial placé dans la salle d'audience (art. 866, C. proc. civ.); pareil extrait doit être inséré dans les tableaux placés à cet effet dans l'auditoire du tribunal de commerce, dans les chambres d'avoués de première instance et dans celles des notaires, dans les lieux où il y en a (art. 867, C. proc. civ.); en outre, cet extrait doit être publié dans l'un des journaux du lieu ou siège le tribunal (art. 868, C. proc. civ.). Il ne peut être prononcé de jugement qu'un mois après l'observation de ces formalités (art. 869, C. proc. civ.).

Publicité du jugement. — Le jugement, alors même que les époux ne sont pas commerçants, doit être lu à l'audience publique du tribunal de commerce, s'il y en a. Il est, en outre, soumis aux mêmes formalités de publicité que la demande (art. 872, C. proc. civ.).

99. *Séparations de corps.* — La publicité ne s'applique qu'au jugement et non à la demande. Elle n'est pas exactement la même dans le cas où les époux (ou l'un d'eux) sont commerçants et dans celui où cette qualité n'appartient à aucun d'eux. S'agit-il de non-commerçants? L'extrait du jugement doit être exposé tant dans l'auditoire des tribunaux que dans les chambres d'avoués ou de notaires (art. 880, C. proc. civ.). La lecture publique du jugement, l'audience tenante, au tribunal de commerce est, en outre, prescrite *quand l'un des conjoints est commerçant* (art. 66, C. com.).

A défaut de ces formalités, le jugement ne peut être opposé aux tiers, en tant que la séparation de biens en résulte (article 66).

100. *Divorce.* — Les dispositions du Code civil, remises en vigueur par la loi du 27 juillet 1884 qui a rétabli le divorce supprimé en 1816, ne prescrivaient aucune mesure de publicité destinée à faire connaître le divorce et, par suite, le changement de capacité de la femme et la dissolution du régime sous lequel les époux étaient mariés, dissolution qui est une conséquence nécessaire de celle du mariage même. Mais il n'en était pas de même lorsque les époux (ou l'un d'eux) étaient commerçants. D'après l'art. 66, C. com., qui n'ayant

Source BIU Cujas

été abrogé que par suite de la suppression du divorce en 1816, s'était trouvé rétabli avec lui en 1884, le jugement prononçant un divorce, quand l'un des époux était commerçant, recevait la même publicité que les jugements de séparation de corps ou de biens (art. 66, C. com.). La loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce a abrogé les règles spéciales à la publicité du divorce des commerçants, en soumettant à des formalités de publicité ne variant pas avec la profession des époux les jugements ou arrêts de divorce : extrait du jugement ou de l'arrêt qui prononce le divorce est inséré aux tableaux exposés tant dans l'auditoire des tribunaux civils et de commerce que dans les chambres des avoués et des notaires. Pareil extrait est inséré dans l'un des journaux qui se publient dans le lieu où siège le tribunal, où, s'il n'y en a pas, dans l'un de ceux publiés dans le département (art. 250, C. civ., modifié par la loi du 18 avril 1886).

Source BIU Cujas

CHAPITRE III.

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

101. Le commerce n'est pas fait seulement par des individus isolés, il l'est très souvent aussi par des sociétés.

Dans un sens très large, on désigne sous le nom de *société* ou *d'association* la réunion de plusieurs personnes qui s'entendent pour diriger leurs efforts vers un but commun. Ce but peut être très varié : il y a des associations religieuses, politiques, littéraires, artistiques, scientifiques, de bienfaisance, de commerce, etc... Le Code civil et le Code de commerce ne s'occupent point des sociétés dans cette large acception, mais seulement de celles qui ont pour but la réalisation de bénéfices pécuniaires à l'aide d'opérations civiles ou commerciales. Les associations ayant d'autres buts sont régies par les lois administratives ou pénales. Ainsi, outre les art. 291 et 292, C. pénal, il y a notamment une loi du 21 juin 1865 sur les *associations syndicales* et une loi du 21 mars 1884 sur les *syndicats professionnels*.

102. Les sociétés ont pris de nos jours une grande extension et rendu de grands services. En facilitant la réunion d'immenses capitaux, elles ont permis l'accomplissement de travaux gigantesques (construction de chemins de fer, percement d'isthmes, exploitation de mines, etc...) qui sans elles n'auraient pu se faire.

Si l'idée d'association est très ancienne et a été de toute antiquité appliquée aux opérations commerciales, du moins les formes des sociétés ont subi des modifications profondes. Dans les temps modernes, une forme nouvelle de société, celle de la société par actions, s'est fait jour et a pris un grand développement : elle seule, pour des raisons qui seront expliquées plus loin, se prête à l'exécution des entreprises de longue durée exigeant la réunion de capitaux considérables.

103. *Lois régissant les sociétés.* — Il n'y a pas en France de loi unique sur les sociétés. Les dispositions qui les régissent se trouvent

Source BIU Cujas

à la fois dans le Code civil, dans le Code de commerce et dans plusieurs lois spéciales.

Le titre du Code civil (art. 1832 à 1873) consacré aux sociétés régit, en principe, les sociétés civiles et les sociétés de commerce, en tant qu'il n'y est pas dérogé pour celles-ci. Le titre du Code de commerce (art. 18 à 64) sur les sociétés est fait principalement pour les sociétés commerciales ; de nombreuses lois l'ont modifié ou complété. Ce sont :

a. La loi du 17 juillet 1856, abrogeant les art. 51 à 63 sur l'arbitrage forcé et modifiant l'art. 631, C. com. ;

b. La loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions, abrogée par la loi du 24 juillet 1867 (art. 20) ;

c. La loi du 30 mai 1857 sur les sociétés étrangères ;

d. La loi du 6 mai 1863, modifiant les art. 27 et 28, C. com. ;

e. La loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, abrogée par la loi du 24 juillet 1867 (art. 47) ;

f. La loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés, qui traite des sociétés en commandite par actions, anonymes, à capital variable, et des formalités de publicité prescrites pour toutes les sociétés de commerce. Cette loi ne restera peut-être plus longtemps en vigueur. Un projet de loi destiné à la remplacer a été déposé au Sénat en 1883 et adopté par cette assemblée le 29 novembre 1884.

Cette dispersion des dispositions légales sur les sociétés a empêché que cette partie de notre législation fût dominée par des idées d'ensemble.

104. D'après l'art. 18, C. com., *le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties,* et l'art. 1873 du C. civ. dispose que les règles du titre des sociétés (art. 1832 à 1873, C. civ.) *ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et aux usages du commerce.* Il va de soi que la convention des parties ou les usages ne prévalent sur les dispositions légales qu'autant que celles-ci sont purement interprétatives (n° 13). Il y a, spécialement pour les sociétés par actions, des dispositions impératives et prohibitives nombreuses dans la loi du 24 juillet 1867.

Source BIU Cujas

En conséquence, les sociétés commerciales sont régies : 1° par les conventions des parties; 2° par les usages; 3° par les lois commerciales; 4° par les lois civiles.

105. L'étude de la matière des sociétés sera divisée de la façon suivante :

— *Section Ire :* Notions générales sur les sociétés et leurs différentes espèces. — *Section II :* Constitution et fonctionnement des différentes espèces de sociétés (Sociétés en nom collectif, en commandite simple, en commandite par actions, sociétés anonymes, sociétés à capital variable, associations en participation). — *Appendice :* Sociétés civiles à formes commerciales. Sociétés étrangères. — *Section III :* Dissolution, liquidation, partage des sociétés. Prescription des actions contre les associés. Contestations entre associés.

Section Ire. — Notions générales sur les sociétés et leurs différentes espèces.

A. — *Notions générales sur les sociétés.*

106. Le mot *société* se prend dans deux sens principaux : il désigne tantôt le contrat qui intervient entre les associés, tantôt les associés en tant qu'ils ont des intérêts communs ou la personne civile société considérée parfois par la loi comme distincte des associés (V. ci-après, n° 122).

Selon l'art. 1832, C. civ., 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 pourrait en résulter.* La société étant un contrat doit, par cela même, réunir toutes les conditions exigées pour l'existence ou pour la validité des contrats, Cf. art. 1108, C. civ. De plus, elle doit, d'après la définition légale, réunir trois choses essentielles. Pour qu'il y ait société, il faut : 1° que chaque associé fasse un apport; 2° que les associés, en réunissant leurs apports, aient pour but de réaliser des bénéfices pécuniaires; 3° que les parties aient eu la volonté de former entre elles une société.

107. 1° Chaque associé doit apporter quelque chose à la société. Il y aurait donation et non société à l'égard d'une partie qui rece-

Source BIU Cujas

vrait une part dans les bénéfices sans avoir rien fourni en retour.

Un apport peut consister soit en argent (ce qui est le cas le plus fréquent), soit en toute espèce de choses appréciables en argent, telles qu'un fonds de commerce, un immeuble, un brevet d'invention, l'industrie de l'homme (c'est-à-dire l'obligation contractée par un associé de travailler pour la société) etc., art. 1833, al. 2, C. civ.

Si chaque associé doit faire un apport, il n'est pas, du moins, nécessaire que l'apport de chacun soit de la même nature et ait la même importance.

L'apport en argent peut être versé immédiatement ou simplement promis. Dans les sociétés par actions seules, la loi restreint la liberté des parties en exigeant le versement du quart de chaque apport avant la constitution de la société (L. 24 juillet 1867, art. 1 et 24).

Quand les sommes promises à titre d'apport ne sont pas versées aux époques fixées, les règles du droit commun (art. 1153, C. civ.), reçoivent une double dérogation indiquée par l'art 1846, C. civ. : *a*. A partir du terme fixé, les intérêts moratoires courent de plein droit sans qu'une demande en justice soit intentée contre l'associé débiteur. *b*. Des dommages-intérêts peuvent être alloués à la société en sus des intérêts moratoires au taux légal. La première dérogation a pour but d'éviter aux sociétés les frais d'une instance judiciaire et de rendre les associés exacts en les frappant promptement, quand ils sont en retard. La seconde dérogation se justifie par une considération d'équité : en général, les sociétés tirent de leurs capitaux des bénéfices dépassant l'intérêt au taux légal; le préjudice éprouvé par la société à raison du non versement de la mise d'un associé est donc presque toujours supérieur au montant de cet intérêt et les associés ont dû s'attendre à être obligés de le réparer.

108. 2° La seconde condition essentielle pour qu'il y ait société, c'est que les parties aient pour but de réaliser des bénéfices pécuniaires à partager entre elles, à l'aide d'opérations faites avec ou sur le fonds commun. De là résultent plusieurs conséquences :

1. Les associations charitables ou scientifiques ne sont pas des sociétés dans le sens du Code civil et du Code de commerce (n° 101).

2. Quand plusieurs personnes s'engagent à supporter en commun

Source BIU Cujas

les pertes que quelques-unes d'entre elles pourront éprouver, il y a là un contrat analogue à une société, mais ce n'est pas en droit une société proprement dite. Ainsi, le contrat d'assurances mutuelles n'est pas une véritable société ; les mutuellistes ont pour but de restreindre les pertes qu'ils pourront éprouver par suite de certains risques, non de réaliser des bénéfices.

3. Les *tontines* ne sont pas non plus des sociétés. On appelle ainsi un contrat par lequel plusieurs personnes plaçant leurs capitaux en rentes, conviennent que les parts des prédécédés accroîtront aux survivants. Il n'y a pas là des bénéfices résultant de l'exploitation d'un fonds commun ; les gains réalisés par les survivants proviennent uniquement de l'ordre des décès.

109. 3° Il faut enfin, pour qu'il y ait société, que la volonté des parties ait bien été d'en former une : c'est ce qu'on appelle *affectio societatis*. Ainsi souvent un commerçant intéresse un commis dans ses opérations, c'est-à-dire lui attribue une part dans les bénéfices. On pourrait croire qu'il y a là une société : chacun fait un apport, le patron apporte sa clientèle et son établissement, le commis son industrie et, de plus, chacun a droit à une part dans les bénéfices. Cependant il n'y a pas société, il y a un contrat de louage de services dans lequel le salaire est aléatoire et variable. La raison en est que la volonté des parties n'a pas été de former une société. Ce n'est pas une simple question de mots : *a*. Le commis intéressé peut être congédié par son patron, on ne congédie pas un associé. *b*. Le commis n'est pas tenu des dettes qui peuvent seulement restreindre les bénéfices. *c*. Le patron conserve toute son indépendance quant à la direction des affaires.

De même, entre l'armateur et le capitaine ou les gens de l'équipage qui sont engagés pour une part du fret ou pour une portion des bénéfices à réaliser par la pêche, il y a, non une société, mais un louage de services à profits éventuels. Enfin entre le bailleur d'un fonds rural et le métayer qui lui remet à titre de fermage une portion de la récolte, il y a louage et non société.

110. Par cela même qu'en dehors des conditions qui lui sont spéciales le contrat de société doit réunir les conditions exigées pour l'existence et pour la validité de tous les contrats (art. 1108 et

Source BIU Cujas

suiv., C. civ.), toute société doit avoir un objet licite (art. 1833, al. 1, C. civ.) et les associés doivent être des personnes capables.

On doit considérer notamment comme ayant un objet illicite des sociétés constituées pour faire la traite des noirs, pour exploiter en France une maison de jeu, pour exploiter un office ministériel (1). Le caractère illicite de l'objet d'une société apparaît avec évidence quand il est contraire à une prohibition formelle de la loi. Mais, même en l'absence d'une prohibition expresse, une société peut être considérée comme ayant un objet illicite, parce qu'il est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Des difficultés se présentent parfois sur ce point.

111. La société ayant un objet illicite est assurément nulle. Quelles sont les conséquences de cette nullité ? Il est certain que, si les choses sont encore entières lors de l'annulation de la société, c'est-à-dire si à ce moment aucun apport n'a encore été réalisé, si aucun bénéfice n'a été fait, si aucune perte n'a été subie, la société est complètement anéantie et les parties sont remises dans le même état que s'il n'y avait eu jamais de société entre elles. Mais que décider lorsque, lors de l'annulation de la société, des apports ont déjà été réalisés, des bénéfices faits et des pertes subies ? Les apports peuvent-ils être répétés par ceux des associés qui les ont faits ? On a prétendu que la répétition n'est pas possible et que les apports restent entre les mains de celui des associés qui en est le détenteur. On a invoqué en faveur de cette solution la règle : *in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis*. Mais cette règle, dont l'admission dans notre législation est même douteuse, suppose un paiement fait en retour de la promesse d'un fait illicite. Cela ne se rencontre pas dans notre hypothèse. L'intention de l'associé qui effectue sa mise n'est pas d'en transférer la propriété à l'associé qui la reçoit, mais de la mettre en commun, pour qu'elle soit employée à l'usage convenu entre les parties. Si cet emploi n'est pas possible, la mise demeure sans cause entre les mains de celui qui l'a reçue.

S'il y a eu des bénéfices réalisés ou des pertes éprouvées et si la

(1) Par exception, une société peut être constituée pour l'acquisition et pour l'exploitation d'une charge d'agent de change. Loi du 2 juillet 1862, article, 75, C. com.

Source BIU Cujas

répartition en a été faite entre les associés, rien ne peut y être changé. Mais s'il n'y a pas eu de répartition, les associés n'ont pas d'action les uns contre les autres pour la faire opérer parce qu'une pareille action impliquerait la validité de la société.

La nullité de la société ayant un objet illicite peut être invoquée soit par les associés eux-mêmes, soit par les tiers. Ceux-ci, quand la nullité est demandée contre eux, ne sauraient prétendre qu'elle ne leur est pas opposable ; en général, ils ont connu ou dû connaître le caractère illicite de l'objet de la société.

112. *Détermination des parts des associés dans les bénéfices et dans les pertes.* — Au point de vue de la répartition des bénéfices et des pertes, des règles spéciales régissent la société. Les associés doivent avoir chacun droit à une certaine part dans les bénéfices et supporter une portion des pertes, en même temps qu'ordinairement, lors de la dissolution de la société, ils ont droit à une portion de l'actif de la société. Ce droit de participer aux bénéfices et de prendre une part dans l'actif avec l'obligation corrélative de supporter une portion des pertes constitue une *part d'associé*. Selon une distinction qui sera faite plus loin et que consacre l'art. 529, C. civ., une part d'associé est tantôt un *intérêt*, tantôt une *action* (nos 168 et 169).

113. Quelle est la part de chaque associé dans les bénéfices et dans les pertes? En principe général, les associés peuvent, dans l'acte de société, fixer, comme bon leur semble, la répartition des bénéfices et des pertes. Cette liberté subit seulement deux restrictions indiquées par l'art. 1855, C. civ.

a. Il ne peut pas être convenu que la totalité des bénéfices appartiendra à un associé (art. 1855, al. 1) : il y aurait là ce que, par souvenir du lion de la fable, on appelle une *société léonine*.

b. Chaque associé doit contribuer aux pertes, en ce sens qu'il doit risquer au moins de perdre son apport.

Pour bien déterminer comment se répartissent les bénéfices et les pertes, il y a lieu de distinguer avec la loi trois cas différents.

114. *1er cas. L'acte de société même fixe la répartition à faire des bénéfices et des pertes.* — Les clauses relatives à cette répartition sont valables par cela seul que les deux prohibitions de l'art. 1855, C. civ., sont respectées. Rien n'empêche, par exemple,

Source BIU Cujas

d'attribuer à un associé dans les bénéfices une part différente de celle qu'il supporte dans les pertes. Mais il y a là quelque chose d'exceptionnel ; aussi, quand on a fixé la part des associés dans les bénéfices sans rien exprimer quant aux pertes, doit-on admettre que la volonté des parties a été que les pertes se répartiraient de la même façon.

Que décider si l'acte de société contient une clause violant l'une des deux prohibitions de l'art. 1855, C. civ.? On a soutenu que la clause seule est nulle et qu'en laissant subsister le contrat de société, il faut répartir les pertes et les bénéfices comme on le fait en cas de silence des statuts (n° 115) ; cette opinion peut invoquer le texte de l'art. 1855 qui parle de la nullité de la *stipulation* ou de la *convention* prohibée. Cependant elle doit être rejetée. Il y a un lien intime entre les différentes clauses d'un contrat de société, on ne peut pas, sans risquer de méconnaître la volonté des parties, en annuler certaines et conserver les autres. Peut-être la clause dont il s'agit a-t-elle déterminé les parties à s'associer ; elle doit donc entraîner la nullité de la société entière.

115. *2me cas.* — L'acte de société est muet sur la répartition des bénéfices et des pertes. Ce cas est très rare : quand il se présente, la part de chaque associé est proportionnelle à la valeur de sa mise, art. 1853, al. 1, C. civ. ; c'est là une interprétation équitable de la volonté des parties.

En cas de difficulté, c'est au juge à évaluer les mises des associés. Toutefois la loi elle-même évalue l'apport de l'associé qui n'apporte que son industrie, en le considérant comme égal à la mise de celui des associés qui a le moins apporté, art. 1853, al. 2. Si donc il y a trois associés dont le premier apporte 200,000 fr. et le second 100,000 fr. alors que le troisième apporte seulement son industrie, la loi considère l'apport du troisième comme valant seulement 100,000 fr.

Cette disposition légale est arbitraire. Elle doit donc être restreinte rigoureusement au cas qu'elle prévoit, celui où un associé n'apporte que son industrie, tandis que d'autres font des apports d'une autre nature. Ainsi l'art. 1853, al. 2, C. civ., doit être écarté quand un associé apporte autre chose avec son industrie ou quand chaque

Source BIU Cujas

associé n'apporte que son industrie. Dans ces cas, à défaut d'entente entre les associés, le juge aurait à fixer en toute liberté la valeur de l'apport de chacun.

116. *3me cas.* — Il se peut que les associés s'en rapportent à l'un d'eux ou à un tiers pour la répartition des bénéfices et des pertes ; ce cas très rare est prévu par l'art. 1854, C. civ. Le règlement fait par la personne désignée ne peut être attaqué que lorsqu'il est *évidemment contraire à l'équité ;* il y a alors une sorte de rescision pour lésion énorme. L'action en nullité, même dans ce cas, est repoussée, quand le règlement a reçu un commencement d'exécution ou quand il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée en a eu connaissance (art. 1854, al. 2). Dans le premier cas, il n'y a qu'une application du droit commun (art. 1338, al. 2 et 3, C. civ.) ; dans le second, il y a dérogation à l'art. 1304, C. civ., qui fixe, en principe, à dix ans la durée des actions en nullité ou en rescision.

117. *Différences entre la société et l'indivision.* — Il ne faut pas confondre la société avec la communauté ou indivision. Il y a entre elles une certaine ressemblance : elles supposent également des personnes ayant des intérêts communs ; mais il y a aussi entre elles de notables différences.

La société est un contrat. Ce contrat est à titre onéreux, synallagmatique et commutatif. L'indivision peut, sans doute, résulter d'un contrat, mais elle se produit souvent sans contrat. Le premier cas se réalise, par exemple, quand plusieurs personnes achètent un bien en commun ; le second lorsqu'une succession est dévolue à plusieurs héritiers. Aussi la communauté ou indivision est-elle rangée parmi les quasi-contrats.

Les associés se proposent d'exploiter le fonds social pour en tirer des bénéfices. L'état d'indivision n'implique pas un but de spéculation ; l'esprit qui anime les parties est tout passif ; chacun ne considère que son intérêt personnel. Aussi l'état d'indivision est-il la cause fréquente de contestations à raison desquelles la loi permet à tout copropriétaire de réclamer le partage (art. 815, C. civ.). Ce droit n'existe pas pour les coassociés ; il serait la destruction même de la société.

Source BIU Cujas

Au surplus, si parfois les biens sociaux sont indivis entre les associés, il est loin d'en être toujours ainsi. Dans un grand nombre de sociétés, ces biens sont considérés comme appartenant non par indivis aux associés, mais à la société considérée comme une personne morale distincte des associés (V. n° 122).

B. — *Notions générales sur les différentes espèces de sociétés.*

118. On peut diviser les sociétés de plusieurs manières selon le rapport sous lequel on les considère.

Sociétés universelles et particulières. — En s'attachant à l'étendue des apports faits par les associés, le Code civil (art. 1835) distingue les sociétés universelles et les sociétés particulières (V. art. 1836, 1837, 1838, 1841, 1842).

Il y a deux sortes de sociétés universelles, la société *de tous biens présents* et la société *universelle de gains*. Dans la première, les parties mettent en commun tous leurs biens présents meubles et immeubles et les profits à en tirer; dans la seconde, elles réunissent tout ce qu'elles acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société, les meubles actuels de chaque associé et la jouissance de leurs immeubles.

La société particulière, au contraire, est celle qui ne s'applique qu'à certains biens particuliers, ou à leur usage ou aux fruits à en percevoir. Quelle que soit, du reste, l'importance des apports des associés, le Code civil range aussi sous la qualification de sociétés particulières, celles qui sont formées pour une entreprise désignée ou pour l'exercice de quelque art ou profession.

Il résulte de là que les sociétés universelles sont très rares et que toutes les sociétés de commerce sont des sociétés particulières (art. 1842).

119. Sociétés civiles et sociétés commerciales. — Cette distinction a une grande importance pratique. A quels points de vue est-elle utile à faire? A quoi faut-il s'attacher pour la faire?

La distinction est importante notamment aux points de vue suivants :

a. Les contestations entre associés sont de la compétence du tri-

Source BIU Cujas

bunal civil ou du tribunal de commerce, selon que la société est civile ou commerciale (art. 631-2°, C. com.).

b. Les sociétés de commerce peuvent seules être déclarées en faillite, de même que les individus commerçants sont seuls soumis à la faillite.

c. Les sociétés commerciales constituent, en général, des personnes morales, tandis qu'en principe, les sociétés civiles ne jouissent pas de la personnalité (n° 123).

120. Pour distinguer les sociétés civiles des sociétés commerciales, c'est à la nature des opérations faites par elles qu'on doit s'attacher : ainsi, une société constituée pour acheter et revendre des marchandises ou des denrées est commerciale ; au contraire, une société formée pour acheter et revendre des immeubles ou pour exploiter des mines est une société civile. La loi n'indique pas ce *criterium*, mais il est naturel de s'attacher, pour distinguer les sociétés civiles des sociétés de commerce, au même principe que pour distinguer les individus non-commerçants des individus commerçants. Il sera expliqué plus loin que les sociétés civiles peuvent revêtir l'une des formes réglementées par le Code de commerce et par la loi du 24 juillet 1867 et qu'on appelle parfois pour cette raison *formes commerciales ;* l'adoption de ces formes laisse aux sociétés leur caractère de sociétés civiles. Il va de soi que l'on ne doit s'attacher ni à la qualification de civile ou de commerciale donnée à la société par les associés, ni à la profession personnelle de ceux-ci.

121. *Différentes sortes de sociétés de commerce.* — Les sociétés de commerce ne sont pas toutes régies par les mêmes règles; il y a entre elles des différences notables spécialement au point de vue, soit de l'étendue des obligations des associés envers les créanciers sociaux, soit de la faculté pour les associés de céder leurs parts et de se substituer d'autres personnes dans la société.

On peut distinguer 5 sortes de sociétés de commerce : *la société en nom collectif, la société en commandite simple* ou *par intérêts, la société en commandite par actions, la société anonyme, la société en participation.*

Dans la société en nom collectif, les associés sont tenus *in infinitum* et solidairement des dettes sociales. Cette société étant par là

Source BIU Cujas

même formée *intuitu personæ*, un associé ne peut, sans le consentement des autres, se substituer une autre personne en cédant sa part sociale.

Dans les sociétés anonymes, aucun associé n'est responsable des dettes sociales au-delà de son apport promis ou réalisé. La considération des personnes ne joue nul rôle dans ces sociétés; aussi chaque associé peut-il céder sa part à une personne qui vient se substituer complètement à lui.

Dans les sociétés en commandite, il y a deux classes d'associés : les uns appelés *commandités* sont tenus sur tous leurs biens des dettes sociales comme les associés en nom collectif; les autres appelés *commanditaires* ou *bailleurs de fonds* ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises. La société est qualifiée de *commandite par intérêts* quand les commanditaires ne peuvent se substituer des cessionnaires de leurs parts; quand, au contraire, la faculté de cession existe à leur profit, elle est appelée *commandite par actions* (n° 169).

La société en participation diffère profondément de toutes les autres en ce qu'elle ne se manifeste pas au public. Les associés y agissent individuellement comme s'il n'y avait pas de société entre eux; tandis que les autres sociétés de commerce se révèlent à l'extérieur, ce sont les associés agissant en leur nom personnel qui font les opérations sociales. Tel est, du moins selon l'opinion la plus générale, le caractère qui distingue la participation des autres sociétés (n° 308).

L'art. 19, C. com., ne cite que trois sortes de sociétés parce qu'il comprend les deux sortes de sociétés en commandite sous une seule dénomination et qu'il ne mentionne pas les sociétés en participation, dont il est seulement question dans les art. 47 à 50, C. com.

La loi du 24 juillet 1867 (art. 48 à 54) parle encore des *sociétés à capital variable*. Il n'y a pas là une espèce distincte de société; c'est plutôt une modalité qui peut affecter les diverses sociétés; toutes, à l'exception des sociétés en participation, peuvent être à capital variable (L. de 1867, art. 48).

122. De la personnalité des sociétés de commerce. — Toutes les sociétés de commerce, à l'exception des participations, forment

Source BIU Cujas

des *personnes morales* (on dit aussi *personnes civiles*), c'est-à-dire qu'elles sont considérées en droit comme ayant une personnalité distincte de celle des associés; elles ont ainsi un actif et un passif qui sont séparés de l'actif et du passif de chaque associé. Aucun texte de loi n'admet expressément la personnalité des sociétés de commerce; elle était admise dès le Moyen-âge par les auteurs et quelques dispositions de nos lois en supposent la reconnaissance, en édictant des règles qui ne sont que des conséquences pratiques du principe de la personnalité.

Quelles sont les conséquences de la personnalité des sociétés de commerce? Les unes sont indiquées par la loi même, les autres se déduisent logiquement de l'idée sans être écrites nulle part.

1. Les associés ne sont pas copropriétaires par indivis du fonds social; il appartient à la société.

2. Le droit des associés est mobilier, quand même la société serait propriétaire d'immeubles (art. 529, C. civ.). C'est à elle, en effet, et non aux associés individuellement que ces immeubles, comme tous les biens sociaux, appartiennent; le droit des associés, pendant la durée de la société, se réduit à une part dans les bénéfices.

De là il faut conclure :

a. Que la part d'un associé se mariant sous le régime de la communauté légale tombe dans l'actif commun, quelle que soit la nature des biens de la société.

b. Que, quand un associé meurt ayant fait un legs de ses meubles et un autre legs de ses immeubles, sa part sociale appartient au légataire des meubles.

c. Que l'hypothèque légale de la femme ou du pupille d'un associé ne frappe pas les immeubles sociaux.

3. Quand une société a un procès, tous les associés n'y figurent pas en nom, le représentant de la société est seul en cause et, si la société est défenderesse, il suffit qu'un seul exploit d'ajournement soit signifié au siège social (art. 69 § 6, C. proc. civ.). C'est là une grande simplification qui économise des frais.

4. Quand il y a plusieurs défendeurs, le demandeur peut les assigner tous devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à son choix. Quand une société est défenderesse, il n'y a pas plusieurs défen-

Source BIU Cujas

deurs, mais un seul; le procès ne peut être porté devant le tribunal du domicile de l'un des associés, mais devant celui du siège social (art. 59, C. proc. civ.).

5. Par cela même qu'en cas de procès intenté contre une société de commerce, il n'y a pas pluralité de défendeurs, le préliminaire de conciliation est exigé, à moins bien entendu qu'il ne s'agisse d'un procès commercial qui exclut ce préliminaire, à raison de sa nature même.

6. La société de commerce peut être déclarée en faillite, c'est une personne morale commerçante, art. 438, al. 2 et 530, C. com. La déclaration de faillite de la société entraîne-t-elle celle des associés? Il n'en est ainsi, comme cela sera expliqué, que pour les associés tenus des dettes sociales sur tous leurs biens.

7. Les créanciers d'une personne n'ayant un droit de gage général que sur les biens de leur débiteur, les créanciers personnels des associés n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens de la société qui n'appartiennent pas à leur débiteur; l'actif social sert de gage exclusif aux créanciers sociaux. Ainsi les créanciers sociaux n'ont pas à souffrir, en ce qui concerne leurs droits sur les biens de la société, de l'insolvabilité personnelle des associés. C'est là une des conséquences les plus importantes de la personnalité des sociétés de commerce, peut-être est-ce en vue de cette conséquence qu'elle a été admise. Cela donne plus de crédit aux sociétés.

8. Pour qu'il y ait compensation légale, il faut que deux personnes soient respectivement créancières l'une de l'autre. Quand un tiers est créancier de la société et débiteur d'un des associés, la société ne peut pas opposer la compensation même jusqu'à concurrence de la part sociale de cet associé. A l'inverse, quand un tiers est débiteur de la société et créancier d'un des associés, le tiers ne peut pas opposer la compensation à la société même jusqu'à concurrence de la part de cet associé.

Faut-il assimiler la société de commerce à une personne physique même au point de lui reconnaître la capacité de recevoir des donations entre-vifs ou des legs? La question est discutée. On a soutenu la négative en disant que les sociétés ne doivent être consi-

Source BIU Cujas

dérées comme des personnes que dans la mesure où cela est nécessaire pour leur permettre d'atteindre leur but et pour leur procurer du crédit et que la capacité de recevoir des libéralités ne peut leur servir de rien à ce point de vue. Cette solution est arbitraire. Par cela même que les sociétés de commerce sont des personnes morales, elles doivent jouir de tous les droits qui appartiennent aux personnes physiques, dès l'instant où ils ne sont pas incompatibles avec leur caractère d'êtres purement fictifs. Il est, du reste, fort utile et parfois nécessaire à une société de commerce, au point de vue du but qu'elle se propose, que son capital soit augmenté par des legs ou par des donations. Il est vrai qu'alors, à la différence des établissements d'utilité publique (art. 910, C. civ.), elles peuvent recevoir des libéralités sans aucune autorisation administrative. Mais cela ne doit pas étonner. Notre législation favorise précisément les sociétés commerciales, c'est ainsi qu'elle leur accorde d'une façon générale la personnalité sans exiger une autorisation individuelle pour chacune d'elles, comme elle l'exige pour les établissements d'utilité publique.

123. *Les sociétés civiles sont-elles des personnes morales ?* — Il a été soutenu que toutes les sociétés civiles, comme les sociétés de commerce, sont des personnes morales. On a prétendu, en effet, que tel aurait déjà été le système soit du droit romain, soit de l'ancien droit français, et que ce système est implicitement consacré par plusieurs dispositions du Code civil (art. 1845, 1850, 1852, 1855, 1859, 1867) qui parlent des rapports des associés avec *la société* et non avec les autres associés. Enfin on argumente en ce sens des art. 1860 et 529 du même Code. L'art. 1860 dispose qu'un associé ne peut pas aliéner les biens de la société même pour une portion correspondant à sa part; cela, dit-on, ne se comprendrait pas si les associés étaient dans une société civile copropriétaires du fonds social. Enfin l'art. 529, C. civ., qui consacre une conséquence certaine de la personnalité des sociétés, est appliqué expressément aux sociétés de mines (L. 21 avril 1810, art. 8, al. dern.), dont le caractère civil n'est pas douteux.

Il faut, au contraire, refuser, en principe, aux sociétés civiles le bénéfice de la personnalité : celle-ci constitue une fiction qui ne

Source BIU Cujas

peut être admise en l'absence de textes positifs. Le droit romain, à défaut d'une autorisation législative spéciale, n'admettait la personnalité que pour certaines sociétés privilégiées. Rien n'avait été changé à cela dans l'ancien droit : Pothier dit que les associés « rendent « communes entre eux les choses qu'ils apportent à la société. » L'admission de la personnalité des sociétés civiles serait donc une grande innovation ; elle n'est formulée par aucun texte et n'est même pas supposée par les dispositions qu'on invoque en sa faveur. Si divers articles du Code civil parlent de la *société*, il y a là seulement une expression abrégée destinée à désigner les associés au point de vue de leurs intérêts communs et non de leurs intérêts individuels. Ce qui le prouve, c'est que ce mot est employé seulement quand il s'agit des rapports des associés entre eux et que le mot *associés* reparaît pour les rapports avec les tiers (art. 1862 et suiv., C. civ.). Quant à l'art. 1860, il s'explique sans l'idée de personnalité. Un associé ne doit rien faire qui entrave les opérations de la société dont il est membre ; ce pourrait être là le résultat de l'aliénation faite par un associé de sa part dans un bien de la société ; il n'y a là qu'une conséquence de la règle générale contenue dans l'art. 1859-2°, C. civ. Enfin, l'application de l'art. 529, C. civ., aux sociétés de mines par la loi du 21 avril 1810 se justifie même dans notre doctrine, comme cela sera expliqué plus bas (n° 318). Il faut ajouter que l'art. 69, § 6, C. proc. civ., qui tire une conséquence de la personnalité des sociétés, dispose que *les sociétés de* COMMERCE *sont assignées, tant qu'elles existent, en leur maison sociale;* cela implique que les membres d'une société civile doivent être tous actionnés et que, par conséquent, cette société n'est point une personne morale.

On ne saurait toutefois refuser la personnalité aux sociétés civiles sans exception. Il y a des sociétés civiles qui constituent des personnes morales. Ce sont :

a. Les sociétés civiles à capital variable, art. 53, L. 24 juillet 1867.

b. Les sociétés civiles qui ont revêtu une forme commerciale (V. ci-après, n° 318).

Il n'y a à parler ici ni des associations syndicales constituées pour les travaux agricoles ni des syndicats professionnels qui for-

Source BIU Cujas

ment des personnes morales. Ce ne sont pas des sociétés dans le sens de l'art. 1832, C. civ. (n° 101).

Section II. — De la constitution et du fonctionnement des différentes espèces de sociétés.

I. — DES SOCIÉTÉS EN NOM COLLECTIF.

Textes : Code de commerce, art. 20 à 22; L. 24 juillet 1867, art. 55 et suiv.

124. La société en nom collectif est la plus simple et la plus fréquente des sociétés de commerce (1). C'est celle qui se rapproche le plus des sociétés civiles, telles qu'elles sont réglées par le Code civil.

Il y a lieu de rechercher : A. Quels sont les caractères distinctifs de la société en nom collectif; B. Quelles sont les conditions exigées pour sa formation; C. Quelles sont les règles relatives à son fonctionnement.

A. — *Des caractères distinctifs de la société en nom collectif.*

125. La société en nom collectif est une société dans laquelle les associés font le commerce sous une raison sociale et sont tous tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (art. 20 et 22, C. com.). On peut ainsi réduire à deux les caractères distinctifs de la société en nom collectif :

1. La société fait le commerce sous une raison sociale. Ce n'est pas là, bien que l'art. 20, C. com., paraisse le dire, le seul caractère distinctif de la société en nom collectif; car, la société en commandite a également une raison sociale (V. n° 150).

2. Tous les associés sans exception sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens et solidairement. Il y a sans doute une autre société dans laquelle on trouve des associés qui sont ainsi tenus des dettes sociales, c'est la société en commandite, mais cela n'est vrai que de certains associés, des commandités et non pas des commanditaires.

(1) Ainsi en 1883, sur un total de 4691 sociétés de commerce constituées en France, 3658 étaient en nom collectif.

Source BIU Cujas

126. Dans les sociétés en nom collectif, les associés se choisissant personnellement à raison de la confiance qu'ils ont les uns dans les autres, l'*intuitus personæ* domine. De là résultent plusieurs conséquences.

a. La mort d'un associé, son interdiction, sa faillite dissout la société. Il peut toutefois être convenu que la société subsistera malgré la mort ou la faillite d'un associé, art. 1865 et 1868, C. civ. V. nos 330 et suiv.

b. Un associé ne peut, en cédant sa part sociale, se substituer complètement une autre personne dans la société sans le consentement de tous les associés. En outre, cette cession doit être rendue publique, afin d'avertir les tiers que les personnes tenues des dettes sociales ont été changées.

Il serait sans doute possible qu'un associé cédât sa part à une autre personne sans le consentement de ses coassociés. Alors le cessionnaire ne serait pas substitué au cédant dans les rapports avec la société ou avec les tiers; une pareille cession n'aurait d'effets qu'entre l'associé cédant et le cessionnaire. Le cédant demeurant obligé envers la société et les tiers, le cessionnaire devrait seulement rembourser au cédant ses déboursés comme le cédant devrait remettre au cessionnaire sa part dans les bénéfices.

Parfois un associé en nom collectif ne cède sa part sociale que pour partie; on qualifie alors le cessionnaire de *croupier*, il voyage, pour ainsi dire, derrière son cédant. C'est en parlant du croupier qu'en droit romain l'on disait : *socii mei socius socius meus non est* (L. 20, Digeste, XVII, 2, *Pro socio*). V. art. 1861, C. civ. Ce cas se présente quand un associé en nom collectif est marié sous le régime de la communauté. Celle-ci a le rôle d'un *croupier*.

127. De la raison sociale. — La raison sociale est le nom d'un associé ou la réunion des noms soit de tous les associés soit de plusieurs d'entre eux, à l'aide de laquelle on désigne la société comme être moral distinct des associés. Tous les noms des associés n'y sont pas nécessairement compris. Seulement alors on indique par l'adjonction des mots *et compagnie* qu'il y a des associés dont les noms ne figurent pas dans la raison sociale. Cette adjonction est indispensable quand il n'y a dans la raison sociale que le nom d'un seul associé.

Source BIU Cujas

Si les noms de tous les associés ne figurent pas nécessairement dans la raison sociale, du moins les noms des associés seuls peuvent la composer (art. 21, C. com.). Autrement les tiers seraient induits en erreur par la raison sociale, ils considéreraient comme associés et, par suite, comme obligés des individus ne faisant pas partie de la société.

Il y aurait escroquerie de la part des associés véritables à introduire dans la raison sociale des noms de personnes non associées (art. 405, C. pén.) ; peu importerait même que ces noms fussent purement imaginaires. Si les tiers dont les noms ont été ainsi insérés indûment dans la raison sociale le savaient, ils pourraient être poursuivis comme complices de l'escroquerie et, à titre de dommages-intérêts, être condamnés comme s'ils étaient réellement associés en nom collectif.

Aussi, quand un associé dont le nom figure dans la raison sociale, vient à mourir ou se retire, si, malgré cela, la société continue entre les autres associés, le nom de l'associé qui est décédé ou qui s'est retiré doit disparaître. Mais, en fait, on ne se conforme pas toujours à cette règle.

Il faut bien distinguer de la raison sociale l'enseigne, mode de désignation tiré de la nature même du commerce fait par la société (Banque de Nancy, Forges de Chatillon, etc...) ou dénomination de pure fantaisie (la Belle Jardinière). L'enseigne est indépendante des personnes qui sont membres de la société. Elle subsiste, encore que des associés viennent à mourir, et elle peut se transmettre avec le fonds exploité par une société.

B. — *Des conditions de la formation de la société en nom collectif.*

128. Il y a des conditions de fond et des conditions de forme.

Pour les premières, il suffit de renvoyer aux règles posées plus haut sur l'objet des sociétés et sur la capacité des parties (nos 106 et suiv.). Au sujet de la capacité, il a été admis précédemment qu'un mineur (no 54) et une femme mariée (no 64) autorisés à faire le commerce ne peuvent pas par cela même s'associer en nom collectif : une autorisation spéciale leur est nécessaire à cet égard.

129. Preuve. — Le Code de commerce a réglé la preuve de la

Source BIU Cujas

société en nom collectif; pour comprendre ce que sa disposition sur ce point a de spécial, il faut rappeler les règles du Code civil sur la preuve des sociétés civiles : d'après l'art. 1834, *toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs.* Il y a là une application de l'art. 1341, C. civ.; la preuve testimoniale est seule exclue avec les présomptions de fait (art. 1353, C. civ.) ; la preuve par l'aveu ou par le serment est admise. Il en serait même ainsi de la preuve par témoins, s'il y avait un commencement de preuve par écrit (art. 1347, C. civ.). Pour que la preuve par témoins soit écartée, il faut que *l'objet de la société* excède 150 francs; il s'agit ici non du but de la société comme dans l'art. 1833, al. 1, C. civ., mais de la réunion des apports des associés. Il résulte de là qu'il est fort rare dans une société civile que la preuve testimoniale soit admise; on ne trouve guère de cas où les apports réunis des associés ne dépassent pas 150 francs.

Par dérogation à l'art. 109, C. com., qui, en matière commerciale, admet tous les moyens de preuve, le Code de commerce exige un écrit pour la société en nom collectif, comme pour toutes les sociétés de commerce autres que la participation, art. 39. Cela ne signifie pas assurément que la société en nom collectif est un acte solennel, mais bien qu'elle ne peut pas être prouvée par témoins ou par présomptions de fait, quelque minime que soit l'intérêt en cause.

La nécessité d'un écrit ne peut entraver la constitution des sociétés de commerce qui ne se fait pas avec la même rapidité que les opérations commerciales usuelles. En outre, les questions litigieuses relatives aux sociétés offrent souvent des complications qui seraient encore aggravées par l'emploi de la preuve testimoniale.

L'écrit peut être indifféremment un acte authentique ou un acte sous seing privé et, dans ce dernier cas, il doit être dressé autant d'exemplaires qu'il y a d'associés (art. 39, C. com. et 1325, C. civ.): il faut, en outre, deux exemplaires pour les formalités de publicité, V. ci-après, n° 131.

Par cela même qu'un écrit n'est exigé que *ad probationem* et pour exclure la preuve testimoniale, on peut recourir à l'aveu ou au serment. Mais dès qu'il n'y a pas d'écrit, la preuve ainsi faite n'a pas d'utilité sérieuse, par cela même que les formalités de publi-

Source BIU Cujas

cité exigées par la loi, qui présupposent nécessairement un écrit, n'ont pas été observées et que, par suite, la société peut être annulée, ainsi qu'il va être expliqué.

Par application de l'art. 1341, 2e alin., C. civ., le Code de commerce (art. 41) exclut la preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes de société, sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis.

Du reste, ces règles concernant la preuve ne s'appliquent pas aux tiers ; dès qu'ils sont intéressés à prouver l'existence de la société ou de quelque clause contenue dans le contrat de société, ils peuvent le faire par tous les moyens : on ne peut leur reprocher de ne pas produire un écrit.

130. Publicité des sociétés en nom collectif. — La loi ne se borne pas à exiger un écrit pour les sociétés en nom collectif ; elle prescrit encore pour elles, comme, du reste, pour toutes les sociétés de commerce autres que les participations, l'accomplissement de formalités de publicité destinées à porter à la connaissance des tiers l'existence de la société, la création d'une nouvelle personne morale et celles des clauses de l'acte de société qu'ils ont intérêt à connaître. Les sociétés de commerce ont des rapports continuels avec le public; il faut qu'il soit éclairé sur la durée de ces sociétés, sur leur nature, sur les pouvoirs des personnes chargées d'agir pour elles, etc., sans avoir besoin de se faire représenter constamment l'acte de société. Ces formalités de publicité sont d'une grande importance; elles sont prescrites à peine de nullité de la société.

Les formalités de publicité organisées par les art. 42-46, C. com., ont été modifiées par la loi du 24 juillet 1867 (art. 55 et suiv.) qui a eu pour but de les simplifier, de les rendre plus efficaces et moins onéreuses et de les ramener à un système unique et applicable à toutes les sociétés de commerce.

131. Les formalités de publicité sont au nombre de deux : *a.* le dépôt aux greffes du tribunal de commerce et de la justice de paix de l'acte de société ; *b.* la publication d'un extrait de cet acte dans les journaux d'annonces légales.

a. Dans le mois de la constitution de la société, un double de l'acte de société, s'il est sous seing privé, ou une expédition, s'il

Source BIU Cujas

est authentique, doit être déposé au greffe du tribunal de commerce et au greffe de la justice de paix du siège de la société (L. 24 juillet 1867, art. 55).

b. Dans le même délai d'un mois, un extrait de l'acte de société doit être publié dans un journal d'annonces légales (L. 24 juillet 1867, art. 56).

L'art. 57 énumère ce que cet extrait doit contenir. Il mentionne :

1. Les noms des associés,
2. La raison de commerce (ou raison sociale),
3. Le siège social,
4. Les noms des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société,
5. L'époque où la société commence et celle où elle doit finir,
6. La date du dépôt fait au greffe,
7. La nature de la société (art. 58).

L'extrait est signé, si l'acte de société est authentique, par le notaire qui l'a reçu et, dans le cas contraire, par les associés (art. 60, L. 1867).

Lorsqu'une société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, le dépôt de l'acte de société et la publication d'un extrait ont lieu dans chacun des arrondissements ; dans les villes divisées en plusieurs arrondissements (comme Paris et Lyon), ces formalités ne sont remplies que dans l'arrondissement où la société a son principal établissement (L. 1867, art. 59).

132. Les actes de société ne doivent pas être seuls publiés dans ces formes. La loi soumet aux mêmes formalités les actes et délibérations des associés modifiant les statuts (L. de 1867, art. 61). Ce n'est pas à dire que la publication de toutes les modifications est prescrite; l'art. 61 énumère celles qui doivent être rendues publiques : il mentionne à ce titre les actes ayant pour objet 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'associés et tout changement à la raison sociale. Mais il ne aut pas se méprendre sur la portée exacte de l'art. 61 et considérer son énumération comme limitative. Deux observations doivent être aites à cet égard.

Source BIU Cujas

a. Tout acte apportant une modification *quelconque* aux statuts doit être déposé aux greffes. Car l'acte de société devant y être déposé en entier, le dépôt ne serait pas complet, si, quand l'acte de société est modifié, l'acte modificatif n'était pas déposé.

On doit reconnaître que, par suite d'une singulière distraction du législateur, le dépôt de l'acte de société et des modifications y apportées n'a pas grande utilité pratique; la loi de 1867 a omis de prescrire aux greffiers de communiquer au public les actes ainsi déposés.

b. La publication par voie d'extrait dans les journaux d'annonces légales est nécessaire non seulement pour les modifications énumérées dans l'art. 61, mais encore pour toutes celles qui ont trait aux clauses de l'acte de société dont la mention dans l'extrait est prescrite par l'art. 57 (modification du siège social, changement du gérant, etc.).

133. *Sanction des formalités de publicité.* — Le défaut de publicité peut se produire, soit pour l'acte même de société, soit pour les actes qui le modifient.

Le défaut de dépôt au greffe ou d'insertion d'un extrait de l'acte de société dans les journaux entraîne la nullité de la société, art. 56, al. 3. La loi ne prononçant, au contraire, la nullité de la société, ni à raison de ce que l'acte n'a pas été déposé aux greffes des tribunaux de toutes les succursales et publié dans les journaux de tous les arrondissements où ces succursales sont situées, ni à raison de ce que l'acte déposé n'est pas signé par le notaire ou par les associés (art. 59 et 60), on ne saurait déclarer la société nulle pour l'absence d'une de ces formalités qui sont secondaires.

Mais que décider de l'omission dans l'extrait à insérer dans les journaux de quelqu'une des indications mentionnées dans les art. 57 et 58 de la loi de 1867 ? Cette omission a une gravité incontestable, puisque des clauses intéressant le public demeurent secrètes. Entraîne-t-elle la nullité de la société elle-même ou seulement celle de la clause non publiée ? Il paraîtrait exorbitant que l'omission d'une simple clause des statuts entraînât la nullité de la société. Elle doit avoir seulement pour conséquence de rendre non opposable aux tiers la clause omise. Ainsi, quand la gestion a été confiée par les statuts à un seul associé, les actes faits par un autre associé n'obligent point, en principe, la société. Mais il en doit être autrement

Source BIU Cujas

lorsque la clause des statuts confiant la gestion à un seul associé n'a pas été dûment publiée; elle n'est pas opposable aux tiers, de telle sorte que les autres associés eux-mêmes peuvent obliger la société. V. cependant, n° 133 *bis*, page 104.

L'art. 56 *in fine* de la loi du 24 juillet 1867 reproduisant sur ce point la disposition de l'art. 42, C. com., dispose que les formalités de publicité sont prescrites *à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais que le défaut d'aucune d'elles ne peut être opposé aux tiers par les associés.* La règle générale est donc que tous les intéressés peuvent invoquer la nullité pour défaut de publicité; une seule exception est apportée à cette règle, les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les tiers. Ainsi un associé ne pourrait soutenir efficacement qu'il n'a pas été obligé par les actes du gérant à raison de ce que la société est nulle pour défaut de publicité. Les associés ne peuvent légitimement invoquer une négligence qu'ils ont commise.

Il importe de déterminer quelles personnes rentrent ou non dans la règle générale. Plusieurs difficultés s'élèvent à cet égard.

133 *bis*. Les *créanciers sociaux* sont évidemment au nombre des intéressés ayant le droit d'invoquer la nullité. Ils ont intérêt spécialement à faire considérer comme non avenues à leur égard les clauses des statuts qui restreignent les pouvoirs du gérant ou ne confient la gestion qu'à un seul associé, lorsqu'on veut les leur opposer, bien qu'elles n'aient pas été publiées. Mais, ils n'ont pas d'intérêt à faire annuler la société, par cela même que, grâce à son existence, ils peuvent se faire payer sur les biens sociaux à l'exclusion des créanciers personnels des associés (n° 122-7°).

Au contraire, les associés ne peuvent se prévaloir de la nullité contre les créanciers sociaux, qui sont des tiers dans le sens de l'article 56 de la loi de 1867.

Mais les associés peuvent-ils du moins s'opposer dans leurs rapports entre eux la nullité de la société? On l'a nié autrefois en disant soit que la publicité est organisée dans l'intérêt des tiers et non des associés, soit que tous les associés étant également en faute, il serait injuste que quelques-uns profitassent de la faute commune au préjudice des autres. Cette opinion a définitivement succombé. Les

Source BIU Cujas

associés ont intérêt à invoquer la nullité. Ils sont donc compris dans la règle générale de l'art. 56 de la loi de 1867. Il ne serait pas raisonnable que la loi les obligeât à rester dans une société dont la nullité peut être à chaque instant demandée par des tiers. Il est juste et utile qu'ils puissent demander à sortir d'une situation aussi instable. Mais ce motif même doit faire restreindre dans les rapports entre les associés les effets de la nullité. En ce qui les concerne, elle ne doit avoir d'effets que dans l'avenir; dans le passé la société a existé entre eux, au moins comme une société de fait; à leur égard, la nullité opère comme une dissolution. Il résulte de cette doctrine consacrée par les arrêts que la liquidation doit se faire conformément aux clauses des statuts.

A certains égards, le droit des associés dans leurs rapports entre eux est plus étendu que celui des tiers. Il a été dit plus haut (n° 133) que l'omission dans l'extrait publié par les journaux d'une clause des statuts ne peut être invoquée par les créanciers sociaux comme entraînant la nullité de la société elle-même, que cette clause seule doit être réputée non avenue à l'égard des tiers. Il semble juste, au contraire, de reconnaître aux associés le droit d'invoquer la nullité de la société dans leurs rapports entre eux. Dans un contrat de société, toutes les clauses se tiennent. Un associé peut légitimement alléguer qu'il a été déterminé par une clause à s'associer et qu'il ne veut pas rester dans une société dans laquelle cette clause est inopposable aux tiers.

Il va de soi que les *créanciers personnels d'un associé* peuvent, en vertu de l'art. 1166, C. civ., en exerçant les droits de leur débiteur, invoquer la nullité pour défaut de publicité contre les autres associés. Mais faut-il même autoriser les créanciers personnels d'un associé à se prévaloir de la nullité contre les créanciers sociaux? La question est très délicate. L'intérêt des créanciers personnels à faire annuler la société contre les créanciers sociaux est évident. Si la société est annulée, il n'y a plus de fonds social sur lequel ils puissent se faire payer à l'exclusion des créanciers personnels des associés; les biens mis en société sont partagés entre les associés, et sur ces biens les créanciers personnels et les créanciers sociaux se font payer en concours. On a soutenu que la nullité ne peut être

Source BIU Cujas

opposée aux créanciers sociaux par les créanciers personnels des associés. On a dit qu'ils ne peuvent pas avoir plus de droit que l'associé, leur débiteur. On a aussi fait remarquer que la publicité est organisée pour les tiers qui traitent avec la société et non pour les créanciers personnels des associés. Mais ces motifs ne sont pas décisifs. La jurisprudence reconnaît avec raison le droit des créanciers personnels. Il y a des cas exceptionnels où des créanciers ont plus de droit que leur débiteur. On se trouve ici dans un cas de ce genre. En présence d'un texte aussi général que l'art. 56 de la loi de 1867, on ne peut, sans tomber dans l'arbitraire, repousser les créanciers personnels des associés qui sont bien des intéressés.

Il ne faut toutefois pas exagérer la portée à donner au mot *intéressés*. On ne saurait ranger sous ce nom les personnes qui, quoique n'ayant eu aucun rapport juridique avec la société ou avec les associés, tireraient profit de la nullité. Ainsi un concurrent jaloux de la prospérité de la société ne doit pas être admis à la faire annuler sous le prétexte qu'il a intérêt à la nullité.

133 *ter. Nature de la nullité.* — La nullité pour défaut de publicité ne peut être couverte par la ratification expresse des associés ou par la ratification tacite résultant de l'exécution donnée à l'acte de société. D'un côté les associés ne peuvent par leur fait retirer aux tiers le droit d'invoquer la nullité consacrée à leur profit. D'un autre côté, les associés doivent conserver ce droit tant qu'il appartient aux tiers.

133 *quater. Publicité tardive.* — Il peut se faire que les formalités de publicité soient remplies, mais seulement après l'expiration du délai d'un mois depuis la constitution de la société. Cette publicité tardive ne peut enlever le droit de demander la nullité aux tiers qui avaient ce droit avant qu'elle fut donnée à l'acte de société ni aux associés qui ont déjà introduit une demande en nullité quand les formalités sont remplies. Par suite, malgré elle, les associés eux-mêmes peuvent faire annuler la société, s'il y a des créanciers antérieurs. Mais s'il n'y a pas de créanciers antérieurs et si aucun associé n'a encore formé une demande en nullité lorsque les formalités de publicité ont été remplies, le vice dont la société était entaché disparaît pour l'avenir.

Source BIU Cujas

133 *quinto.* Les tiers ont le droit de demander la nullité alors même qu'il serait prouvé qu'en fait ils ont connu l'existence de la société, quoiqu'elle n'ait pas été rendue publique dans les formes légales. Le défaut de publicité établit la présomption absolue que les tiers n'ont pas connu l'acte de société. Le but de la loi ici, comme toutes les fois qu'elle prescrit des formalités de publicité, a été d'éviter les contestations relatives à la question de savoir si les tiers ont ou n'ont pas eu connaissance de l'acte à rendre public (Arg. art. 1071, C. civ.).

133 *sexto. Défaut de publicité des modifications apportées à l'acte de société.* — Les modifications à l'acte de société non publiées dans les formes légales sont nulles aussi, c'est-à-dire que les intéressés peuvent les faire considérer comme non avenues, de telle sorte que les clauses primitives de l'acte de société s'appliquent, à l'exclusion des changements y apportés. Ainsi lorsque le gérant est changé, si ce changement n'est pas publié, des tiers qui ont fait des opérations avec l'ancien gérant peuvent faire considérer ces opérations comme valables. Mais le défaut de publicité des modifications apportées à l'acte de société n'a aucun effet relativement à cet acte lui-même.

C. — *Du fonctionnement des sociétés en nom collectif. Des gérants et des engagements sociaux.*

134. Par cela même que les sociétés sont des abstractions et ne peuvent agir par elles-mêmes, il leur faut des représentants : on les appelle *gérants* dans la société en nom collectif.

Si, ce qui est fort rare, les statuts sociaux sont muets, le droit de gérer appartient à chacun des associés (art. 1859-1°, C. civ.). Le plus souvent la qualité de gérant est conférée à un seul des associés ou à plusieurs d'entre eux; les autres sont bien alors indéfiniment tenus des dettes sociales, mais ils ne peuvent pas gérer, ils peuvent seulement surveiller la gestion.

135. Les gérants peuvent-ils être révoqués par les autres associés? Cela dépend. S'ils ont été désignés par les statuts (*gérants statutaires*), leur désignation constitue une clause de l'acte social ; leurs coassociés ne peuvent les révoquer, il faut le consentement de tous les associés et, par conséquent, des gérants eux-mêmes pour que

Source BIU Cujas

ceux-ci soient changés (art. 1856, C. civ.). La même raison empêche que les gérants statutaires puissent donner leur démission sans le consentement de leurs coassociés. Toutefois cela ne met nul obstacle à ce que la révocation des gérants statutaires soit prononcée par justice, lorsqu'ils manquent à leurs obligations, en vertu de l'art. 1184, C. civ. Au contraire, si les gérants ont été nommés pendant la durée de la société, il y a là un mandat ordinaire révocable au gré des associés (art. 2003, C. civ.), et auquel les gérants peuvent aussi renoncer (art. 2007, C. civ.). V. aussi n° 138.

136. La gestion est presque toujours confiée à un ou plusieurs associés. Toutefois rien n'empêche de choisir comme gérant une personne étrangère à la société. Le gérant alors doit, pour ne pas induire les tiers en erreur et ne pas risquer d'être obligé comme s'il était associé, bien indiquer dans tous ses actes qu'il a seulement la qualité de mandataire de la société; il oblige celle-ci et les associés sans s'engager lui-même.

136 *bis*. *Des pouvoirs des gérants*. — Ils ont le pouvoir d'administrer, c'est-à-dire de faire, en principe, tous les actes nécessaires à la réalisation du but de la société. Ainsi ils peuvent louer les locaux nécessaires à la société, engager des commis et des ouvriers, acheter et renouveler les machines, acheter et vendre au comptant ou à crédit les choses faisant l'objet du commerce de la société, émettre et endosser des billets à ordre et des lettres de change, représenter la société dans tous les procès où elle est défenderesse ou demanderesse même en matière immobilière, etc., etc... Ils peuvent aussi emprunter dans les limites des besoins journaliers de la société et transiger ou compromettre sur tout ce dont ils ont en qualité d'administrateurs la libre disposition.

Mais les gérants ont-ils le pouvoir de vendre ou d'hypothéquer les immeubles de la société qui, d'après l'objet de la société, ne sont pas destinés à être vendus, de les hypothéquer, de transiger ou de compromettre sur des questions relatives à ces immeubles? On l'a nié, en se fondant sur l'art. 1988, C. civ., selon lequel le mandat conçu en termes généraux n'embrasse pas le pouvoir d'aliéner. Mais cette disposition ne nous paraît pas devoir s'appliquer ici. Les gérants ont un mandat spécial, celui de faire tout ce qui est nécessaire à la

Source BIU Cujas

marche des affaires sociales; c'est aux associés, s'ils veulent restreindre leurs pouvoirs, à le dire dans les statuts.

L'acte de société peut-il donc apporter toutes sortes de restrictions aux pouvoirs des gérants, notamment leur interdire de faire des opérations à crédit ? Ces clauses restrictives sont assurément valables entre associés, en ce sens que les gérants qui les violent sont responsables envers les associés. Sont-elles aussi opposables aux tiers, de telle sorte que la société pourra se refuser à exécuter les engagements des gérants qui dépasseraient leurs pouvoirs? Des doutes ont été élevés sur cette question à raison de l'erreur dans laquelle les tiers peuvent se trouver induits, quand ils ne connaissent pas les statuts. Mais ceux-ci ont dû être publiés, et les personnes qui contractent avec les gérants peuvent toujours en réclamer la représentation. Toute clause dûment publiée, dès l'instant où elle n'est pas nulle en elle-même, est opposable aux tiers comme aux associés.

137. Quand il y a plusieurs gérants, plusieurs cas peuvent se présenter, au point de vue de leurs pouvoirs respectifs :

a. Si les diverses branches de la gestion ont été divisées entre eux, chacun doit se renfermer dans le cercle de ses attributions ; les actes qu'un gérant ferait en le dépassant ne seraient pas opposables à la société.

b. En l'absence de division des attributions, chaque gérant peut, en principe, agir seul et obliger ainsi la société, art. 1857, C. civ.

c. Toutefois, s'il a été dit que tous géreraient en commun, l'un d'eux ne peut rien faire sans le concours des autres, art. 1858, C. civ.

Pour que les clauses relatives aux pouvoirs des gérants soient opposables aux tiers, il faut bien entendu qu'elles aient été publiées conformément aux art. 55 et 56 de la loi du 24 juillet 1867.

138. Dans le cas où les gérants doivent gérer en commun, comment procède-t-on, s'il y a désaccord entre eux ? La majorité décide; il y a lieu de penser que la volonté des associés a été qu'on ferait les opérations jugées utiles par la majorité des gérants. Si les gérants sont en nombre pair et partagés, on ne peut que s'abstenir; ce n'est pas un litige de nature à être tranché par les tribunaux, mais une question d'opportunité et d'utilité. Il en serait autrement dans le cas où il y aurait dissentiment sur le point de savoir si une opéra-

Source BIU Cujas

tion rentre ou non dans l'objet de la société : le recours aux tribunaux serait possible.

139. Les associés non gérants peuvent-ils s'opposer aux actes que le gérant veut faire ? Il faut distinguer. L'opposition n'est pas admise contre les actes d'un gérant *statutaire* ; elle constituerait une révocation partielle ; le gérant statutaire ne peut pas plus être révoqué en partie que complètement (V. n° 135). Au contraire, l'opposition est admise contre les actes des gérants nommés au cours de la société ; ils sont révocables *ad nutum, a fortiori* est-il possible de restreindre leurs pouvoirs. C'est la majorité des associés qui peut décider de former l'opposition.

140. Dans les divers cas où l'opinion de la majorité des associés doit prévaloir, à moins de clause contraire dans les statuts, on compte les votes par tête, sans s'attacher à l'importance de l'intérêt de chaque associé. A raison de l'engagement indéfini et solidaire des associés, les personnes doivent être plutôt considérées que les capitaux. C'est là, du reste, le système admis implicitement par la loi du 24 juillet 1867, même dans les sociétés par actions.

141. Quand il s'agit, non d'appliquer les statuts ou de se prononcer sur l'utilité d'une opération, mais de modifier les statuts, le consentement de tous les associés est nécessaire ; une décision judiciaire ne peut y suppléer en cas de désaccord.

142. Les gérants étant des mandataires sont en cette qualité responsables de leurs fautes de gestion ; cette responsabilité existe même lorsque les opérations dommageables, ayant été faites dans les limites des pouvoirs des gérants, obligent la société.

143. Pour que la société soit obligée envers les tiers, il faut, en règle générale, que l'acte dont il s'agit ait été fait par un gérant dans les limites de ses pouvoirs et pour le compte de la société.

En général, il est facile de savoir si le gérant a agi pour son compte ou pour celui de la société. Dans ce dernier cas, il signe ordinairement de la raison sociale ; c'est ce que suppose l'art. 22, C. com., en disposant que les associés sont tenus des engagements de la société, *encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.* Mais la société et les associés pourraient-ils être obligés, alors même que le gérant n'aurait pas signé

Source BIU Cujas

sous la raison sociale? L'Ordonnance de 1673 (titre IV, art. 7) exigeait expressément que le gérant eût signé *pour la compagnie et non autrement*. Le Code n'a pas reproduit ce système restrictif; peu importe que le gérant n'ait pas fait usage de la raison sociale, s'il résulte des circonstances que c'est bien pour la société qu'il a contracté. C'est là, du reste, la doctrine qui fut toujours admise en Italie.

144. Le gérant qui fait un acte en dehors de ses pouvoirs, n'oblige évidemment pas, en principe, la société. Mais si, dans son intérêt personnel, le gérant fait un acte qu'il signe de la raison sociale, si, par exemple, il souscrit un billet à ordre, la société se trouve-t-elle par cela seul obligée? L'affirmative doit être, en règle générale, admise. Les associés n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes de ce que le gérant qu'ils ont choisi a abusé de la signature sociale. Du reste, une solution contraire serait de nature à préjudicier au crédit de la société. Il en serait autrement toutefois dans le cas où les tiers seraient de mauvaise foi, c'est-à-dire auraient su que le gérant agissait, en réalité, pour son propre compte et n'avait point été autorisé (ce qui serait possible) à user pour ses affaires personnelles de la raison sociale, afin d'augmenter son crédit.

145. *Des effets des engagements sociaux.* — Quand la société est engagée, les créanciers sociaux ont action :

1° *Contre la société.* Ils peuvent la poursuivre en justice, provoquer sa déclaration de faillite, saisir et faire vendre les biens de la société. Ils ont même le droit de se faire payer sur le prix de ces biens à l'exclusion des créanciers personnels des associés (V. n° 122).

2° *Contre chacun des associés.* Ceux-ci ont, en adoptant la forme de la société en nom collectif, donné par cela même au gérant le mandat de les obliger sur tous leurs biens et solidairement. Ils sont obligés commercialement à raison des dettes commerciales de la société; ils sont même commerçants et peuvent être déclarés en faillite.

146. La solidarité est de droit pour les associés en nom collectif. Peut-elle être écartée par une clause formelle insérée dans les statuts? On l'a soutenu en invoquant le principe de la liberté des conventions et en faisant observer que, du reste, les tiers n'auraient point à se

Source BIU Cujas

plaindre par cela même que, pour leur être opposable, cette clause devrait être rendue publique. Il faut, au contraire, déclarer cette clause nulle. Le solidarité est de l'essence de la société en nom collectif; sa dénomination vient de ce que précisément, à raison de la solidarité, tous les associés ne forment, pour ainsi dire, qu'une seule personne à l'égard des tiers, par cela même que l'un quelconque d'entre eux peut être poursuivi pour le tout. On ne saurait dire absolument, en matière de sociétés de commerce, que le principe général est la liberté des conventions; la loi a créé des types de sociétés commerciales dont il n'est pas permis de s'écarter. Du reste, rien n'empêche de convenir avec un tiers, à propos d'une opération déterminée, que les associés ne seront pas tenus solidairement de cette opération.

147. La solidarité ne concerne que les rapports des associés avec les tiers et non leurs rapports entre eux; aussi l'associé, qui a payé en entier une dette sociale, ne peut-il recourir contre chacun de ses coassociés que pour sa part sociale (art. 1214, C. civ.).

Aucune disposition légale n'oblige les créanciers sociaux à poursuivre la société avant de s'en prendre aux associés; ils ne sont astreints à aucun ordre. Mais l'équité exige qu'ils réclament tout au moins le paiement au gérant comme représentant la société avant de s'en prendre individuellement à un ou à plusieurs associés.

II. — DES SOCIÉTÉS EN COMMANDITE.

C. de commerce, art. 23-28. — L. 24 juillet 1867, art. 1 à 21, art. 55 et suiv.

148. La société en nom collectif ne peut réunir en fait qu'un petit nombre d'associés; pour en devenir membre, il faut consentir à être tenu des dettes sociales personnellement et solidairement, à devenir commerçant, à être exposé, par suite, à la faillite. La société en commandite remédie en partie à ces inconvénients: elle permet à des personnes qui veulent avoir la chance de réaliser de gros bénéfices sans courir des risques illimités, d'atteindre leur but sans devenir pour cela des commerçants.

L'origine de la commandite se trouve dans les usages maritimes du moyen-âge. *Le contrat de commande (commanda, accommanda,*

Source BIU Cujas

commandita) était pratiqué surtout dans la Méditerranée : une personne confiait un capital en argent ou en marchandises à un marchand ou à un marin qui se chargeait de le faire fructifier dans les pays où il se rendait; elle stipulait une part dans les bénéfices des opérations et ne risquait que le capital fourni par elle. Cette pratique pénétra dans le commerce de terre; la *commande* permettait, à une époque où le prêt à intérêt était défendu, de faire valoir ses capitaux; elle donnait aux personnes de qualité le moyen de réaliser des bénéfices commerciaux sans déroger.

Dans l'ancien droit français, jusqu'au Code de 1807, il y avait là un contrat dont les effets étaient restreints aux rapports entre les associés. Aujourd'hui la société en commandite a une existence extérieure et forme une personne morale comme les autres sociétés de commerce.

On peut définir la société en commandite : une société dans laquelle plusieurs personnes conviennent de faire le commerce sous une raison sociale, en acceptant les unes une responsabilité limitée à leurs apports, les autres une responsabilité illimitée (et même solidaire, s'il y a plusieurs associés indéfiniment responsables) art. 23, C. com. D'après l'art. 24, C. com., cette société est en nom collectif pour les associés solidaires, elle est en commandite pour les autres. Elle comprend ainsi des associés tenus personnellement qui sont appelés *commandités*, puis des associés tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises, qui sont désignés sous le nom de *commanditaires* ou de *bailleurs de fonds*.

149. De nos jours, les sociétés en commandite se sont multipliées. Cette forme de société convient spécialement aux inventeurs, aux personnes ayant une aptitude technique particulière ou dont le nom inspire confiance et qui manquent de capitaux; elle leur permet de se les procurer plus aisément que par voie d'emprunts et de conserver dans la gestion de l'entreprise une grande indépendance, par cela même que les commanditaires ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion, art. 27 et 28, C. com. V. plus bas, n° 159.

Le Code de commerce distingue deux sortes de sociétés en commandite : *la commandite simple* ou *par intérêts* et la *commandite par actions* (art. 23 et 38). Certaines règles sont communes aux

Source BIU Cujas

deux espèces de commandites et d'autres sont spéciales à chacune d'elles. Il sera traité successivement ci-après des règles communes et des règles particulières à la commandite par intérêts; la commandite par actions rentre dans la théorie générale des *sociétés par actions*, V. nos 167 et suiv.

1° DE LA COMMANDITE EN GÉNÉRAL.

A. — *Caractères généraux de toute société en commandite.*

150. Deux caractères sont communs à toutes les sociétés en commandite : *a.* l'existence d'une raison sociale; *b.* la coexistence de deux catégories d'associés, les *commandités* et les *commanditaires* ou *bailleurs de fonds*.

a. D'après l'art. 23, C. com., la commandite *est régie sous un nom social*. C'est là une innovation du Code de 1807, antérieurement la commandite n'avait pas de raison sociale, par cela même qu'elle n'avait pas d'existence extérieure (V. plus haut n° 148).

La raison sociale ne peut comprendre que des noms de commandités; le commanditaire, qui y laisserait insérer le sien, serait tenu des dettes sociales, comme s'il était commandité, art. 23, al. 2, et 25. Cf. anal. n° 127.

Il peut n'y avoir qu'un seul commandité. Celui-ci peut alors, pour former la raison sociale, joindre à son nom les mots *et compagnie;* autrement il n'y aurait pas, en réalité, de raison sociale; on ne pourrait pas aisément distinguer les actes faits par le commandité pour son compte de ceux qu'il fait pour le compte de la société.

B. — *Formation et preuve de la commandite.*

151. Comme pour toutes les sociétés de commerce, la loi exige pour la commandite un écrit qui peut être un acte authentique ou sous-seing privé, art. 39, 40, 41. V. plus haut, n° 129.

Quand l'acte de société est sous-seing privé, combien doit-il en être fait d'originaux? La loi du 24 juillet 1867 (art. 1) se contente de deux originaux pour les commandites par actions. Mais il y a là une disposition exceptionnelle : dans les commandites par actions, le nombre des associés étant souvent très grand, la confection

Source BIU Cujas

d'autant d'originaux qu'il y a d'associés serait gênante. Il n'y a rien de pareil pour les commandites par intérêts. Il faut, par suite, en ce qui les concerne, exiger autant d'originaux qu'il y a de commanditaires et de commandités.

En principe, les mêmes formalités de publicité sont prescrites que dans les sociétés en nom collectif. Il y a toutefois des règles spéciales pour les commandites par actions dont la publicité se rapproche plutôt de celle qui est prescrite pour les sociétés anonymes. L'extrait publié dans les journaux (n° 131) ne doit pas contenir les noms des commanditaires, mais seulement ceux des commandités; pour les commanditaires, on se borne à mentionner le montant des valeurs fournies ou à fournir comme constituant leurs apports.

C. — *Droits et obligations des commanditaires et des commandités.*

152. Le commanditaire, comme un prêteur d'argent, fournit des fonds (quand il ne fait pas d'apport en nature) qui permettent à la société de fonctionner; mais, pas plus que le commandité, ce n'est un simple créancier; il fournit une somme d'argent à titre de mise sociale, c'est un *associé*. De là découlent plusieurs conséquences importantes :

a. Le commanditaire a droit à une part dans les bénéfices sociaux. Les bénéfices ne sont pas limités. On n'appliquait pas par suite au commanditaire la loi du 3 septembre 1807 qui fixait, en matière commerciale, à 6 p. 0/0 le maximum du taux de l'intérêt. Il peut se faire qu'il ne touche aucun revenu, parce qu'il n'y a pas de bénéfices.

b. En cas de faillite ou de dissolution de la société, le commanditaire ne peut réclamer le remboursement de sa mise tant que tous les créanciers n'ont pas été désintéressés.

c. Il a un droit de contrôle sur les actes du gérant et peut demander, comme tout associé, la communication des livres de la société.

153. La société en commandite *simple* repose sur l'*intuitus personæ* comme la société en nom collectif, même en ce qui concerne les commanditaires; on choisit ses commanditaires. Aussi un commanditaire, aussi bien qu'un commandité, ne peut-il pas se substituer, en cédant sa part sociale, une autre personne dans la société et la mort d'un commanditaire entraîne, à moins de convention con-

Source BIU Cujas

traire, la dissolution de la société. Il en est autrement dans la commandite par actions.

154. Le commandité est non seulement obligé d'opérer sa mise, mais encore il est tenu des dettes sociales sur tous ses biens. L'unique obligation du commanditaire est de verser sa mise : à défaut de versement à l'époque fixée, le commanditaire est, comme tout associé, tenu de plein droit de payer des intérêts moratoires et peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts (art. 1846, C. civ.). V. plus haut, n° 107.

155. L'apport d'un commanditaire, comme de tout autre associé, peut consister en autre chose que de l'argent, il y a alors ce qu'on appelle un *apport en nature*. La loi du 24 juillet 1867 (art. 4) en a parlé spécialement à propos des commandites par actions.

156. L'obligation du commanditaire d'effectuer sa mise est-elle civile ou commerciale ? La question a perdu l'intérêt qu'elle présentait au point de vue de la contrainte par corps (n° 18, *in fine*); elle en présente toujours notamment quant à la compétence. On a soutenu que l'obligation du commanditaire est civile : en ce sens, on a fait observer que l'énumération des actes de commerce (art. 632 et suiv., C. com.) ne contient pas l'acte dont il s'agit, qu'il y a là un simple placement. Cette opinion n'a pas triomphé dans la jurisprudence. Il y a là une obligation commerciale : le commanditaire donne mandat au gérant de la société de faire des opérations de commerce pour son compte et le gérant l'engage au moins jusqu'à concurrence de sa mise. On ne peut dire qu'il y a un simple placement de la part du commanditaire qui peut perdre entièrement son apport et qui ordinairement ne verse pas immédiatement sa mise, mais s'oblige à en faire le versement.

Il est, du reste, bien certain que le commanditaire n'a pas la qualité de commerçant ; il ne fait pas des actes de commerce sa profession habituelle.

157. Envers qui le commanditaire est-il tenu de verser sa mise ? Il l'est d'abord envers la société; par suite le gérant peut agir au nom de celle-ci, contre lui. Mais le commanditaire n'est-il pas tenu aussi envers les créanciers sociaux, de telle sorte que ceux-ci aient le droit de lui réclamer les versements ? Il n'est pas douteux que ces

Source BIU Cujas

créanciers ont tout au moins contre le commanditaire le droit d'exercer l'action de la société, leur débitrice, en vertu de l'art. 1166, C. civ. N'ont-ils pas, outre l'action oblique, une action directe ?

Quel intérêt présente cette question ? Avant 1856, les contestations entre associés devaient être nécessairement portées devant des arbitres (art. 51 à 63, C. com.). Par suite, si les créanciers ne pouvaient agir qu'en exerçant les actions des associés les uns contre les autres, il y avait lieu à l'arbitrage forcé. Au contraire, s'ils pouvaient exercer une action directe et usaient de ce droit, la compétence appartenait aux tribunaux de commerce. La suppression de l'arbitrage forcé a fait disparaître cet intérêt de la question. Elle est importante à d'autres points de vue : *a*. Si les créanciers ont une action directe, les commanditaires ne peuvent pas leur opposer les exceptions et moyens de défense qu'ils auraient contre la société ; *b*. Spécialement, si les créanciers ont une action directe, les commanditaires ne peuvent leur opposer la nullité pour défaut de publicité, puisqu'elle n'est pas opposable par les associés aux tiers (L. 24 juillet 1867, art. 56).

On a soutenu que les créanciers n'ont pas d'action directe. Ils ne sont pas, a-t-on dit, même censés connaître les commanditaires dont les noms ne figurent pas dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux. Le gérant a le mandat d'employer les fonds des commanditaires aux affaires sociales, non celui de les obliger envers les tiers. Telle était, du reste, a-t-on ajouté, la solution admise dans l'ancien droit.

Les créanciers ont, selon l'opinion qui a triomphé, une action directe. L'ancien droit ne peut être invoqué : la commande était un simple contrat qui ne se révélait pas aux tiers ; elle n'était pas soumise à des formalités de publicité et n'avait pas de raison sociale (V. n° 148). Aujourd'hui, c'est une personne morale comme toutes les sociétés de commerce ; elle est soumise à des formalités de publicité et la raison sociale révèle son existence. L'extrait publié dans les journaux indique au moins les sommes à fournir par les commanditaires (n° 151). Ceux-ci donnent, en réalité, mandat au gérant de les obliger jusqu'à concurrence de leurs apports. Les obligations des commanditaires et des commandités existent envers les mêmes personnes ; elles ne diffèrent que par leur étendue.

Source BIU Cujas

158. Les mises des commanditaires constituent le gage des créanciers sociaux. Aussi ne peuvent-ils être dispensés par le gérant d'en faire le versement ni en tout ni en partie ; ils ne peuvent non plus pour la même raison recevoir le remboursement de leurs mises, quand elles ont été effectuées. Malgré la libération accordée aux commanditaires par le gérant ou la restitution qui leur aurait été faite par lui, les créanciers peuvent poursuivre les commanditaires et les contraindre à verser ou à rendre ce qui leur a été indûment restitué.

Le paiement fait aux commanditaires de dividendes, qui ne correspondent point à des bénéfices réels, n'est qu'un remboursement déguisé de leurs mises; aussi, en principe, les créanciers peuvent-ils les contraindre à restituer ces *dividendes fictifs*. Cette action en restitution est-elle admise même contre les commanditaires qui ont reçu ces dividendes fictifs de bonne foi, croyant qu'ils correspondaient à des bénéfices véritables? La loi du 24 juillet 1867 (art. 10) a résolu la question pour les commandites par actions dans un sens favorable aux commanditaires. Faut-il étendre la même solution aux commandites par intérêts? Cela dépend du point de savoir si l'on considère l'art. 10 de la loi de 1867 comme une application du droit commun. V. plus loin, n° 262.

D. — *Administration de la société en commandite.*

159. La gestion des commandites ne peut être confiée qu'à un ou plusieurs commandités ou à des tiers étrangers à la société. Les pouvoirs du gérant d'une commandite sont les mêmes que ceux du gérant d'une société en nom collectif (V. n° 136).

Un commanditaire ne peut être choisi comme gérant, il ne doit même pas faire des actes isolés de gestion. Autrement les tiers pourraient être trompés, ils prendraient le commanditaire pour un commandité et compteraient sur sa responsabilité illimitée. Ce n'est pas là le seul motif de la prohibition. Les commanditaires ne doivent pas faire des actes de gestion même en vertu d'une procuration du gérant (art. 27, C. com.); cependant alors les tiers ne sont pas induits en erreur sur la qualité réelle des commanditaires. Si la loi défend aux commanditaires de gérer la commandite, c'est que, comme leur responsabilité est limitée à leurs mises, ils se laisse-

Source BIU Cujas

raient parfois trop facilement entraîner à des opérations hasardeuses. La prohibition est donc admise dans l'intérêt même de la société et non pas exclusivement des créanciers sociaux. Il faut ajouter que, sans cette prohibition, on recourrait trop facilement à des gérants qui, se déchargeant de la gestion sur un commanditaire, ne seraient que des hommes de paille.

Quelle est la portée de la prohibition? Quelle en est la sanction? Les art. 27 et 28, C. com., qui résolvent ces deux questions, ont été modifiés par une loi du 6 mai 1863.

160. 1° *Des actes interdits aux commanditaires.* — Les commanditaires ne peuvent pas faire des actes de gestion les mettant en rapport avec des tiers. Mais, en leur qualité d'associés, ils ont le droit de contrôler les opérations des gérants, d'empêcher la violation des statuts, et d'examiner les comptes (art. 28, al. 2). La loi du 24 juillet 1867 (art. 5, 10 et 11) exige même, pour les commandites par actions, qu'un certain nombre de commanditaires soient choisis pour former un conseil de surveillance.

Un commanditaire peut aussi être employé de la société, par exemple : commis, caissier, teneur de livres, etc...; cela ne peut pas tromper les tiers sur sa véritable qualité et ne peut pas lui donner une influence décisive sur les affaires sociales. La jurisprudence a toujours admis ces solutions que l'art. 27, modifié en 1863, consacre expressément.

Il n'est pas non plus douteux que les commanditaires puissent faire avec la société toutes les opérations que des tiers pourraient conclure avec elle, par exemple, lui vendre des matières premières, être ses banquiers, etc.....

Sont-ce là les seuls actes permis aux commanditaires? La jurisprudence a admis sur ce point une distinction entre les actes de gestion intérieure et les actes de gestion extérieure. D'après la théorie qu'elle consacre, si les commanditaires doivent s'abstenir de faire pour la société des opérations avec les tiers, du moins rien ne les empêche de faire à l'intérieur tous les actes possibles par lesquels ils exercent une influence sur la gestion. C'est ainsi qu'elle est arrivée à permettre aux commanditaires de se réserver la faculté de révoquer le gérant (n° 162). Cette jurisprudence ne paraît pas

Source BIU Cujas

être d'accord avec les motifs mêmes de la prohibition qui ne sont tirés exclusivement de l'intérêt des tiers.

161. 2° *Sanction de la défense faite aux commanditaires de s'immiscer dans la gestion.*— Le Code de commerce avait admis une sanction très rigoureuse. D'après l'art. 28, le commanditaire qui avait fait ne fût-ce qu'un acte de gestion était tenu personnellement et solidairement de toutes les dettes sociales, comme un commandité, même de celles antérieures à cet acte. La loi de 1863, en modifiant l'art. 28, al. 1, a beaucoup atténué cette sanction. L'associé commanditaire est sans doute obligé solidairement avec les associés en nom collectif pour les dettes et engagements de la société dérivant des actes de gestion qu'il a faits; mais il peut seulement, d'après la gravité et le nombre de ces actes, être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement.

Lorsqu'un commanditaire est déclaré responsable de toutes les dettes de la société, peut-il être déclaré en faillite? On l'a soutenu en disant qu'alors il est un véritable associé en nom collectif et que, par suite, il est commerçant. On ajoute ainsi à la loi une rigueur qu'elle n'admet point. Il faut seulement admettre que, d'après les circonstances, si le tribunal estime que le commanditaire a réellement fait des actes de commerce sa profession habituelle, il peut, en reconnaissant qu'il est commerçant conformément à l'art. 1, C. com., le déclarer en faillite.

162. Les gérants des commandites étant toujours désignés par les statuts, ne peuvent pas être révoqués librement par les autres associés (art. 1856, C. civ.). V. n° 135. Du reste, on peut dire que la faculté de révocation des gérants accordée aux commanditaires leur donnerait un pouvoir d'immixtion dans la gestion que la loi leur refuse. La révocation des gérants ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement (art. 1184, 1856-2°, 1871, C. civ.). Le choix du gérant, dont le nom figure le plus souvent dans la raison sociale, est même un élément si essentiel de la société que sa révocation doit, en principe, en entraîner la dissolution.

Ces règles laissent aux gérants des commandites une grande indépendance. Souvent les commanditaires veulent ne pas être à

Source BIU Cujas

leur discrétion; aussi stipulent-ils que le gérant pourra être révoqué par les commanditaires pour des causes déterminées ou qu'il sera révocable à leur gré et que la révocation n'amènera pas la dissolution de la société. Ces clauses ne sont pas conformes aux règles qui doivent régir les commandites (n° 160). Mais la jurisprudence a été entraînée à en admettre la validité avant 1867, dans les commandites par actions, pour une raison qui sera indiquée plus loin (n° 218 et 253).

2° DES COMMANDITES SIMPLES OU PAR INTÉRÊTS.

163. La commandite simple ou par intérêts diffère de la commandite par actions en ce que les parts des commanditaires sont des intérêts et non des actions. Aussi est-ce surtout à propos de la commandite qu'il y a utilité à déterminer à quoi l'on doit s'attacher pour distinguer dans les sociétés les parts d'associés constituant des intérêts de celles qui forment des actions. Cette question est examinée ci-après, n° 169. Sans la résoudre ici, on peut dire que dans la commandite par intérêts la considération des personnes joue un certain rôle même relativement aux commanditaires, de telle sorte que la mort, l'interdiction aussi bien de l'un d'eux que du commandité est, sauf convention contraire, une cause de dissolution (n° 153).

Les commandites ne sont pas nombreuses (1). Elles ont une partie des inconvénients que présente pour les grandes entreprises la société en nom collectif sans avoir les avantages des sociétés par actions.

164. *Publicité.* — Les formalités de publicité sont les mêmes que dans les sociétés en nom collectif. Il y a seulement quelques différences quant aux mentions à insérer dans l'extrait publié dans les journaux. Quand il s'agit d'une commandite simple, cet extrait doit contenir :

1. Les noms des commandités seuls. Par cela même que les commanditaires ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises, les tiers ont moins grand intérêt à connaître

(1) En 1881 sur 5474 sociétés constituées en France, 312 étaient en commandite simple, il y en avait 433 (sur 5179) en 1882 et 385 (sur 4691) en 1883.

Source BIU Cujas

leurs noms. En outre, la divulgation des noms des commanditaires serait contraire à l'un des buts de la commandite qui est de permettre à certaines personnes, qui ne veulent pas se faire connaître, de réaliser des bénéfices commerciaux.

2. La raison sociale ; — 3. Le siège social ; — 4. Les associés (ou les tiers) autorisés à gérer, administrer et signer pour la société ; — 5. Le montant du capital social ; — 6. Le montant des valeurs fournies ou à fournir par les commanditaires ; — 7. L'époque où la société commence et celle où elle doit finir ; — 8. L'époque du dépôt de l'acte de société fait aux greffes de la justice de paix et du tribunal de commerce.

La sanction des formalités de publicité est, comme dans les autres sociétés, la nullité. V. n° 133 et suiv.

165. *Constitution et administration.* — Le Code de commerce ne pose aucune règle spéciale à la commandite simple au point de vue des conditions qui doivent être réunies pour sa constitution, des organes dont elle doit être pourvue et de leur fonctionnement. Il faut se garder d'appliquer à la commandite simple les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 (art. 1 à 20) qui sont faites seulement pour les commandites par actions. Par exemple, il n'est pas exigé que, dans une société en commandite simple, il y ait un conseil de surveillance et, s'il y en a un en fait, ses attributions ne sont pas nécessairement déterminées par la loi de 1867.

Toutefois il y a évidemment lieu d'étendre aux commandites simples les dispositions de la loi de 1867 qui sont l'application des principes généraux du droit. Il en est, selon nous, ainsi, comme nous l'expliquerons (n° 262), des dispositions de l'art. 10 de cette loi relatives à la répétition des dividendes fictifs.

III. — DES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

(Sociétés anonymes. — Sociétés en commandite par actions).

166. Il y a des règles communes aux deux grandes sortes de sociétés par actions : *la société en commandite par actions et la société anonyme*, et qui tiennent à ce que les parts de tous les associés dans la société anonyme, ou de quelques-uns (les commandi-

Source BIU Cujas

taires dans les sociétés en commandite), sont des *actions*. Le régime légal auquel les sociétés par actions ont été soumises a subi de notables changements depuis le Code de 1807. Aujourd'hui elles sont régies par la loi du 24 juillet 1867 (art. 1 à 65). L'étude de la matière sera par suite divisée de la manière suivante :

A. *Règles générales sur les sociétés par actions.* — B. *Historique de la législation jusqu'en 1867.* — C. *Des sociétés en commandite par actions* — D. *Des sociétés anonymes.*

A. — *Règles générales sur les sociétés par actions.*

167. La société en nom collectif et la commandite simple ne peuvent pas convenir aux grandes entreprises qui doivent se poursuivre pendant de longues années et qui exigent la réunion de capitaux considérables. Comme dans ces sociétés les associés se choisissent à raison de la confiance qu'ils ont les uns dans les autres, elles peuvent être à chaque instant dissoutes par la mort, l'interdiction, la faillite de l'un d'eux (art. 1865, 3° et 4°, C. civ.). De plus, les associés qui ont besoin de leur argent ne peuvent pas s'en procurer en vendant leur part sociale et en se substituant la personne à laquelle ils l'ont vendue, s'ils n'ont pas le consentement de leurs coassociés (n° 126). Les sociétés par actions échappent à ces inconvénients. Aussi seules permettent-elles de réunir de nombreux capitaux et d'entreprendre des opérations de très longue durée.

Dans la commandite par actions, comme dans la commandite simple, il y a deux catégories d'associés, les commandités tenus personnellement et solidairement (s'ils sont plusieurs) des dettes sociales, puis des commanditaires qui en sont tenus seulement jusqu'à concurrence du montant de leurs apports. Dans la société anonyme, tous les associés sont dans cette dernière situation.

168. Ces deux sortes de sociétés ne se forment pas, en général, de la même manière que les sociétés en nom collectif et en commandite simple. Dans celles-ci, les associés se choisissent personnellement, et discutent ensemble les conditions du contrat. Le plus souvent, au contraire, quand il s'agit d'une société par actions, l'idée de la fonder vient à un petit nombre de personnes. Elles rédigent l'acte de société qui contient les statuts, elles y fixent notamment le

Source BIU Cujas

chiffre du capital social et le montant de chaque action, c'est-à-dire la somme qu'il faut verser pour acquérir une part dans la société; toute personne, quelle qu'elle soit, peut ainsi devenir un associé en versant ou en s'obligeant à verser une ou plusieurs fois cette somme. Ainsi la plupart du temps les associés ne se connaissent point; on considère non la personne de chacun, mais la mise que chacun fait. Aussi la mort, la faillite d'un associé quelconque dans la société anonyme ou d'un commanditaire dans la commandite par actions n'a-t-elle aucune influence sur la durée de la société. En outre, chaque actionnaire peut tirer parti de ses actions en les cédant à des personnes qui prennent complétement sa place dans la société (n° 169).

On oppose parfois les sociétés par actions aux sociétés en nom collectif ou en commandite simple en appelant les premières *sociétés de capitaux* et les secondes *sociétés de personnes;* on dit aussi de celles-ci qu'elles sont de *sociétés par intérêts.*

169. Une question primordiale se présente à propos des sociétés par actions : quel est le caractère distinctif de l'*action* par opposition à l'*intérêt?* Comme cela a été dit précédemment (n° 163), il faut prendre parti sur ce point, si l'on veut distinguer une commandite par actions d'une commandite simple.

Le mot intérêt ne se prend pas toujours dans le même sens. Parfois il désigne la part d'un associé dans une société quelconque (art. 33, C. com.); le plus souvent l'intérêt est opposé à l'action (art. 529, C. civ.; art. 91, 3e alin., C. com.). Nos lois ne contiennent aucune règle, aucune définition pouvant servir à résoudre la question.

On ne saurait admettre, comme on a proposé de le faire, que ce qui caractérise l'action par rapport à l'intérêt, c'est que l'actionnaire n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise. Car, dans les commandites simples, les parts des commanditaires sont des intérêts et ils ne sont pas tenus des dettes sociales au-delà de leurs mises. Mais les avis sont très partagés entre trois autres opinions.

1. C'est l'égalité qui distingue les actions des intérêts. Les actions sont toujours du même chiffre (de 100 fr. ou de 500 fr., par exemple) pour tous les actionnaires, tandis que l'intérêt peut être et est souvent d'une quotité différente pour chaque associé, l'un a un intérêt de 1/15, l'autre de 1/20, par exemple. On peut invoquer en ce

Source BIU Cujas

sens l'art. 34, C. com., d'après lequel le capital de la société anonyme se divise *en actions d'une valeur égale*.

Cette doctrine ne semble pas admissible. D'un côté, rien n'empêche d'établir des parts d'intérêt d'une valeur égale. D'un autre côté, il est douteux que toutes les actions d'une société doivent *nécessairement* être d'une valeur égale. Il est vrai que cette égalité se rencontre généralement. Elle présente, en effet, à plusieurs points de vue, de grands avantages pratiques; elle facilite beaucoup la répartition des bénéfices entre les actionnaires ; chacun y a un droit égal pour une action. Grâce à cette égalité, la fixation du cours de la Bourse est simplifiée, le prix de toutes les actions d'une société est, en principe, le même. Enfin comme souvent, dans les assemblées générales d'actionnaires, le nombre de voix de chacun est proportionnel au nombre de ses actions, le calcul des voix de chaque actionnaire est plus simple que s'il y avait des actions de valeur inégale.

Pour bien comprendre les deux autres opinions soutenues sur la différence caractéristique et essentielle existant entre l'action et l'intérêt, il faut savoir que des parts d'associés sont *cessibles* et que d'autres sont *négociables*. On dit qu'elles sont cessibles, quand les formalités à remplir pour les transmettre sont celles que prescrit le Code civil pour la cession des créances (art. 1690). On dit qu'elles sont négociables, quand les titres qui constatent les droits des associés, peuvent être transmis soit par la simple tradition, soit au moyen d'un transfert opéré sur les registres de la société, soit par endossement.

2. Dans une seconde opinion, les actions seraient des parts d'associés constatées par des titres *négociables*, de telle sorte que des parts d'associés, même cessibles à volonté, seraient des intérêts si elles ne pouvaient se transmettre ni par tradition, ni par voie de transfert sur les registres de la société, ni par endossement. Cette opinion très simple a beaucoup de partisans; elle est d'une application facile, avec elle il suffit de considérer la forme des titres destinés aux associés pour savoir si les parts sociales constituent des actions, car des titres ne sont négociables que lorsqu'ils sont au porteur, nominatifs ou à ordre.

Cette seconde opinion n'est pas non plus admissible. Il résulte de

Source BIU Cujas

plusieurs dispositions de nos lois que des *intérêts* peuvent être négociables et qu'au contraire des actions peuvent ne point l'être. D'un côté l'art. 91, al. 3, C. com., parle de la constitution en gage de *parts d'intérêts transmissibles par voie de transfert;* d'un autre côté, la loi du 5 juin 1850, qui établit un droit de timbre sur les actions, décide que ses dispositions ne s'appliquent point *aux actions dont la cession n'est parfaite à l'égard des tiers qu'au moyen des conditions déterminées par l'art. 1690, C. civ.*

3. Selon une troisième opinion, qui est plus exacte selon nous, ce qui caractérise l'action, c'est la faculté de la céder sans l'assentiment des autres associés, indépendamment des formes à observer pour cela. Quand les parts d'associés peuvent être cédées à des tiers qui prennent complètement la place des cédants, ce sont des actions, alors même que la cession ne s'en ferait pas par la tradition, le transfert ou l'endossement. Au contraire, quand elles ne sont pas cessibles, ce sont des intérêts. Dans l'usage, pour faciliter la cession, on délivre à chaque actionnaire un titre spécial qui constate ses droits.

Même en adoptant cette opinion en principe, on peut éprouver quelque embarras lorsque la cession des actions est, d'après les statuts, subordonnée à quelque condition particulière. La restriction apportée à la cessibilité fait-elle perdre aux parts d'associés leur caractère d'actions? Il est impossible de poser une règle absolue, tout dépend de l'importance de la restriction : elle n'enlève pas aux parts d'associés leur caractère d'actions, si malgré elle on peut dire que la cession a été considérée comme un acte ordinaire et normal; elle le lui retire, si elle implique que la cession a été considérée comme quelque chose d'exceptionnel et d'anormal. Ainsi, quand la cession est subordonnée à l'agrément des administrateurs, on peut dire que pourtant les parts d'associés sont des actions, parce que cet agrément a été réservé à titre exceptionnel pour écarter des personnes peu recommandables. Au contraire si, par exemple, il a été stipulé que les associes ne pourront céder leurs parts qu'à certains parents, il n'y a plus là des parts vraiment cessibles, ce ne sont pas des actions.

170. Comme tout associé, l'actionnaire a divers droits et est tenu de certaines obligations. Quels sont ses droits et ses obligations?

Source BIU Cujas

171. *Droits des actionnaires.* — Ils sont au nombre de quatre ; ce sont :

1° Le droit de prendre dans les bénéfices nets de la société une part proportionnelle au nombre de leurs actions. Cette part afférente à chaque action est appelée ordinairement *dividende*, parce que les bénéfices sociaux *doivent être divisés* entre les actionnaires ;

2° Le droit de prendre après la dissolution une part proportionnelle au nombre de leurs actions dans l'actif social dont les actionnaires sont devenus copropriétaires par le fait même de la dissolution de la société ;

3° Le droit de prendre part aux assemblées générales d'actionnaires qui ont notamment le pouvoir d'examiner chaque année les comptes des administrateurs ou gérants, de fixer les dividendes à distribuer, d'apporter s'il y a lieu des modifications aux statuts ;

4° Le droit de céder leurs parts à des tiers qui deviennent actionnaires à leur place.

Quelques explications doivent être données sur chacun de ces droits.

172. 1° *Droit à des dividendes.* — Les actionnaires ont droit à une part dans les bénéfices qui peuvent varier chaque année. Ils n'ont pas, au contraire, au moins en principe, droit à l'intérêt de leurs mises ; car ce sont des associés et non des prêteurs.

Pourtant il arrive très souvent que les statuts donnent aux actionnaires droit à un intérêt fixe de leurs mises, qui est un à-compte sur le dividende, et à une part dans les bénéfices. On dit alors qu'il y a deux coupons, un coupon d'intérêts qui est fixe, qui se paie avant que le montant des bénéfices soit connu et un coupon de dividende qui est variable, parce qu'il correspond, sous déduction de l'intérêt déjà payé, à la part des bénéfices à attribuer à chaque action.

D'après la pratique générale, les bénéfices se calculent et se distribuent pour chaque année. Quand il y a un coupon d'intérêts, il se paie au cours de l'exercice, et le plus souvent le coupon de dividende six mois après le coupon d'intérêt, quand l'exercice annuel est clos.

D'où vient cet usage très répandu de distinguer ainsi en deux parties ce qui revient annuellement aux actionnaires ? Cet usage s'explique par plusieurs considérations pratiques :

Source BIU Cujas

a. On ne force pas les actionnaires à attendre jusqu'à la fin de l'exercice pour toucher un certain revenu.

b. Il y a des actionnaires qui sans doute ont droit et à l'intérêt de leur mise et au coupon de dividende, mais il en est d'autres qui n'ont droit qu'au coupon de dividende ou qu'au coupon d'intérêt.

Des actionnaires ont droit seulement au coupon de dividende. Quand une société réalise des bénéfices, un actionnaire prudent ne devrait pas consommer tout ce qui lui revient, il devrait en employer une partie à reconstituer le capital placé par lui dans la société, en prévision d'une destruction ou d'une dépréciation du fonds social. Beaucoup d'actionnaires négligeraient de prendre cette mesure de prévoyance. Les sociétés la prennent souvent pour les actionnaires : elles prélèvent chaque année sur les bénéfices une somme qui permet de rembourser le montant d'un certain nombre d'actions, ordinairement déterminées par voie de tirage au sort; c'est là ce qu'on appelle *l'amortissement* des actions. Les actions amorties ne donnent droit à aucun intérêt par cela même que ceux auxquels elles appartenaient ont recouvré leur capital, mais les actionnaires conservent néanmoins leur qualité d'associés et ont, par suite, toujours droit au coupon de dividende. Les actions ainsi amorties reçoivent le nom *d'actions de jouissance.*

Des actionnaires ont droit seulement au coupon d'intérêt. Cela peut se présenter spécialement lorsqu'une société augmente son capital en émettant des actions nouvelles. Parfois les actions nouvelles ne doivent recevoir pendant une ou plusieurs années qu'un intérêt; on restreint ainsi temporairement les droits des nouveaux actionnaires à raison de ce qu'ils n'ont pas couru les risques de l'entreprise à son origine et parce qu'on veut éviter que l'émission d'actions nouvelles ne nuise aux anciens actionnaires.

173. 2° *Droit de partager l'actif social.* — Quand la société est dissoute après le paiement de toutes les dettes, l'actif social net est réparti entre les actionnaires proportionnellement au nombre de leurs actions. Il va de soi que, si des actions n'ont pas encore été amorties, on commence par les amortir et l'excédent de l'actif est seul réparti entre les actionnaires. Autrement les actionnaires remboursés pen-

Source BIU Cujas

dant la durée de la société seraient placés dans une situation privilégiée par rapport aux autres actionnaires.

174. 3° *Droit de prendre part aux assemblées générales d'actionnaires.* — Les actionnaires réunis en assemblée générale ont à prendre les mesures nécessaires pour la constitution de la société, à nommer les administrateurs, à examiner les comptes de l'administration, à apporter, s'il y a lieu, des modifications aux statuts, etc... Mais le droit de participer à ces assemblées n'appartient pas nécessairement à tous les actionnaires. La loi française admet que le droit d'y prendre part peut être subordonné par l'acte de société à la possession d'un certain nombre d'actions, de telle sorte que ce droit est refusé à ceux qui n'ont qu'un nombre d'actions inférieur.

175. 4° *Droit de céder les actions.* — Ce droit est, comme nous l'avons admis plus haut, de l'essence de l'action, en ce sens qu'il sert à distinguer l'action proprement dite de la part d'intérêt. Toutefois il se peut qu'il soit restreint, comme cela a lieu quand le cessionnaire doit être agréé par le conseil d'administration de la société. La loi même admet que des actions ne sont pas cessibles pendant un certain temps. V. n° 138.

176. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que les actionnaires n'ont pas droit à l'intérêt de leurs mises quand la société ne réalise pas de bénéfices. En principe, si, malgré cela, il leur en était distribué, il y aurait là une distribution de dividendes fictifs entraînant toutes les conséquences civiles et pénales attachées au paiement de dividendes de cette sorte. Mais ne peut-il pas, du moins, être stipulé dans les statuts que l'intérêt de leurs mises sera payé aux actionnaires même si la société ne fait pas de bénéfices ou éprouve des pertes?

Une objection grave est faite contre la validité de cette clause. Les actionnaires, ayant fait leurs versements en qualité d'associés, ne sont pas des prêteurs. Dès lors, ils ont seulement droit à un dividende et il n'y a point de dividendes en l'absence de bénéfices. Du reste, on ne peut, lorsqu'il n'y a pas de bénéfices, distribuer un intérêt aux actionnaires qu'en entamant le capital social. Comment cela serait-il possible? Le capital sert de gage aux créanciers sociaux, il est formé des mises des associés qui ne peuvent sous aucun prétexte leur être remboursées (n° 158).

Source BIU Cujas

La jurisprudence admet avec raison la validité de cette clause (1). D'abord la loi n'impose pas de maintenir invariable le capital social, il pourrait être stipulé dans les statuts qu'il sera réductible par le retrait partiel des mises des actionnaires. En réalité, la clause dont il s'agit équivaut à une stipulation de réductibilité du capital pour le cas où des intérêts seraient payés en l'absence de bénéfices. Il y a, du reste, une raison pratique décisive. Beaucoup de sociétés ont pour objet des opérations exigeant l'exécution préalable de travaux importants qui demandent un temps assez long (sociétés de chemins de fer, de canaux, de mines, etc...). Durant cette période préparatoire, on fait des dépenses et l'on ne peut pas réaliser des bénéfices. Si les actionnaires devaient attendre la fin de cette période pour toucher un revenu quelconque, leurs capitaux mis dans la société resteraient improductifs; les capitalistes seraient peu encouragés à souscrire et, par suite, des sociétés utiles ne pourraient pas se constituer. Ce motif pratique n'a sans doute une valeur que pour la période des travaux préparatoires. Aussi les lois étrangères, qui se sont prononcées sur la question, n'admettent-elles la validité de la clause que pour la durée de cette période. Mais, les lois françaises étant muettes, la jurisprudence ne pouvait admettre qu'une solution absolue : elle a reconnu la validité de la clause même pour le temps postérieur à la période préparatoire, car autrement elle eût dû en admettre la nullité même pour cette période. Toutefois il n'est pas contesté que la clause doit cesser de recevoir son application à partir du jour où le passif devient égal à l'actif. Le paiement d'intérêt opéré en pareil cas détruirait le gage des créanciers.

177. Mais, si cette clause est valable en elle-même, ne faut-il pas, pour qu'elle ne puisse pas être annulée sur la demande des intéressés, qu'elle ait été comprise dans l'extrait de l'acte de société dont la loi prescrit l'insertion dans les journaux pour les sociétés par actions comme pour les autres ? La jurisprudence (2) décide que la publication de cette clause est inutile ; elle considère qu'il y a là une règle d'administration intérieure ayant pour but de com-

(1) Paris, 9 août 1877; S. 1878. 2. 225; *J. pal.* 1878. 966 et la note de M. Labbé; Cass. 8 mars 1881, S. 1881. 1. 277; *J. pal.* 1881. 619.

(2) V. les arrêts cités à la note précédente.

Source BIU Cujas

prendre parmi les frais généraux annuels une rémunération à payer sous forme d'intérêts aux actionnaires. Cette solution n'est pas juste. Il y a là une clause exceptionnelle dont l'application peut conduire à une véritable réduction du capital social. La loi (L. 24 juillet 1867, art. 56) exige que l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux mentionne le capital social ; il est essentiel que les clauses en vertu desquelles il peut être réduit soient portées à la connaissance des tiers.

178. *Obligations des actionnaires.* — Comme tout associé, l'actionnaire est tenu de certaines obligations. La principale est de verser sa mise jusqu'à concurrence de laquelle il est tenu des dettes de la société.

Le montant des actions n'est généralement pas acquitté au moment où elles sont souscrites. On se borne à faire verser sur chaque action une certaine somme qui, d'après la loi du 24 juillet 1867, ne peut pas être inférieure au quart, soit 125 fr., par exemple, sur 500 fr. ; l'excédent est payable, soit à des époques fixes, soit le plus souvent aux époques indéterminées où il y aura des appels de fonds.

179. A l'occasion de l'obligation pour les actionnaires de verser le montant de leurs actions, se présentent deux questions semblables à celles qui s'élèvent à propos de l'obligation pour les commanditaires, dans les commandites simples, de verser le montant de leur commandite : 1° L'obligation des actionnaires est-elle commerciale, de sorte que la demande en versement est de la compétence du tribunal de commerce? (V. n° 156) ; 2° Les créanciers de la société n'ont-ils contre les actionnaires que l'action oblique de l'art. 1166, C. civ., ou ont-ils une action directe? Conformément à ce qui a été dit plus haut à propos de la commandite simple, l'obligation des actionnaires est commerciale et les créanciers sociaux ont contre eux une action directe (V. n° 157). Il faut en conclure que, lorsqu'un souscripteur ne verse pas immédiatement le montant de son action, il doit, pour souscrire, avoir la capacité nécessaire pour faire un acte de commerce.

180. Du reste, tout le monde reconnaît qu'à raison du droit qu'ont les créanciers sociaux sur les mises des actionnaires, une souscription une fois faite ne peut pas être annulée, fût-ce du consentement

Source BIU Cujas

de tous les actionnaires, et que les mises des actionnaires ne peuvent pas être restituées. V. analog. nº 158.

181. A cette dernière solution se rattache une question importante : une société peut-elle acheter ses propres actions ? La loi française, à la différence de plusieurs lois étrangères, ne prévoit pas cette question. Elle ne peut être résolue que par une distinction tirée de l'origine des sommes avec lesquelles cet achat serait fait. S'il est opéré à l'aide d'une portion de bénéfices, il n'y a là rien que de très licite; le capital social n'est pas entamé et, par suite, le gage des créanciers n'est pas diminué. On conçoit qu'une société procède ainsi parfois pour amortir des actions au lieu de déterminer par la voie du sort les actions à rembourser. Cela présente toujours l'avantage suivant : quand une société amortit par voie de remboursement fait aux actionnaires, ceux-ci ne perdent pas tous leurs droits, ils obtiennent des actions de jouissance auxquelles la société a la charge de payer un dividende (nº 172, page 127); au contraire, les actions achetées par la société disparaissant, les actionnaires dont les titres ont été acquis n'ont plus aucun droit contre elle. En outre, éventuellement l'achat des actions par une société a un autre avantage : l'amortissement consiste dans le remboursement du montant nominal des actions, l'achat se fait au cours du jour; si ce cours est par hasard inférieur au montant nominal des actions, la société supporte une charge moins lourde qui est représentée par la différence.

Mais une société pourrait-elle employer à l'achat de ses propres actions une portion du capital social? Cela s'est pratiqué fort souvent. On a soutenu qu'il n'y a là rien d'illicite, que c'est une opération utile et presque nécessaire pour soutenir le cours des actions, c'est-à-dire pour empêcher leur abaissement au-dessous d'un certain taux, en augmentant le nombre des demandes d'actions sur le marché. Ce motif d'utilité ne peut faire admettre la validité d'une telle opération qui est contraire aux principes généraux régissant les sociétés. Les mises des actionnaires ne peuvent certes pas leur être remboursées directement (nº 180); elles ne doivent pas non plus l'être indirectement. L'achat avec une partie du capital social d'actions d'une société n'est qu'un remboursement déguisé qui diminue ce capital. Pour qu'une telle opération fût valable, il faudrait que l'on

Source BIU Cujas

remplît toutes les conditions et formalités prescrites pour le cas de réduction du capital social ; ajoutons que la réduction n'est jamais opposable aux créanciers de la société dont les créances sont antérieures à cette réduction. Autrement l'achat fait par une société de ses propres actions est nul et les créanciers sociaux peuvent réclamer aux actionnaires le remboursement des sommes qui leur ont été payées à titre de prix. Il en est, du moins, ainsi quand les actionnaires vendeurs ont su que c'était la société qui achetait les actions. Toutefois ce droit des créanciers disparaîtrait avec le préjudice qu'ils ont souffert, c'est-à-dire si la société, en revendant les actions, avait avec le prix de la revente reconstitué le capital social entamé ; les créanciers ne pourraient plus alors se plaindre.

182. Quand (ce qui est le cas ordinaire) les actions ne sont pas entièrement libérées, il est souvent stipulé dans les statuts qu'à défaut par un actionnaire de répondre aux appels de fonds, il sera procédé à la revente de ses actions par la société, que le titre de l'actionnaire en retard sera annulé et remplacé par un titre nouveau qui sera délivré à l'acheteur. Il y a là une clause licite, qui devrait même être sous-entendue conformément au droit commun (art. 1184, C. civ.). Ce qui rend cette clause utile, c'est qu'à son défaut, la mise en demeure préalable de l'actionnaire suivie d'un jugement autorisant la vente serait indispensable et que presque toujours il est dit : la revente des actions sera possible sans mise en demeure préalable.

Si les actions ainsi frappées de déchéance sont revendues par la société pour un prix inférieur à leur montant nominal, la différence est naturellememt supportée (à titre de dommages-intérêts) par l'actionnaire en retard.

183. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que l'action n'est ni un simple droit de créance, ni un simple droit de propriété. Durant la société, l'actionnaire est seulement créancier de la part qui lui revient dans les bénéfices, mais, quand la société est dissoute, il devient copropriétaire des biens sociaux qui, jusqu'à la dissolution, étaient réputés appartenir à la société, personne morale. Ainsi donc l'action est à certains égards un droit de créance, à certains autres un droit de propriété. Il faut conclure de là que, lorsqu'une action

Source BIU Cujas

n'est pas négociable, la cession ne peut être opérée qu'en observant les formalités de l'art. 1690, C. civ.

184. Des obligations. — Quand une société, par suite du développement de ses affaires ou de pertes éprouvées, a besoin d'argent, elle peut s'en procurer de deux manières différentes entre lesquelles elle a à choisir : ou elle augmente son capital social en émettant des actions nouvelles ou elle recourt à l'emprunt.

Comme les sommes empruntées par une société sont souvent très considérables, elle ne s'adresse pas à un ou plusieurs capitalistes déterminés, elle divise la somme à emprunter en un grand nombre de parts égales et fait appel au public ; chacun peut devenir prêteur en versant une ou plusieurs fois la somme représentant une de ces parts.

Les droits appartenant à chacun des prêteurs sont appelés *obligations;* on donne aussi ce nom aux titres délivrés aux *obligataires* pour constater leurs droits. C'est ainsi qu'on appelle *actions,* soit les droits des actionnaires, soit les titres destinés à prouver leurs droits.

185. *Comparaison entre les actions et les obligations.* — Les obligations ont avec les actions une certaine ressemblance. Les unes et les autres sont représentées par des titres ayant des formes identiques et se transmettant, par suite, de la même manière. Ces ressemblances extérieures sont secondaires. Au fond, il y a entre les actions et les obligations des différences notables ; elles dérivent, en général, de la même idée : l'action est une part d'associé, l'obligation une créance résultant d'un prêt ; l'actionnaire est un associé, l'obligataire un prêteur. De là découlent les conséquences suivantes :

a. Les actions supposent l'existence d'une société ; des obligations peuvent être et sont souvent émises non seulement par des sociétés, mais par des villes, des départements, des provinces, des États.

b. Les actions produisent des revenus variables, puisque le dividende auquel elles donnent droit est une partie des bénéfices nets de la société. Les obligations donnent droit à un revenu fixe, l'intérêt de la somme prêtée à un taux fixé à l'avance. Aussi le prix des obligations varie-t-il peu ; celui des actions est soumis à de grandes oscillations ; tandis que les premières sont des *valeurs de placement,*

Source BIU Cujas

les secondes sont des *valeurs de spéculation*. — Parfois aux obligations sont attachés d'autres avantages que la perception d'un intérêt fixe (V. n° 186).

c. L'engagement de verser la somme prêtée est certainement purement civil pour l'obligataire; l'engagement de l'actionnaire est commercial, d'après ce qui a été admis plus haut (n° 179).

d. Il n'y a de bénéfices nets dans une société et, par suite, il n'y a de dividendes à distribuer aux actionnaires qu'après le paiement des dettes; de même, comme tous autres associés, les actionnaires ne peuvent réclamer une part dans l'actif social qu'après le paiement de toutes les dettes de la société. En conséquence, les intérêts afférents aux obligations doivent être payés avant que les actionnaires aient à réclamer aucun dividende; en outre, après la dissolution de la société, toutes les obligations doivent être remboursées avant que l'actif soit partageable entre les actionnaires.

e. L'amortissement des actions n'est pas obligatoire, c'est seulement une sage mesure de prudence (n° 172). Au contraire, le remboursement des obligations s'impose, comme celui de tout prêt.

f. L'obligataire remboursé ne conserve plus de droit contre la société. L'actionnaire dont l'action est amortie ne devient pas étranger à la société, il a une action de jouissance lui laissant son droit à un dividende (n° 172).

186. Quelquefois les obligations, comme cela a été indiqué plus haut (n° 185 *b*), ne donnent pas droit seulement à un intérêt fixe : elles sont émises avec des *primes* ou des *lots*. Les *primes* et les *lots* ont ce caractère commun que les obligataires qui y ont droit touchent une somme supérieure à celle qu'ils ont réellement prêtée; mais il y a une différence notable entre les *primes* et les *lots*.

Quand des obligations à *primes* sont émises, la société s'engage à rembourser pour chaque obligation une même somme, mais supérieure à celle qui a été effectivement versée. Ainsi des obligations sont émises à 400 fr., mais la société s'engage à rembourser 500 fr. pour toute obligation. Chaque année, un tirage au sort détermine les obligations à rembourser de façon que toutes soient éteintes dans un certain nombre d'années. La somme versée (400 fr.) est le *taux d'émission*, la somme à rembourser (500 fr.) est le *capital no-*

Source BIU Cujas

minal et la différence (100 fr.) est la *prime*. — Les *lots* rompent complètement l'égalité entre les obligataires; ce sont des sommes plus importantes que les primes, montant parfois à 100,000 fr. et plus, qui sont payées en sus du montant des obligations à des obligataires dont les titres sont déterminés par la voie du sort.

Les sociétés peuvent-elles émettre des obligations à *primes* ou à *lots*, sans y être spécialement autorisées par des lois spéciales? Deux questions ont été posées à cet égard, dont l'une a perdu, en partie au moins, sa portée pratique. *a*. On peut se demander si l'émission des obligations à *primes* ou à *lots* est contraire à la loi du 3 septembre 1807 qui a fixé le maximum du taux de l'intérêt conventionnel; presque toujours le montant de la prime touchée pour chaque obligation, joint à l'intérêt payé, donne à l'obligataire un avantage pécuniaire dépassant le taux maximum de la loi de 1807. *b*. Il y a lieu aussi de rechercher si l'émission de ces obligations ne constitue pas une loterie et n'est pas, par suite, probibée en vertu de la loi du 21 mai 1836 sur les loteries.

a. La première de ces questions ne peut plus se poser pour les obligations à primes ou à lots émises depuis la loi du 12 janvier 1886 par les sociétés de commerce. Par ces émissions les sociétés font un emprunt qui est commercial à raison de la destination même des fonds, et la loi du 12 janvier 1886 a supprimé le maximum du taux de l'intérêt conventionnel en matière commerciale. (n° 18 *e*). La question peut être posée encore, soit pour les obligations émises avant cette loi par des sociétés de commerce, soit pour les obligations émises avant ou après cette loi par des sociétés civiles (le taux de l'intérêt en matière civile est toujours limité à 5 0/0).

L'opinion qui triomphait et qui doit être admise, c'est qu'en principe il n'y a point là une opération usuraire. Généralement l'obligataire ne reçoit qu'un intérêt minime (inférieur à 4 0/0). La société constitue la prime de remboursement due pour chaque obligation ou les lots en capitalisant la différence entre l'intérêt réduit qu'elle paie effectivement et celui qu'elle paierait si ces avantages spéciaux n'étaient pas attachés aux obligations. Il se peut qu'ainsi les obligataires, surtout les premiers qui sont remboursés, obtiennent un avantage supérieur au maximum du taux de l'intérêt.

Source BIU Cujas

Mais ce qu'il faut considérer, ce n'est pas l'importance de l'avantage obtenu par le créancier, c'est celle de la charge supportée par le débiteur que la loi veut protéger en limitant le taux de l'intérêt. Or, si l'obligataire retire de son argent un avantage dépassant le maximum du taux de l'intérêt la société ne supporte pas une charge qui l'excède. Toutefois il y aurait une opération usuraire si l'intérêt atteignait à lui seul le maximum d'intérêt conventionnel.

b. La question de savoir si l'émission d'obligations à primes ou à lots constitue une loterie et est, par suite, prohibée par la loi du 21 mai 1836, est plus délicate. Cette loi ne se borne pas à prohiber les loteries (art. 1); elle énumère encore (art. 2) des opérations qui sont assimilées aux loteries et interdites comme telles et cette énumération se termine par une formule générale d'après laquelle sont réputées loteries *généralement toutes opérations offertes au public pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort.* Cette formule ne s'applique-t-elle pas aux obligations à primes ou à lots?

L'émission d'obligations à primes ne paraît pas avoir les caractères de la loterie. Le sort, quand il s'agit de ces obligations, détermine non pas, comme dans la loterie, qui perdra et qui gagnera, mais bien l'ordre dans lequel chacun réalisera le bénéfice consistant dans la prime ; il est vrai seulement que le bénéfice est plus grand pour les obligataires qui sont remboursés les premiers. En outre, dans la loterie, ce sont de petites sommes qu'on est appelé à exposer pour avoir la chance de réaliser un gain important; ceux qui les exposent risquent de les perdre complètement. Dans les obligations à primes, on ne fait pas ainsi appel aux petites bourses ; le taux d'émission est, en général, de cent francs au moins, puis les obligataires reçoivent un intérêt de leur argent et sont tous remboursés à une époque plus ou moins éloignée; il y a, par suite, là un placement sérieux.

On a parfois soutenu que l'émission d'obligations à lots n'est pas non plus une loterie. On s'est appuyé en faveur de cette opinion sur ce que l'*alea* est ici un accessoire d'un placement à raison duquel chaque obligataire reçoit un intérêt fixe. Mais il semble que l'opinion contraire doit être admise. Outre que les lots sont des sommes considérables qui peuvent exciter la cupidité, chaque obligataire ne touche

Source BIU Cujas

pas un lot comme chacun touche une prime de remboursement.

187. Le capital fourni par les actionnaires servant de gage aux obligataires, ne faut-il pas que le *capital-obligations* ne dépasse point le *capital-actions?* Des lois étrangères ont imposé cette limite à l'émission des obligations. En France, l'émission des obligations est entièrement libre ; il n'y a de dispositions restrictives que pour les obligations à émettre par les compagnies de chemins de fer d'intérêt local ou de tramways (Loi du 11 juin 1880, art. 16 et 36). Aussi, dans un grand nombre de sociétés, le capital-obligations dépasse-t-il de beaucoup le capital-actions. Cela provient de deux causes principales; d'abord parfois les obligations se placent mieux que les actions; puis l'émission d'actions a l'inconvénient pour les anciens actionnaires de diminuer leurs dividendes par cela même que les nouveaux actionnaires ont droit aux bénéfices; les obligations ne donnant droit qu'à un intérêt fixe, n'ont pas le même inconvénient.

188. Les actions et les obligations, si dissemblables à beaucoup d'égards, se ressemblent, au contraire, sous plusieurs rapports; elles sont les unes et les autres indivisibles; les titres constatant les droits des actionnaires et des obligataires ont ordinairement les mêmes formes et, par suite, les actions et les obligations se transmettent de la même manière; elles sont aussi soumises à des impôts identiques.

189. *Indivisibilité des actions et des obligations.* — Les actions et les obligations sont *indivisibles*. Cette règle est parfois posée dans les statuts ou dans l'acte contenant les conditions de l'émission de l'emprunt; elle doit être admise comme conforme à la volonté certaine des intéressés, même à défaut de clause formelle. Elle signifie que l'action ou l'obligation est une part qui ne peut pas être subdivisée; la subdivision des actions ou des obligations serait une cause de grandes complications.

Il résulte de là que chacun des héritiers d'un actionnaire ou d'un obligataire ne peut pas réclamer un titre distinct pour sa part, ni exiger la part qui lui revient soit dans les dividendes ou les intérêts soit dans le capital remboursable : c'est aux héritiers à s'entendre pour se faire délivrer un titre unique et pour faire toucher en une seule fois les sommes auxquelles ils ont droit.

190. *Titres nominatifs et titres au porteur.* — Pour rendre facile

Source BIU Cujas

la cession des obligations et des actions, des titres constatant les droits des actionnaires et des obligataires leur sont délivrés. Ces titres peuvent revêtir toutes les formes admises, en général, pour les titres de créance : ce sont presque toujours des titres au porteur ou des titres nominatifs.

Un titre est *au porteur*, quand il est désigné par un simple numéro d'ordre et ne contient pas le nom de la personne à laquelle l'obligation ou l'action appartient, de telle sorte que toute personne, par cela seul qu'elle l'a entre les mains, qu'elle en est *porteur*, doit être considérée comme actionnaire ou obligataire.

Au contraire, un titre d'action ou d'obligation est *nominatif*, lorsqu'il contient le nom du titulaire qui est reproduit sur des registres spéciaux tenus par la société pour constater chaque cession.

S'il y a, en fait, des actions nominatives dans toutes les sociétés, il n'y a pas toujours d'actions au porteur. Ces derniers titres, par cela même qu'ils circulent avec une grande facilité, sans qu'il reste trace des personnes entre les mains desquelles ils passent, se prêtent spécialement aux abus de la spéculation qu'on peut vouloir éviter. Aussi la loi elle-même n'admet les actions au porteur que sous certaines conditions (art. 3 de la loi du 24 juillet 1867). Du reste, les statuts peuvent n'admettre que des actions nominatives ; il en est ainsi des actions de la Banque de France.

C'est quant aux formes de la transmission que la distinction entre ces deux sortes de titres est surtout importante. Il y a aussi intérêt à les distinguer au point de vue de la situation faite à celui qui est dépossédé sans sa volonté (perte, vol, etc.) d'un de ces titres et au point de vue des impôts auxquels ils sont soumis.

191. *Modes de transmission des titres au porteur et des titres nominatifs.* — Dans les rapports des parties, (le cédant et le cessionnaire), les actions et les obligations se transmettent par le seul effet de la convention, dès qu'elles sont individualisées ; en effet, dans notre législation, la seule convention transfère la propriété (art. 1138, 1583, C. civ.). Mais la convention ne suffit pas pour faire considérer le cessionnaire comme actionnaire ou obligataire à l'égard des tiers, spécialement de la société.

D'après l'art. 35, C. com., la cession des titres au porteur s'opère

Source BIU Cujas

par la tradition. Les titres au porteur sont traités comme les choses mobilières corporelles ; en conséquence, bien que la propriété d'un titre au porteur, quand il a été individualisé, soit transmise du cédant au cessionnaire par la seule convention, la situation du cessionnaire est très précaire tant qu'il n'a pas reçu la livraison du titre. Si le même titre est vendu et livré à un tiers de bonne foi, celui-ci est préféré (art. 1141, C. civ.). En outre, une société ne laisse exercer les droits d'actionnaire ou d'obligataire en vertu d'un titre au porteur qu'à celui qui a le titre entre les mains. Autrement la société serait exposée à être contrainte de payer une seconde fois les intérêts ou les dividendes au tiers qui postérieurement se présenterait avec le titre.

Pour les titres nominatifs, d'après l'art. 36, C. com., la cession s'en opère par une déclaration de transfert inscrite sur le registre de la société et signée de celui qui fait le transfert ou de son fondé de pouvoir. En conséquence, entre deux personnes ayant acquis un même titre nominatif, celle-là est préférée au profit de laquelle la déclaration de transfert a été faite en premier lieu et la société peut et doit se refuser à laisser exercer les droits d'actionnaire ou d'obligataire par une personne qui ne justifie pas d'un transfert opéré à son profit.

192. Au point de vue du paiement des intérêts et des dividendes, la distinction entre les deux grandes espèces de titres n'a point d'utilité. Car les intérêts et les dividendes sont payables au porteur même pour les titres nominatifs. Seulement le paiement effectué ne se constate pas de la même manière pour les deux sortes de titres. Aux titres au porteur sont attachés de petits bons appelé *coupons;* chaque coupon correspond à une échéance de dividendes ou d'intérêts; pour les toucher, il suffit de détacher le coupon afférant à l'échéance dont il s'agit et de le remettre à la société. Les titres nominatifs ne sont pas munis de coupons; pour toucher les intérêts ou les dividendes, il faut présenter ces titres eux-mêmes et, pour constater le paiement fait à chaque échéance, un timbre est apposé sur le titre. Dans le langage usuel, pour indiquer que les dividendes ou les intérêts sont échus, l'on dit : *le coupon est détaché.* Cette expression, qui est conforme à la réalité pour les titres au porteur, est purement fictive pour les titres nominatifs.

Ce qui est vrai du paiement des intérêts ou des dividendes ne

Source BIU Cujas

l'est pas du remboursement du capital de l'action ou de l'obligation. Toute personne ayant entre les mains un titre au porteur peut exiger le remboursement sans aucune justification à faire, tandis que la personne dont le nom se trouve sur les registres de la société et sur le titre comme propriétaire d'un titre nominatif ou son mandataire a seul le droit de toucher la somme à rembourser.

Les sociétés émettent parfois des titres *mixtes*, c'est-à-dire des titres qui participent à la fois de la nature des titres nominatifs et de celle des titres au porteur. Comme les titres nominatifs, ils portent le nom du titulaire, ils ne sont transmissibles que par voie de transfert sur les registres de la société ; le capital ne doit en être payé qu'au titulaire ou à son mandataire ; mais, comme les titres au porteur, ils sont munis de coupons qu'on détache à chaque échéance pour les remettre à la société et pour constater ainsi le paiement.

193. *De la conversion.* — Il ne faut pas confondre, avec le transfert des titres nominatifs, l'opération appelée *conversion* à l'aide de laquelle on transforme un titre nominatif en titre au porteur ou à l'inverse. Cette opération est toujours possible au gré des actionnaires ou obligataires quand la société admet les deux espèces de titres ; elle consiste dans un simple changement de la forme du titre, elle n'implique pas une aliénation comme le transfert.

Elle est pourtant à certains égards soumise, en vertu de dispositions légales formelles, aux mêmes règles que si elle constituait une aliénation.

a. Il faut, pour faire opérer une conversion de titres nominatifs en titres au porteur, avoir la même capacité ou les mêmes pouvoirs que pour aliéner (L. 27 fév. 1880, art. 10). Il résulte de là qu'un mineur émancipé ou un tuteur ne peut pas faire opérer une conversion sans avoir l'autorisation du conseil de famille et parfois l'homologation du tribunal civil. Il y aurait autrement là pour eux un moyen trop facile d'arriver à aliéner leurs titres sans remplir les formalités prescrites par la loi pour les aliénations.

b. Toute conversion de titres est soumise au même droit de transmission que la cession de ces titres (L. 23 juin 1857, art. 8) V. n° 213 *in fine*. La raison de cette assimilation est qu'une conversion peut déguiser une aliénation.

Source BIU Cujas

194. DE LA PERTE ET DU VOL DES TITRES NOMINATIFS OU AU PORTEUR. — Le propriétaire de titres peut en être dépossédé sans sa volonté, notamment par suite d'une perte, d'un vol, d'un abus de confiance, etc... En ce cas, plusieurs questions se posent au point de vue des rapports du propriétaire dépossédé, soit avec la société, soit avec les tiers acquéreurs entre les mains desquels les titres ont pu passer. Il s'agit de savoir à quelles conditions il peut toucher les intérêts et les dividendes, se faire rembourser le capital devenu exigible, réclamer la délivrance d'un nouveau titre (*duplicata*), afin de pouvoir le négocier. Puis il faut déterminer si le propriétaire dépossédé n'est pas exposé à ce que les titres passent entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi contre lequel il ne pourra pas les revendiquer à raison de la règle : *en matière de meubles possession vaut titre* (art. 2279, C. civ.).

A l'un et à l'autre point de vue, la situation du propriétaire d'un titre nominatif est bien meilleure que celle du propriétaire d'un titre au porteur.

195. *Perte des titres nominatifs.* — Le titulaire d'un titre nominatif, qui en est dépossédé, doit faire le plus tôt possible une opposition dans les bureaux de la société. Il est à craindre que celui qui a le titre entre les mains ne se présente pour toucher les intérêts ou dividendes qui ordinairement sont payables au porteur (V. plus haut, n° 192), ou qu'il n'essaie même, en se faisant passer pour le titulaire ou son mandataire, soit d'obtenir le remboursement du capital devenu exigible, soit de faire opérer un transfert. La situation de l'opposant est très simple, qu'on l'envisage à l'égard de la société ou à l'égard du détenteur du titre. Si celui-ci se fait connaître, il devra justifier de son droit à cette détention, prouver que le titulaire a réellement aliéné le titre, sans quoi le titre devra être restitué à ce titulaire qui doit naturellement en être présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire. A l'égard de la société, le titulaire est considéré comme propriétaire tant qu'un transfert régulier n'a pas été inscrit sur les registres; il peut donc réclamer les droits afférents à un actionnaire ou à un obligataire et la société ne court aucun risque en les lui accordant; s'il se présente un détenteur du titre qui prétend que celui-ci lui avait été régulièrement cédé par celui qui s'est

Source BIU Cujas

plaint d'une dépossession, la société aura le droit de dire à ce détenteur que la cession invoquée par lui est non avenue à son égard tant qu'elle n'a pas été constatée par un transfert. Par la même raison, le titulaire dépossédé pourrait obtenir de la société un *duplicata* de son titre.

196. *Perte des titres au porteur.* — La situation du propriétaire dépossédé d'un titre au porteur est réglée aujourd'hui par la loi du 15 juin 1872. Avant cette loi, il n'y avait dans notre législation aucune disposition spéciale à ce sujet : aussi se bornait-on à déduire les solutions à admettre des principaux généraux du droit. Voici celles qui prévalaient en jurisprudence :

1° Les titres au porteur étant traités comme des meubles corporels, on leur appliquait les art. 2279 et 2280, C. civ. Par suite, la revendication de ces titres n'était pas admise, en principe, contre les tiers acquéreurs de bonne foi. Ils pouvaient exceptionnellement être revendiqués quand il y avait eu perte ou vol; encore la revendication n'était-elle possible que pendant trois ans contre les tiers de bonne foi et fallait-il que le revendiquant, pour se faire restituer son titre, remboursât au possesseur actuel le prix payé par celui-ci, si l'achat avait eu lieu dans une Bourse.

2° Afin d'éviter qu'un tiers n'exerçât les droits attachés au titre, celui qui prétendait en avoir été dépossédé devait faire opposition entre les mains de la société débitrice. Puis il pouvait faire déposer les intérêts ou les dividendes à la Caisse des dépôts et consignations et les toucher cinq ans après leur échéance. Après ce délai, la société n'avait pas à craindre les réclamations d'un tiers possesseur de bonne foi auquel elle eut dû payer une seconde fois, car, si ces réclamations se produisaient, la société était protégée par la prescription de l'art. 2277, C. civ. De même, quand trente ans s'étaient écoulés depuis que le capital était devenu exigible, le propriétaire dépossédé pouvait toucher le capital; la société était, en principe, en vertu de l'art. 2262, C. civ., protégée contre les réclamations d'un tiers possesseur. Mais il n'y avait aucun moyen d'obtenir la délivrance d'un duplicata du titre; si la société en avait délivré un, elle eût pu se trouver en présence à la fois du porteur du titre nouveau et d'un porteur de bonne foi du titre ancien.

Source BIU Cujas

197. La loi du 15 juin 1872 a eu pour but d'améliorer la situation du porteur dépossédé soit à l'égard de la société, soit à l'égard du tiers détenteur des titres : *a*. elle abrége les délais après lesquels le porteur peut toucher soit les intérêts et dividendes échus, soit le capital devenu exigible ; *b*. elle donne au porteur des facilités pour se faire délivrer un duplicata ; *c*. elle accorde au porteur dépossédé, par dérogation aux art 2279 et 2280, C. civ., le droit de revendiquer même contre un tiers possesseur de bonne foi, sans avoir rien à lui rembourser, quand celui-ci n'a acquis qu'après l'accomplissement de formalités destinées à empêcher la négociation du titre.

198. Celui qui prétend avoir été dépossédé d'un titre au porteur doit avant tout, s'il veut profiter des dispositions de la loi du 15 juin 1872, faire signifier par huissier deux oppositions, l'une à l'établissement débiteur, afin d'empêcher qu'il ne paie à un tiers porteur les intérêts et les dividendes ou le capital devenu exigible, l'autre au syndic des agents de change de Paris, afin d'empêcher la négociation des titres (art. 1 et 11). Les actes d'opposition doivent contenir l'indication du nombre, de la nature, de la valeur nominale, des numéros et, s'il y a lieu, de la série des titres (art. 1) ; ils doivent aussi contenir, autant que possible, différentes autres énonciations (1). En outre, l'acte d'opposition signifié au syndicat des agents de change de Paris doit contenir réquisition de faire publier les numéros des titres dans un bulletin spécial que publie le syndicat des agents de change (art. 11). Sous la responsabilité du syndicat, l'insertion des numéros des titres frappés de cette opposition doit être faite dans ce bulletin un jour franc au plus tard après celui où elle a été signifiée.

199. Les oppositions ainsi formées peuvent ne pas être contredites par un tiers possesseur des titres prétendant en être légitime propriétaire ou, au contraire, un tiers peut y contredire. Dans le premier cas, il n'y a qu'à régler les rapports de celui qui allégue avoir été dépossédé avec la société débitrice, dans le second cas, il y a à décider qui doit être reconnu propriétaire des titres.

(1) L'acte d'opposition doit aussi, autant que possible, énoncer : 1° L'époque et le lieu où l'opposant est devenu propriétaire, ainsi que le mode de son acquisition ; — 2° L'époque et le lieu où il a reçu les derniers intérêts ou dividendes ; — 3° Les circonstances qui ont accompagné sa dépossession (art. 2, L. 15 juin 1872).

Source BIU Cujas

200. Lorsque personne ne contredit à l'opposition et n'en demande la mainlevée, l'opposant peut arriver à toucher les intérêts et les dividendes, à se faire payer le capital devenu exigible, à se faire délivrer un duplicata pour le négocier ; mais il va de soi que l'opposition seule ne suffit pas pour lui permettre d'exercer ces droits. Il peut se faire que l'opposant ne soit pas propriétaire des titres, soit parce qu'il les a cédés lui-même, soit parce que, même sans son fait, ils ont passé entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi qui en est devenu propriétaire avant toute opposition. L'opposition faite au siège de la société n'a par elle-même immédiatement qu'un effet purement négatif : elle met obstacle au paiement des intérêts et des dividendes et au remboursement du capital devenu exigible. Si la société avait l'imprudence de payer un tiers porteur qui se présenterait, elle risquerait d'être obligée de payer une seconde fois l'opposant (analogie art. 1242, C. civ.).

Les autres conditions exigées pour que l'opposant puisse exercer ces droits à l'encontre de la société sont plus ou moins rigoureuses, selon qu'il veut toucher seulement les intérêts ou les dividendes ou se faire rembourser le capital exigible ou obtenir la délivrance d'un duplicata.

201. Pour que l'opposant puisse exiger le paiement des intérêts ou des dividendes, quatre conditions doivent être réunies. Il faut :

1. Qu'une année au moins se soit écoulée depuis la date de l'opposition sans qu'elle ait été contredite (art. 2);

2. Que deux termes d'intérêts ou de dividendes aient été mis en distribution;

3. Que l'opposant obtienne du président du tribunal civil de son domicile l'autorisation de toucher les intérêts ou dividendes à mesure de leur exigibilité (art. 3). Le président a un pouvoir discrétionnaire ; avant de statuer, il examine les circonstances et tient compte de l'honorabilité de l'opposant. — Si le président repousse la demande, l'opposant peut saisir par voie de requête le tribunal lui-même (1).

4. Que l'opposant fournisse une caution dont l'engagement s'applique au montant des annuités échues et à une valeur double de la

(1) V. sur la question de savoir si un appel est possible, notre *Précis de droit commercial*, I, p. 194, note 2.

Source BIU Cujas

dernière annuité échue (art. 4). Cette garantie est exigée dans l'intérêt du tiers porteur de bonne foi qui pourrait se présenter par la suite. A défaut de caution, l'opposant peut fournir un nantissement en rentes sur l'État (art. 2041, C. civ.). L'opposant peut aussi, s'il le préfère, exiger le dépôt des intérêts et dividendes à la Caisse des dépôts et consignations à mesure de leur échéance. Si, pendant deux années à partir de l'autorisation, l'opposition n'a pas été contredite, il n'est guère à supposer qu'un tiers porteur de bonne foi se présentera. Aussi, après ce délai, la caution est-elle libérée ; les titres de rente sur l'État donnés en nantissement peuvent être retirés, l'opposant peut opérer le retrait des sommes déposées à titre d'intérêts et de dividendes à la Caisse des consignations et toucher librement les intérêts et dividendes à échoir, au fur et à mesure de leur exigibilité.

202. Pour que l'opposant puisse toucher le capital devenu exigible, il faut la réunion des mêmes conditions que pour la perception des intérêts et des dividendes. Seulement, à cet égard, la caution n'est déchargée, les titres de rente donnés en nantissement ne peuvent être retirés que dix ans après l'époque de l'exigibilité et cinq ans au moins après l'autorisation (art. 5). Si l'opposant a fait déposer le capital devenu exigible à la Caisse des dépôts et consignations, il ne peut se le faire remettre qu'après ces délais. Les porteurs des titres, ignorant que le capital est devenu exigible, tardent assez souvent à le réclamer ; aussi, faut-il, en ce qui concerne le capital, qu'un temps relativement long se soit écoulé pour qu'on puisse induire de l'absence de réclamation que personne ne se présentera.

203. La société qui paie à l'opposant, après l'accomplissement de toutes ces conditions, les intérêts, le dividende ou le capital devenu exigible, est libérée (L. 15 juin 1872, art. 9 ; art. 1240, C. civ.). En conséquence, s'il se présente un tiers porteur dont le droit soit reconnu, il n'a de recours que contre l'opposant et contre la caution, si celle-ci n'est pas encore libérée, ou sur les rentes déposées en nantissement.

204. Le porteur dépossédé peut réclamer un duplicata, s'il désire négocier son action ou son obligation. La loi prend des précautions pour que la délivrance d'un duplicata ne puisse avoir lieu qu'alors

Source BIU Cujas

qu'il y a presque certitude qu'un tiers porteur ne se présentera pas et pour qu'elle ne puisse causer aucun préjudice à la société.

Pour qu'un duplicata puisse être obtenu, il faut :

a. Qu'il se soit écoulé au moins 10 ans depuis l'autorisation du président du tribunal civil, c'est-à-dire 11 ans depuis l'opposition;

b. Que, pendant ce délai, l'opposition n'ait pas été contredite par une personne se présentant pour toucher les revenus du titre ;

c. Que, tous les ans, il y ait eu distribution d'intérêts ou de dividendes. On défalque, dans le calcul du délai, les années durant lesquelles il n'en a pas été distribué; car, durant ces années, il est naturel que personne ne se soit présenté;

d. Que le numéro du titre ait été publié dans le bulletin des oppositions jusqu'au jour où le *duplicata* est réclamé et que l'opposant garantisse par un dépôt ou par une caution qu'il y sera publié encore pendant 10 ans, de telle sorte que la publication du numéro du titre se continue pendant 21 années consécutives.

Dès que ces conditions sont réunies, sans qu'il soit besoin d'une autorisation nouvelle du président du tribunal civil et sans qu'une garantie de restitution soit exigée, l'opposant a le droit d'exiger un *duplicata* portant le même numéro que le titre originaire et indiquant qu'il est délivré en double. Ce titre confère les mêmes droits que le titre primitif, de telle sorte que le tiers porteur qui représenterait ce dernier titre, n'aurait plus le droit d'agir que contre l'opposant, si son opposition avait été faite sans droit.

205. L'opposition faite par le porteur qui se prétend dépossédé peut être contredite par un tiers qui se présente pour exercer les droits attachés au titre (art. 10); c'est alors à la justice à prononcer entre l'opposant et le tiers porteur. Il va de soi que l'opposant peut revendiquer contre le tiers qui a trouvé le titre ou qui l'a volé ou encore qui l'a acheté sciemment de la personne qui l'a volé ou trouvé. Mais le titre peut avoir été acquis par un tiers de bonne foi; la loi de 1872 (art. 12) pose pour ce cas les règles qui doivent servir à trancher la question.

Il faut distinguer selon que la négociation du titre est antérieure ou postérieure au jour où le premier numéro du *Bulletin* mentionnant l'opposition a pu arriver dans le lieu où la négociation a été opérée.

Source BIU Cujas

La négociation était-elle antérieure? Comme l'opposition formée entre les mains du syndicat des agents de change n'était pas encore portée à la connaissance du public, on applique les art. 2279 et 2280, C. civ. La négociation est, par suite, valable et opposable au propriétaire dépossédé. Par exception, celui-ci a seulement, en cas de *vol* ou de *perte*, le droit de revendiquer le titre pendant trois ans contre les acquéreurs de bonne foi (il ne l'aurait pas en cas d'abus de confiance ou d'escroquerie, ni dans aucun autre cas de dépossession). C'est dans les hypothèses de ce genre que le tiers acquéreur de bonne foi qui survient a le droit d'exiger, soit de l'opposant, soit de la caution, tout ce que l'opposant a touché à l'occasion du titre.

La négociation était-elle au contraire postérieure? Alors elle est réputée non avenue à l'égard du porteur dépossédé (art. 12). L'opposant peut ainsi revendiquer son titre, il n'est même pas limité dans le délai de trois ans en cas de perte ou de vol, il ne peut être arrêté que par la prescription trentenaire et n'a pas à restituer au tiers acquéreur évincé le prix de la négociation. Il y a ainsi dérogation aux art. 2279 et 2280, C. civ.

Le tiers acquéreur ne pourrait triompher contre le revendiquant qu'en prouvant que celui-ci a fait l'opposition sans droit parce qu'il n'était pas propriétaire du titre. Cela peut se présenter même en l'absence de toute fraude de la part de l'opposant qui revendique. Ainsi l'on peut supposer que les héritiers d'une personne, trouvant sur les livres du défunt des numéros de titres et non les titres eux-mêmes, forment opposition en s'imaginant qu'ils ont été perdus ou volés, alors que le défunt les a vendus régulièrement. Il est évident que la revendication ne sera pas admise, quoique les négociations aient été postérieures à l'opposition.

Il faut certainement assimiler au cas où il n'y a pas eu d'opposition celui où elle a été irrégulière à raison de l'indication inexacte du numéro du titre.

Du reste, pour déterminer s'il y a lieu ou non à revendication à raison de la date de la négociation rapprochée de celle de l'opposition, c'est la date de la première négociation depuis la dépossession du titre qu'il faut considérer. Si cette négociation a précédé la publi-

Source BIU Cujas

cation de l'opposition, le porteur dépossédé a perdu la propriété de son titre en vertu de l'art. 2279 et il ne peut plus revendiquer même contre un sous-acquéreur dont l'acquisition est postérieure à la publication de l'opposition.

206. Les actions et les obligations sont le plus souvent vendues et achetées par des agents de change pour le compte de leurs clients. L'acheteur évincé par l'opposant peut-il s'en prendre à son agent de change et lui réclamer une indemnité? La loi de 1872 (art. 12, al. 2) a voulu restreindre à cet égard la responsabilité de l'agent de change. Il n'est responsable que dans trois cas : 1° quand il a acheté le titre pour le compte de son client après la publication de l'opposition dans le *Bulletin officiel*; 2° quand l'opposition (ce qui est assez rare) lui a été signifiée personnellement; 3° quand il est prouvé qu'il a été de mauvaise foi, c'est-à-dire a acheté sciemment un titre dont le propriétaire a été dépossédé. Mais un agent de change ne peut être rendu responsable à raison d'une simple imprudence. — Cette limitation de responsabilité ne s'applique pas aux intermédiaires autres que les agents de change qui parfois vendent ou achètent des titres pour des clients. En conséquence, une simple négligence peut, conformément au droit commun, les faire déclarer responsables.

207. Il se peut qu'une personne ait été dépossédée des coupons seuls, soit qu'ils lui aient été pris après qu'elle les a détachés du titre, soit qu'un tiers les ait détachés lui-même. Ce cas, prévu par l'art. 8 de la loi, est moins grave que celui de dépossession du titre lui-même. Aussi suffit-il, pour arriver à toucher les coupons, que le porteur dépossédé ait fait opposition à leur paiement entre les mains de la société débitrice; dès que trois ans se sont écoulés depuis la date de l'opposition, l'opposant peut toucher les coupons, si l'opposition n'a pas été contredite. Il n'est pas besoin alors d'autorisation de justice, ni de garantie.

208. *Cas d'application de la loi du 15 juin 1872.* — Les dispositions de la loi de 1872 s'appliquent, d'après l'art. 1, au propriétaire de titres au porteur *qui en est dépossédé par quelque événement que ce soit.* Malgré la généralité de ces expressions, il n'est pas douteux qu'en cas de destruction d'un titre au porteur, sans avoir

Source BIU Cujas

besoin de remplir les formalités et conditions prescrites par la loi de 1872, le propriétaire pourrait, en prouvant le fait de la destruction, se faire délivrer immédiatement un titre nouveau et exercer tous les droits attachés à l'ancien titre. Cette preuve peut se faire par tous les moyens (art. 1348-4°, C. civ.); mais elle est difficile par cela même que le propriétaire doit établir qu'un titre portant tel numéro a été détruit.

209. *A quels titres s'applique la loi de 1872.* — Elle régit, en principe, tous les titres au porteur, qu'ils soient émis par des sociétés, des départements, des communes ou des établissements publics. Elle ne s'applique, au contraire, ni aux billets émis par la Banque de France ou par des établissements légalement autorisés comme les banques coloniales, ni aux rentes sur l'État (art. 16).

La loi de 1872 a laissé de côté les rentes sur l'État, parce qu'elles ne sont passibles d'aucune opposition (L. 8 nivôse an VI, art. 4 et L. 22 floréal an VII, art. 7) (1).

210. La loi du 15 juin 1872 s'applique aux titres au porteur français négociés dans les Bourses françaises. Mais s'applique-t-elle aussi aux titres étrangers négociés dans les Bourses de France ou aux titres français négociés dans les Bourses étrangères ? Ces deux questions doivent être examinées séparément.

Il est bien évident que des sociétés étrangères ne peuvent être contraintes de payer des intérêts ou des dividendes, de rembourser le capital, de délivrer un duplicata, sous les conditions fixées par la loi du 15 juin 1872, aux obligataires ou aux actionnaires qui prétendent avoir été dépossédés de leurs titres. Cette loi n'a pu obliger à tout cela les sociétés françaises que parce qu'elle leur assure leur libération envers les tiers porteurs qui se présenteraient par la suite. Or, assurément la loi française ne peut avoir cette action à l'égard des sociétés étrangères. Mais si une opposition est formée à la négociation de titres au porteur étrangers au syndicat des agents de change de Paris, les négociations postérieures à l'insertion au bulletin des numéros des titres sont-elles non avenues à l'égard de l'op-

(1) Cependant la loi de 1872 a un peu amélioré la situation des porteurs de rentes sur l'État dépossédés. V. art. 16, al. 2, L. 15 juin 1872 et n° 393, t. 1er, de notre *Précis de droit commercial.*

Source BIU Cujas

posant comme s'il s'agissait de titres français? La jurisprudence admet l'affirmative (1). Elle se fonde sur l'utilité pratique que présente l'application de la loi de 1872 aux titres même étrangers négociés en France et sur l'absence de toute distinction dans cette loi entre les titres français et les titres étrangers. Mais une grave objection peut être faite contre cette jurisprudence : elle fait une distinction entre les diverses dispositions de la loi de 1872, pour en appliquer aux titres étrangers seulement quelques-unes. Il est, en effet évident, qu'on ne saurait admettre que les tribunaux français puissent obliger les sociétés érangères à payer des intérêts ou des dividendes, à rembourser le capital, à délivrer des duplicata à l'opposant qui remplit les conditions de la loi de 1872, par cela même qu'ils ne peuvent déclarer ces sociétés libérées envers les tiers porteurs.

En ce qui concerne les titres français négociés dans les pays étrangers, on a proposé de leur appliquer aussi la loi de 1872 ; on se fonde principalement sur ce que la loi ne fait pas de distinction (2). Mais cette doctrine est très critiquable; elle peut paraître en contradiction avec le principe selon lequel les conditions de la transmission de la propriété des valeurs mobilières se règlent d'après la loi du pays où celle-ci s'opère. En outre, il semble bien dur de frapper de nullité des négociations faites dans des pays où le bulletin des oppositions ne parvient pas ou n'arrive que très irrégulièrement.

211. *Des impôts sur les actions et sur les obligations.* — Les actions et les obligations nominatives ou au porteur, comprises dans des successions, des donations ou des legs, sont soumises aux mêmes droits de mutation que les autres biens mobiliers. En outre, elles sont grevées de trois impôts spéciaux : 1° l'impôt du timbre; 2° le droit de transmission ou la taxe annuelle destinée à le remplacer; 3° l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières,

212. *Impôt du timbre.* — La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 2, 6°) soumettait à un droit proportionnel d'enregistrement de

(1) Cass. 13 février 1884, Sirey, 1884. 1. 225; *J. pal.* 1884. 540.

(2) Trib. civ. Seine, 6 août 1885. — *Journal des valeurs mobilières*, 1882, p. 433 et suiv., article de M. Ledebt; *Journal du droit international privé*, p. 260 et suiv., article de M. Buchère.

Source BIU Cujas

50 centimes par 100 francs les cessions d'actions. Cet impôt très élevé ne se percevait guère, car c'était un droit d'acte supposant la confection d'un écrit destiné à constater la cession et les titres d'actions ou d'obligations se transmettent généralement sans qu'un écrit soit dressé. Afin de modérer l'impôt et d'assurer la perception, la loi de finances du 5 juin 1850 remplaça le droit d'enregistrement par un droit de timbre proportionnel.

Sur les *actions*, le droit de timbre est de 1 fr. par 100 fr.; il est réduit à 50 centimes pour les sociétés dont la durée n'excède pas dix ans (art. 14 et suiv.). Sur les *obligations*, le droit de timbre est toujours de 1 pour 100 (art. 27). Le droit est établi sur le montant nominal du titre, sans qu'on tienne compte, ni du cours des actions ou des obligations, ni de leur revenu, ni de la portion dont elles ne sont pas encore libérées.

Au lieu de payer immédiatement les droits de timbre, la société peut contracter un abonnement en vertu duquel elle paie annuellement 5 centimes par 100 fr. du montant des actions ou des obligations (art. 22 et 31).

213. *Droit de transmission et taxe annuelle.* — La loi du 5 juin 1850 dispensait de tout droit d'enregistrement les cessions d'actions ou d'obligations moyennant le droit de timbre qu'elle établissait; cette dispense n'a pas été de longue durée. La loi de finances du 23 juin 1857 a établi, en sus du droit de timbre, un *droit de mutation*, qui se perçoit de deux manières différentes, selon que les titres sont au porteur ou nominatifs.

Sur les titres nominatifs, le droit est payé pour chaque cession. Il est perçu à chaque transfert pour le compte du Trésor par la société qui en est constituée débitrice. Mais pour les titres au porteur l'établissement d'un droit payé à chaque cession eût été plein de danger pour le Trésor public : les transmissions de ces titres se font de la main à la main sans que rien les constate et il est facile, par suite, de les dissimuler. Aussi, pour les titres au porteur, le droit de transmission est-il remplacé par une taxe annuelle dont la société fait l'avance et qu'elle recouvre sur les actionnaires ou sur les obligataires au moyen d'une retenue opérée sur les dividendes ou sur les intérêts qui leur sont dus (art. 7).

Source BIU Cujas

Pour les titres nominatifs, le droit de transmission se calcule sur le prix de la vente. Sur les titres au porteur, la taxe annuelle s'établit sur la valeur moyenne des titres durant l'année précédente (art. 6).

Après différentes variations dans leur quotité, le droit de transmission est actuellement de 50 centimes et la taxe annuelle de 20 centimes par 100 francs sans décimes (L. 29 juin 1872, art. 3, al. 4). — La conversion d'un titre au porteur en titre nominatif ou l'opération inverse est soumise au droit de transmission (L. 23 juin 1857, art. 8). Ce droit est alors perçu sur le prix moyen du titre d'après le cours de la Bourse de la veille du jour où la conversion a lieu.

214. Quand il s'agit d'établir l'impôt sur le prix même de la cession (droit de transmission) ou sur le cours moyen de l'année précédente (taxe annuelle), une question spéciale doit être résolue par suite d'un usage particulier aux Bourses françaises. En France, lorsque des actions ne sont pas libérées, le cours de la Bourse ne tient pas compte de cette circonstance. Ainsi des actions de 500 fr. sont libérées de moitié seulement, soit 250 fr. Elles sont en hausse de 75 fr. et, par suite, pour acheter une action, il faut payer 250 + 75 fr., soit 325 fr., le cours de la Bourse indiqué porte 575 fr. Les actions sont en baisse de 25 fr., de telle sorte qu'il suffit pour acheter une action de payer 225 fr.; le cours de la Bourse porte 475 fr. Jusqu'en 1872, c'était le chiffre ainsi porté au cours de la Bourse qui servait de base au droit de transmission et à la taxe annuelle. Ce système était très rigoureux. Aussi la loi du 30 mars 1872 (art. 1, al. 2) a-t-elle décidé que la perception serait faite d'après la valeur négociée, déduction faite des versements à opérer sur les titres non encore libérés. C'est donc sur le prix réel qu'est perçu le droit de transmission, c'est sur le cours moyen réel de l'année précédente qu'est établie la taxe annuelle.

215. *Impôt sur le revenu.* — Cet impôt a été créé par la loi du 29 juin 1872 sous le nom de *taxe* ou *impôt sur le revenu des valeurs mobilières*. Il consiste dans une taxe annuelle perçue sur les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature et sur les intérêts des obligations des sociétés; il n'y a, à cet égard, aucune distinction à faire entre les titres nominatifs et

Source BIU Cujas

les titres au porteur. Cette taxe porte, du reste, même en dehors des sociétés par actions, sur les intérêts et bénéfices annuels des parts d'intérêts et commandites (art. 1).

Le législateur n'a pas entendu frapper les produits du travail, il a voulu seulement atteindre les revenus des placements. Cependant, en présence de la généralité des termes de la loi de 1872, l'administration prétendait percevoir l'impôt même sur les parts d'intérêts dans les sociétés en nom collectif et sur les parts des commandités dans les commandites simples. Pour éviter toute difficulté, une loi du 1er décembre 1875 a déclaré que l'impôt sur le revenu ne frappe ni les parts des associés en nom collectif, ni celles des commandités dans les commandites simples.

Comment constate-t-on le revenu sur lequel est perçue la taxe de 3 p. 0/0 ? La constatation est simple pour les intérêts des obligations par cela même qu'ils sont invariables. Mais la question se pose pour les dividendes. La loi distingue selon qu'il s'agit de sociétés par actions ou d'autres sociétés. Pour les premières, le revenu sur lequel la taxe est perçue est fixé d'après les délibérations des assemblées générales d'actionnaires ou des conseils d'administration, les comptes-rendus ou tous autres documents analogues que l'administration de l'enregistrement peut rechercher. Pour les secondes, à défaut de délibération des conseils d'administration, le revenu imposé est fixé par l'évaluation à raison de cinq pour cent, soit du montant du capital social ou de la commandite, soit du prix moyen des cessions de parts d'intérêts consenties durant l'année précédente. Le législateur ne veut pas que l'administration de l'enregistrement puisse faire des recherches dans les documents et pièces des sociétés de personnes.

Les lots et les primes de remboursement sont aussi soumis, en vertu de la loi du 21 juin 1875 (art. 15), à la taxe de 3 p. 0/0 sur le revenu. Cela s'explique; les lots et les primes sont formés à l'aide de retenues opérées sur les intérêts (n° 186). La valeur soumise à l'impôt se détermine pour les lots par leur montant même et pour les primes par la différence entre la somme remboursée et le taux d'émission.

L'avance de l'impôt sur le revenu est faite, comme celle de la taxe

Source BIU Cujas

annuelle, par la société. Elle le recouvre sur les actionnaires ou les obligataires en opérant une retenue sur les dividendes, les intérêts, les lots ou les primes (analog. n° 213).

216. Les impôts spéciaux dont il vient d'être parlé s'appliquent à toutes les valeurs mobilières françaises. La rente sur l'État français y est seule soustraite; cela en augmente le revenu et contribue à la faire rechercher avec faveur.

Il y aura lieu d'examiner, à propos des sociétés étrangères, de quels impôts leurs titres sont frappés en France.

217. *Avantages et inconvénients comparés des titres nominatifs et des titres au porteur.* — On se demande souvent s'il est plus avantageux d'avoir des titres nominatifs ou des titres au porteur. La question ne doit pas recevoir une solution absolue. Chaque forme de titre a ses avantages et ses inconvénients.

D'abord le titre nominatif présente plus de sécurité. Celui qui en est dépossédé n'a pas, pour se mettre à l'abri des conséquences de sa dépossession, à remplir les formalités et à subir les délais et les frais qui sont imposés au propriétaire dépossédé d'un titre au porteur (n°s 194 et suiv.). Mais le titre nominatif est un moyen de crédit parfois plus difficile à utiliser que le titre au porteur : il y a des établissements de crédit qui prêtent sur les titres au porteur qui leur sont remis en gage et non sur des titres nominatifs.

Au point de vue des impôts qui diminuent le revenu des actions ou des obligations, l'acquéreur a intérêt à se faire délivrer des titres de l'une ou de l'autre espèce selon le but qu'il se propose. S'il veut faire un placement sérieux et conserver ses titres pendant longtemps, il doit préférer la forme nominative; sans doute, il aura à payer un droit de transmission, mais il percevra un revenu net supérieur à celui qu'il toucherait avec un titre au porteur. En effet, sur les titres nominatifs, les actionnaires et obligataires ne subissent la retenue que de l'impôt de 3 pour 0/0 sur le revenu, tandis que, sur les titres au porteur, ils sont soumis à cette retenue et à celle de la taxe annuelle. Au contraire, celui qui veut spéculer sur des titres, les garde peu de temps, parfois il n'en touche pas les revenus parce qu'il ne les conserve pas jusqu'à une échéance, il a donc intérêt, pour ne pas payer de droit de transmission, à avoir des titres au porteur.

Source BIU Cujas

HISTORIQUE DE LA LÉGISLATION RELATIVE AUX SOCIÉTÉS PAR ACTIONS.

218. Sans remonter même au-delà du Code de commerce de 1807 (1), on peut constater que la législation relative aux sociétés par actions a subi, à plusieurs époques, de notables modifications. Ces changements sont dus aux efforts, jusqu'ici infructueux, qu'a faits le législateur pour prévenir ou réprimer les fraudes auxquelles les sociétés par actions donnent trop souvent lieu, sans cependant entraver la constitution et le développement de ces sociétés indispensables pour les grandes entreprises industrielles et commerciales.

Le Code de commerce avait adopté deux régimes tout différents pour les deux sortes de sociétés par actions.

Les sociétés anonymes ne pouvaient être créées sans l'autorisation préalable du gouvernement. L'autorisation était précédée d'un examen des statuts auxquels des modifications pouvaient être exigées. L'autorisation et l'approbation des statuts étaient données par un décret rendu sur l'avis du Conseil d'État, C. com., art. 37 ; la même approbation était nécessaire pour les modifications apportées aux statuts. En outre, le gouvernement avait sur les sociétés anonymes un droit de surveillance qui lui permettait même de révoquer l'autorisation.—Le législateur avait cru devoir soumettre les sociétés anonymes à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement, afin de protéger les intérêts des créanciers qui ne peuvent se faire payer que sur les biens sociaux et d'empêcher les fraudes commises au préjudice des actionnaires qui pour la plupart ne participent point à la rédaction des statuts arrêtés seulement par les fondateurs (n° 168).

Les sociétés en commandite par actions étaient tout autrement traitées par le Code de commerce. Elles pouvaient être créées sans autorisation préalable du gouvernement et le Code laissait une pleine liberté aux fondateurs pour régler, comme ils le voulaient, la constitution et le fonctionnement de ces sociétés. Une seule règle restrictive existait, c'est celle qui défend de confier la gestion à un simple

(1) V. pour la période antérieure au Code de commrece, *Précis de droit commercial*, n°s 395 à 401, t. I, p. 201 à 203.

Source BIU Cujas

commanditaire (art. 27 et 28, V. n° 159). Cette règle est, du reste, commune aux commandites simples et aux commandites par actions et, en fait, dès qu'il y a des titres au porteur, elle ne peut guère s'appliquer à ces dernières par cela même que les commanditaires ne sont pas connus.

Le système consistant à soumettre à deux régimes aussi différents les deux sortes de sociétés par actions était vicieux. Il n'y avait pas de bonne raison pour accorder aux commandites par actions une liberté dont ne jouissaient pas les sociétés anonymes. Sans doute, on avait bien allégué que, dans les commandites, les intéressés ont une garantie résultant de ce que les commandités sont tenus des dettes sociales solidairement et sur tous leurs biens; mais cette obligation illimitée n'a aucune importance quand il s'agit de sociétés faisant des opérations considérables, dont les dettes peuvent atteindre ou dépasser les fortunes des particuliers les plus riches. Dans une bonne législation, le régime général des deux sortes de sociétés par actions doit être le même.

Les vices du système du Code de commerce se manifestèrent d'une façon éclatante. On recourait à la forme de la commandite par actions, non à raison des avantages qu'elle présente par rapport à la société anonyme, mais à cause de la gêne qu'imposait la nécessité de recourir à l'autorisation du gouvernement; cette forme de société était adoptée par ceux qui voulaient entreprendre des affaires véreuses et pratiquer des fraudes au préjudice des actionnaires ou des tiers.

Après la révolution de 1830, les abus auxquels donnaient naissance les commandites par actions se développèrent tellement qu'en 1838 il fut un moment question de supprimer la faculté de diviser en actions le capital des commandites. Des abus semblables se reproduisirent au début du second Empire. Aussi une loi du 17 juillet 1856 réglementa-t-elle les commandites par actions en les soumettant à un grand nombre de règles restrictives au point de vue, soit de leur constitution, soit de leur fonctionnement. La loi du 17 juillet 1856 a été elle-même remplacée par les dispositions du titre II de la loi du 24 juillet 1867, de telle sorte que, depuis 1867, les commandites par actions, sans être soumises à l'autorisation préalable, ne jouissent pas de la liberté que leur avait accordée le Code de commerce.

Du reste, le régime des sociétés anonymes a été lui-même profon-

Source BIU Cujas

dément modifié : l'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement ont, en principe, été supprimées. Cette suppression n'a pas toutefois été faite d'un seul coup. Une première loi du 23 mai 1863 a supprimé l'autorisation préalable seulement pour les sociétés anonymes dont le capital n'excédait pas 20 millions. Du reste, pour ces sociétés, l'autorisation et la surveillance du gouvernement étaient remplacées par une réglementation légale relative à leur constitution et à leur fonctionnement; cette réglementation était analogue à celle qu'avait établie la loi du 17 juillet 1856 pour les commandites par actions. Ces sociétés anonymes, dispensées de l'autorisation préalable, avaient reçu de la loi même le nom de *sociétés à responsabilité limitée*, afin que le public ne les confondît pas avec les sociétés anonymes autorisées. La loi du 24 juillet 1867 (art. 21) a complété la réforme en supprimant l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes en général quelle que soit l'importance de leur capital. Mais les sociétés anonymes ne sont pas pour cela absolument libres; la loi du 24 juillet 1867 (titre II), comme l'avait fait la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, les a soumises, au point de vue de leur constitution et de leur fonctionnement, à un grand nombre de règles restrictives.

La loi de 1867 a apporté une exception à la suppression de l'autorisation préalable. Aux termes de l'art. 66 de cette loi, les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles ou à primes, sont restées soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement. Quant aux autres sociétés d'assurances (maritimes ou terrestres), elles peuvent bien se former sans autorisation, mais un décret du 22 janvier 1868 les a soumises, en vertu de l'art. 66, al. 2, de la loi de 1867, à quelques règles spéciales.

219. Quels motifs ont fait supprimer l'autorisation préalable et la surveillance du gouvernement? Pourquoi ont-elles été maintenues pour les sociétés d'assurances sur la vie et les associations de la nature des tontines?

Le système de l'autorisation préalable avait de graves inconvénients. D'abord la lenteur des formalités administratives à remplir mettait parfois obstacle à la constitution des sociétés anonymes à un moment opportun. Avec ce système le gouvernement était chargé de

Source BIU Cujas

défendre des intérêts privés, ce qui n'est pas dans son rôle. Le grand nombre de sociétés pour lesquelles l'autorisation était demandée empêchait que l'administration supérieure pût exercer sérieusement et efficacement les pouvoirs que la loi lui conférait. Quand une société anonyme s'effondrait, les intéressés pouvaient s'en prendre au gouvernement et faire peser sur lui au moins une grave responsabilité morale. Enfin la faculté de former librement des commandites par actions n'était guère conciliable avec le régime de l'autorisation pour les sociétés anonymes (n° 218). Du reste, une réforme de la législation s'imposait par suite d'une cause nouvelle. Le célèbre traité de commerce de 1860 avait admis en partie entre la France et l'Angleterre le principe du libre échange. De plus, une convention internationale du 30 avril 1862 conférait aux sociétés anglaises constituées conformément à leurs lois nationales le droit d'agir en France. Or, en Angleterre, depuis 1862, les sociétés qui correspondent à nos sociétés anonymes, pouvaient se former librement. Le maintien de l'autorisation préalable aurait placé le commerce français dans une véritable situation d'infériorité à l'égard du commerce anglais.

Quant aux sociétés d'assurances sur la vie et de la nature des tontines, elles font des opérations de longue durée se rattachant à des calculs assez compliqués fondés sur la durée moyenne de la vie humaine. Les intéressés ne comprennent pas le plus souvent ces opérations. Il est à craindre qu'ils ne se laissent très facilement tromper. Afin de les protéger, on a cru devoir maintenir l'autorisation préalable pour les sociétés de cette sorte.

220. Par suite des modifications apportées au Code de commerce, les deux grandes espèces de sociétés par actions sont aujourd'hui soumises à un régime légal identique. Les unes et les autres peuvent se former sans autorisation préalable ; mais, pour prévenir les fraudes auxquelles elles ont trop souvent donné lieu au préjudice des actionnaires et des tiers, la loi les soumet à un grand nombre de règles restrictives. Cependant il y a dans les règles applicables aux deux sortes de sociétés par actions des différences assez nombreuses : les unes proviennent de ce que les deux sortes de sociétés n'ont pas la même nature, les autres sont arbitraires. Aussi devra-t-il être traité

Source BIU Cujas

séparément des sociétés en commandite par actions et des sociétés anonymes et, à propos de chacune de ces deux sortes de sociétés, il faudra examiner: 1° les règles relatives à sa constitution; 2° les règles concernant son fonctionnement.

A. — Des sociétés en commandite par actions.

1° *Constitution des commandites par actions.*

221. La constitution des commandites par actions est soumise à des conditions multiples. La loi ne laisse pas, comme pour les sociétés en nom collectif et en commandite simple, la faculté aux intéressés de fixer à leur gré l'époque à laquelle la société sera constituée et pourra fonctionner. Pour qu'une commandite par actions soit valablement constituée et puisse commencer, en conséquence, ses opérations, il faut :

1° Que la valeur des actions ne soit pas inférieure au montant minimum fixé par la loi de 1867 ;

2° Que le capital social soit intégralement souscrit ;

3° Que le quart au moins soit versé sur chaque action ;

4° Que le gérant déclare par-devant notaires que le capital a été entièrement souscrit et que les actions sont libérées du quart ;

5° Que l'évaluation des apports en nature et la cause des avantages particuliers stipulés au profit des fondateurs soient appréciées dans les formes déterminées par la loi ;

6° Qu'un conseil de surveillance soit nommé.

Il va de soi que l'acte de société doit être rédigé par écrit conformément aux dispositions du Code de commerce (art. 39).

Chacune des conditions auxquelles est subordonnée la constitution de la société est destinée à éviter des abus qui s'étaient produits, soit avant la loi du 17 juillet 1856, soit depuis. Elles reçoivent de sévères sanctions civiles ou pénales. Il y a lieu de reprendre à part chaque condition, de déterminer l'abus qu'elle a pour but de prévenir et d'indiquer ensuite les sanctions de ces conditions.

222. 1° *Montant minimum des actions.* — Avant 1856, on fractionnait quelquefois le capital en actions ou en coupons d'actions d'une valeur tellement minime qu'on a pu dire que c'étaient presque

Source BIU Cujas

des billets de loterie. On attirait ainsi dans les sociétés en commandite les épargnes des gens peu fortunés et peu éclairés. Pour éviter cela, la loi de 1867 (art. 1er), comme l'avait fait déjà la loi de 1856, fixe le minimum du montant des actions. Les sociétés en commandite ne peuvent diviser leur capital en actions ou en coupons d'actions de moins de 100 francs, lorsque le capital n'excède pas 200,000 fr., et de moins de 500 fr. lorsqu'il est supérieur. Cette distinction a été faite parce qu'on a voulu que les actions de 100 fr. fussent peu nombreuses et qu'en général les sociétés anonymes ont un capital de plus de 200,000 francs.

223. 2° *Souscription intégrale du capital social.* — La souscription est l'acte par lequel une personne s'oblige à verser le montant d'une ou de plusieurs actions pour devenir actionnaire. Il arrivait avant la loi de 1856, qui prescrivait déjà cette condition, qu'une société commençait ses opérations, alors qu'une faible partie du capital était souscrite. Les tiers qui contractaient avec une telle société pouvaient être trompés et, de plus, les actionnaires qui, en souscrivant, avaient compté que le capital entier serait souscrit, ou qu'autrement leurs versements leur seraient rendus, risquaient de ne pas être remboursés par suite des pertes éprouvées.

Il est certain, bien que la loi de 1867 ne le dise point, que toute souscription doit être ferme, c'est-à-dire qu'un souscripteur d'actions ne peut pas se réserver la faculté de se décharger de son engagement. Il ne peut être libéré que par un versement effectif qui en constitue l'exécution. Autrement les tiers, qui ont cru pouvoir compter sur le capital social en présence des souscriptions le couvrant entièrement, seraient trompés dans leur attente légitime. Du reste, comme cela a été dit précédemment (n° 157), les souscripteurs d'actions doivent être considérés comme étant obligés directement envers les créanciers de la société.—Si les représentants de la société ne peuvent pas libérer les souscripteurs avant qu'ils aient exécuté leurs engagements en versant le montant des actions, ils ne peuvent pas non plus restituer aux actionnaires libérés les versements que ceux-ci ont faits (n° 158).

224. 3° *Versement du quart.* — La loi veut le versement non pas du quart du capital, mais du quart de *chaque* action. Il faut donc que chaque action soit libérée de 125 fr., si les actions sont de

Source BIU Cujas

500 fr. ; il ne suffit pas que le quart du capital ait été versé, si certaines actions ont été libérées de plus du quart, alors que cette quotité n'a pas été versée sur d'autres. Le législateur, en exigeant cette condition, a poursuivi deux buts : *a*. Il a voulu que la société, avant de commencer ses opérations, eût déjà quelques fonds pour y pourvoir ; *b*. Il a voulu écarter les *coureurs de primes*. On appelle ainsi des personnes qui, à l'origine des sociétés, souscrivent des actions dans le seul but de les revendre le plus tôt possible en réalisant un bénéfice *(une prime)* au moyen d'une vente faite pour un prix supérieur au montant des actions. Ces *coureurs de primes* sont à redouter, parce qu'ils usent trop souvent de manœuvres frauduleuses dans le but, en faisant croire à la prospérité de la société, de faire hausser le cours des actions. On les écarte quelque peu en obligeant le souscripteur à verser, et, par suite, à exposer à une perte au moins le quart du montant des actions qu'ils souscrivent.

Le législateur n'aurait-il pas mieux atteint son but en exigeant la libération *intégrale* des actions avant la constitution de la société ? Assurément oui. Seulement une pareille exigence aurait eu des inconvénients très graves qui ont dû la faire écarter. D'abord avec elle on aurait parfois trouvé difficilement des souscripteurs et la création de bien des sociétés aurait été entravée. Ensuite, comme généralement une société n'a pas besoin immédiatement de tout son capital, les fonds versés resteraient improductifs dans la caisse sociale. Il y a même des sociétés, spécialement les sociétés d'assurances, dans lesquelles, si l'entreprise réussit, jamais le capital entier n'est nécessaire, parce qu'il est destiné à servir de garantie aux assurés en cas de pertes éprouvées et non à être employé couramment dans les opérations de la société.

Le versement du quart peut, selon les conventions, avoir lieu soit au moment même de la souscription, soit postérieurement. Quand le versement est immédiat, les souscripteurs doivent être remboursés dans le cas où la souscription ne couvrirait pas le capital entier. Seulement il est ordinairement stipulé que le remboursement n'aura lieu que sous déduction des frais auxquels l'ouverture de la souscription restée sans succès aura donné lieu.

Le versement doit être *effectif*, il doit être opéré en espèces, en

Source BIU Cujas

billets de banque ou en bons du Trésor payables à vue. Il ne peut avoir lieu ni en valeurs de Bourse, ni en effets de commerce; ce sont là des choses d'une réalisation parfois difficile et dont la valeur est variable. Pour que des actionnaires puissent, après avoir souscrit des actions, se libérer autrement qu'en argent, il faut que cette faculté leur ait été réservée dans les statuts et, s'ils en usent, il y a lieu de remplir les formalités spéciales prescrites pour les *apports en nature* (nos 227 et suiv.).

Si le versement du quart sur chaque action doit nécessairement précéder la constitution de la société, du moins les statuts fixent librement les époques des versements ultérieurs. Souvent même aucune époque précise n'est fixée à cet égard; la société peut alors faire des appels de fonds sur les actions non libérées, quand elle a besoin d'argent.

225. Le plus souvent il y a des *apports en nature*. Ceux qui les font doivent recevoir en retour un nombre d'actions proportionnel au montant de leurs apports. L'évaluation qui est donnée à ceux-ci par les statuts n'est définitive qu'autant qu'elle a été approuvée par une délibération de l'assemblée générale des actionnaires conformément à l'art. 4 de la loi de 1867 (nos 228 et s.). A partir de cette approbation, la société est propriétaire des apports en nature; ainsi les actions qui correspondent à ces apports, et qu'on appelle parfois *actions d'apport*, se trouvent entièrement libérées. Aussi la condition du versement du quart est-elle applicable seulement aux actions à libérer en numéraire.

L'application de ces règles est très simple, quand, parmi les actions, les unes correspondent exclusivement à des apports en nature, les autres exclusivement à des apports en numéraire. Mais il arrive souvent que des actions correspondent à la fois à des apports en nature et à des apports en numéraire. Ainsi, pour un immeuble apporté à la société et évalué 100,000 fr., un actionnaire reçoit non pas 200 actions de 500 fr., mais 800 actions de 500 fr., soit 400,000 fr. d'actions pour un apport en nature de 100,000 fr. Une difficulté s'élève à propos de ces actions qu'on peut qualifier d'*actions mixtes*. Est-il satisfait aux exigences de la loi relatives au versement du quart par cela seul que les apports sont d'une valeur

Source BIU Cujas

égale au quart du montant des actions ? Ne faut-il pas absolument que le quart soit versé sur la portion de l'action qui correspond à un apport en espèces ? La question est vivement discutée.

Dans une opinion adoptée primitivement par plusieurs arrêts (1), on soutient qu'il faut absolument que le quart soit versé sur la portion correspondant aux apports en numéraire. On s'appuie surtout sur ce que la loi aurait voulu, en exigeant le versement du quart, assurer un fonds de roulement à la société dès ses débuts. On cite aussi l'art. 25, al. 4, qui paraît exiger qu'en tous les cas le quart soit versé sur le capital à réaliser en espèces lorsqu'il parle du versement du quart du capital consistant en numéraire et l'on dit : de quelque manière que les fondateurs d'une société s'y prennent pour répartir les actions, le quart du capital en numéraire doit toujours être versé pour que la société soit constituée.

Mais la jurisprudence a condamné avec raison cette opinion (2), pour décider que l'apport en nature étant égal au quart du montant des actions, il n'y a, pour ces actions, aucun versement à faire en numéraire pour que la société soit constituée. Le but du législateur, en exigeant le versement du quart sur chaque action, a été d'écarter les coureurs de primes (n° 224) bien plutôt que d'assurer à toute société naissante un fonds de roulement. Car, si la loi avait eu principalement ce dernier but, elle aurait dû prohiber (ce qu'elle ne fait point) les sociétés dans lesquelles les actionnaires ne font que des apports en nature. Le but de la loi est atteint dès que les premiers actionnaires sont exposés à perdre au moins le quart du montant de leurs actions. Or, ne courent-ils pas ce risque aussi bien quand l'apport réalisé consiste en biens quelconques que lorsqu'il consiste en argent. Quant à l'art. 25, al. 4, qu'on invoque en sens contraire, il n'est pas décisif; il fait allusion en passant à la nécessité du versement du quart et n'a pas pour but de l'établir. Il est vrai que, dans la langue usuelle, le mot versement paraît impliquer un paiement fait en espèces, mais dans la langue du droit, ce mot est synonyme de paiement; on entend par paiement l'exécution d'une

(1) Paris, 18 février 1881, *J. pal.*, 1881, p. 561; S. 1881. 2. 9 et note en sens contraire de Ch. Lyon-Caen.

(2) Cass. crim., 15 février 1884, *J. pal.*, 1884, p. 471; S. 1884. 1. 199.

Source BIU Cujas

obligation opérée même autrement que par la remise d'espèces.

226. 4° *Déclaration du gérant.* — Afin de mieux assurer l'observation des deux conditions indiquées précédemment, la loi exige que le gérant déclare par-devant notaires que le capital a été entièrement souscrit et que le quart a été versé sur chaque action (art. 1, dern. al.). On veut par là contraindre celui qui viole la loi à faire un mensonge solennel et on espère qu'il hésitera; l'expérience paraît avoir prouvé que ce but n'a pas été atteint.

A l'appui de sa déclaration, le gérant doit joindre : 1° la liste des souscripteurs et l'état des versements; 2° un exemplaire de l'acte de société, s'il est sous seings privés, ou une expédition de cet acte, s'il est authentique et a été reçu par un autre notaire que celui qui reçoit la déclaration. Le notaire reçoit la déclaration avec ces pièces qu'il y annexe sans avoir à examiner si elle paraît conforme à la vérité; ce soin est réservé au premier conseil de surveillance (L. 24 juillet 1867, art. 6). V. n° 233.

227. 5° *Evaluation des apports en nature. Appréciation des avantages particuliers.* — Il est rare qu'une société par actions soit créée sans qu'il y ait des apports en nature et des avantages particuliers. Ils ont donné lieu à des fraudes que la loi de 1867 a cherché à prévenir, mais, on doit l'avouer, sans y réussir.

Les *apports en nature sont,* selon les expressions de la loi de 1867 (art. 4), *tous ceux qui ne consistent pas en numéraire,* tels que ceux qui ont pour objet un immeuble, une mine, une usine, un brevet d'invention, etc... Souvent les fondateurs (qui sont ordinairement des commandités) attribuent, dans les statuts qu'ils rédigent, une valeur excessive à leurs apports en nature et s'allouent, par suite, en retour un nombre d'actions en disproportion avec la valeur réelle de ces apports. Ces exagérations avaient donné lieu à de vives plaintes avant la loi du 17 juillet 1856. Les souscripteurs étaient considérés comme adhérant par le fait même de leurs souscriptions à l'évaluation donnée par les statuts aux apports en nature, bien qu'ils ne pussent pas la discuter par cela même qu'ils ne participent pas à la rédaction des statuts. Ces évaluations exagérées nuisaient aux actionnaires et aux créanciers qu'elles induisaient en erreur sur l'importance du capital social.

Les *avantages particuliers* sont des bénéfices accordés à des ac-

Source BIU Cujas

tionnaires pour les rémunérer à raison des services qu'ils ont rendus à la société ou qu'ils prétendent lui avoir rendus en contribuant à sa création ou qu'ils sont réputés devoir lui rendre dans l'avenir. Tout ce qui rompt l'égalité entre les actionnaires constitue un avantage particulier; ainsi une somme fixe attribuée à un actionnaire, un prélèvement de tant pour cent sur les bénéfices, des jetons de présence, etc., sont des avantages particuliers. Les fondateurs sont trop souvent disposés à s'attribuer dans les statuts des avantages particuliers excessifs qui nuisent aux autres actionnaires.

228. La loi de 1867, s'est appropriée, avec des différences de détail, le système déjà consacré par la loi du 17 juillet 1856, elle a cherché à éviter ces graves abus, en considérant l'évaluation des apports en nature et la fixation des avantages particuliers, telles qu'elles sont faites par les statuts, comme subordonnées au vote de l'assemblée générale des actionnaires. De cette façon, les actionnaires ont le moyen de faire entendre leurs critiques et d'entraver des abus trop criants. La loi a même, pour rendre aussi sérieuse que possible l'assemblée qui a cette mission, accumulé les précautions.

Une première assemblée générale des actionnaires doit se borner à prendre connaissance de l'évaluation des apports en nature et des avantages particuliers, à ordonner qu'une vérification sera faite et à déterminer comment elle aura lieu; ordinairement on nomme un ou plusieurs actionnaires chargés de faire un rapport. Afin d'éviter les délibérations précipitées, la loi n'admet pas que l'assemblée donne immédiatement son approbation. Celle-ci ne peut être accordée que par une seconde assemblée qui même ne peut statuer qu'autant qu'un rapport imprimé a été mis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion (art. 4).

229. Tous les actionnaires ont le droit de participer à ces assemblées et chacun d'eux a une voix quel que soit le nombre de ses actions. Il n'y a pas à tenir compte des clauses des statuts qui proportionnent le nombre des voix de chacun au nombre de ses actions et qui excluent les actionnaires ne possédant pas au moins un certain chiffre d'actions. Les statuts ne sont pas applicables par cela même que la société n'existe point encore.

Les décisions de la seconde assemblée ont une grande importance,

Source BIU Cujas

aussi les conditions exigées pour qu'elles soient obligatoires sont-elles déterminées par la loi. Il faut : 1° que la délibération soit prise par la majorité, c'est-à-dire au moins par la moitié plus un des actionnaires présents ; 2° que cette majorité comprenne au moins le quart des souscripteurs d'actions ; 3° que les actions appartenant aux actionnaires formant la majorité représentent au moins le quart du capital en numéraire.

A raison de leur intérêt personnel, ceux qui ont fait l'apport en nature ou stipulé des avantages particuliers n'ont pas voix délibérative.

230. Quels sont les pouvoirs de l'assemblée générale ? Elle peut certainement, à la majorité fixée par la loi, prendre deux décisions absolues, c'est-à-dire soit approuver l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers, soit repousser cette évaluation ou ces avantages. Ne peut-elle pas modifier cette évaluation ou diminuer ces avantages ? Les principes généraux du droit devraient induire à admettre que des changements de ce genre ne peuvent être l'œuvre que de *l'unanimité* des actionnaires. Mais cette solution aurait de grands inconvénients ; avec elle les actionnaires, pour ne pas entraver la constitution de la société, pourraient être trop facilement entraînés à donner leur approbation. Aussi paraît-on, dans la discussion de la loi, avoir admis que l'assemblée générale peut, à la majorité fixée par l'art. 4, modifier l'évaluation des apports et réduire les avantages particuliers.

Lorsqu'il y a approbation ou, selon ce qui vient d'être dit, quand la majorité requise par la loi se prononce pour des modifications, l'évaluation des apports en nature est définitive, les avantages particuliers sont irrévocablement arrêtés. Toutefois la loi même (article 4, alin. 7) réserve aux actionnaires trompés le droit d'agir à raison du dol. Ils peuvent ou réclamer des dommages-intérêts ou, conformément à l'art. 1109, C. civ., faire prononcer la nullité de la société. Mais, comme les actionnaires sont obligés directement envers les créanciers sociaux (n° 157), ils ne peuvent invoquer cette nullité contre ceux-ci pour se décharger envers eux de l'obligation de libérer leurs actions.

231. La nécessité de l'approbation des apports en nature et des

Source BIU Cujas

avantages particuliers n'existe pas quand *la société à laquelle est fait l'apport est formée entre ceux seulement qui en étaient propriétaires par indivis*. Cette exception, consacrée par l'art. 4, al. dern., s'imposait; dans ce cas, il n'y a pas d'assemblée générale possible par cela même que tous les actionnaires sont privés du droit de délibérer (n° 229). Il n'en est pas moins vrai que cela donne lieu à des fraudes fréquentes. Les actionnaires qui, copropriétaires par indivis d'un apport, forment la société entre eux, donnent à cet apport une valeur excessive, puis ils cèdent leurs actions à des personnes qui se trouvent en présence d'un fonds social sans importance; ou bien ils émettent des obligations, de telle façon que le gage des obligataires, qui ont cru à la grande valeur de l'apport, est presque nul.

Parfois une société en nom collectif ou en commandite par intérêts se transforme en commandite par actions; les biens de la société primitive sont apportés à la nouvelle société. On n'est pas alors littéralement dans le cas prévu par l'art. 4, al. dern., de la loi de 1867. Les biens de la première société n'étaient pas indivis entre les associés par cela même qu'elle constituait une personne morale. (V. n° 122). Cependant il n'est pas douteux que la dispense d'approbation par l'assemblée générale s'applique à ce cas, il a été le seul prévu dans la discussion de la loi (1).

232. 6° *Nomination d'un conseil de surveillance.* — Les commanditaires ont assurément le droit de surveiller la gestion (n° 160); mais ils sont souvent très nombreux et ils ne se réunissent en assemblées générales qu'à des époques éloignées. Aussi la surveillance exercée par eux ne peut-elle être sérieuse. Même avant 1856, souvent il y avait dans les commandites par actions des personnes chargées spécialement de contrôler la gestion et formant un conseil de surveillance. Mais la constitution de ce conseil n'était pas obligatoire, ses attributions n'étaient pas définies par la loi et fort souvent

(1) Mais doit-on encore exclure la nécessité de l'approbation quand la société est bien formée exclusivement entre personnes qui se font des apports en nature, mais que chacun fait un apport distinct? La jurisprudence admet l'affirmative: Cour de l'île de la Réunion, 16 juin 1876, S. 1877. 2. 1; *J. pal.* 1877, p. 79; Cass. 6 mai 1880, S. 1881. 1. 5; *J. pal.* 1881. 5. V. en sens contraire sous ces arrêts les notes de MM. Ch. Lyon-Caen et Labbé.

Source BIU Cujas

c'était le gérant lui-même qui indiquait dans les statuts les personnes chargées de le surveiller, ce qui réduisait le contrôle à rien. La loi de 1856 et, après elle, la loi de 1867 ont exigé la nomination d'un conseil de surveillance, déterminé son organisation et ses attributions, art. 5, L. de 1867.

Le conseil de surveillance est nommé par l'assemblée générale des actionnaires. Il se compose de *trois* personnes au moins choisies parmi les actionnaires. Les statuts fixent la durée de leurs fonctions; la loi exige seulement que le premier conseil ne soit pas nommé pour plus d'un an : à l'époque à laquelle il est nommé, les actionnaires souvent pleins d'illusions sont trop disposés à ne choisir comme membres du conseil que des personnes agréables au gérant.

233. *Rôle du premier conseil de surveillance.* — Le premier conseil de surveillance doit remplir une fonction qui se lie à la constitution même de la société : il doit, d'après l'art. 6, examiner si toutes les conditions exigées pour la constitution de la société sont réunies. Quand il est constaté que certaines de ces conditions ont été omises ou méconnues, le premier conseil de surveillance doit ou, s'il est possible, faire réparer l'omission avant qu'on ne commence les opérations sociales, par exemple, faire procéder à l'approbation des apports en nature lorsqu'elle a été omise, ou, si la condition méconnue ne peut être réparée, empêcher la société de commencer à fonctionner, c'est là ce qui aurait lieu si le capital avait été fractionné en actions inférieures au minimum légal.

234. Preuve. — Les statuts de la commandite par actions comme ceux de toutes les sociétés commerciales, à l'exception des participations, doivent être constatés par écrit. Seulement, comme cela a été dit plus haut (n° 151), la loi de 1867 (art. 1, al. 5), dans un but de simplification et d'économie, n'exige pas, si l'acte est sous-seing privé, autant originaux qu'il y a d'associés : elle se contente de deux originaux, dont l'un reste déposé au siège social et l'autre est annexé à la déclaration notariée faite par le gérant pour constater la souscription intégrale du capital et le versement du quart sur chaque action (n° 226).

235. Publicité. — La commandite par actions est soumise aux mêmes formalités de publicité que la commandite par intérêts : ces

Source BIU Cujas

formalités doivent aussi être remplies dans le mois de la constitution de la société à peine de nullité (nos 133 et 151). Seulement à l'acte de société déposé aux greffes doivent être annexées les pièces qui prouvent que les conditions légales exigées pour la constitution de la société ont été remplies. Ces pièces sont : 1° une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital social et le versement du quart ; 2° une copie des délibérations prises par l'assemblée générale des actionnaires relativement aux apports en nature et aux avantages particuliers en vertu de l'art. 4 de la loi (art. 55).

Les sociétés par actions étant plus encore que les autres en rapport avec le public à raison de l'importance de leurs opérations et des cessions qui font passer les actions à chaque instant entre les mains de personnes nouvelles, la loi les soumet aussi à des formalités de publicité permanentes pendant leur durée.

a. 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 le notaire dépositaire (art. 63).

b. Toute personne peut aussi exiger qu'il lui soit délivré au siège de la société une copie certifiée des statuts moyennant le paiement d'une somme qui ne peut excéder un franc (art. 63).

c. Les pièces déposées aux greffes doivent être affichées d'une façon apparente dans les bureaux de la société (art. 63).

d. Dans tous les actes, factures et autres documents, imprimés ou autographiés, émanés des sociétés en commandite par actions, la dénomination de la société doit être suivie des mots, *société en commandite par actions* avec l'énonciation du montant du capital social. Il s'agit seulement du capital primitif de la société ; ce capital peut être diminué par des pertes éprouvées ; aussi l'énonciation du capital est-elle parfois de nature à induire les tiers en erreur (art. 64).

236. Le capital social originaire peut être augmenté par l'émission d'actions nouvelles. Faut-il appliquer alors, comme pour la constitution de la société, les art. 1 à 4 de la loi de 1867 et exiger, par suite, la souscription intégrale du nouveau capital, le versement du quart sur chaque action, l'approbation, dans les formes de l'art. 4, de la valeur attribuée aux apports en nature nouvellement faits ? On a

Source BIU Cujas

soutenu que ces règles ne sont pas applicables, parce que la loi les pose exclusivement pour la constitution de la société. La jurisprudence s'est avec raison fixée en sens contraire. Les motifs donnés pour justifier les conditions auxquelles est subordonnée la constitution de la société s'appliquent à l'augmentation du capital. Autrement, du reste, de graves abus pourraient se produire, on ferait des émissions successives d'actions, au lieu de constituer immédiatement la société avec un capital suffisant. En conséquence, à défaut de souscription intégrale du capital nouveau, les souscripteurs pourraient faire considérer leurs souscriptions comme non avenues. V. n° 223.

237. Bien que le plus souvent le capital d'une société soit souscrit par voie d'appel au public, il arrive parfois que les fondateurs se répartissent entre eux toutes les actions sans ouvrir une souscription. Cela se présente notamment quand une société en nom collectif ou en commandite simple est transformée en commandite par actions. Bien que la loi n'ait pas prévu ce mode de constitution, il n'a certainement rien d'illicite. Mais, quand une société est ainsi constituée, faut-il, comme dans le cas où il y a souscription publique, que les conditions des art. 1 et 4 de la loi de 1867 soient remplies ? On l'a nié en prétendant que les dispositions de la loi ont seulement pour but de protéger les souscripteurs qui ne participent pas à la rédaction des statuts (1). Cette doctrine ne semble pas exacte. Les dispositions dont il s'agit n'ont pas en vue l'intérêt des souscripteurs seuls : elles tendent aussi à la protection de ceux qui peuvent devenir créanciers de la société ou acheter des actions. La loi, du reste, ne distingue pas dans les art. 1 et 4 selon que la société est constituée après un appel au public ou après une répartition de toutes les actions faite entre les fondateurs.

238. Les actions d'une société sont destinées à être négociées. Peuvent-elles l'être dès que la souscription a été ouverte ? On a souvent constaté qu'au début des sociétés, et avant même qu'elles soient constituées, des spéculations exagérées se font sur les actions; ces spéculations sont favorisées par l'incertitude qui règne sur le

(1) Cour de l'île de la Réunion, 16 juin 1876, S. 1877. 2. 5; *J. pal.* 1877, 79. Cass. 6 mai 1880, S. 1881. 1. 5.

Source BIU Cujas

succès de l'entreprise. La loi du 17 juillet 1856, pour empêcher ces spéculations, avait reculé la négociabilité des actions jusqu'au moment où elles étaient libérées des 2/5. La loi de 1867 (art. 2) se montre moins sévère en disposant que, pour que les actions soient négociables, le versement du quart seulement est exigé. Du reste, l'art. 2 de la loi de 1867 n'est pas complet et il résulte des explications données dans les travaux préparatoires que ce n'est pas seulement le versement du quart sur les actions, c'est la constitution de la société qui est requise pour que les actions puissent être négociées, de telle sorte que toutes les conditions prescrites par les art. 1 à 5 doivent être réunies pour que la négociation soit possible. On peut, du reste, dire que, tant que la société n'est pas constituée, il y a plutôt des *promesses d'actions* que des actions proprement dites.

Du reste, ce que la loi entend par négociation, c'est la transmission par voie de transfert, de simple tradition ou d'endossement (nº 169). La cession est possible même avant la constitution de la société; car la complication des formes de l'art. 1690, C. civ., se prête mal aux spéculations que le législateur a voulu éviter.

239. *Moment à partir duquel les actions peuvent être au porteur. Responsabilité des souscripteurs, cessionnaires, intermédiaires et détenteurs actuels.* — Lorsque les actions sont complètememt libérées, elles peuvent être indifféremment nominatives ou au porteur; les statuts décident souverainement si elles auront nécessairement l'une de ces formes ou si elles auront soit l'une soit l'autre au choix des actionnaires. Il va de soi que, par cela même que les actionnaires ne sont tenus que jusqu'à concurrence du montant des actions, ils ne sont plus obligés dès qu'ils l'ont versé intégralement. Mais une société peut être constituée avant le versement intégral et les actions même non libérées peuvent être négociées. Il a été dit plus haut que la constitution de la société et la négociation des actions sont possibles dès que chaque action est libérée du quart. Deux questions importantes que la loi de 1867 a résolues se posent relativement aux actions non libérées : 1º Les actions non libérées peuvent-elles être au porteur aussi bien que nominatives? 2º Quand des actions non libérées sont cédées ou négociées, les versements complémentaires peuvent-ils être réclamés non seulement à l'actionnaire

Source BIU Cujas

actuel, mais aussi aux souscripteurs et aux cessionnaires intermédiaires? Entre ces deux questions, il y a un lien évident. Si les actions ne restent pas nominatives jusqu'à entière libération, il n'est possible de connaître avec certitude ni les cessionnaires intermédiaires ni les détenteurs actuels, par cela même que les actions au porteur se transmettent de la main à la main, sans que rien constate leur transmission.

Pratiquement la seconde question se pose dans les circonstances suivantes. D'ordinaire, comme cela a été expliqué (n° 182), les statuts disposent qu'à défaut de versement dans un certain délai après un appel fait aux actionnaires, la société pourra faire vendre les actions non libérées et appliquer le prix à provenir de la vente au paiement des sommes encore dues sur ces actions. Si la société est prospère, le prix, étant au moins égal à la somme à verser sur ces actions, suffit à les libérer complètement. Mais si l'on ne trouve pas d'acheteur ou si l'on n'en trouve que pour un prix inférieur aux sommes à verser sur les actions, il faut décider à qui la société peut demander le complément des versements.

Les solutions données à ces deux questions n'ont pas toujours été les mêmes; il faut distinguer les trois périodes de notre législation sur les commandites par actions.

240. Avant la loi du 17 juillet 1856, à défaut de disposition légale sur ces questions, les statuts pouvaient les résoudre en toute liberté (1). Aussi y était-il souvent stipulé que les détenteurs actuels d'actions pourraient seuls être poursuivis pour compléter les versements; du reste, comme rien n'empêchait de mettre les actions au porteur dès qu'on le voulait, il était souvent impossible de connaître, soit les détenteurs actuels d'actions, soit les cessionnaires intermédiaires. Cette liberté avait des inconvénients graves. D'abord avec elle les tiers qui contractaient avec la société n'avaient souvent à compter que sur la portion du capital déjà versée qui pouvait être très minime. En outre, les souscripteurs qui pouvaient se libérer de toute obligation de versement ultérieur en cédant leurs titres, faisaient hausser le cours des actions par des manœuvres habiles et

(1) Que fallait-il décider en l'absence de clause dans les statuts? V. sur ce point, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 428.

Source BIU Cujas

se déchargeaient des chances mauvaises de l'entreprise en cédant leurs actions. Cet agiotage était favorisé par la possibilité de donner dès l'origine aux actions la forme au porteur.

241. Par réaction contre ces abus, la loi du 17 juillet 1856 (art. 2) avait adopté un système très rigoureux. Elle admettait : 1° que les souscripteurs primitifs étaient tenus de libérer les actions par eux souscrites, encore qu'ils les eussent négociées ; 2° que la même obligation pesait sur les cessionnaires intermédiaires ; 3° que les actions devaient rester nominatives jusqu'à leur entière libération, de façon que la société pût connaître toutes les personnes entre les mains desquelles les actions avaient passé successivement. Ces règles étaient applicables sans qu'aucune clause des statuts pût y déroger. En outre, aucune prescription spéciale ne protégeait les personnes qui avaient cessé d'être actionnaires en cédant des actions non libérées.

Ce système de la loi de 1856 avait des avantages. Avec lui la réalisation du capital social était sérieusement assurée, par cela même que les cessions, loin de décharger le cédant de l'obligation de libérer les actions cédées, contribuaient à augmenter le nombre des personnes obligées. L'agiotage était quelque peu entravé par la forme des titres qui restaient nominatifs jusqu'à complète libération. Mais ce système n'avait pas échappé aux critiques. Il était trop rigoureux pour les souscripteurs et les cessionnaires intermédiaires qui restaient tenus de longues années après la cession de leurs titres. Cet inconvénient était surtout sensible dans les sociétés de banque ou d'assurances où l'on attend parfois très longtemps avant de faire des appels de fonds. Par une règle aussi stricte, on risquait d'empêcher la constitution de commandites sérieuses ; on écartait par trop les spéculateurs sans lesquels il serait souvent impossible que les actions fussent souscrites ; car, avant d'être *classées*, c'est-à-dire avant d'arriver entre les mains de personnes qui les achètent pour les conserver et en tirer un revenu régulier, les actions passent presque nécessairement à des personnes qui ne les acquièrent que pour spéculer sur la revente. Aussi, en 1867, voulut-on atténuer la rigueur de la loi de 1856 ; malheureusement l'art. 3 de la loi de 1867, voté après de longues discussions, résout la question d'une manière fort obscure.

Source BIU Cujas

242. La loi de 1867 confirme implicitement les principes posés en 1856, de telle sorte qu'aujourd'hui les souscripteurs, les cessionnaires intermédiaires et les titulaires actuels sont tenus de compléter les versements et que, pour assurer le droit de la société contre ces différentes personnes, les actions doivent rester nominatives jusqu'à leur entière libération. Mais la loi de 1867, à la différence de la loi de 1856, permet de déroger à ces deux principes dans la mesure que détermine ainsi l'art. 3 :

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 générale. — Soit que les actions restent nominatives après cette délibération, soit qu'elles aient été converties en actions au porteur, les souscripteurs primitifs 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.

Il résulte de ce texte obscur que trois conditions sont exigées pour que les actions puissent être converties en actions au porteur avant leur libération intégrale et que les souscripteurs et les cessionnaires intermédiaires puissent être déchargés avant cette libération. Il faut :

a. Que les actions soient libérées de moitié, par conséquent, de 250 fr., si elles sont de 500 fr. ;

b. Qu'une clause formelle des statuts permette à l'assemblée générale des actionnaires d'autoriser la conversion des actions nominatives en actions au porteur après leur libération de moitié ;

c. Que l'assemblée générale des actionnaires autorise effectivement ladite conversion. Cette assemblée générale doit constater avant tout que toutes les actions sont libérées de moitié ; par suite, la délibération autorisant par avance la conversion des actions pour le moment où elles seront libérées de moitié serait illégale et devrait être annulée. En outre, comme l'autorisation de conversion doit avoir pour conséquence de libérer différentes personnes tenues jusque-là, ou qui pourraient l'être dans l'avenir, de compléter les versements,

Source BIU Cujas

l'assemblée générale doit examiner si l'état des affaires de la société rend prudente une solution d'après laquelle deviendra moins certaine la réalisation du capital social. Elle décide donc s'il y a lieu de profiter de la clause insérée dans les statuts pour autoriser la conversion des actions nominatives en actions au porteur. Si sa décision est négative, aucune dérogation n'est apportée aux principes généraux. Par suite, les actions ne peuvent pas être converties en actions au porteur tant qu'elles ne sont pas entièrement libérées et toutes les personnes qui sont ou qui ont été titulaires des actions restent tenues de compléter les versements; aussi l'art. 3 ne vise-t-il même pas ce cas. Si l'assemblée générale des actionnaires décide, au contraire, qu'il y a lieu d'appliquer la clause des statuts et d'autoriser la conversion, les effets de cette autorisation doivent être déterminés; tel est l'objet principal de l'art. 3.

243. Quand l'assemblée générale autorise la conversion en titres au porteur des actions libérées de moitié, deux effets se produisent, qui touchent l'un à la forme des titres d'actions, l'autre aux personnes tenues de compléter les versements.

1. Les actionnaires ont la faculté de convertir leurs actions en actions au porteur. Ils n'y sont pas obligés; car, à raison des avantages que présente sous certains rapports la forme nominative (n° 217), des actionnaires peuvent désirer que leurs actions conservent cette forme.

2. Du reste, que les actionnaires profitent ou non de cette faculté, une atténuation notable est apportée à l'obligation de compléter les versements. Il résulte du texte de l'art. 3 qu'à cet égard il y a lieu de distinguer deux catégories d'individus :

a. Il en est qui, malgré l'accomplissement des conditions de l'article. 3, demeurent tenus de compléter les versements encore pendant deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion des actions;

b. Il en est d'autres qui ne sont pas tenus de compléter leurs versements.

Quels sont les individus qui rentrent dans l'une ou dans l'autre de ces catégories ?

a. L'art. 3 énumère (mais d'une façon qui n'est pas très nette)

Source BIU Cujas

ceux qui restent tenus encore pendant deux ans à partir de la délibération de l'assemblée générale. Ce sont :

1. Ceux qui étaient actionnaires au moment du vote de l'assemblée générale. Ils participent au vote de l'assemblée et il serait à craindre, s'ils étaient immédiatement libérés de l'obligation de verser la seconde moitié sur leurs actions, qu'ils ne se laissassent trop facilement entraîner à voter la conversion pour échapper aux conséquences d'une ruine de la société qu'ils prévoient (1).

2. Ceux mêmes qui, ayant été actionnaires avant la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion, ont cédé leurs actions avant cette délibération. Sans doute ceux-ci, n'étant plus actionnaires quand l'assemblée se réunit, ne participent pas au vote ; mais le législateur a craint que, si ceux qui ont cédé leurs titres avant la délibération, étaient libérés immédiatement en vertu de cette délibération, des actionnaires ne cédassent leurs actions à des compères insolvables qui eux voteraient la conversion. Du reste, on a voulu que les garanties de réalisation du capital qui existent au moment de la délibération, ne disparussent pas au moins aussitôt qu'elle est prise (2).

b. Au contraire, ceux qui sont devenus actionnaires après la délibération de l'assemblée générale, mais qui ont à leur tour cédé leurs actions, ne sont plus obligés de verser la seconde moitié du jour même de la cession. Une fois que la conversion est autorisée, on ne veut pas que ceux qui deviennent actionnaires et cessent de l'être demeurent obligés. Cela n'est pas douteux et résulte implicitement de l'art. 3 qui vise exclusivement ceux qui ont été action-

(1) L'art. 3 déclare libérés seulement au bout des deux ans les souscripteurs qui ont aliéné les actions ; *a fortiori*, cette disposition s'applique-t-elle aux souscripteurs qui n'auraient pas encore cédé leurs actions lors de la réunion de l'assemblée générale. Ce que la loi veut dire, c'est que *même* ceux qui ont cédé leurs actions avant cette réunion demeurent obligés pendant deux ans.

(2) Le texte de l'art. 3 parle de ceux qui ont cédé leurs titres *avant le versement de moitié* et les déclare tenus pendant deux ans de compléter les versements. Il est impossible de prendre ce texte à la lettre ; autrement on en déduirait que ceux qui ont acheté des actions après le versement de moitié ne sont pas tenus pendant deux ans. Cela serait déraisonnable, puisque ce sont ces personnes qui votent à l'assemblée générale. Il faut lire le texte de l'art. 3 comme s'il y avait : *avant la délibération de l'assemblée générale*, au lieu de : *avant le versement de moitié.*

Source BIU Cujas

naires avant la délibération de l'assemblée générale ou qui le sont encore au moment où cette délibération est prise, et non ceux qui le deviennent après la délibération et cèdent leurs actions.

243 *bis*. Une grave difficulté s'est élevée relativement à ceux qui sont encore actionnaires au moment de l'appel de fonds fait par la société. La société a assurément le droit d'exécuter leurs actions s'ils ne les libèrent pas, c'est-à-dire de faire vendre à la Bourse les actions non libérées (nº 182). Il y a là une application de l'art. 1184, C. civ., sur la condition résolutoire qui est sous-entendue dans les contrats à titre onéreux pour le cas où l'une des parties n'exécute pas son obligation. Du reste, le plus souvent, le droit de la société est expressément consacré par les statuts. Le titre d'action resté entre les mains de l'actionnaire en retard est annulé et il est délivré un duplicata à l'acheteur. Le prix de cette vente est appliqué par la société à la libération de la seconde moitié des actions vendues jusqu'à due concurrence. Mais si l'on ne parvient pas à vendre les actions non libérées ou si le prix de la vente n'est pas égal au moins à la moitié non versée, les détenteurs actuels d'actions peuvent-ils être poursuivis personnellement sur tous leurs biens ? C'est là une question vivement discutée.

On a soutenu que les détenteurs actuels sont tenus personnellement de compléter les versements même quand il a été usé du bénéfice de l'art. 3. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation (1). Elle se fonde principalement sur les motifs suivants. En principe, l'associé est obligé personnellement de verser sa mise (C. civ., art. 1845). L'art. 3 de la loi de 1867 déroge à cette règle dans une certaine mesure, mais il ne le fait que pour ceux qui ont été actionnaires et qui ont cessé de l'être. Il a voulu seulement limiter la durée de l'obligation des actionnaires qui sont devenus étrangers à la société. Autrement la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion des actions en actions au porteur effacerait l'obligation du versement de la seconde moitié. La loi veut qu'il y ait toujours au moins une personne tenue sur tous ses biens de libérer les actions.

(1) Ch. civ. 21 juillet 1879, S. 1880. 1. 5; *J. pal.* 1880, p. 5; Dalloz, 1879, 1. 321.

Source BIU Cujas

Au contraire, d'après le plus grand nombre des auteurs (1), la société ne peut pas poursuivre personnellement même ceux qui sont actionnaires lors de l'appel de fonds; elle n'a que le droit d'exécuter, c'est-à-dire de faire vendre l'action non libérée. Dès que les actions peuvent être mises au porteur, il ne faut plus parler d'obligation personnelle ; car il devient très difficile ou même impossible de connaître les actionnaires actuels. Avec la doctrine opposée, une différence profonde existerait en fait entre ceux qui auraient usé de la faculté de conversion et ceux qui auraient conservé à leurs actions la forme nominative, car ceux-ci pourraient toujours être trouvés. Cette différence ne concorde pas avec la volonté du législateur de traiter les choses de la même manière, que la conversion ait été ou non opérée. Il est vrai que l'art. 3 parle des souscripteurs qui ont aliéné leurs actions; mais ce n'est pas pour déclarer les souscripteurs obligés personnellement à défaut de cession faite par eux, c'est pour maintenir leur obligation pendant deux ans après la délibération de l'assemblée générale, même quand ils ont cédé leurs actions (n° 243).

Si l'on adopte cette dernière opinion, après deux ans écoulés depuis la délibération de l'assemblée générale, il n'y a plus pour qui que ce soit d'obligation personnelle de libérer les actions de la seconde moitié, le titre seul est débiteur et si le prix pour lequel la société le fait vendre n'est pas égal à cette seconde moitié, le capital n'est jamais versé pour la différence.

Tel est le système de la loi; on peut douter qu'il soit satisfaisant. Avec lui, la réalisation du capital social n'est assurée que pour moitié et on souscrit des actions avec la presque certitude de n'avoir jamais à les libérer. On s'accorde généralement à demander que la loi soit modifiée.

243 *ter*. Dans l'art. 3 de la loi de 1867, le cas unique visé est celui où les actions n'ayant pas été libérées immédiatement de moitié ont été d'abord nominatives et devront ensuite être converties en actions au porteur après avoir été libérées de cette quotité. Mais il n'est pas

(1) Beudant, *Revue critique de législ. et de jurispr.*, t. XXIII (1880), p. 28 et suiv. ; Valette, *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation*, t. I, p. 634 à 636 ; P. Pont, *Journal des Sociétés*, 1881, p. 233 et suiv. ; 1882, p. 24 et suiv., p. 178 et suiv.; Boistel, n° 267.

Source BIU Cujas

douteux que si, dès l'origine, les actions sont libérées de moitié au moins, elles peuvent être immédiatement au porteur après une délibération de l'assemblée générale.

244. D'après ce qui a été dit plus haut (n° 242), il faut que *toutes* les actions aient été libérées de moitié pour que la conversion en actions au porteur puisse être autorisée par l'assemblée générale. Mais cela ne met nullement obstacle à ce que des actions *entièrement* libérées puissent être mises au porteur, bien que parmi les autres actions il y en ait qui ne soient pas libérées de moitié. L'art. 3 fait une faveur spéciale aux actions non entièrement libérées en permettant leur conversion en actions au porteur pourvu que *toutes* soient libérées de moitié. Indépendamment de toute disposition de faveur, la possibilité de convertir des actions *entièrement* libérées va d'elle-même ; elle ne peut nuire à personne (1).

245. Les différentes personnes obligées, d'après les règles posées ci-dessus, de répondre aux appels de fonds faits sur les actions, peuvent être poursuivies par la société ou par les créanciers sociaux représentés par le syndic quand la société est en faillite. Ces personnes sont tenues *in solidum*. En conséquence, l'une quelconque d'entre elles ou plusieurs peuvent être poursuivies au gré du demandeur. Il va seulement de soi que le fardeau de la dette des actionnaires envers la société doit retomber définitivement sur ceux qui sont actionnaires au moment de l'appel de fonds : *ubi emolumentum, ibi onus esse debet*. Le souscripteur ou cessionnaire qui a libéré les actions a certainement un recours soit contre les cessionnaires postérieurs soit contre le détenteur actuel. Les cessionnaires intermédiaires et les détenteurs actuels sont tenus personnellement envers la société, de telle sorte que le souscripteur ou le cessionnaire intermédiaire paie une dette dont il était tenu envers la société *avec* celui qui est détenteur des actions au moment de l'appel de fonds ; il doit donc y avoir subrogation légale en vertu de l'art. 1251-3°, C. civ. Il est facile, pour l'exercice de ce recours, de connaître le détenteur actuel en considérant la chaîne des détenteurs successifs des actions quand elles sont nominatives, puisque les cessions sont

(1) Paris, 30 janvier 1882, *J. pal.* 1883. 225 ; S. 1883. 2. 41 et la note de M. Ch. Lyon-Caen.

Source BIU Cujas

constatées par les transferts opérés sur les registres de la société.

Ces solutions supposent que la conversion des actions en titres au porteur n'a pas été autorisée en vertu de l'art. 3 de la loi de 1867. Quand, au contraire, après la libération de moitié, cette conversion a été autorisée, les souscripteurs qui ont libéré les actions peuvent assurément recourir contre les détenteurs actuels des actions qui, d'après la jurisprudence, sont obligés personnellement envers la société elle-même (art. 1251-3°, C. civ.). Mais deux questions fort délicates se posent (1) :

1° Les souscripteurs ont-ils un recours contre les personnes qui, ayant acquis les actions après la délibération de l'assemblée générale autorisant la conversion et les ayant cédées à leur tour, ne sont plus obligées envers la société ?

2° En admettant qu'il n'y ait de recours que contre les détenteurs actuels des actions, pour arriver à les connaître quand les actions ont été converties en titres au porteur, les souscripteurs ou les cessionnaires qui ont libéré les actions ne peuvent-ils pas du moins demander à chacun des détenteurs successifs des actions l'indication du nom de son cessionnaire ? La question se complique de l'obligation du secret imposée en principe aux agents de change.

246. SANCTIONS DES DISPOSITIONS DE LA LOI RELATIVES A LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ, A LA FORME DES ACTIONS ET A LA RESPONSABILITÉ DES ACTIONNAIRES. — Les règles contenues dans les articles 1 à 5 de la loi de 1867 reçoivent trois sanctions différentes : *a.* la nullité de la société ; *b.* la responsabilité pécuniaire des personnes qui par leur faute ont contribué à la nullité ; *c.* des peines édictées contre ceux qui se sont rendus coupables de certains faits prévus par la loi.

247. NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ. — Aux termes de l'art. 7 de la loi de 1867, *est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des art.* 1, 2, 3, 4 et 5 *de la présente loi. Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.* Il résulte de cette

(1) V. sur ces questions qui ne peuvent pas être examinées ici : Lyon, 3 juillet 1883, *J. pal.* 1883. 983; S. 1883. 2. 193, Cass. rej. 29 juin 1885, *J. pal.* 1886. 25; S. 1886. 1. 17 et les notes de M. Ch. Lyon-Caen; Dalloz, 1885. 1. 385.

Source BIU Cujas

disposition qu'une commandite par actions peut être nulle, non seulement en vertu des principes du droit commun (vices du consentement, objet illicite, etc...), mais encore pour violation des règles spéciales contenues dans les art. 1 à 5 de la loi de 1867. Ainsi est nulle la société en commandite par actions constituée en fait sans que le capital ait été entièrement souscrit ou sans qu'il y ait eu versement du quart sur chaque action, ou sans que les apports en nature aient été vérifiés dans les formes prescrites, ou sans qu'il y ait eu un conseil de surveillance régulièrement nommé; est également nulle, la société dont les statuts stipulent que les actions pourront être mises au porteur avant d'être libérées de moitié ou pourront être négociées avant la constitution définitive de la société. Il va de soi que, si les statuts ne renferment aucune clause à cet égard, le seul fait de la mise au porteur d'actions non libérées de moitié ou de la négociation d'actions avant la constitution de la société, ne suffirait pas pour entraîner la nullité de la société; on ne saurait dire en pareil cas que la société est constituée contrairement aux prescriptions des art. 1 à 5 de la loi de 1867.

La nullité de la loi dérivant de l'art. 7 de la loi de 1867 peut être invoquée par les intéressés, mais elle ne peut être opposée aux tiers par les associés. La règle est la même que pour la nullité résultant du défaut de publicité. Le législateur a déclaré que, pour les personnes à comprendre parmi les intéressés, il faut s'en référer aux solutions admises par la jurisprudence à propos de l'art. 42, C. com., remplacé par l'art. 56 de la loi de 1867. V. ci-dessus, nos 133 et suiv.

Une conséquence pratique importante résulte de ce que les associés ne peuvent pas opposer la nullité aux tiers : les actionnaires qui n'ont pas libéré leurs actions n'ont pas le droit de se prévaloir de la nullité à l'égard des créanciers sociaux pour se dispenser de compléter leurs versements.

248. *Caractères de la nullité.* — La nullité d'une société constituée en violation des art. 1 à 5 de la loi de 1867 est considérée comme une nullité d'ordre public : elle a pour but de protéger non seulement les tiers et les actionnaires, mais encore le crédit général qui peut être compromis quand des actions de sociétés vicieuses sont répandues sur le marché. Aussi est-il admis généralement que la

Source BIU Cujas

nullité ne peut être couverte par la ratification, que le droit de la demander ne peut se prescrire, ni par dix ans en vertu de l'art. 1304, C. civ., ni même par trente ans en vertu de l'art. 2262, C. civ. La nullité subsiste même quand, la société ayant été constituée irrégulièrement, le quart est postérieurement versé sur chaque action, le capital entier est souscrit, un conseil de surveillance est nommé, etc.

Les tribunaux n'ont en cette matière aucun pouvoir d'appréciation. Dès que la nullité est demandée, ils doivent la prononcer par cela seul qu'on se trouve dans l'un des cas visés par l'art. 7 de la loi de 1867 ; ils ne pourraient donc pas refuser de prononcer la nullité sous le prétexte que l'inobservation de la loi n'a fait éprouver aucun préjudice au demandeur.

Ici, du reste, comme en matière de nullité pour défaut de publicité, les intéressés peuvent faire considérer la société comme non avenue, mais ils n'ont pas le droit de demander sa transformation et de prétendre que les commanditaires sont tenus sur tous leurs biens comme des associés en nom collectif.

249. *Conséquences de la nullité prononcée.* — Le plus souvent la nullité n'est demandée qu'après que la société irrégulièrement constituée a fonctionné et fait des opérations plus ou moins nombreuses. La société est considérée comme ayant existé jusqu'au jour où la nullité a été prononcée, et les statuts s'appliquent dans les rapports entre associés au point de vue, soit de la liquidation, soit du partage des bénéfices et des pertes. Jusqu'à ce moment, il y a eu une société de fait. On ne peut donc ici invoquer l'adage *Quod nullum est nullum producit effectum* pour anéantir tous les actes qui ont pu être faits à la suite de la constitution irrégulière de la société. Il faut déduire notamment de là que les négociations d'actions faites depuis cette constitution ne sont pas frappées de nullité (1).

250. *Responsabilités pécuniaires.* — La nullité de la société pour inobservation des prescriptions de la loi de 1867 provient de la fraude ou tout au moins de la négligence soit du gérant, soit du premier conseil de surveillance, soit de ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers. Aussi, quand la nul-

(1) Lyon, 23 janvier 1884, S. 1884. 2. 49; *J. pal.* 1884. 316 et note de M. Ch. Lyon-Caen; Dalloz 1884, 2. 153. Cass. 3 juin 1885, S. 1885. 1. 259; *J. pal.* 1885. 2. 40.

Source BIU Cujas

lité est prononcée, ces différentes personnes peuvent-elles être déclarées responsables du dommage qu'elles causent à la société ou aux tiers (art. 8).

La nullité ne se conçoit guère sans une négligence grave du gérant; elle est presque toujours accompagnée de celle du premier conseil de surveillance qui a eu le tort de ne pas vérifier avec un soin suffisant si toutes les conditions exigées pour la constitution de la société étaient bien réunies. Quant à ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, il y a aussi un grave reproche à leur faire, s'ils n'ont pas fait procéder aux vérifications et approbations prescrites par l'art. 4 de la loi de 1867.

Les juges ne sont pas obligés de déclarer ces différentes personnes responsables pécuniairement par cela seul que la nullité est prononcée; ils ont seulement à cet égard une faculté. D'après l'art. 8, les dommages-intérêts doivent être restreints au préjudice causé par la nullité de la société; il doit être fait abstraction du préjudice provenant de toute autre cause, comme d'une crise, des mauvaises conditions dans lesquelles les opérations de la société ont été conclues, etc.

Si le conseil de surveillance n'est pas tenu avec le gérant d'une responsabilité solidaire, il y a, du moins, solidarité entre les membres du conseil de surveillance dont la responsabilité est collective. Cela doit être remarqué; car la responsabilité des membres du conseil de surveillance à raison des fautes commises pendant la durée de la société est, en principe, individuelle (art. 9, al. 2, Loi de 1867). V. n° 256.

251. Sanctions pénales. — Le législateur a pensé que la responsabilité pécuniaire pourrait ne pas être une sanction suffisante des dispositions de la loi de 1867 et il a prononcé, dans quelques cas, des peines contre ceux qui les violent.

L'art. 13, alin. 1, de la loi punit d'une amende de 500 à 10.000 fr. l'émission des actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3. La même peine frappe le gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonctions du conseil de surveillance (art. 13, al. 2). Un troisième fait est puni d'une peine identique, c'est la négociation d'actions ou de coupons

Source BIU Cujas

d'actions dont la valeur ou la forme est contraire aux dispositions des art. 1, 2 et 3 de la loi de 1867 ou sur lesquelles le versement du quart n'aurait pas été opéré. La participation à la négociation et la publication de la valeur de ces actions sont assimilées à la négociation elle-même (art. 15). L'amende peut donc être prononcée à la fois contre le cédant, contre le cessionnaire, contre les intermédiaires.

Ces différents faits constituent des délits-contraventions, c'est-à-dire qu'ils sont punissables même en l'absence de mauvaise foi de la part de leurs auteurs. Mais il y a des faits plus graves qui sont punis d'emprisonnement et qui impliquent la mauvaise foi comme élément essentiel. La loi punit des peines de l'escroquerie (art. 405, C. pén.) : la simulation de souscriptions ou de versements qui n'existent pas et tous les faits faux à l'aide desquels on a obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou versements ; le fait, afin de provoquer des souscriptions ou des versements, de publier de mauvaise foi les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque (art. 15, 1° et 2°). L'art. 405, C. pén., est, du reste, applicable à tous autres faits réunissant les conditions constitutives de l'escroquerie, qui se rattachent à la constitution de la société.

2° *Règles relatives au fonctionnement des commandites par actions.*

252. Les organes essentiels de ces sociétés sont le *gérant*, l'*assemblée générale des actionnaires* et le *conseil de surveillance*.

253. *Du gérant.* — D'après les principes généraux qui régissent la commandite (art. 27 et 28, C. com. et ci-dessus, n°s 150 et 159), le gérant doit être tenu indéfiniment des dettes sociales ; mais rien n'empêche de prendre comme gérant une personne qui a des actions dans la société, si en même temps elle est commanditée. C'est même là un cas qui se présente très souvent.

La désignation du gérant est tellement importante qu'elle est toujours faite dans les statuts : on ne laisse pas à l'assemblée générale des actionnaires le soin de choisir le gérant.

Par cela même que le gérant doit être indépendant des commanditaires, en ce sens que ceux-ci n'ont à son égard qu'un droit de

Source BIU Cujas

surveillance, le gérant ne devrait pas pouvoir être révoqué par eux et sa révocation judiciaire, seule possible, devrait entraîner la dissolution de la société. Il a été dit que la jurisprudence admet qu'en vertu d'une clause des statuts, le droit de révoquer le gérant *ad nutum* peut être réservé à l'assemblée générale des actionnaires (n° 162) et que cette révocation n'entraîne pas la dissolution de société, si les statuts le stipulent ainsi.

Les pouvoirs du gérant sont les mêmes que ceux des gérants des sociétés en nom collectif ou des commandites par intérêts (n°s 136 et 159).

254. *Conseil de surveillance.* — La loi de 1867, comme, du reste, celle de 1856, ne s'est pas bornée à exiger la nomination d'un conseil de surveillance avant la constitution et le commencement des opérations sociales (n° 232). Elle a voulu éviter ce qui s'était produit avant 1856, que des membres du conseil de surveillance ne s'abstinssent de surveiller par ignorance de leurs fonctions ou par crainte d'être obligés personnellement pour s'être immiscés dans la gestion; pour cela, elle a déterminé les attributions du conseil de surveillance et la responsabilité encourue par ses membres.

255. *Attributions.* — Les droits et les obligations du conseil de surveillance, tels que la loi les détermine, ne peuvent être restreints par les statuts, mais rien n'empêche de les étendre, pourvu bien entendu qu'on n'aille pas jusqu'à autoriser le conseil de surveillance à s'immiscer dans la gestion. C'est en quelque sorte un *minimum* que la loi indique à cet égard.

Le contrôle des membres du conseil de surveillance est permanent, c'est-à-dire qu'il s'exerce d'un bout de l'année à l'autre; il a pour but de vérifier si les gérants se conforment aux statuts, s'ils ne commettent ni fraudes, ni fautes graves dans la gestion. Dans ce but, la loi confère aux membres du conseil de surveillance les attributions suivantes :

a. Ils vérifient les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société (art. 10, al. 1).

b. Ils doivent faire chaque année à l'assemblée générale des actionnaires un rapport dans lequel ils apprécient le compte de gestion du gérant; ils ont à signaler les irrégularités et les inexactitudes com-

Source BIU Cujas

mises dans les inventaires et à constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent à la distribution des dividendes proposés par le gérant, (art. 10, al. 2).

c. Les actionnaires tiennent au moins une assemblée ordinaire une fois par année. Ils peuvent avoir aussi des assemblées extraordinaires. Le conseil de surveillance peut en convoquer dans des circonstances graves, spécialement pour faire délibérer les actionnaires sur le point de savoir s'il n'y a pas lieu de provoquer la dissolution de la société (art. 11, L. de 1867).

Ces attributions sont communes à tous les conseils de surveillance. Mais, comme cela a été dit plus haut (n° 232), le premier conseil de surveillance a la mission spéciale d'examiner si toutes les conditions prescrites par la loi pour la constitution des commandites sont réunies.

256. *Responsabilité.* — Les membres du conseil de surveillance, ne pouvant pas s'immiscer dans la gestion, ne sont pas responsables à raison des actes de gestion ou de leurs résultats (art. 9). Ils le sont quand ils commettent quelque fraude ou quelque faute dans l'exercice de leurs attributions, notamment quand ils ont négligé de constater dans leur rapport annuel que les dividendes dont la distribution était proposée par le gérant dépassaient les bénéfices, quand ils ont laissé commettre au gérant des irrégularités pour n'avoir pas suffisamment vérifié les écritures, quand ils ont négligé de provoquer la dissolution de la société qu'exigeait l'intérêt des actionnaires, etc...

Les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la gravité de la faute des membres du conseil de surveillance. D'après les principes généraux (art. 1992, C. civ.), on doit se montrer plus sévère quand ils reçoivent une rémunération que lorsque leur mandat est gratuit. On conçoit aussi qu'il soit tenu compte notamment de la difficulté que pouvait présenter la découverte des fraudes commises par le gérant.

La responsabilité des membres du conseil de surveillance est individuelle et non solidaire (art. 9, 2e alin. V. règle contraire, n° 250). Toutefois cela n'empêche pas que, s'il y avait une faute commune et s'il était impossible de déterminer l'étendue proportionnelle de

Source BIU Cujas

la faute de chacun, ils devraient être condamnés chacun pour le tout à des dommages-intérêts, comme cela a lieu toutes les fois que, plusieurs personnes ayant commis un délit ou un quasi-délit, on ne peut arriver à fixer dans quelle mesure chacune y a participé. Du reste, quand il s'agit d'un acte à faire après une délibération commune, tel que le rapport à présenter à l'assemblée générale annuelle des actionnaires, afin d'éviter d'encourir une responsabilité collective, les opposants peuvent toujours faire constater leur opposition.

Envers qui les membres du conseil de surveillance peuvent-ils être déclarés responsables? Ils peuvent l'être certainement envers les actionnaires, par application des règles du mandat auxquelles renvoie expressément l'art. 9, al. 2, de la loi de 1867. Mais peuvent-ils être aussi déclarés responsables envers des tiers, c'est-à-dire envers les créanciers sociaux? La responsabilité ne saurait à l'égard des tiers être fondée sur les principes du mandat. Elle semble devoir être admise en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ., à raison de ce que la nomination d'un conseil de surveillance est prescrite dans l'intérêt des tiers en même temps que dans celui des actionnaires, de telle sorte que les membres du conseil de surveillance commettent un délit ou un quasi-délit à l'égard des tiers en exerçant négligemment les attributions que la loi leur confère.

257. Plusieurs questions de compétence s'élèvent à propos des actions en responsabilité intentées contre les membres du conseil de surveillance.

Il y a lieu d'abord de déterminer si elles doivent être portées devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. La compétence commerciale est certaine quand l'action en responsabilité est exercée par les actionnaires. Il s'agit, en effet, alors d'une contestation entre associés (art. 631-2°, C. com.). Mais que décider lorsque l'action est intentée par des créanciers sociaux? Il s'agit assurément là de questions pour lesquelles les juges consulaires ont une aptitude spéciale; mais, à défaut de texte, il semble difficile de reconnaître avec la jurisprudence qu'ils sont compétents.

Une autre question de compétence, qui s'était élevée sous l'empire de la loi du 17 juillet 1856, a été résolue par la loi de 1867. Il se peut que le gérant soit poursuivi comme coupable d'un délit

Source BIU Cujas

correctionnel (c'est ce qui a lieu en cas de distribution de dividendes fictifs faite sciemment), et que les membres du conseil de surveillance soient actionnés comme responsables. Peuvent-ils être cités en même temps que le gérant devant le tribunal correctionnel? La jurisprudence l'avait admis avant 1867 en considérant que la responsabilité légale des membres du conseil de surveillance est analogue à celle qui résulte pour les parents et pour les patrons de l'art. 1384, C. civ. La loi de 1867 (art. 15, dern. alin.) repousse cette solution en disposant que *les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.* La jurisprudence faisait une assimilation erronée; la responsabilité civile de l'art. 1384, C. civ., suppose chez la personne responsable un pouvoir de direction que n'ont pas les membres du conseil de surveillance investis seulement d'un droit de contrôle. En outre, la crainte d'être poursuivis comme civilement responsables devant une juridiction de répression pourrait écarter des conseils de surveillance des hommes capables et honnêtes.

258. Assemblée générale des actionnaires. — Les actionnaires réunis en assemblée générale ont des attributions multiples. On peut distinguer :

a. Les assemblées constitutives. Ce sont celles dont la réunion doit précéder la constitution de la société, spécialement celles qui ont à approuver l'évaluation des apports en nature, à vérifier les avantages particuliers (art. 4) (n° 227) et à nommer le premier conseil de surveillance (art. 5) (n° 232).

b. Les assemblées ordinaires. Ce sont des assemblées annuelles se réunissant, en général, à époque fixe. V. ci-après, n° 260.

c. Les assemblées extraordinaires. On appelle ainsi les assemblées d'actionnaires qui sont convoquées à titre exceptionnel pour apporter des modifications aux statuts, par exemple pour décider que le capital social sera augmenté ou réduit, que la société sera dissoute après ou avant le terme fixé (art. 11, L. de 1867). V. ci-après, n° 261.

259. Des questions importantes se posent à propos des assemblées générales au point de vue des conditions de validité de leurs délibérations. Il y a à déterminer notamment combien d'actionnaires

Source BIU Cujas

doivent être présents pour délibérer valablement (question semblable à celle du *quorum* dans les assemblées politiques), combien d'actionnaires doivent former la majorité pour que la délibération soit obligatoire pour tous. Il y a aussi à décider si tout actionnaire a le droit de participer au vote ou si ce droit n'appartient qu'à ceux qui possèdent au moins un certain nombre d'actions. La loi de 1867 (art. 27 et 28), qui a résolu en grande partie ces questions pour les assemblées générales des sociétés anonymes (nos 284 et suiv.), ne s'est occupée, en ce qui concerne les commandites, que des assemblées constitutives qui statuent sur l'évaluation des apports en nature et sur les avantages particuliers: d'après l'art. 4, ces assemblées prennent leurs décisions à la majorité des actionnaires présents, et cette majorité doit comprendre le quart des actionnaires et représenter le quart du capital social en numéraire. Pour toutes les autres assemblées, les statuts fixent librement les règles à observer.

260. *Assemblées ordinaires.* — L'assemblée ordinaire, qui se tient chaque année, a pour mission de recevoir les comptes du gérant, de statuer sur les propositions de dividendes qui lui sont faites par le gérant et de nommer, quand il y a lieu, des membres du conseil de surveillance. Pour l'éclairer, on lui soumet le bilan, l'inventaire, le compte des profits et pertes et il lui est donné lecture du rapport du gérant et du rapport du conseil de surveillance.

Comme ces pièces sont remplies de chiffres et se comprennent parfois assez difficilement à la lecture, la loi (art. 12) prescrit de mettre à la disposition des actionnaires ou de leurs mandataires l'inventaire, le bilan et le rapport du conseil de surveillance au siège social un certain temps avant la réunion de l'assemblée ordinaire. La communication peut en être exigée quinze jours au plus avant cette réunion (1). La communication préalable du rapport du gérant n'est pas prescrite.

261. *Assemblées extraordinaires.* — Les statuts, comme les conventions en général, lient toutes les parties et, par suite, ils ne peuvent être modifiés que du consentement de l'unanimité des action-

(1) C'est par suite d'une erreur que l'art. 12 de la loi de 1867 dit que ces pièces sont communiquées aux actionnaires au siège social 15 jours *au moins* avant la réunion de l'assemblée. Il va de soi que la communication peut être réclamée moins de 15 jours avant cette réunion.

Source BIU Cujas

naires. Mais des modifications sont parfois très utiles et l'unanimité est, à raison même du grand nombre des actionnaires, très difficile à obtenir. Aussi le plus souvent les statuts autorisent-ils expressément l'assemblée générale à voter des modifications à la majorité. Mais, à raison de la gravité des décisions à prendre, les statuts exigent, en général, soit que l'assemblée générale comprenne des actionnaires dont les actions représentent plus que la moitié du capital, soit que la majorité soit formée par des actionnaires formant une certaine portion (les 2/3 ou les 3/4, par exemple) du capital social. V. pour les sociétés anonymes, n° 288.

262. *Des distributions de dividendes fictifs.* — Des distributions de dividendes *fictifs*, c'est-à-dire ne correspondant pas à des bénéfices réels, sont parfois faites pour augmenter le crédit d'une société et faire hausser le cours de ses actions en faisant croire à sa prospérité. Elles ont les conséquences les plus fâcheuses : elles trompent les tiers, elles ne sont possibles qu'en entamant le capital social, par suite en diminuant le gage sur lequel les créanciers sociaux ont compté et les ressources à l'existence desquelles les acquéreurs d'actions ont dû naturellement croire. C'est pour les empêcher que la loi cherche à éclairer par divers moyens, sur la situation réelle de la société, les actionnaires qui ont à statuer sur le montant des dividendes à distribuer (art. 10, alin. 2 et art. 12. V. n°s 255 et 260). Malgré toutes les précautions, il arrive que des dividendes fictifs sont distribués grâce à l'évaluation exagérée de certains biens de la société (*majoration*, selon l'expression usuelle), à la dissimulation de pertes ou de mauvaises créances, etc. La loi réprime alors la fraude qu'elle n'a pu prévenir.

Le fait par le gérant d'avoir distribué des dividendes fictifs en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux est assimilé à l'escroquerie punie par l'art. 405, C. pén. (art. 15-3°, L. de 1867). En outre, en vertu des principes généraux du droit (art. 1382 et 1383, C. civ.), les personnes lésées, spécialement les créanciers sociaux, ont une action en dommages-intérêts contre le gérant et contre les membres du conseil de surveillance, s'ils sont ses complices ou s'ils ont été négligents.

Mais les créanciers sociaux n'ont-ils pas encore un autre droit,

Source BIU Cujas

celui de faire restituer les dividendes fictifs aux actionnaires qui les ont reçus? Avant 1867, aucun texte de loi ne résolvait la question. Il allait de soi que la répétition pouvait être exercée en cas de mauvaise foi des actionnaires. Etait-elle aussi possible quand ils avaient reçu de bonne foi? La jurisprudence admettait même dans ce cas la répétition; elle se fondait sur ce que, les dividendes fictifs étant pris sur le capital, les actionnaires en les recevant se trouvaient avoir repris une partie de leurs mises. Cette jurisprudence était-elle conforme aux principes du droit? On peut le nier. Que sont les dividendes pour les actionnaires? Ce sont des revenus ou fruits civils. Quand ils ont reçu de bonne foi ces dividendes, les actionnaires les emploient naturellement à leurs besoins. En les obligeant à les restituer, peut-être après de longues années, on risquerait de les ruiner. C'est bien le cas d'appliquer les dispositions du Code civil (art. 549 et 550) sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Pour déterminer si ce qui a été payé constitue un revenu dont la bonne foi doit empêcher la répétition, il faut se placer au point de vue de la personne qui reçoit et non de celle qui effectue le paiement. Du reste, sans cette solution équitable, bien des capitalistes ne voudraient pas placer leurs fonds dans des sociétés par crainte d'être obligés de restituer des sommes qu'ils croiraient légitimement acquises par eux à titre de dividendes.

Au surplus, la question de savoir si la bonne foi doit, d'après les principes généraux du droit, mettre obstacle à la répétition des dividendes fictifs ne peut plus se poser que pour les commanditaires dans les commandites simples (nos 158 et 165). Pour les commandites par actions, la loi de 1867 l'a tranchée en faveur des actionnaires. L'art. 10, alin. 3, de cette loi exclut toute répétition de dividendes fictifs, sauf dans deux cas : lorsque la distribution a été faite, soit *en l'absence de tout inventaire,* soit *en dehors des résultats constatés par l'inventaire.* Dans ces deux cas, il y a mauvaise foi ou, tout au moins, négligence très grave des actionnaires. Il n'est pas douteux qu'on devrait décider de même dans tous les autres cas où la mauvaise foi des actionnaires serait prouvée, spécialement quand, les dividendes distribués étant conformes aux résultats de l'inventaire, les actionnaires sauraient que l'inventaire était frauduleux.

Source BIU Cujas

L'action en répétition des dividendes fictifs n'est pas une action en répétition de l'indû, c'est plutôt une action en complément de la mise d'un associé qui a été restituée en partie. Elle a la même nature que l'action en versement de la mise des actionnaires ; elle est donc de la compétence du tribunal de commerce, si l'on reconnaît, comme le fait la jurisprudence (n° 179), le caractère commercial à l'obligation de verser le montant des actions.

263. A raison des conséquences civiles et même pénales attachées aux distributions de dividendes fictifs, il est très important de bien les distinguer des dividendes réels.

A la rigueur, on peut dire qu'on ne sait si une société a produit réellement des bénéfices que quand on peut apprécier l'ensemble de ses opérations. Mais avec cette idée on reculerait les distributions de dividendes jusqu'au moment de la dissolution de la société, ou, si l'on distribuait des dividendes d'après les bénéfices réalisés en fait chaque année, cette distribution aurait un caractère provisoire, de telle sorte que les dividendes devraient être restitués si, durant les années suivantes, des pertes étaient éprouvées. L'un et l'autre système sont impraticables : le premier priverait les actionnaires de tout revenu pendant de longues années; le second les exposerait à de grandes pertes en les contraignant à restituer, par suite de pertes imprévues, des dividendes distribués pendant des années de prospérité. Aussi a-t-il été toujours admis dans la pratique commerciale que les bénéfices se déterminent d'après les résultats des opérations sociales faites chaque année.

Il résulte de là que les dividendes répartis pendant des années où une société a réalisé des bénéfices, ne peuvent donner lieu à une action en répétition à raison de pertes éprouvées postérieurement.

Mais que décider, quand après avoir éprouvé des pertes qui ont entamé le capital, une société réalise des bénéfices durant une ou plusieurs années considérées séparément? Ces bénéfices peuvent-ils être distribués comme dividendes sans que les actionnaires soient exposés à la répétition ou ne faut-il pas que le capital soit reconstitué avant tout avec les bénéfices ultérieurs? Le Code ne contient aucune disposition à cet égard; mais la prudence, comme les règles d'une bonne comptabilité, exigent qu'aucune

Source BIU Cujas

distribution ne soit faite tant que le capital n'est pas reconstitué.

264. *Procès entre les actionnaires et le gérant ou les membres du conseil de surveillance.* — A raison même de la responsabilité qu'encourent le gérant et les membres du conseil de surveillance, des procès sont souvent intentés contre eux par les actionnaires. Si l'on appliquait le droit commun, il faudrait que tous figurassent en nom dans la procédure, alors même qu'ils choisiraient un mandataire unique ; ce serait une application de la règle : *nul ne plaide en France par procureur*. Il y aurait là une source de frais ; pour les éviter, la loi de 1867 (art. 17) a dérogé à cette règle, en permettant aux actionnaires de choisir un mandataire qui plaide en son nom. Il est évident que cela facilite les procès. Afin de ne pas trop exciter les minorités à intenter des procès en responsabilité, cet avantage n'est accordé qu'à des actionnaires représentant au moins un vingtième du capital social.

B. — Des sociétés anonymes.

265. La loi de 1867, en supprimant l'autorisation préalable (n° 218), n'a pas modifié les caractères distinctifs des sociétés anonymes ; du reste, l'art. 21, dern. alin., de cette loi renvoie notamment aux art. 29, 30 et 33, C. com., qui déterminent ces caractères.

Tous les associés sans exception ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leurs mises (art. 33, C. com.). La personne des associés n'étant nullement prise en considération, la mort, la faillite, l'interdiction d'aucun d'eux n'entraîne la dissolution de la société. Par cela même, la société anonyme n'a point de raison sociale (art. 29, C. com.) ; elle est désignée soit par un nom tiré de l'objet de l'entreprise (*Compagnie des chemins de fer de l'Est, Compagnie des mines d'Anzin*, etc...), soit par un nom de fantaisie (*le Phénix, l'Union, la Nationale*, etc...). Ce dernier mode de désignation s'impose quand il y a plusieurs sociétés anonymes se livrant au même genre d'opérations, comme cela se présente notamment pour les sociétés d'assurances et de banque.

Comme cela a été dit plus haut (n° 218), le régime des sociétés anonymes a été profondément modifié par la loi de 1867. L'autori-

Source BIU Cujas

sation préalable et la surveillance du gouvernement ont été remplacées par une réglementation légale analogue à celle des sociétés en commandite par actions. Aussi la loi de 1867 n'a-t-elle guère eu à faire, dans son titre II consacré aux sociétés anonymes, que des renvois aux dispositions du titre Ier relatif aux sociétés en commandite par actions; toutefois la loi a établi entre les règles applicables aux deux espèces de sociétés des différences dont plusieurs ne peuvent s'expliquer. Ces règles concernent soit la constitution, soit le fonctionnement de la société anonyme.

1° *Constitution des sociétés anonymes.*

266. Les fondateurs ne sont pas libres de fixer le moment où la société sera constituée. Pour qu'elle le soit et pour qu'elle puisse, en conséquence, commencer ses opérations, la loi exige la réunion de conditions presque semblables à celles qui sont prescrites pour les commandites par actions (art. 24, L. de 1867). V. nos 221 et suiv. Il faut :

1° Que le montant des actions ne soit pas inférieur à 500 francs ou à 100 francs, selon que le capital excède ou non 200,000 francs (n° 222);

2° Que le capital soit entièrement souscrit (n° 223);

3° Que le quart au moins soit versé sur chaque action (n° 224);

4° Qu'il soit déclaré par-devant notaires que le capital a été entièrement souscrit et que chaque action est libérée du quart; à cette déclaration doivent être jointes les pièces justificatives exigées dans les commandites par actions (n° 226). Seulement, comme il peut ne pas y avoir d'administrateurs désignés par les statuts, la déclaration est faite par les fondateurs (art. 24, al. 2), tandis que, dans les commandites, elle émane du gérant que les statuts désignent nécessairement.

5° Que l'évaluation des apports en nature et les avantages particuliers soient approuvés par l'assemblée générale des actionnaires (nos 227 à 231). Les conditions de la validité des délibérations de l'assemblée ne sont pas les mêmes que dans les commandites par actions. Cpr. nos 229 et 272. Il y a là une différence arbitraire.

6° Que l'assemblée générale, à défaut d'une désignation contenue

Source BIU Cujas

dans les statuts, ait nommé les administrateurs (art. 25) (n° 278).

7° Que les personnes chargées de la surveillance aient été nommées par l'assemblée générale (art. 25). Cette surveillance est tout autrement organisée que dans les commandites par actions (n°s 282 et s.).

Dans la société anonyme, les assemblées constitutives ont une mission plus étendue que dans les commandites : c'est le premier conseil de surveillance qui examine si la déclaration du gérant est conforme à la vérité ; dans la société anonyme, cet examen est opéré par la première assemblée générale (art. 24 *in fine*).

Une condition toute spéciale est imposée à la société anonyme ; elle est relative au nombre minimum des associés. La société anonyme ne peut être constituée si le nombre des associés est inférieur à sept (art. 23). On a cherché à justifier cette exigence, en disant que la forme anonyme n'est faite que pour les entreprises importantes qui supposent un grand nombre d'actionnaires et que, du reste, s'il n'y a pas au moins sept actionnaires, il ne saurait y avoir des administrateurs, un commissaire de surveillance et une assemblée générale.

267. *Preuve.* — La loi de 1867 n'exige plus, comme le faisait le Code de commerce (art. 40), un acte authentique ; elle exige seulement un écrit qui peut être sous seings privés. Comme pour les sociétés en commandite par actions (n° 234), par dérogation à l'article 1325, C. civ., il n'est pas besoin, quand l'acte de société est sous seings privés, d'autant d'originaux qu'il y a d'associés ; il suffit de deux originaux dont l'un reste déposé au siège social et dont l'autre est annexé à la déclaration faite devant notaires par les administrateurs (art. 21, 2e alin.).

268. *Publicité.* — Les formalités de publicité à remplir dans le mois qui suit la constitution de la société sont les mêmes que dans les commandites par actions (n° 235), sauf toutefois une petite différence. A l'acte de société déposé aux greffes doit être annexée une liste nominative des souscripteurs d'actions (art. 55, dernier al.) ; on ne saurait expliquer pour quelle raison la même formalité n'est pas prescrite dans les commandites.

Les formalités de publicité à accomplir pendant la durée de la société sont également identiques (n° 235).

Source BIU Cujas

269. Tout ce qui a été dit à propos, soit des conditions de l'augmentation du capital social (n° 236), soit du moment à partir duquel les actions peuvent être négociées (n° 238) ou mises au porteur (n°s 239 et suiv.), soit des personnes obligées de compléter les versements à faire sur les actions non libérées (n°s 239 et suiv.), s'applique dans les commandites par actions.

270. Sanctions des règles relatives a la constitution des sociétés anonymes. — Ces règles reçoivent, comme dans les commandites par actions (n°s 246 et suiv.), une triple sanction consistant : 1° dans la nullité de la société ; 2° dans la responsabilité pécuniaire des personnes qui par fraude ou par négligence ont laissé la société se constituer en fait sans les conditions légales requises ; 3° par des peines infligées en certains cas à ceux qui ont contrevenu à la loi.

271. *Nullité de la société.* — L'inobservation des dispositions contenues dans les art. 22, 23, 24 et 25 entraîne la nullité de la société. La nullité a le même caractère et les mêmes effets que celle qui est admise dans les commandites par actions (n°s 247 et suiv.). Cpr. art. 41 et 7. Il est vrai que l'art. 41 ne reproduit pas expressément la disposition de l'art. 7 qui refuse aux associés le droit de se prévaloir de la nullité contre les tiers ; mais cette restriction, qui se trouvait dans le projet de la loi de 1867, a disparu par suite d'un simple oubli.

272. *Responsabilité pécuniaire.* — Quand la nullité de la société est prononcée, la loi (art. 42) déclare responsables : *a*. les fondateurs ; *b*. les premiers administrateurs ; *c*. les actionnaires qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers et qui ne les ont pas fait vérifier ou approuver. Cette responsabilité est encourue à l'égard soit des actionnaires, soit des créanciers sociaux.

A propos de la responsabilité des fondateurs et des administrateurs, des difficultés assez graves se présentent.

273. Il n'y a pas de doute possible sur la responsabilité des fondateurs auxquels la nullité est imputable. Il n'en est pas de même de celle des premiers administrateurs, quand ils n'ont pas en même temps été fondateurs de la société. On a soutenu que les premiers administrateurs ne sont pas alors responsables avec les fondateurs. En faveur de cette opinion, on a fait remarquer qu'ils ne sont pas en

Source BIU Cujas

fonctions au moment où les irrégularités, cause de la nullité, sont commises, puisque, d'après l'art. 25, leur acceptation des fonctions qui leur sont déférées par l'assemblée des actionnaires, est le dernier acte qui précède immédiatement la constitution de la société. On a ajouté que la loi n'impose pas, du reste, aux premiers administrateurs l'obligation de vérifier si toutes les conditions voulues pour la constitution de la société sont réunies. Enfin, si l'on oppose aux partisans de cette doctrine que l'art. 42 de la loi de 1867 semble bien admettre la responsabilité des premiers administrateurs avec celle des fondateurs dans le cas où la société est annulée, ils répondent que cet article doit être entendu distributivement, que les fondateurs sont responsables de la nullité de la société et que les administrateurs le sont de la nullité des délibérations des assemblées générales prises alors qu'ils sont en fonctions, de telle sorte que les fondateurs et les administrateurs ne peuvent jamais être responsables en même temps.

La jurisprudence (1) s'est avec raison prononcée pour la responsabilité solidaire des premiers administrateurs avec les fondateurs. L'art. 42 de la loi de 1867 les déclare en même temps responsables sans faire la distinction qu'on lui attribue. La loi a voulu que les administrateurs n'entrassent pas en fonctions avant d'avoir vérifié si toutes les conditions légales prescrites pour la constitution de la société sont réunies. Elle eût été bien imprévoyante en chargeant de cette vérification exclusivement l'assemblée générale : le grand nombre des personnes qui la composent empêche une vérification sérieuse. On peut dire, du reste, que les premiers administrateurs nommés par l'assemblée générale sont en fonctions au moment où la nullité est encourue, puisque la nullité n'existe qu'autant qu'après la nomination des premiers administrateurs la société commence, malgré les irrégularités de sa constitution, à fonctionner.

274. Les fondateurs et administrateurs sont responsables, soit envers les créanciers sociaux, soit envers les actionnaires. Il est certain qu'envers les actionnaires la responsabilité s'applique seulement au préjudice causé par la nullité de la société, mais non aux dommages qui ont pu être éprouvés par d'autres causes. N'en est-il

(1) Cass. 27 janvier 1873, D. 1873. 1. 331 ; S. 1873. 1. 16 ; *J. pal.* 1872. 883. Cass, 13 mars 1876, D. 1877. 1. 49 ; S. 1876. 1. 361 ; *J. pal.* 1876. 873.

Source BIU Cujas

pas autrement relativement aux tiers, c'est-à-dire des créanciers de la société ? à leur égard, les fondateurs et les administrateurs ne sont-ils pas responsables de toutes les dettes sociales ? On a soutenu que la responsabilité doit être restreinte au préjudice causé par la constitution vicieuse de la société, qu'il n'est pas juste de l'étendre au delà de la faute commise. Mais la jurisprudence reconnaît avec raison que, d'après la loi, les fondateurs et les premiers administrateurs sont responsables solidairement de tout le passif social existant lors de l'annulation de la société, alors même qu'une cause étrangère au vice de la constitution empêche de l'acquitter (1). Le texte de l'art. 42 peut être invoqué à l'appui de cette solution; sans faire aucune distinction, il déclare que les fondateurs et les administrateurs sont responsables solidairement envers les tiers. En outre, il paraît distinguer la responsabilité envers les tiers de celle qui existe envers les actionnaires et qui certainement est limitée au dommage causé par la nullité de la société. Pour adopter cette solution rigoureuse, le législateur est probablement parti de l'idée que la limitation de l'obligation de tous les associés au montant de leurs mises est une sorte de privilège dont une société ne peut jouir pleinement qu'autant que les conditions légales ont été exactement observées. Autrement il faut qu'au moins certaines personnes soient tenues indéfiniment des dettes sociales.

275. La même responsabilité existe pour ceux qui ont fait des apports en nature ou stipulé des avantages particuliers, lorsque les formalités de vérification prescrites par la loi n'ont pas été remplies. Seulement, pour ces personnes, à la différence de ce qui a lieu pour les fondateurs et les administrateurs, les tribunaux ne sont pas obligés d'admettre la responsabilité, ils en ont seulement la faculté (art. 42).

276. *Sanctions pénales.* — Elles sont les mêmes que pour es commandites par actions : l'art. 45 de la loi de 1867 se borne à renvoyer aux art. 13 à 16 (V. n° 251).

2° *Fonctionnement des sociétés anonymes.*

277. La société anonyme doit avoir trois organes qui correspon-

(1) Cass. 13 mars 1876, S. 1876. 1. 361; *J. pal.* 1876. 873.

Source BIU Cujas

dent à ceux de la commandite par actions : des *administrateurs*, des *commissaires de surveillance*, une *assemblée générale d'actionnaires*.

278. *Administrateurs.* — Ce sont des mandataires chargés de représenter la société. Ils sont ordinairement nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Mais il peut être utile de donner au début l'administration aux fondateurs qui ont eu l'idée première de l'entreprise. Aussi la loi (art. 25, al. 3) admet-elle que les premiers administrateurs peuvent être désignés par les statuts. C'est une faculté dont il est fait le plus souvent usage.

Le nombre des administrateurs n'est pas fixé par la loi. Il peut, selon les dispositions des statuts, y en avoir un ou plusieurs ; dans ce dernier cas, la réunion des administrateurs constitue ce qu'on appelle le *conseil d'administration*.

Du reste, que les administrateurs soient désignés par les statuts ou nommés par l'assemblée générale, ils sont toujours, comme tous les mandataires, en principe, révocables au gré de cette assemblée. Dans les autres sociétés, les administrateurs statutaires ne peuvent être révoqués que par justice (nos 152 et 253). Comme, dans les sociétés anonymes, les associés changent continuellement, il est juste et utile que les nouveaux associés puissent révoquer les administrateurs qu'ils n'ont pas choisis et qui ne leur inspirent pas confiance. Aucune clause des statuts ne pourrait rendre les administrateurs irrévocables ou restreindre la faculté de révocation même indirectement, par exemple en allouant une indemnité aux administrateurs révoqués sans cause suffisante.

Pour donner plus de liberté aux actionnaires, la loi décide que les administrateurs sont non seulement révocables, mais nommés à temps ; on pourrait, en effet, hésiter à révoquer ceux que l'on ne renommerait pas. Le temps maximum pour lequel les administrateurs peuvent être nommés est fixé par la loi (art. 25) : il est, en principe, de 6 ans, mais pour les premiers administrateurs nommés par les statuts, la durée de leurs fonctions est au maximum de 3 ans.

Les administrateurs sont ordinairement salariés, mais ils pourraient aussi être des mandataires gratuits (art. 22).

Le Code de commerce admettait que les administrateurs pou-

Source BIU Cujas

vaient être choisis en dehors des associés. La loi de 1867 (art. 22) exige, au contraire, qu'ils soient pris parmi eux. On a pensé que l'intérêt qu'ils ont comme associés à la prospérité de la société est une garantie de bonne administration. Cette condition n'est pas gênante ; car les statuts déterminent librement le nombre d'actions qui doit appartenir à chaque administrateur. Ces actions constituent une sorte de cautionnement (n° 280), aussi doivent-elles être nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale (art. 26, al. 3).

279. *Pouvoirs des administrateurs.* — A la différence des gérants des commandites, les administrateurs n'étant que des mandataires obligent la société envers les tiers, sans s'obliger personnellement (art. 32).

C'est aux statuts à fixer les pouvoirs des administrateurs. En cas de silence ou d'insuffisance des statuts, les principes généraux du mandat doivent être appliqués pour déterminer quels actes les administrateurs peuvent faire. Ils ont donc qualité pour faire tous les actes habituels nécessaires à la marche de la société; pour les actes extraordinaires, il leur faut l'autorisation de l'assemblée générale des actionnaires. Cette autorisation leur serait donc, à moins de clause contraire des statuts, nécessaire pour emprunter et pour constituer une hypothèque.

Si la loi n'a pas déterminé les pouvoirs des administrateurs, elle leur a du moins défendu de faire certains actes sans l'autorisation de l'assemblée générale, dans la crainte que, placés dans une situation où leur intérêt serait en conflit avec leur devoir, celui-ci ne fût méconnu. Elle leur interdit, en principe, 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 (art. 40). Il s'agit là, non pas d'opérations quelconques, mais de conventions importantes et dont l'exécution demande un temps assez long, par exemple de l'engagement de fournir des matières premières ou des objets manufacturés. En outre, il a été entendu, lors de la discussion de la loi, que cette prohibition ne s'applique point aux marchés et entreprises adjugés avec publicité et concurrence.

Cette prohibition n'est levée qu'à deux conditions. Il faut : 1° que

Source BIU Cujas

l'assemblée générale ait autorisé le marché; 2° qu'il soit chaque année rendu compte à cette assemblée de l'exécution du marché ainsi autorisé. Cette dernière condition a pour but d'éviter toute fraude dommageable à la société dans l'exécution du marché ou de l'entreprise.

280. *Responsabilité des administrateurs.* — Les administrateurs sont responsables envers la société ou envers les créanciers sociaux (art. 44).

Leur responsabilité envers la société résulte du mandat; elle peut exister quand il y a eu faute commise dans la gestion, violation d'une disposition légale ou d'une clause des statuts. Il n'est pas douteux que les créanciers sociaux puissent exercer, en vertu de l'art. 1166, C. civ., l'action en responsabilité de la société contre les administrateurs. Mais ceux-ci peuvent aussi être actionnés directement par les créanciers; la responsabilité directe des administrateurs envers les créanciers sociaux, que consacre l'art. 44 de la loi de 1867, se rattache aux articles 1382 et 1383, C. civ. Il va de soi que les créanciers ne peuvent pas critiquer les actes de gestion, mais ils peuvent se plaindre de la violation de la loi ou des statuts.

La responsabilité des administrateurs est-elle solidaire ou individuelle? Cela dépend : elle est solidaire quand la faute est commune, elle est individuelle dans le cas contraire. Même quand il s'agit de fautes individuelles, les actions déposées dans la caisse sociale par les administrateurs servent de garantie à tous les actes de gestion (art. 26, al. 2); il y a ainsi dans ce cas une sorte de solidarité, seulement elle est restreinte à ces actions. Il va de soi que les administrateurs auxquels il n'y a point de faute à reprocher, ont un recours contre les autres sur lesquels doit peser, en définitive, exclusivement la responsabilité.

281. *Du directeur.* — A côté du conseil d'administration se trouve souvent un employé supérieur de la société désigné le plus fréquemment sous le nom de directeur. Il est, d'après les statuts, choisi par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale des actionnaires. On peut, comme le suppose la loi (art. 22, 2e al.), le choisir parmi les membres du conseil d'administration. Rien, du reste, n'empêche de le prendre en dehors; souvent le conseil d'ad-

Source BIU Cujas

ministration ne comprend personne ayant des aptitudes spéciales suffisantes pour être directeur et, du reste, il y a avantage à ne pas prendre le directeur parmi les administrateurs, afin qu'il leur soit plus soumis.

Les fonctions d'administrateur ont un caractère personnel incontestable. Cependant la loi (art. 22, al. 2) admet qu'en vertu d'une clause des statuts un administrateur peut se substituer un mandataire; c'est un cas qui ne se présente guère. D'après le droit commun (art. 1994, C. civ.), le mandataire n'est responsable de son substitué que lorsqu'il a choisi comme tel un homme notoirement incapable ou insolvable. Ici l'administrateur est responsable de tous les actes de la personne qu'il se substitue, n'eût-il commis aucune faute en la choisissant.

282. Des commissaires de surveillance. — Il y a un organe de surveillance dans les sociétés anonymes comme dans les commandites par actions, mais il n'est pas constitué de la même manière et n'a pas les mêmes attributions dans les deux espèces de sociétés par actions. Quelques-unes des différences consacrées par la loi s'expliquent dans une certaine mesure par cette considération que le contrôle est plus nécessaire dans les commandites à raison de ce qu'en général les gérants ont plus d'indépendance que les administrateurs; d'autres différences sont inexplicables.

Les personnes chargées de la surveillance sont désignées sous le nom de *commissaires de surveillance* (art. 25 et 32). La loi n'en fixe pas le nombre comme pour les membres du *conseil de surveillance* dans les commandites : il peut y avoir, selon les clauses des statuts, un ou plusieurs commissaires. A la différence des membres du conseil de surveillance, ils peuvent être choisis aussi bien en dehors des actionnaires que parmi eux. Leurs fonctions ne durent qu'un an. Les premiers commissaires de surveillance sont choisis par l'assemblée générale constitutive qui nomme les premiers administrateurs quand ceux-ci n'ont pas été désignés par les statuts (n° 278); ils sont ensuite nommés par l'assemblée générale annuelle. Si l'assemblée générale omet de choisir les commissaires, ils sont désignés par le président du tribunal de commerce, à la requête d'un intéressé, les administrateurs dûment appelés.

Source BIU Cujas

Les commissaires de surveillance ont pour mission principale de faire à l'assemblée générale annuelle un rapport sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs (art. 32, al. 1). Ils doivent y indiquer si le dividende proposé par les administrateurs peut ou non être distribué.

Le contrôle exercé par les commissaires de surveillance n'est pas permanent comme l'est celui du conseil de surveillance. C'est seulement pendant le trimestre précédant la réunion de l'assemblée générale que les commissaires ont le droit de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société (art. 33, al. 1). En outre, on doit mettre à leur disposition le bilan, le compte des profits et pertes le 40me jour au plus tard avant la réunion de l'assemblée, à laquelle ils doivent être présents, afin de pouvoir donner des explications verbales (art. 34). Enfin un état de la situation active et passive dressé chaque semestre doit leur être communiqué.

Les commissaires peuvent aussi en cas d'urgence convoquer extraordinairement l'assemblée générale (art. 33, dern. alin.).

Les statuts ne peuvent pas valablement restreindre les pouvoirs des commissaires de surveillance ainsi déterminés par la loi; mais rien n'empêche de les étendre pour rendre leur contrôle plus efficace; on pourrait notamment stipuler qu'il s'exercera d'une façon permanente.

283. *Responsabilité des commissaires de surveillance.* — Ils sont responsables de leurs fautes envers la société, conformément aux règles générales du mandat (art. 43). Ils peuvent l'être aussi en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ., quand ils commettent quelque négligence, quoiqu'aucun texte ne le dise formellement. On ne voit pas pourquoi la loi, qui admet la responsabilité directe des administrateurs envers les tiers (nº 280) exclurait celle des commissaires de surveillance envers eux.

284. Assemblées générales des actionnaires. — Il y a lieu de distinguer comme dans les commandites, les assemblées générales *ordinaires*, *constitutives* et *extraordinaires*. La loi de 1867, qui a presque complètement gardé le silence sur les assemblées générales dans les commandites, a posé, au contraire, un certain nombre de

Source BIU Cujas

règles destinées à les régir dans les sociétés anonymes. Parmi ces règles, les unes sont communes à toutes les assemblées générales, les autres spéciales à l'une des trois espèces d'assemblées.

285. *Règles générales.* — Dans toutes les assemblées, les délibérations sont prises à la majorité des voix des membres présents ou dûment représentés (art. 28). On ne tient compte que des opinions émises dans la réunion même, celles qui seraient exprimées par lettres ne devraient pas être prises en considération. Afin de mettre tous les intéressés à même de rechercher si les délibérations ont été prises valablement, il doit être tenu une feuille de présence contenant les noms des actionnaires et le nombre des actions dont chacun d'eux est porteur. Cette feuille, certifiée par le bureau de l'assemblée, est déposée au siége social et doit être communiquée à tout requérant.

La loi ne contient aucune règle sur la composition du bureau des assemblées générales. En fait, il est ordinairement composé du président du conseil d'administration assisté de deux actionnaires choisis par l'assemblée; le bureau désigne un secrétaire chargé de rédiger le procès-verbal.

286. *Assemblées générales ordinaires.* — Ces assemblées se tiennent au moins une fois par an à l'époque fixée par les statuts (art. 27). Elles entendent le rapport des administrateurs et celui du commissaire de surveillance. Elles ont à déterminer, d'après ces rapports, si les comptes doivent être approuvés et si le dividende proposé doit être distribué. La délibération de l'assemblée générale approuvant les comptes est nulle, quand elle n'a pas été précédée du rapport des commissaires de surveillance (art. 32, al. 2). En outre, les assemblées ordinaires nomment les commissaires de surveillance et ont à procéder au remplacement des administrateurs démissionnaires ou parvenus à l'expiration de leurs fonctions. Afin que ces assemblées se prononcent autant que possible en connaissance de cause, la loi exige que l'inventaire et la liste des actionnaires ainsi que le bilan résumant l'inventaire et le rapport des commissaires soient déposés au siège social. Tout actionnaire peut prendre communication de ces pièces quinze jours au plus (1) avant la réunion de l'assemblée et se faire délivrer copie du bilan et du rapport (art. 35).

(1) V. note de la page 189 sur l'art. 12 de la loi du 24 juillet 1867.

Source BIU Cujas

Dans le silence des statuts, tout actionnaire a le droit de prendre part aux assemblées et a une voix, quel que soit le nombre de ses actions; mais la loi ne restreint aucunement la liberté des fondateurs sur ce point. Aussi les statuts peuvent-ils, comme cela arrive le plus souvent, subordonner le droit de prendre part aux assemblées à la possession d'un certain nombre d'actions et proportionner le nombre des voix de chacun au nombre de ses actions. On évite ainsi l'encombrement et la présence dans les assemblées de personnes qui n'ont pas un grand intérêt à la prospérité de la société. Afin que les petits actionnaires ne soient pas complètement sacrifiés, le plus souvent les statuts n'admettent pas la proportionnalité des voix sans restriction, mais stipulent qu'un actionnaire ne pourra jamais avoir plus d'un certain chiffre de voix, quel que soit le nombre de ses actions.

Pour que les assemblées ordinaires délibèrent valablement, il faut qu'elles soient composées d'un nombre d'actionnaires représentant au moins le quart du capital social. Si l'assemblée générale ne réunit pas ce nombre, il en est convoqué une autre qui délibère valablement, quelle que soit la portion du capital représenté (art. 29).

287. *Assemblées constitutives.* — Ce sont celles qui ont à prendre les délibérations nécessaires pour la constitution de la société (art. 30, al. 1 ; art. 27, al. 2 ; art. 25, al. 1). V. n° 258. A raison de leur importance et de la date de leur réunion nécessairement antérieure à la constitution de la société, elles sont soumises à des règles spéciales. Tout actionnaire a le droit d'y prendre part, malgré les clauses des statuts qui ne confèrent le droit de vote qu'à ceux qui ont un certain nombre d'actions. Toutefois, afin que tout avantage ne soit pas enlevé aux gros actionnaires, chaque actionnaire a le nombre de voix fixé par les statuts, sans toutefois qu'il puisse dépasser dix.

Les assemblées constitutives doivent être composées d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital. Quand il s'agit de la vérification des apports en nature, on ne tient pas compte, pour la détermination de ce capital, des apports à vérifier et les associés qui les font n'ont pas voix délibérative (art. 30, al. 4). Il se peut que les actionnaires présents ne représentent pas au moins la moitié du ca-

Source BIU Cujas

pital social. Alors la délibération n'est que provisoire et il y a lieu à une convocation nouvelle. Deux avis publiés dans un journal, à huit jours d'intervalle, un mois au moins à l'avance, font connaître aux actionnaires les résolutions provisoires de la première assemblée. Celles-ci deviennent définitives quand elles sont adoptées par une nouvelle assemblée qui délibère valablement par cela seul qu'elle réunit un nombre d'actionnaires représentant un cinquième du capital social (art. 30, al. 2).

288. *Assemblées extraordinaires.* — On désigne ainsi les assemblées qui sont réunies pour statuer sur des modifications à apporter aux statuts. La loi de 1867 (art. 31) se borne à dire, en prévoyant quelques modifications, que l'assemblée ne délibère valablement que si elle comprend un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social.

Cette disposition laconique laisse sans les résoudre plusieurs questions.

1. Doit-on appliquer même aux assemblées extraordinaires la clause des statuts qui a enlevé le droit de vote à ceux qui n'ont pas au moins un certain nombre d'actions (n° 286)? La gravité des délibérations à prendre paraît devoir faire admettre que, comme dans les assemblées constitutives, tous les actionnaires ont le droit de prendre part au vote (argument de l'art. 37), et que les statuts s'appliquent seulement en tant qu'ils proportionnent le nombre des voix à celui des actions. V. n° 287.

2. La loi ne prévoit pas le cas où une première assemblée extraordinaire ne réunirait pas un nombre d'actionnaires représentant au moins la moitié du capital social, comme elle le prévoit pour les assemblées constitutives (n° 287). S'il devient, par suite, nécessaire de convoquer une nouvelle assemblée extraordinaire, peut-elle délibérer valablement, quelle que soit la portion du capital représenté? Dans le silence de la loi, il semble juste d'exiger que cette nouvelle assemblée satisfasse à la condition exigée pour la première. Ainsi la modification proposée aux statuts est impossible si l'on ne parvient pas à réunir, dans une assemblée, des actionnaires représentant au moins la moitié du capital social.

289. Ces difficultés sont secondaires auprès de la question de

Source BIU Cujas

savoir à quelle condition l'assemblée générale, composée comme l'exige la loi (art. 31), a le pouvoir de modifier les statuts. Ce pouvoir lui appartient certainement lorsque les statuts le lui ont conféré. Mais faut-il le lui reconnaître même dans le silence des statuts? On peut faire remarquer, dans le sens de l'affirmative, que la loi de 1867 (art. 31) exige seulement que l'assemblée extraordinaire comprenne des actionnaires représentant la moitié du capital social, mais ne parle nullement de la nécessité d'une clause des statuts conférant à l'assemblée le pouvoir de modifier l'acte de société. Mais l'art. 31 de la loi de 1867 ne paraît pas avoir été fait pour résoudre cette question; on peut dire qu'il fixe la composition de l'assemblée extraordinaire pour le cas où elle est investie du pouvoir de modifier les statuts. Quand ce pouvoir lui appartient-il? C'est une question non résolue par le texte, et, d'après les principes généraux, elle doit être tranchée dans ce sens qu'une clause des statuts est indispensable pour que ce pouvoir appartienne à l'assemblée des actionnaires. Le législateur ne déroge expressément à ces principes qu'en ce qu'il admet que l'unanimité des actionnaires n'est pas exigée pour modifier les statuts. D'où l'on a pu conclure qu'elle l'est, quand les statuts ne confèrent à l'assemblée des actionnaires aucun pouvoir spécial.

Au surplus, cette solution n'a pas de graves inconvénients pratiques : presque toujours les statuts se prononcent sur la question.

290. Les statuts, au lieu de préciser les changements qui pourront y être apportés, peuvent confier en termes généraux à l'assemblée générale le pouvoir de faire des modifications. Doit-on alors reconnaître à l'assemblée, composée conformément à l'art. 31, le droit de changer une disposition quelconque? On s'accorde à distinguer les bases fondamentales de la société et les clauses accessoires : pour toucher aux premières, il faut une clause expresse des statuts ou, à défaut, l'unanimité des actionnaires; les secondes peuvent, au contraire, être modifiées. La difficulté est de distinguer ce qui est essentiel de ce qui est accessoire.

291. Afin d'assurer la sincérité des assemblées générales dans les sociétés anonymes comme dans les commandites par actions, la loi

Source BIU Cujas

de 1867 (art. 45 et 13) punit les fraudes ayant pour effet de produire une majorité factice.

292. *Dividendes. Fonds de réserve. Fonds d'amortissement.* — Les règles relatives aux dividendes et aux conséquences de la distribution de dividendes fictifs sont les mêmes dans les deux espèces de sociétés par actions (art. 45, 15 et 10, et nos 262 et suiv.). Toutefois, dans les sociétés anonymes, la loi ne permet pas la distribution de tous les bénéfices nets. Afin de pourvoir aux besoins urgents et inattendus ou de couvrir les pertes extraordinaires, il faut qu'un prélèvement soit fait sur les bénéfices pour former un fonds de réserve. Ce prélèvement doit être d'un vingtième au moins des bénéfices nets; quand le fonds de réserve atteint le dixième du capital, il est jugé suffisant pour pourvoir à toutes les éventualités et le prélèvement du vingtième sur les bénéfices nets cesse d'être exigé (art. 36). Dans les commandites par actions, la formation d'un fonds de réserve n'est pas obligatoire; on a pensé qu'il y est en quelque sorte remplacé par la responsabilité personnelle et solidaire des commandités.

La loi ne prescrit point l'amortissement des actions, mais c'est là, comme cela a été dit (n° 172), une mesure de prudence qui est adoptée dans un très grand nombre de sociétés. Quand l'amortissement est admis, il faut prélever sur les bénéfices nets la somme nécessaire pour l'opérer.

293. Pour faciliter les procès à intenter contre les administrateurs ou les commissaires de surveillance, il est admis que des actionnaires peuvent charger de les représenter une personne qui plaide en son nom. Il faut seulement que ces actionnaires représentent au moins un vingtième du capital social (art. 39 et 17). V. n° 264.

294. *Dispositions transitoires.* — La loi de 1867 a abrogé et l'article du Code de commerce soumettant les sociétés anonymes à l'autorisation préalable (art. 37) et la loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée. Mais, d'après le principe de la non rétroactivité des lois, les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée constituées avant la promulgation de la loi nouvelle, sont demeurées soumises au Code de commerce et à la loi de 1863. La loi de 1867 a voulu seulement que les sociétés anciennes pussent

Source BIU Cujas

se transformer, si l'on y trouvait avantage, en sociétés anonymes soumises à la loi nouvelle. Cette transformation peut avoir lieu pour les sociétés à responsabilité limitée, en se conformant aux conditions stipulées pour la modification de leurs statuts (art. 47, al. 1). Quant aux sociétés anonymes antérieures à 1867, leur conversion en sociétés anonymes dans les termes de cette loi a une gravité toute particulière, elle les soustrait à la surveillance du gouvernement et leur permet de modifier leurs statuts dans l'avenir sans son autorisation : aussi doivent-elles non-seulement observer dans ce cas les formes et conditions prescrites pour la modification de leurs statuts, mais encore obtenir l'autorisation du gouvernement.

295. DIFFÉRENTES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS ANONYMES. — Il y a actuellement trois sortes de sociétés anonymes :

1° Celles qui sont réglementées par la loi de 1867, mais qui ne sont pas soumises à l'autorisation du gouvernement ;

2° Les sociétés anonymes d'assurances sur la vie qui sont soumises à l'autorisation préalable et à la surveillance du gouvernement (art. 67) (1) ;

3° Les sociétés d'assurances autres que les sociétés d'assurances sur la vie qui sont soumises à la fois à la loi du 24 juillet 1867 et aux dispositions spéciales du décret du 22 janvier 1868 (art. 66, 2e al., loi de 1867).

En outre, il y a naturellement des sociétés anciennes qui sont restées soumises, soit au Code de commerce, soit à la loi du 23 mai 1863 comme sociétés à responsabilité limitée.

IV. — DES SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE.

296. Les sociétés à capital variable correspondent à celles qu'on appelle généralement dans le langage ordinaire *sociétés coopératives*. Elles se sont surtout développées en Allemagne et en Angleterre, grâce aux idées mises en circulation par des économistes contemporains, spécialement par Schulze-Delitsch, en lutte avec le socialisme.

(1) Ces sociétés sont-elles, en outre, régies par les dispositions de la loi du 24 juillet 1867? V. notre *Précis de droit commercial*, I, n° 498.

Source BIU Cujas

D'après la doctrine commune aux écoles socialistes, c'est de l'État que les ouvriers doivent attendre le relèvement de leur situation sociale : l'industrie ou la société elle-même devrait être dans ce but soumise à une organisation nouvelle. Des économistes contemporains soutiennent, au contraire, avec raison que c'est surtout par leurs propres efforts que les ouvriers doivent chercher à améliorer leur sort. Dépourvus de capitaux et n'ayant pas de crédit pour en obtenir, les ouvriers ne peuvent pas grand'chose s'ils demeurent isolés ; dans l'association ils ont un moyen d'acquérir une force qu'ils n'ont pas seuls ; ils peuvent ainsi se procurer un certain crédit, travailler pour leur compte et se soustraire au salariat.

Mais les ressources des ouvriers même économes sont restreintes. Pour arriver à s'associer, il faut qu'ils puissent, s'ils ont besoin de leur argent, retirer leurs mises et diminuer ainsi le capital social ou qu'à l'inverse, de nouveaux associés puissent entrer dans la société et augmenter le capital par leurs apports. La variabilité du capital et du personnel est une condition de succès des sociétés coopératives : aussi les appelle-t-on parfois *sociétés à personnel et à capital variables*.

Avant la loi de 1867, la constitution de sociétés de ce genre par actions était en fait impossible. La loi du 17 juillet 1856 exigeait que le minimum des actions fût de 100 francs et qu'un quart fût versé sur chaque action avant la constitution de la société. Le gouvernement avait des exigences semblables pour les sociétés anonymes qu'il autorisait. Les ouvriers qui n'épargnent à la fois que des sommes très restreintes, n'auraient pu parvenir à constituer des commandites par actions ou des sociétés anonymes. Les sociétés coopératives revêtaient par suite la forme des sociétés en nom collectif ou en commandite simple ; là les mises sont de telle valeur qu'il plaît aux associés de fixer. Mais, dans les sociétés de personnes, les retraites d'associés doivent recevoir la même publicité que l'acte de société même ; les retraites étant fréquentes dans les sociétés coopératives, il y avait là une source de frais relativement considérables.

Le législateur de 1867 a voulu faire disparaître les entraves légales qui s'opposaient au développement des sociétés coopératives. Ces

Source BIU Cujas

sociétés n'apparaissent pas dans le titre IV de cette loi sous leur nom ordinaire, mais sous celui de *sociétés à capital variable* : ce nom est tiré de ce que, dans ces sociétés, les statuts mêmes stipulent la faculté pour les associés de diminuer le capital en retirant leurs mises ou la faculté de l'augmenter par l'admission de nouveaux associés.

297. La société à capital variable n'est pas, comme on pourrait être tenté de le croire, une nouvelle espèce de société créée à côté des sociétés organisées par le Code civil et par le Code de commerce. La variabilité du capital est une sorte de modalité qui se rencontre, soit dans les sociétés à forme civile, soit dans les sociétés en nom collectif, en commandite ou anonymes. Ce sont ces différentes sortes de sociétés qui sont à capital variable, quand, conformément à l'art. 48 de la loi de 1867, il a été stipulé dans les statuts *que le capital social sera susceptible d'augmentation par des versements successifs faits par des associés ou l'admission d'associés nouveaux et de diminution par la reprise totale ou partielle des apports effectués*. En conséquence, les sociétés à capital variable sont soumises aux règles inhérentes à la forme qu'elles ont adoptée, à moins que des règles spéciales n'aient été posées pour elles (art. 48, al. 2).

Parmi ces règles spéciales, les unes sont communes à toutes les sociétés à capital variable, les autres sont faites seulement pour celles de ces sociétés qui sont par actions. La loi n'a pas fait nettement cette distinction. On parvient à la faire à l'aide de l'idée générale suivante : les dispositions ayant pour but de régler la faculté de retirer les mises et de déterminer les effets de son exercice pour éviter qu'un préjudice ne soit causé aux créanciers sociaux, sont communes; au contraire, les dispositions tendant à empêcher qu'en stipulant la variabilité du capital, toutes les sociétés n'arrivent à se soustraire aux règles contenues dans les deux premiers titres de la loi de 1867, doivent être restreintes aux sociétés par actions.

298. Dispositions communes a toutes les sociétés a capital variable. — D'après le droit commun, la retraite de chaque associé ayant pour effet de diminuer le capital social devrait être rendue publique dans les mêmes formes que l'acte de société (art. 61, al. 2, L. de 1867). C'est là un fait fréquent dans les sociétés à capital va-

Source BIU Cujas

riable; pour éviter les frais, la loi dispense de publier la retraite d'un associé (art. 62). Il en serait autrement bien entendu si l'associé qui se retire était gérant ou administrateur.

La faculté pour les associés de se retirer offre des dangers. Il est à craindre qu'ils ne l'exercent pour se soustraire aux dettes sociales et que de nombreuses retraites ne réduisent à rien ou presque rien le capital social qui forme le gage des créanciers. Différentes mesures sont prises par la loi pour parer à ces dangers. D'abord la retraite d'un associé n'a pas pour effet de le libérer immédiatement des dettes sociales ; l'associé qui reprend sa mise n'est libéré de ces dettes que cinq ans après sa retraite (art. 52). En outre, la faculté pour les associés de reprendre leurs mises n'existe pas jusqu'à l'épuisement complet du capital social; les statuts doivent fixer une somme au-dessous de laquelle le capital ne peut être réduit et cette somme ne peut être inférieure au dixième du capital de la société (art. 51).

299. Les sociétés à capital variable sont soumises aux mêmes formalités de publicité que si elles n'avaient pas ce caractère particulier, sauf en ce qui concerne les retraites d'associés. L'extrait de l'acte de société publié dans les journaux doit indiquer que la société est à capital variable et contenir l'indication de la somme au-dessous de laquelle le capital ne peut pas être réduit. Tous les documents émanant de la société doivent indiquer aussi qu'elle est à capital variable (art. 64).

299 *bis.* La retraite volontaire des associés n'est pas la seule cause qui puisse amener la réduction du capital. Souvent, dans les sociétés à capital variable, l'activité personnelle de tous les associés est une condition essentielle du succès de l'entreprise. Il ne faut pas que les associés souffrent de la négligence de quelques-uns. Aussi peut-il être stipulé dans les statuts que l'assemblée générale aura le droit de décider, à la majorité fixée pour les modifications aux statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société. Les associés ainsi exclus peuvent retirer leurs mises, mais, comme ceux qui se retirent, ils restent tenus pendant cinq ans des dettes sociales (art. 52).

Bien que la loi ne le dise pas expressément, il paraît conforme à

Source BIU Cujas

son esprit de ne pas admettre d'exclusion d'associés une fois que le capital a été réduit au minimum fixé par les statuts. La réduction au-dessous de ce minimum aurait toujours, en définitive, les mêmes inconvénients, qu'elle résulte de la retraite ou de l'exclusion des associés.

Les sociétés à capital variable peuvent être des sociétés soit civiles, soit commerciales. D'après la solution généralement admise (n° 123), elles ne devraient pas, en principe, être considérées dans le premier cas comme des personnes morales. Par une faveur spéciale, la loi de 1867 reconnaît la personnalité de toutes les sociétés à capital variable. C'est, du moins, là ce qui paraît résulter implicitement de l'art. 63 de cette loi, d'après lequel la société à capital variable peut, quelle que soit sa forme, se faire représenter en justice par ses administrateurs.

300. Une autre disposition de faveur concerne les causes de dissolution. La mort, la retraite, l'interdiction, la faillite, la déconfiture d'un associé entraînent la dissolution des sociétés en nom collectif et en commandite simple ainsi que des sociétés régies par le Code civil. Ces causes de dissolution ne sont pas admises dans les sociétés à capital variable, à moins que les statuts n'en décident autrement (art. 54). L'admission de ces causes de dissolution entraverait le développement de ces sociétés : elles comptent, quand elles réussissent, un très grand nombre d'associés et il leur faut longtemps pour arriver à une réelle prospérité.

301. DISPOSITIONS SPÉCIALES AUX SOCIÉTÉS A CAPITAL VARIABLE PAR ACTIONS. — Le minimum du taux des actions est, non pas de 500 ou de 100 francs, mais de 50 francs seulement (art. 50, al. 1). En outre, le versemen du quart sur chaque action n'est pas exigé pour la constitution de la société ; le versement du dixième suffit et encore la loi se contente-t-elle du versement du dixième du capital entier, sans s'inquiéter de la somme versée sur chaque action (art. 51, al. 3). Ainsi les uns peuvent verser en plus ce que les autres versent en moins ; cette faculté est très utile quand les associés ont des ressources très inégales. Il résulte de là que, le nombre minimum des associés dans les sociétés anonymes étant de sept, une société anonyme à capital variable peut avoir un capital de 350 fr.

Source BIU Cujas

seulement sur lequel il suffit que 35 francs soient versés avant la constitution de la société.

302. Les actions des sociétés à capital variable doivent rester nominatives même après leur complète libération ; par suite, leur transmission n'est possible que par voie de transfert (art. 50). Le législateur a voulu éviter que les actions puissent être l'objet des spéculations ou de l'agiotage auxquels se prêtent surtout les titres au porteur ; c'était un mal d'autant plus à craindre que ces actions sont d'une valeur minime et peuvent être achetées par des personnes dont les ressources sont modiques.

Les actions ne sont négociables qu'après la constitution définitive de la société (art. 50).

303. De même qu'il peut être utile à la société d'exclure certains associés, elle peut aussi avoir avantage à ne pas admettre comme associés certaines personnes. Aussi la loi (art. 50, dern. alin.) autorise-t-elle formellement à stipuler dans les statuts que l'assemblée générale ou le conseil d'administration pourra s'opposer au transfert des actions.

304. Si toutes les sociétés, quelle que fût l'importance de leur capital, pouvaient se soumettre aux dispositions de la loi sur les sociétés à capital variable, beaucoup sans doute stipuleraient la variabilité de leur capital, afin de pouvoir émettre des actions de 50 fr., et se constituer après le simple versement d'un dixième ; les dispositions de la loi de 1867 (art. 1 et 24) seraient ainsi éludées facilement. Aussi les sociétés, qui veulent profiter des avantages faits par la loi de 1867 aux sociétés à capital variable, doivent-elles n'avoir qu'un capital de 200,000 francs au plus. Seulement, comme le développement des affaires sociales peut exiger une augmentation du capital, le capital primitif peut être augmenté, pourvu que l'augmentation ne dépasse pas 200,000 francs par année.

Il ne faut pas exagérer toutefois la portée de ces dispositions restreignant le montant du capital des sociétés à capital variable. Une société ayant un capital de plus de 200,000 francs pourrait avoir un capital variable, mais, à raison de l'importance de son capital, elle serait soumise aux règles générales des deux premiers titres de la loi de 1867, de telle sorte que les actions devraient être de 500 fr.

Source BIU Cujas

au moins et que la constitution de la société ne serait possible qu'après le versement du quart sur chaque action.

305. Si la jouissance des avantages spéciaux accordés par la loi de 1867 aux sociétés à capital variable dépend de l'importance du capital, elle est indépendante de l'objet de la société. Toutefois le décret du 22 janvier 1868 (art. 1, alin. 2) défend aux sociétés d'assurances de se constituer à capital variable.

Les sociétés à capital variable sont le plus souvent formées entre ouvriers. Mais la loi ne tient aucun compte de la profession des associés, et ces sociétés peuvent être formées entre des personnes de toute profession.

En fait, on distingue parfois les sociétés de *consommation*, de *crédit mutuel* et de *production*. Les sociétés de *consommation* ont pour but d'acheter des objets de première nécessité et de les revendre aux associés ou même à des personnes étrangères à la société. Les associés ont alors, outre l'avantage de toucher une part dans les bénéfices, celui de payer un prix moins élevé à raison de ce qu'ils n'ont point à recourir à des marchands en détail. — Les sociétés de *crédit mutuel* ont pour but de donner aux ouvriers associés un crédit qu'ils n'auraient pas isolément et de leur permettre ainsi de se procurer les avances dont ils ont besoin. Enfin les sociétés de *production* ont pour objet la fabrication, l'exercice d'un commerce ou d'une industrie par les ouvriers associés, de telle sorte qu'ils échappent au salariat. Il y a aussi des sociétés ayant pour but de construire des maisons pour les associés (*Building societies* en Angleterre).

306. Les dispositions spéciales de la loi de 1867 s'appliquent certainement aux sociétés dont les statuts admettent que le capital pourra être augmenté ou diminué. Mais rien dans la loi n'implique qu'une société ne doive pas être traitée comme étant à capital variable lorsque le capital est susceptible seulement d'augmentation et non de diminution.

V. — DES ASSOCIATIONS EN PARTICIPATION.

307. Outre les sociétés en nom collectif, en commandite ou ano-

Source BIU Cujas

nymes, la loi reconnaît les associations en participation (art. 47, C. com.). Ces associations sont très nombreuses et pourtant, à aucune époque, elles n'ont fait en France l'objet de dispositions précises. L'Ordonnance de 1673 les passait sous silence; on les appelait dans l'usage : *sociétés en participation*, *comptes à demi* ou *comptes en participation* et *sociétés anonymes*. Le Code de commerce se borne à dire qu'elles sont *relatives à une ou plusieurs opérations de commerce*, à renvoyer, pour les règles qui les régissent, aux conventions des parties et à les dispenser, au point de vue de la preuve et de la publicité, des formalités prescrites pour les autres sociétés (art. 48 à 50). Le laconisme de la loi fait naître une controverse sur le caractère distinctif de la participation. Il importe de se fixer à cet égard à raison même de ce que la participation, à la différence des autres sociétés de commerce, peut être prouvée par tous les moyens, n'exige aucune formalité de publicité et ne jouit pas, ainsi que cela sera expliqué (n° 311), de la personnalité civile.

308. Dans un système que repousse la jurisprudence, on soutient que la participation se distingue, par son objet, des autres sociétés de commerce. Dans celles-ci, dit-on, les associés se proposent d'exploiter une branche de commerce et de faire toutes les opérations qui s'y rattachent, tandis que, dans la participation, les associés veulent seulement faire une ou plusieurs opérations déterminées dont les pertes ou les bénéfices se répartiront entre eux ; par exemple, plusieurs personnes s'associent pour acheter une cargaison et la revendre. En faveur de ce système, on se prévaut à la fois du texte de l'art. 48, C. com., selon lequel les participations sont relatives à une ou à plusieurs opérations de commerce et d'explications données dans les travaux préparatoires du Code de commerce. Dans l'exposé des motifs du titre des sociétés, Regnauld de Saint-Jean d'Angely explique que, dans le projet primitif, il avait été indiqué qu'il y avait quatre espèces de sociétés y compris la participation : « La société en participation, dit-il, n'étant qu'un acte passager, « qu'une convention qui s'applique à un objet unique, elle ne « repose pas sur les mêmes bases et ne peut pas avoir les mêmes « résultats que les autres genres d'association (1). »

(1) Locré, XVII, p. 309. — V. d'autres passages des travaux préparatoires

Source BIU Cujas

Si cette opinion a été consacrée par d'anciens arrêts, elle est aujourd'hui repoussée avec raison par la jurisprudence (1). Il est vrai que le plus souvent la participation a une durée très brève et n'a pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées; ce n'est cependant pas là le caractère distinctif et essentiel de la participation. Les autres sociétés de commerce se révèlent à l'extérieur, de telle sorte que les tiers qui ont contracté avec un associé ayant les pouvoirs nécessaires pour agir peuvent dire qu'ils ont pour débitrice ou pour créancière la société. Au contraire, la participation n'existe pas pour les tiers, c'est une société occulte. Les associés ou l'un d'eux contractent avec les tiers comme s'il s'agissait d'une affaire les intéressant individuellement, les tiers n'ont pour créanciers ou pour débiteurs que ceux des associés qui sont intervenus au contrat, mais une fois que l'opération est terminée, les bénéfices et les pertes sont répartis entre eux.

Cette doctrine est conforme à celle de nos anciens auteurs. Voilà comment Savary (*Le parfait négociant*, I, p. 368) explique qu'on appelle société *anonyme* la société que nous appelons aujourd'hui participation : « Elle s'appelle ainsi parce qu'elle est sans nom et « qu'elle n'est connue de personne comme n'important en aucune « façon quelconque au public; tout ce qui se fait en la négociation, « tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que « les associés, chacun en droit soi, de sorte que celui des associés « qui s'oblige est celui qui achète et qui paie au vendeur; celui qui « vend, reçoit de l'acheteur; ils ne s'obligent pas tous deux en- « semble envers une tierce personne, il n'y a que celui qui agit « qui est le seul obligé; ils le sont seulement réciproquement « l'un envers l'autre, en ce qui regarde cette société. » Pothier (*Traité des sociétés*, n° 61) définit ainsi la participation : « La société « anonyme ou inconnue, qu'on appelle aussi compte en participa- « tion, est celle par laquelle deux ou plusieurs personnes convien- « nent d'être de part dans une certaine négociation qui sera faite « par l'une d'entre elles en son nom seul. » Les rédacteurs du Code

invoqués dans le même sens et cités dans notre *Précis de droit commercial*, I, n° 521.

(1) Req. 4 décembre 1860, D. 1861. 1. 302.

Source BIU Cujas

de commerce n'ont point manifesté l'intention de modifier le caractère de la participation. S'ils ont parlé d'une société ayant pour objet une ou plusieurs opérations et si l'art. 47 semble conçu dans cet ordre d'idées, c'est qu'ils se sont référés à ce qui se présente le plus souvent. Du reste, l'exposé des motifs même du titre des sociétés indique que la participation est une société occulte (1).

309. La participation peut avoir pour objet les opérations les plus diverses. Voici notamment quelques cas dans lesquels ce genre de société intervient.

Un éditeur, qui veut publier un grand ouvrage, convient avec un de ses confrères que les bénéfices et les pertes seront répartis entre eux, mais que lui seul fera la publication et apparaîtra en nom.

Des commerçants se rendant à des foires s'associent pour les achats que chacun fera séparément; ils réunissent les marchandises ainsi achetées et se les partagent dans des proportions arrêtées par avance.

L'adjudicataire d'un octroi, n'ayant pas les ressources nécessaires pour payer le prix de l'adjudication, admet des capitalistes, qui n'ont aucun rapport avec la ville, à participer aux bénéfices et aux pertes de l'entreprise.

La participation joue surtout un rôle important dans les opérations du commerce maritime. L'armement des navires se fait parfois en participation entre le propriétaire et les tiers qui fournissent les agrès, les victuailles et tout ce qui est nécessaire à la navigation moyennant une part dans les bénéfices espérés. Les engagements des gens de mer *au fret* et *au profit* sont des sortes de participations.

310. Les participations, à la différence des autres sociétés de commerce, peuvent être prouvées par tous les moyens (art. 49, C. com.). L'exigence d'un écrit serait gênante pour des sociétés aussi fréquentes et qui parfois se concluent avec une grande rapidité. Elles ne sont pas non plus soumises aux formalités de publicité prescrites pour toutes les autres sociétés commerciales (art. 50, C. com.). Une société qui n'a aucune existence à l'égard des tiers, qui ne produit d'effets qu'entre les associés, n'a pas besoin d'annoncer sa constitution au public.

Le Code se borne à accorder ces deux faveurs aux participations.

(1) V. *Précis de droit commercial*, I, p. 281, note 1.

Source BIU Cujas

Pour les règles qui les régissent au fond, il laisse aux participants la plus grande liberté : *Ces associations*, dit l'art. 48, *ont lieu pour les objets, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.* Mais il importe de se fixer sur certaines questions qui, d'après leur nature, ne peuvent être résolues par les parties à leur gré et de déterminer quelles règles sont applicables sur certains points dans le silence du contrat.

311. Les particuliers ne peuvent créer des personnes morales qu'avec l'autorisation de la loi et sous les conditions fixées par elle (n° 123). On doit refuser aux participations la personnalité qui appartient à toutes les autres sociétés de commerce. Elle a été accordée à ces sociétés surtout pour leur donner plus de crédit, pour permettre aux créanciers sociaux de se faire payer sur les biens de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés (n° 122). Il ne peut être question de donner du crédit à une société qui, comme la participation, n'a pas d'existence à l'égard des tiers. D'ailleurs, quand la loi admet la personnalité d'une société, elle a le soin de prescrire des formalités de publicité pour que la formation de cette société et les principales règles qui la régissent soient portées à la connaissance des tiers et aucune formalité de ce genre n'est exigée pour les participations.

Du défaut de personnalité des participations résultent plusieurs conséquences importantes :

a. Les créanciers qui ont contracté pour les opérations rentrant dans la participation n'ont pas le droit de se faire payer sur les biens compris dans la participation à l'exclusion des créanciers personnels des participants ;

b. Quand un procès s'élève à l'occasion d'une opération faite en participation, tous les participants qui y sont intervenus doivent figurer en nom dans l'instance ;

c. Il n'y a pas de domicile social auquel la société puisse être actionnée ; les participants peuvent être assignés, comme dans tous les cas où il y a plusieurs défendeurs, au domicile de l'un d'eux ;

d. Il n'y a pas de faillite de la participation ; chaque associé, s'il est commerçant, peut être déclaré individuellement en faillite.

312. Les participants font des apports ou achètent des marchan-

Source BIU Cujas

dises. Les apports effectués ou les marchandises achetées pour la participation forment-ils un fonds social dont les participants sont copropriétaires ou chacun ne conserve-t-il pas la propriété des choses dont il fait l'apport ou qu'il a achetées en son nom ? Il y a là une question à résoudre dans chaque espèce d'après l'intention des parties. En principe, il n'y a pas de fonds social. Chaque participant est seulement créancier du coparticipant qui a promis de faire un apport ou qui a acheté des marchandises. Le but des participants est, en effet, d'ordinaire de partager les bénéfices et les pertes, mais non d'établir une communauté quant à la propriété.

Cette question présente un grand intérêt pratique en cas de faillite du participant qui doit faire un apport de biens déterminés ou qui a acheté des marchandises. S'il n'y a pas copropriété, ses coparticipants en sont réduits à subir dans la faillite comme créanciers la loi du dividende. Au contraire, s'il y a copropriété, chacun peut revendiquer la part qui lui revient.

313. Le participant qui agit dans l'intérêt commun le fait en son nom personnel. Aussi est-il seul obligé directement envers les tiers. Ceux-ci n'ont pas d'action directe contre les autres participants ; ils peuvent seulement exercer contre eux, conformément à l'art. 1166, C. civ., l'action qui appartiendrait à celui avec lequel ils ont contracté.

314. Le plus souvent un seul participant agit en son nom pour tous les autres. Il se peut que tous les participants ou plusieurs d'entre eux interviennent à un contrat fait dans l'intérêt commun. Chacun est-il obligé seulement pour sa part ou sont-ils obligés solidairement ? D'après les principes du Code civil, la solidarité devrait être écartée ; car elle ne peut exister qu'en vertu d'une convention expresse ou d'une disposition de la loi (art. 1202, C. civ.). Mais, d'après une tradition très ancienne, en matière commerciale, la règle opposée est admise : la solidarité se présume à moins de convention contraire. Rien n'indique que le Code de commerce ait dérogé à cette tradition qui doit faire loi. — V. sur la force obligatoire des usages, n° 13.

315. Les règles qui viennent d'être posées permettent de comprendre comment parfois les tribunaux peuvent avoir à rechercher

Source BIU Cujas

si une société a bien les caractères propres de la participation. Cette question peut se présenter, soit dans les rapports entre les associés, soit dans leurs rapports avec les tiers.

a. Quand une société a été formée et qu'un des associés en demande la nullité pour défaut de publicité, il se peut que les autres associés se défendent en répondant que, la société étant en participation, il n'y avait pas de formalités de publicité à remplir. Pour admettre ou repousser la demande en nullité, le juge doit être fixé sur le caractère distinctif de la participation.

b. Un associé contracte dans l'intérêt commun; par exemple, il achète à crédit ou il emprunte; on n'a pas dressé d'acte de société ou on ne l'a pas publié; cependant, comme les tiers peuvent faire la preuve d'une société par tous les moyens et que le défaut de publicité légale ne leur est pas opposable, les créanciers veulent poursuivre ceux des associés qui n'ont pas figuré dans l'opération. Les associés ainsi actionnés répondent qu'il s'agit d'une participation et que, par suite, l'action directe n'est pas recevable. Il faut encore ici, pour résoudre cette question, se prononcer préalablement sur le caractère propre de la participation.

Il a été admis plus haut (V. n° 308) que, conformément à la jurisprudence, la participation a pour caractère distinctif d'être occulte, de n'avoir pas d'existence à l'égard des tiers. Il faut, pour que les associés jouissent des avantages inhérents à la participation, qu'ils n'aient pas tenu une conduite en contradiction avec son caractère. S'ils autorisaient le public à croire qu'il y a entre eux une société, les tiers pourraient, par cela même, les considérer comme ayant formé une société autre qu'une participation.

316. En principe, dans les participations, les associés sont tenus des dettes communes sur tous leurs biens. Mais rien n'empêche de convenir que certains participants ne seront obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises. Il y a alors ce qu'on appelle *une participation en commandite*. Les participants n'ont de recours contre les commanditaires que jusqu'à concurrence du montant des mises de ceux-ci.

Source BIU Cujas

VI. — DES SOCIÉTÉS CIVILES A FORMES COMMERCIALES.

317. D'après la doctrine exposée précédemment (n° 120), les *sociétés civiles* sont celles qui se proposent de réaliser des bénéfices au moyen d'opérations qui ne constituent pas des actes de commerce. Ces sociétés sont, en principe, régies par les art. 1832-1872, C. civ., ce qui entraîne notamment ces conséquences importantes que les associés y sont tenus indéfiniment des dettes sociales tout en n'étant pas solidaires (art. 1862, C. civ.), que ces sociétés ne jouissent pas de la personnalité juridique et qu'elles sont dissoutes par la mort d'un associé (art. 1865-3°, C. civ.).

Ces règles sont-elles obligatoires pour les sociétés civiles ou ne peut-on pas leur donner la forme de la société en nom collectif, en commandite ou anonyme? On ne semble jamais avoir contesté aux sociétés civiles la faculté d'adopter la forme en nom collectif; mais on a prétendu qu'elles ne peuvent être en commandite ou anonymes. L'admission d'une de ces formes implique une dérogation au principe fondamental : *qui s'oblige oblige le sien* (art. 2092, C. civ.), dérogation qui doit être autorisée par un texte exprès; or le Code de commerce ne l'admet que pour les sociétés commerciales. Bien que l'on puisse invoquer en faveur de cette doctrine plusieurs arrêts (1), elle nous paraît devoir être condamnée. Les sociétés civiles peuvent revêtir une des formes du Code de commerce; il n'y a dans nos lois aucune disposition prohibitive à cet égard. Quand le législateur a voulu défendre aux sociétés civiles l'adoption d'une certaine forme, il l'a dit expressément : ainsi la loi du 23 mai 1863, aujourd'hui abrogée (n° 218), sur *les sociétés à responsabilité limitée* indiquait (art. 1) que cette forme était réservée aux sociétés de commerce. Des lois spéciales viennent à l'appui de cette solution : les sociétés de mines sont des sociétés civiles (n° 120), la loi du 20 avril 1810 (art. 8) suppose que le capital est divisé par actions; la loi du 5 juin 1850 (art. 14) soumet au timbre proportionnel tout certificat d'action dans une société civile. La règle : *qui s'oblige oblige le sien*

(1) Cass. 21 février 1883, S. 1884. 1. 361; *J. Pal.* 1884, 929 et la note de M. Labbé.

Source BIU Cujas

n'est pas une règle fondamentale à laquelle les parties ne doivent pas pouvoir déroger à leur gré. Du reste, la solution contraire a des inconvénients pratiques très graves : des sociétés civiles font des opérations tellement considérables qu'elles ne parviendraient pas à réunir des capitaux suffisants et n'auraient pas le crédit qui leur est nécessaire, si elles en étaient réduites à se soumettre aux dispositions du Code civil.

318. Par cela même que les sociétés civiles peuvent revêtir une des formes des sociétés de commerce, il importe de déterminer l'influence de l'adoption de l'une de ces formes. A cet égard, on peut poser les deux principes généraux suivants : 1° l'adoption d'une des formes du Code de commerce ne rend pas commerciale une société qui fait des opérations civiles, et il n'y a pas lieu de lui appliquer les règles des sociétés de commerce qui tiennent au caractère commercial de leurs opérations; 2° au contraire, il y a lieu de lui faire l'application des règles des sociétés de commerce tenant à leur forme et non à leur objet.

En vertu du premier principe, une société civile à forme commerciale ne peut pas être déclarée en faillite (Cf. art. 438, C. com.) ; le tribunal de commerce n'est pas compétent pour connaître des contestations entre les associés. Cf. art. 631-3°, C. com.

En vertu du second principe, si la société civile est en nom collectif, les associés sont tenus solidairement et sur tous leurs biens des dettes sociales ; si elle est en commandite, les commanditaires ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leurs mises ; enfin, si elle est anonyme, cette dernière limitation s'applique aux obligations de tous les associés. L'adoption d'une forme commerciale donne aussi à la société civile la personnalité (n° 123).

Doit-on appliquer aux sociétés civiles en commandite par actions et anonymes la loi du 24 juillet 1867? Au point de vue rationnel, l'affirmative ne saurait faire doute. Les dispositions de la loi de 1867 ont eu pour but principal d'éviter les abus et les fraudes auxquels les sociétés par actions donnent lieu ; ces abus et ces frandes se rattachent à la forme de ces sociétés et nullement à la nature de leurs opérations. S'il en était autrement, les sociétés civiles par actions, à défaut de dispositions légales les régissant, jouiraient d'une liberté absolue. Mais quelque doute provient de ce que, lors de la discussion

Source BIU Cujas

de la loi de 1867 au Corps législatif, le gouvernement promit d'étudier une loi sur les sociétés anonymes civiles, ce qui semble impliquer que le titre II de la loi de 1867 n'est pas fait pour elles (1).

VII. — SOCIÉTÉS ÉTRANGÈRES.

319. Les règles exposées jusqu'ici concernent les sociétés françaises. Nous avons à nous demander si les sociétés étrangères ont en France une existence légale, si elles peuvent y faire des opérations, y établir des succursales, y plaider devant nos tribunaux, par cela seul qu'elles ont été constituées conformément aux lois de leur pays. La solution affirmative n'a jamais fait difficulté pour les sociétés en nom collectif et en commandite. On leur a toujours appliqué le principe, admis pour les individus, selon lequel les lois relatives à l'état et à la capacité des personnes les suivent hors de leur pays d'origine (arg. art. 3, al. 3, C. civ.). Au contraire, une question grave s'était élevée au sujet des sociétés anonymes étrangères. Ne devaient-elles pas, pour faire des opérations en France ou pour y agir devant les tribunaux, être pourvues de l'autorisation préalable du gouvernement français? Tel était l'avis de l'administration; mais les tribunaux ne faisaient pas difficulté pour admettre à plaider devant eux les sociétés anonymes étrangères malgré l'absence d'une autorisation du gouvernement français. Cette question a été tranchée par la loi du 30 mai 1857.

320. Cette loi, votée à la suite de difficultés survenues entre la France et la Belgique au sujet de la condition légale dans chacun des deux pays des sociétés anonymes de l'autre (2), comprend deux dispositions, l'une relative aux sociétés belges, l'autre aux sociétés des autres pays étrangers.

D'après l'art. 1, *les sociétés anonymes belges et les autres asso-*

(1) Ce motif a entraîné la Cour de cassation à admettre que les sociétés civiles anonymes ne sont pas régies par la loi du 24 juillet 1867 : Cass. 28 novembre 1873, *J. Pal.* 1875. 660; S. 1875. 1. 281; D. 1874. 1. 441. — V. la note en sens opposé de M. Ch. Lyon-Caen, S. et *J. Pal. loc. cit.*

(2) V. sur la question théorique et sur l'historique de cette loi, *De la condition légale des sociétés étrangères en France*, par M. Ch. Lyon-Caen (1870).

Source BIU Cujas

ciations commerciales, industrielles ou financières qui sont soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester en justice en France... L'article 2 décide qu'*un décret, rendu en Conseil d'État, peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'art. 1.*

L'autorisation ainsi exigée pour les sociétés étrangères n'a pas le même caractère que celle dont les sociétés anonymes françaises avaient besoin en vertu de l'art. 37, C. com. Celle-ci était *spéciale;* elle était donnée à chaque société, après que le gouvernement avait examiné ses statuts et ses chances de succès. L'autorisation prescrite par la loi du 30 mai 1857 est *générale;* elle s'applique à toutes les sociétés d'un même pays sans distinction. Avant de l'accorder, le gouvernement doit examiner si la législation du pays dont il s'agit offre des garanties à peu près équivalentes à celles de la loi française.

Ce n'est pas seulement, du reste, pour les sociétés anonymes, c'est aussi pour les autres sociétés soumises dans leur pays d'origine à l'autorisation que la loi de 1857 exige une autorisation du gouvernement français (1). Cela peut s'appliquer aux commandites par actions qui, dans certains pays, étaient en 1857 ou sont encore soumises au régime de l'autorisation préalable.

Des décrets ont, en vertu de la loi de 1857, été rendus au profit des sociétés d'un grand nombre de pays étrangers (2). Du reste, il va de soi qu'un traité international pourrait aussi conférer le droit d'agir en France aux sociétés d'un pays étranger (V. traité du 30 avril 1862 entre la France et l'Angleterre).

321. Depuis 1857, le système de l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes a été écarté par notre loi de 1867 (art. 21) et aussi par un certain nombre de législations étrangères. Cela n'a-t-il pas de conséquence pour l'application de la loi du 30 mai 1857?

On a soutenu que la suppression de l'autorisation préalable pour les sociétés anonymes françaises (autres que les sociétés d'assurances sur la vie) faisait que les sociétés anonymes étrangères devaient

(1) V. critique de la loi à cet égard, brochure précitée, nos 26 et 26 *bis*.

(2) Turquie, Sardaigne, Portugal, Grand-Duché de Luxembourg, Suisse, Espagne, Grèce, États Romains, Pays-Bas, Russie, Saxe, Autriche, Suède et Norvège, États-Unis d'Amérique.

Source BIU Cujas

pouvoir agir librement en France par cela seul qu'elles étaient légalement constituées dans leur pays (1). Cela n'est pas admissible. Comme il a été expliqué plus haut (n° 320), l'autorisation exigée par la loi de 1857 et l'autorisation de l'art. 37, C. com., n'ont pas le même caractère: la suppression de l'une ne peut pas entraîner la suppression de l'autre. De plus, les sociétés françaises ne sont pas complétement libres; elles sont au contraire soumises par la loi de 1867 à une réglementation minutieuse destinée à remplacer les garanties que l'abrogation de l'art. 37, C. com., faisait disparaître. Des garanties analogues existent-elles dans tel pays étranger? c'est au gouvernement à l'examiner conformément au pouvoir que lui a donné la loi de 1857.

On a aussi soutenu que le droit d'agir en France ne peut être réclamé par les sociétés anonymes étrangères constituées sous l'empire d'une législation n'exigeant plus l'autorisation préalable du gouvernement (2); la loi de 1857 ne viserait que les sociétés autorisées par le gouvernement de leur pays d'origine. Il y a là une argumentation littérale qui doit être condamnée. Si la loi de 1857 parle des sociétés autorisées par les gouvernements étrangers, c'est qu'à l'époque à laquelle cette loi fut faite, l'autorisation préalable existait encore dans presque toutes les législations. Mais la volonté du législateur semble avoir été par là d'indiquer seulement que la loi suppose des sociétés par actions constituées conformément aux lois de leur pays d'origine (3); d'ailleurs, quelle conséquence faudrait-il tirer de la non-application de la loi de 1857 aux sociétés étrangères par actions dont il s'agit? On prétend qu'elles sont absolument exclues de notre territoire et qu'aucune autorisation du gouvernement français ne peut les habiliter à y agir. Il y aurait là, pour les relations commerciales entre la France et les pays étrangers, une grande gêne qui risquerait de provoquer des mesures de représailles préjudiciables à notre commerce.

(1) Paris, 8 juillet 1881, S. 1881. 2. 169; *J. Pal.* 1881. 937 et la note de M. Ch. Lyon-Caen.

(2) Trib. comm. Seine, 14 octobre 1879, *J. Pal.* 1881. 941; S. 1881. 2. 171; Thaller, *Journal des Sociétés*, 1881, p. 50 et s., p. 106 et s., 302 et s.

(3) Renault, *Journal des Sociétés*, 1880, p. 152 et s. — Bruxelles, 14 janvier 1857, S. 1881. 2. 171; *J. Pal.* 1881. 941.

Source BIU Cujas

322. Quand les sociétés par actions d'un pays sont autorisées à agir en France, quels sont leurs droits et à quelles lois sont-elles soumises ?

Elles jouissent, en principe, de tous les droits qui appartiennent aux sociétés françaises. Elles peuvent donc faire des opérations en France, y créer des succursales, y plaider devant nos tribunaux. Toutefois, elles n'ont pas, en vertu de l'autorisation dont il s'agit, le droit d'émettre en France ou d'y négocier des actions ou des obligations. Les émissions d'actions ou d'obligations de sociétés étrangères et leurs négociations dans les Bourses françaises sont soumises à des règles spéciales (Décret du 6 février 1880).

La loi du 30 mai 1857 (art. 1 *in fine* et art. 2) dit que les sociétés étrangères dûment autorisées en France peuvent y exercer leurs droits, *en se conformant aux lois françaises*. Cette formule ne saurait être prise à la lettre, il en résulterait que les sociétés étrangères sont soumises à toutes les lois françaises, spécialement à la loi du 24 juillet 1867. Cela serait d'une excessive rigueur, car il s'agit de sociétés déjà soumises aux lois de leur pays d'origine. Avec un pareil système, les relations internationales deviendraient presque impossibles, il faudrait qu'une société se soumît aux lois de tous les pays dans lesquels elle veut faire des opérations. En réalité, la loi de 1857 a entendu seulement exiger des sociétés étrangères qu'elles se conforment aux lois françaises qui régissent en France les individus étrangers, c'est-à-dire aux lois réelles et aux lois de police et de sûreté (art. 3, C. civ.). Il résulte de là qu'au point de vue des conditions de leur constitution, des formalités de publicité à remplir, et de leur fonctionnement, les sociétés étrangères sont soumises à leurs lois nationales et non aux lois françaises (1).

323. Par cela même qu'à beaucoup de points de vue, les sociétés étrangères échappent à l'application des lois françaises, des personnes, en fondant une société, peuvent avoir l'idée de la qualifier de société étrangère pour la soustraire à nos lois. Afin d'empêcher ces fraudes, il importe de déterminer ce qu'on doit entendre par *société étrangère ;* aucun texte ne s'explique à cet égard. Il est certain qu'on ne

(1) Lyon, 7 janvier 1881 et la note de M. Ch. Lyon-Caen, S. 1881. 2. 25; *J. Pal.* 1881. 193.

Source BIU Cujas

doit considérer ni la nationalité des associés, ni le pays dans lequel l'acte de société a été passé, ni même le pays où existent des bureaux. Il paraît rationnel de s'attacher au pays dans lequel est le principal établissement. Ce pays est facile à déterminer pour les sociétés qui, comme les compagnies de chemins de fer ou de mines, se livrent à des opérations se rattachant au sol même. La difficulté peut être plus grande pour d'autres sociétés, telles que les sociétés d'assurances ou de banque, qui souvent font des opérations dans plusieurs États.

324. Malgré le grand nombre de décrets d'autorisation rendus en vertu de la loi du 30 mai 1857, il y a des pays pour les sociétés desquels aucun décret n'a été rendu. Les sociétés de ces pays n'on pas d'existence légale en France. L'administration pourrait les empêcher d'établir des succursales et les tribunaux français doivent les déclarer non recevables à agir devant eux. Toutefois, si elles ne peuvent plaider comme demanderesses, du moins elles peuvent être actionnées devant nos tribunaux comme défenderesses : il serait exorbitant que le défaut d'autorisation pût leur permettre de se soustraire à leurs obligations sans qu'elles eussent à redouter une condamnation.

Section III. — Dissolution, liquidation et partage des sociétés. Prescription des actions contre les associés. Contestations entre associés.

A. — De la dissolution des sociétés.

325. Les sociétés prennent fin par des causes nombreuses. Le Code civil seul les énumère (art. 1865 à 1871); il doit compléter le Code de commerce muet sur ce point (art. 18, C. com. et ci-dessus, n° 104). Mais les causes de dissolution mentionnées dans le Code civil ne s'appliquent complètement qu'aux sociétés civiles régies par les art. 1832 et suiv., C. civ.; beaucoup ne sont admises, ni dans les sociétés de commerce, ni dans les sociétés civiles ayant revêtu une forme commerciale.

326. *Expiration du temps pour lequel la société a été contractée* (art. 1865-1°, C. civ.). — Cela s'applique à toutes les sociétés. Du

Source BIU Cujas

reste, les associés peuvent convenir que la société sera dissoute avant l'époque fixée par l'acte de société, ou, au contraire, en proroger la durée. Il faut suivre alors les règles prescrites pour les modifications des statuts (nos 289 et 290). La prorogation ou l'abréviation ne peut être constatée que par un écrit revêtu des mêmes formes que l'acte de société et il y a lieu de remplir les formalités de publicité prescrites par la loi de 1867.

327. *Consommation de la négociation* (art. 1865-2°, C. civ.). — Cette cause de dissolution commune à toutes les sociétés s'applique surtout aux participations qui le plus souvent n'ont pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées (nos 308 et 309).

328. *Extinction de la chose* (art. 1865-2°). — Sous ce nom se trouvent compris et la perte de l'objet même de la société et la perte de la chose formant l'apport d'un associé.

La perte de l'objet de la société est un fait rare, mais qui peut se produire lorsqu'elle a un seul objet. Ainsi l'on peut supposer que le navire que des co-armateurs associés font naviguer périt dans un naufrage ou que le brevet qu'une société a pour but unique d'exploiter tombe en vertu d'un jugement de déchéance (L. 5 juillet 1844, art. 22).

Le cas de perte de la chose formant l'apport d'un associé peut se produire plus souvent. Pour qu'elle entraîne la dissolution de la société, il faut, d'après les principes généraux du droit, qu'il s'agisse d'un corps certain et que la perte arrive avant que l'apport ait été réalisé : car, après la réalisation de l'apport, les risques sont pour la société. Il y a lieu d'appliquer ces principes aux différentes sortes d'apports :

a. Quand un associé a promis d'apporter la propriété d'un corps certain, il semblerait que, d'après les principes généraux du droit (art. 1138, C. civ.), la propriété étant transmise dès le moment où le contrat de société a été conclu, la dissolution de la société n'est plus dès lors possible par la perte de l'apport. Mais le Code civil fait une distinction : il distingue selon que, lors de la perte, la mise n'était pas encore effectuée ou que la propriété était déjà transmise, pour décider que, dans le premier cas, la société est dissoute (art. 1867, al. 1 et 3). Comment ce premier cas peut-il se présenter,

Source BIU Cujas

alors que la propriété se transmet par la seule convention et qu'aucune dérogation à cette règle n'a été admise en matière de société ? Il faut supposer que l'apport a pour objet un bien appartenant à un tiers, de telle sorte que l'associé doit l'acquérir avant que la propriété en soit transmise à la société ou que l'associé s'est réservé la propriété jusqu'à une certaine époque.

b. La même solution doit être donnée pour le cas où il s'agit de l'apport en usufruit.

c. Mais, au contraire, la dissolution de la société a lieu dans le cas de perte de la chose dont la jouissance seule a été mise en commun. Dans cette hypothèse, l'associé s'est engagé, comme le fait un bailleur, à faire jouir la société pendant sa durée du bien désigné. L'apport, qui se fait pour ainsi dire au jour le jour, n'est complet que quand toute la jouissance promise a été procurée à la société.

d. Il faut assimiler au cas précédent celui de l'apport en industrie : si l'associé qui a promis son industrie se trouve dans l'impossibilité de travailler, il y a dissolution de la société ; l'apport promis n'est point réalisé.

329. Le Code civil ne prévoit pas le cas de perte partielle du fonds social. Il est évident qu'à moins de clause contraire dans les statuts, elle n'entraîne pas la dissolution. D'après la loi du 24 juillet 1867 (art. 37), *dans les sociétés anonymes*, en cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de réunir l'assemblée générale de *tous* les actionnaires à l'effet de décider s'il y a lieu de prononcer la dissolution. A défaut de cette convocation, tout actionnaire peut demander la dissolution en justice.

330. *Mort de quelqu'un des associés* (art. 1865-3°, C. civ.). — Cette cause de dissolution est fondée sur ce que les sociétés sont formées entre personnes qui se choisissent à raison de la confiance qu'elles ont les unes dans les autres ; aussi n'est-elle admise que dans les sociétés de personnes. La mort d'un associé en nom collectif ou d'un commandité dissout donc la société, il n'en est pas de même de la mort d'un actionnaire. En aucun cas, du reste, la mort d'un associé n'entraîne la dissolution des sociétés à capital variable (L. de 1867, art. 54).

Source BIU Cujas

Cette cause de dissolution rend incertaine et fragile la durée des sociétés, aussi la loi permet-elle aux associés de l'exclure par l'expression d'une volonté formelle. L'art. 1860, C. civ., prévoit à cet égard deux espèces de conventions :

a. Il peut être convenu que, malgré le décès d'un associé, la société continuera entre les survivants. — Dans ce cas, les héritiers de l'associé prédécédé deviennent étrangers pour l'avenir à la société. Ils ont seulement droit à une somme déterminée pour la part du défunt; pour fixer cette part, il faut, en principe, procéder à une liquidation établissant la situation lors du décès. Afin d'éviter les complications et les frais d'une liquidation, l'acte de société décide le plus souvent que la valeur de la part des héritiers de l'associé prédécédé sera déterminée d'après les résultats du dernier inventaire dressé de son vivant.

b. Il peut être convenu que la société continuera entre les associés survivants et les héritiers du prédécédé. — Les héritiers prennent alors la place de leur auteur et doivent laisser dans la société la mise de celui-ci. Parfois il est stipulé que les héritiers d'un associé en nom collectif ou d'un commandité seront considérés comme commanditaires. Grâce à cette clause, ils n'ont qu'un droit de surveillance sur la gestion.

331. *Déconfiture d'un associé* (art. 1865-4°). — L'associé ne présente plus pour ses coassociés les garanties sur lesquelles ils avaient compté en s'associant. Cette cause de dissolution ne s'applique, comme la mort d'un associé, qu'aux sociétés de personnes. Comme il n'y a pas de mode légal de constatation de la déconfiture, une demande en justice est, en fait, toujours nécessaire pour faire déclarer que la société est dissoute pour cette cause.

332. *Faillite d'un associé.* — Le Code civil ne mentionne pas la faillite. Il est cependant certain qu'elle entraîne la dissolution des sociétés de personnes ; elle implique presque toujours l'insolvabilité du failli et le frappe d'une sorte d'incapacité légale en le dessaisissant de l'administration de ses biens. Il n'en est pas de même de la faillite de la société : malgré sa faillite, la société subsiste. Il y a là une situation commune pour tous les associés, les uns ne peuvent pas reprocher aux autres.

Source BIU Cujas

333. *Interdiction légale ou judiciaire d'un associé* (art. 1865-4°). — Sans la dissolution de la société, les associés se trouveraient en rapport avec le tuteur de l'interdit. Il y aurait là une situation incompatible avec une société formée *intuitu personæ*.

334. *La volonté qu'un seul ou plusieurs associés expriment de n'être plus en société* (art. 1865-5°, C. civ.). — Les sociétés peuvent présenter certains des inconvénients de toute communauté d'intérêts; aussi chaque associé a-t-il la faculté de faire dissoudre la société. Mais cela n'est vrai que des sociétés à durée illimitée. Cette faculté n'existe même en aucun cas dans les sociétés par actions ni dans les sociétés à capital variable. Les associés y ont un moyen fort simple de sortir de la société, ils n'ont qu'à céder leurs actions ou à reprendre leurs mises.

Pour que la volonté exprimée par un associé de dissoudre la société produise ses effets, il faut, d'après les art. 1869 et 1870, C. civ. : 1° que l'associé notifie sa renonciation à tous les autres associés; 2° que la renonciation soit faite de bonne foi; elle n'est pas faite de bonne foi quand l'associé renonçant a pour but de réaliser seul un bénéfice que tous les associés se proposaient de faire en commun; 3° qu'elle n'ait pas lieu à contre-temps; elle est faite à contre-temps quand les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que la dissolution soit différée (art. 1870, C. civ.).

335. *La volonté des associés.* — Il faut, d'après les principes généraux, le consentement de tous les associés pour qu'une société soit dissoute avant le terme fixé par les statuts. Mais dans les sociétés par actions, il est, en général, stipulé que l'assemblée générale pourra voter la dissolution anticipée; on exige seulement le plus souvent des conditions spéciales concernant soit la majorité soit la composition de l'assemblée (n°s 261 et 289).

336. *Une décision de justice.* — La dissolution de toute société peut être demandée en justice par l'un des associés quand il a de justes motifs, spécialement quand un des associés manque à ses engagements ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires sociales (art. 1871, C. civ.).

337. De la publication de la dissolution des sociétés. — Il importe que les tiers aient connaissance de la dissolution. Car, lors-

Source BIU Cujas

que la société est dissoute, les pouvoirs des administrateurs ou des gérants cessent et ceux-ci ne peuvent plus par leurs actes obliger la société. Dans les sociétés civiles, la loi ne prescrit aucune formalité de publicité : la dissolution est ou non opposable aux tiers selon qu'ils ne sont pas ou qu'ils sont de bonne foi (art. 2009, C. civ.). Dans les sociétés de commerce, afin d'éviter les complications que peut engendrer l'examen de la question de savoir si les tiers ont connu ou non la dissolution, la loi a soumis la dissolution aux mêmes formalités de publicité que la constitution. Ces mêmes formalités doivent incontestablement être remplies en cas de dissolution des sociétés civiles ayant revêtu une forme commerciale (Cf. nº 318).

La loi ne prescrit pas de remplir les formalités de publicité dans tous les cas de dissolution. L'art. 61 de la loi du 24 juillet 1867 y soumet *les actes et délibérations prononçant la dissolution*. Il résulte de là que la publicité est requise quand une délibération des associés avance ou retarde l'époque de la dissolution fixée par l'acte de société, qu'au contraire il n'y a à remplir aucune formalité de publicité quand la dissolution a lieu à l'époque fixée ou résulte d'une cause ne consistant pas dans un fait volontaire, par exemple du décès d'un associé. Y a-t-il lieu à publicité en cas de dissolution prononcée par justice? La jurisprudence n'est pas bien fixée sur ce point. Il semble juste et utile d'exiger la publicité du jugement; il y a bien là *un acte* prononçant la dissolution.

Dans les cas où la publicité est requise, les formalités doivent être remplies dans le mois de la dissolution; autrement la société n'est réputée dissoute qu'à partir du jour où elles ont été accomplies.

B. — De la liquidation des sociétés.

338. Quand une société est dissoute, il y a lieu de partager l'actif entre les associés. Mais le partage doit nécessairement être précédé d'opérations diverses qui ont pour but de bien établir quel est l'actif à partager et qui reçoivent le nom collectif de *liquidation*. Elles consistent à achever les opérations en cours lors de la dissolution, à payer les dettes sociales et à recouvrer les sommes dues à la société. Nos lois ne renferment aucune disposition sur la liquidation des sociétés. Cette lacune ne peut être comblée qu'à l'aide des prin-

Source BIU Cujas

cipes généraux du droit et de règles déduites du but même de la liquidation.

339. Le droit de procéder à la liquidation appartient, en principe, à tous les associés. Mais, afin d'éviter les complications, le plus souvent les fonctions de liquidateur sont conférées à une ou à plusieurs personnes associées ou non.

Les liquidateurs sont parfois nommés par l'acte même de société ou cet acte indique comment ils sont choisis, il dispose, par exemple, qu'ils le seront par l'assemblée générale des actionnaires. Si les statuts sont muets, les associés choisissent les liquidateurs. L'unanimité est-elle nécessaire pour ce choix? Elle paraît devoir être exigée et elle l'est par la jurisprudence; il s'agit d'un contrat nouveau, d'un mandat à conférer. Si l'unanimité ne peut pas être obtenue, c'est au tribunal de commerce qu'il appartient de nommer un liquidateur judiciaire.

340. *Rôle des liquidateurs.* — Les liquidateurs sont les mandataires de la société et non des créanciers. On peut déduire de cette idée plusieurs conséquences dont les principales sont les suivantes :

a. Les liquidateurs peuvent intenter des actions en paiement des créances de la société.

b. C'est contre eux que sont formées les demandes en paiement des dettes de la société.

c. Ils ne peuvent pas poursuivre les associés au nom des créanciers sociaux (n° 341).

Toutefois les liquidateurs représentent exceptionnellement les créanciers quand ceux-ci ont coopéré à leur nomination ou que la décision judiciaire qui les a nommés les a chargés de ce rôle.

341. *Attributions et pouvoirs des liquidateurs.* — L'acte nommant les liquidateurs peut sans doute fixer leurs pouvoirs, mais il n'en est pas toujours ainsi ; le silence ou les lacunes de l'acte de nomination font naître des difficultés. Le principe est que les liquidateurs peuvent faire tout ce qui est nécessaire pour mener à bonne fin la liquidation. Cela comprend d'abord tous les actes conservatoires (renouvellement d'inscriptions, interruption de prescriptions, etc.), le paiement des dettes sociales, le recouvrement des créances.

Source BIU Cujas

Les liquidateurs peuvent réclamer aux associés le versement ou le complément de leurs mises qui font partie des valeurs sociales et ainsi de l'actif qui doit être réalisé. Mais les liquidateurs ne peuvent pas agir contre les associés au-delà de leurs apports, quand même les associés sont tenus des dettes sociales sur tous leurs biens, à moins qu'il ne s'agisse d'une demande en responsabilité formée contre un gérant ou un administrateur. Ce droit n'appartient qu'aux créanciers, et, comme nous l'avons vu plus haut (n° 340), le liquidateur ne les représente pas, en principe.

Si les fonds manquent, les liquidateurs peuvent-ils, alors même qu'ils n'auraient pas reçu de pouvoirs formels, emprunter, hypothéquer ou vendre des immeubles de la société? La jurisprudence, avec beaucoup d'auteurs, leur refuse ce pouvoir. Elle se fonde principalement sur l'art. 1988, C. civ., d'après lequel un mandat spécial est nécessaire pour conférer le pouvoir d'aliéner. Mais l'on peut répondre que, chargés de faire la liquidation qui comprend le paiement des dettes sociales, les liquidateurs doivent avoir tous les pouvoirs nécessaires pour atteindre ce but. La disposition de l'art. 1988, C. civ., ne saurait être invoquée ici; car elle s'applique aux aliénations de meubles comme aux aliénations d'immeubles et personne ne doute que les liquidateurs aient le pouvoir de vendre les biens meubles de la société.

Les auteurs qui refusent aux liquidateurs le pouvoir de vendre les immeubles, ne leur reconnaissent pas non plus celui de transiger ou de compromettre. Le principe posé ci-dessus à propos des ventes d'immeubles nous paraît devoir faire admettre une solution opposée.

342. Les besoins de la liquidation amènent souvent les liquidateurs à contracter des dettes, c'est ce qui a lieu quand ils endossent des effets de commerce ou font des achats pour terminer des opérations commencées. Ils obligent alors la société, sans s'obliger eux-mêmes, puisqu'ils sont des mandataires. Ils obligent même les associés personnellement, comme l'aurait pu faire le gérant avant la dissolution, s'il s'agit d'asociés tenus sur tous leurs biens des dettes de la société.

343. PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS EN LIQUIDATION. — Du jour où

Source BIU Cujas

une société est dissoute, on peut dire rigoureusement qu'il n'y a plus qu'une communauté d'intérêts entre les anciens associés, devenus des copropriétaires. Cette idée appliquée avec toutes ses conséquences porterait atteinte à des droits acquis et entraverait les opérations de la liquidation. Aussi, d'après une doctrine traditionnelle, la société est-elle considérée, même après sa dissolution, comme continuant d'exister et comme conservant sa personnalité, pour les besoins de la liquidation. De là résultent des conséquences pratiques importantes :

a. Les créanciers sociaux conservent le droit de se faire payer, même après la dissolution, sur les biens de la société à l'exclusion des créanciers personnels des associés. Autrement, du reste, les créanciers sociaux seraient exposés à perdre à chaque instant leur droit de gage exclusif sur les biens sociaux et cela nuirait au crédit de la société.

b. La société en liquidation continue à avoir un domicile auquel elle doit être assignée en cas de procès.

c. Le liquidateur seul doit être actionné ; il n'y a pas à mettre en cause les associés, à moins qu'il ne s'agisse d'associés tenus indéfiniment des dettes sociales que les créanciers veulent poursuivre sur leurs biens personnels.

d. Le liquidateur seul peut toucher le montant des créances sociales. Un associé n'aurait pas le droit de réclamer le paiement pour sa part.

e. Le droit de chaque associé conserve sa nature mobilière comme pendant la société (art. 529, C. civ.). Aussi les immeubles sociaux ne sont-ils pas atteints par l'hypothèque légale de la femme ou du pupille de chacun des associés pour la part de celui-ci, comme cela devrait se produire si l'on admettait qu'il n'y a plus qu'un état de copropriété entre les associés. En vertu de la même idée, chaque associé ne peut pas plus pendant la liquidation qu'avant la dissolution de la société, hypothéquer les immeubles sociaux. Aussi, dans le cas où ceux-ci sont vendus, le tiers acquéreur n'a-t-il à faire la purge que sur la société et non sur chacun des associés.

Source BIU Cujas

C. — Du partage des sociétés.

344. Quand la liquidation est achevée, l'actif à partager est bien déterminé et le partage peut avoir lieu. La part de chaque associé est fixée par l'acte de société ou, dans le silence de cet acte, est proportionnelle au montant de son apport.

L'art. 1872, C. civ., contient sur le partage des sociétés une règle générale, qui, conformément à l'art. 18, C. com., s'applique aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles : *les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés.* De là des conséquences nombreuses : *a.* dès le jour de la dissolution, tout associé a le droit de réclamer le partage (art. 815, C. civ.); *b.* il y a lieu de remplir les formalités du partage judiciaire, quand parmi les associés se trouve un mineur, un interdit, un absent, ou quand les associés capables et présents ne parviennent pas à s'entendre pour faire un partage amiable; *c.* les coassociés se doivent garantie pour éviction conformément aux art. 884 et suiv., C. civ.; *d.* le partage est rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887, C. civ.); *e.* le partage est déclaratif et chaque associé est réputé avoir été seul propriétaire des biens placés dans son lot à partir du jour où l'indivision a commencé, c'est-à-dire à compter de la dissolution de la société, si elle constituait une personne morale, (art. 883, C. civ.), etc...

Il y a difficulté sur l'application de quelques dispositions se rattachant au partage, spécialement des art. 882, 841 et 792 (1).

D. — De la prescription dans les sociétés commerciales.

345. Tant qu'une société dure, les actions qui peuvent être intentées contre elle ou contre les associés sont soumises aux règles ordinaires de la prescription; elles ne s'éteignent donc, en principe, qu'au bout de trente ans (art. 2262, C. civ.). Il n'y a à cet égard aucune distinction à faire entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce.

(1) V., pour la non-application de ces dispositions au partage des sociétés, notre *Précis de droit commercial*, I, p. 576 à 579.

Source BIU Cujas

La dissolution de la société amène un changement important. L'art. 64, C. com., admet à partir de cette dissolution une prescription de cinq ans : *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 la société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution a été affiché et enregistré conformément aux art. 42, 43, 46* (1), *et si, cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue à leur égard par aucune poursuite judiciaire.* Le but général de cette disposition est, en restreignant la durée des obligations des associés, d'engager un plus grand nombre de personnes à former des sociétés et de ne pas détourner des associés, après la dissolution d'une société, d'entrer dans une société nouvelle.

Cette prescription quinquennale n'a pas de précédent dans notre législation et la loi manque de netteté. Aussi de nombreuses difficultés s'élèvent-elles. Les plus graves sont relatives à la détermination des sociétés et des personnes pouvant bénéficier de cette courte prescription.

346. Des sociétés auxquelles s'applique l'art. 64, C. com. — La prescription de cinq ans peut certainement être invoquée par les associés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales, c'est-à-dire par les associés en nom collectif et par les commandités dans les commandites simples ou par actions. Leurs obligations sont onéreuses et il importait d'y apporter quelque atténuation en en abrégeant la durée. Mais la prescription de cinq ans s'applique-t-elle aussi aux actionnaires et aux commanditaires qui n'ayant pas versé leurs mises peuvent être actionnés directement par les créanciers sociaux (nos 157 et 223) ? La jurisprudence et la plupart des auteurs l'admettent en se fondant sur l'absence de toute distinction faite par l'art. 64 entre les différentes espèces d'associés. On allègue aussi que le législateur de 1867 a admis cette portée large de la prescription de cinq ans. D'après l'art. 52, al. 3, de la loi du 24 juillet 1867, dans les sociétés à capital variable qui souvent sont des sociétés en commandite ou anonymes, l'associé qui se retire

(1) Ces dispositions du Code de commerce sont remplacées par les art. 55 et s. de la loi du 24 juillet 1867.

Source BIU Cujas

reste encore tenu pendant cinq ans des dettes sociales (n° 298). Or, dans les travaux préparatoires de la loi de 1867, on a dit qu'il y a une sorte de dissolution à l'égard de l'associé qui se retire et que dès lors l'art. 64 doit lui être appliqué.

Cette opinion ne nous semble pas bonne. La prescription quinquennale n'est faite que pour les associés tenus personnellement et solidairement des dettes sociales; les actionnaires et les commanditaires restent tenus pendant trente ans. Sans doute l'art. 64 ne distingue pas; mais la distinction que ne fait pas le texte même résulte des motifs donnés dans les travaux préparatoires du Code de commerce. A plusieurs reprises, il y a été fait allusion à ce qu'il y aurait de rigoureux à maintenir l'obligation solidaire des associés pendant trente ans. Il est vrai que le législateur de 1867 a entendu l'art. 64 de la manière la plus large; mais il n'a pu modifier le sens de l'article et lui donner la portée étendue qu'il n'avait pas dans l'intention des rédacteurs du Code.

347. Le sens que nous donnons à l'art. 64, doit nous conduire à l'appliquer même dans les sociétés civiles aux associés tenus solidairement, quand ces sociétés ont adopté la forme en commandite ou en nom collectif. La jurisprudence voit, au contraire, dans l'art. 64 une disposition de faveur pour toutes les sociétés de commerce, mais pour elles seules (1).

348. Il va de soi, d'ailleurs, que l'art. 64 est étranger aux sociétés en participation par cela même qu'elles n'ont point d'existence à l'égard des tiers (V. n° 311).

349. A QUELS ASSOCIÉS S'APPLIQUE L'ART. 64. — Des difficultés spéciales s'élèvent quant aux associés qui peuvent invoquer l'article 64. Ces difficultés se présentent, qu'on restreigne ou non la prescription de cinq ans aux sociétés en nom collectif et en commandite. Pour comprendre ces difficultés, il faut distinguer le cas où le liquidateur est une personne étrangère à la société et le cas où le liquidateur est un associé.

1. *Le liquidateur est une personne étrangère à la société.* — Il est certain qu'alors la prescription quinquennale peut être invoquée par tous les associés contre les créanciers sociaux. Au contraire, la

(1) Ch. Req. 28 janvier 1884. D. 1884. 1. 145.

Source BIU Cujas

prescription trentenaire seule est applicable aux actions des créanciers contre le liquidateur tendant à obtenir le paiement sur les valeurs sociales. Le liquidateur est alors actionné comme représentant la société et à l'égard de la société la prescription n'est nullement abrégée.

2. *Le liquidateur est choisi parmi les associés.* — Il est certain aussi que, dans ce cas, les associés non liquidateurs peuvent se prévaloir de la prescription de cinq ans. L'art. 64 est formel à cet égard. En est-il de même de l'associé liquidateur? La jurisprudence, avec beaucoup d'auteurs, admet que la prescription de trente ans lui est seule applicable. La prescription trentenaire, dit-on en faveur de cette opinion, forme le droit commun; un texte formel est indispensable pour y substituer une prescription plus courte. Ce texte n'existe pas pour l'associé liquidateur. L'art. 64 déclare prescrites par 5 ans *toutes actions contre les associés non liquidateurs*, cela semble exclure les associés liquidateurs.

Nous rejetons ce système absolu qui applique la prescription de trente ans à toutes les actions pouvant exister contre l'associé chargé de la liquidation. De ces actions il en est qui demeurent soumises à cette prescription, mais il en est d'autres qui se prescrivent par cinq ans. L'associé liquidateur a deux qualités : quand il est actionné comme liquidateur à raison de son obligation de payer avec les valeurs sociales qu'il a entre les mains, il n'est protégé, comme un liquidateur étranger, que par la prescription de trente ans; s'il est actionné comme associé, il peut recourir à celle de cinq ans. Ce système n'est pas contraire au texte de l'art. 64 et il est rationnel. L'art. 64 n'implique point que toutes les actions contre les associés liquidateurs se prescrivent par trente ans. Il dispose que *toutes* actions contre les associés non liquidateurs se prescrivent par cinq ans. Il en résulte seulement par *a contrario* que cette courte prescription ne s'applique pas à *toutes* les actions contre les associés liquidateurs ; il en est qui ne sont prescrites qu'au bout de trente ans. Avec le système opposé, les associés souffriraient d'avoir choisi le liquidateur parmi eux; car celui-ci, actionné après cinq ans par les créanciers sociaux, aurait un recours contre ses coassociés qui ainsi ne profiteraient pas pleinement de la prescription abrégée de l'art. 64.

Source BIU Cujas

350. Actions auxquelles s'applique la prescription de cinq ans. — La prescription quinquennale s'applique aux actions des créanciers sociaux contre les associés à raison des obligations que ceux-ci ont contractées en entrant dans la société. Mais elle est étrangère :

a. Aux actions des associés les uns contre les autres. Il résulte du texte de l'art. 64 que la prescription abrégée concerne seulement les actions des personnes à l'égard desquelles la dissolution de la société doit être rendue publique, c'est-à-dire des tiers. Du reste, dans les rapports entre les associés, il n'y a pas solidarité.

b. Aux actions en responsabilité que peuvent avoir les créanciers sociaux contre des administrateurs, notamment dans les cas des art. 42 et 44, L. du 24 juillet 1867. La prescription n'a pas été abrégée en faveur de personnes qui se rendent coupables de fautes à raison desquelles elles sont actionnées.

351. Si les associés ont la faculté d'invoquer la prescription de cinq ans, ils n'y sont pas du moins obligés. Ils peuvent, s'ils y ont plus d'avantage, se borner à invoquer la prescription ordinaire. C'est là ce qui se présente quand, lors de la dissolution de la société, il n'y a pas cinq ans à courir pour l'accomplissement de cette prescription.

352. Point de départ de la prescription. — La prescription a un point de départ différent selon que la dissolution de la société a dû ou non être rendue publique (n° 334). Dans le premier cas, elle ne court qu'à partir de l'accomplissement des formalités de publicité; si elles n'étaient pas remplies, la prescription de 30 ans serait seule applicable. Dans le second cas, elle court à compter de la date même de la dissolution, pourvu que l'acte de société qui indique cette date ait été lui-même publié dans les formes légales. V. art. 64, C. com.

353. Interruption et suspension de la prescription. — Comme toute prescription, celle de l'art. 64 peut être interrompue ou suspendue.

Une poursuite judiciaire peut l'interrompre (art. 64) et l'interruption se produit à l'égard de tous les associés quand ils sont obligés solidairement (art. 1206, C. civ.). Il en serait de même de la recon-

Source BIU Cujas

naissance de dette émanée d'un associé. Si celle-ci renfermait une novation, il y aurait substitution de la prescription de 30 ans à la prescription quinquennale (*analog.*, art. 189, C. com.).

Il va de soi que la prescription de l'art. 64 est suspendue à l'égard des créances à terme ou sous condition jusqu'à l'arrivée du terme ou de la condition. Mais, comme il s'agit d'une courte prescription, il n'y a pas de suspension au profit des créanciers mineurs ou interdits (art. 2278, C. civ.).

E. — Des contestations entre associés.

354. Le Code de commerce (art. 51 à 63), comme l'Ordonnance de 1673 (titre IV, art. 9), soumettait les contestations entre associés à des arbitres choisis par les associés eux-mêmes ou, à leur défaut, par le tribunal de commerce. L'arbitrage forcé avait été admis à raison des avantages qu'on lui attribuait. Le législateur avait pensé que les procès étant ainsi jugés sans publicité, le crédit des associés serait ménagé, que les arbitres formeraient une sorte de tribunal de famille qui préviendrait souvent les procès en faisant accepter des transactions, qu'ils expédieraient les affaires promptement et à peu de frais. Les faits avaient démenti ces prévisions. Les arbitres n'avaient pas d'autorité morale sur les plaideurs; la juridiction arbitrale donnait lieu à de nombreux incidents, chaque arbitre défendant toujours les intérêts de l'associé qui l'avait choisi; aussi fallait-il dans tous les cas nommer un sur-arbitre (art. 60, C. com.); enfin l'absence de tarif permettait aux arbitres d'exiger des honoraires exorbitants. En présence de ces faits, la loi du 17 juillet 1856 a, en abrogeant les art. 51 à 63, C. com., supprimé l'arbitrage forcé et conféré compétence aux tribunaux de commerce pour *les contestations entre associés pour raison d'une société de commerce* (art. 631-2°, C. com., addition faite en 1856).

355. De la clause compromissoire. — Les associés ont, comme toutes autres personnes, la faculté de soumettre à des arbitres leurs contestations, il n'y a aucune difficulté à cet égard pour des différends déjà nés. N'ont-ils pas aussi la faculté de convenir par avance dans l'acte de société que leurs contestations futures seront, s'il y a lieu, soumises à des arbitres? Cette clause appelée *clause compromissoire*

Source BIU Cujas

doit être déclarée nulle dans la société comme dans tout autre contrat (1). Elle est, en effet, contraire à l'art. 1006, C. pr. civ., qui exige que le compromis contienne l'indication du litige et la nomination des arbitres. Lors de la formation de la société, les associés ne connaissent pas la nature des contestations qui pourront naître entre eux et ne sauraient dès lors choisir des arbitres en connaissance de cause. Quand le législateur a voulu admettre dans un contrat la *clause compromissoire*, il l'a dit expressément. V. art. 332, C. com.

(1) V. cependant Bravard et Demangeat, t. I, p. 481 et s.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

DEUXIÈME PARTIE

DES CONTRATS COMMERCIAUX

356. Les contrats commerciaux sont, d'après les règles posées précédement (n° 13), régis, soit par le Code de commerce ou les lois commerciales particulières, soit par les usages du commerce, soit enfin par le Code civil (art. 1107, C. civ.).

Le Code de commerce contient des règles spéciales à quelques-uns des contrats commerciaux les plus importants (gage, commission, contrat de transport, etc...); mais il y a aussi des règles générales communes *à tous* les contrats commerciaux. Elles sont de deux sortes : les unes concernent le fond du droit, les autres sont relatives à la preuve.

Source BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

RÈGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS COMMERCIAUX.

A. — *Règles concernant le fond du droit.*

357. Les dispositions du Code civil sur les contrats et les obligations s'appliquent, en général, aux contrats commerciaux. Il en est notamment ainsi des dispositions concernant les vices du consentement (art. 1109 à 1122), la capacité des parties (art. 1123 à 1125), l'objet des contrats (art. 1126 à 1130), la cause (art. 1131 à 1133), les effets des obligations (art. 1136 à 1145). Mais des dérogations à certaines dispositions du Code civil résultent, sinon de textes légaux, au moins d'anciens usages.

358. *Dommages-intérêts.* — Il y a quelques règles particulières pour les dommages-intérêts dus pour inexécution ou pour retard dans l'exécution.

L'intérêt moratoire est de 6 0/0 (L. 3 septembre 1807). Mais, depuis la loi du 12 janvier 1886, qui admet la liberté de l'intérêt conventionnel en matière commerciale, les parties peuvent convenir qu'en cas de retard dans le paiement d'une dette commerciale, il sera dû une somme supplémentaire excédant même 6 0/0. A défaut de convention, dans les dettes de sommes d'argent, en matière commerciale comme en matière civile, les dommages-intérêts consistent seulement dans l'intérêt au taux légal. L'art. 1153 renvoie, il est vrai, aux règles spéciales au commerce ; il entend viser seulement les dispositions relatives au billet à ordre et à la lettre de change (art. 181, C. com.).

En matière civile, les dommages-intérêts ou les intérêts moratoires ne sont dus qu'à partir de la mise en demeure du débiteur et celle-ci ne peut résulter que des actes indiqués par le Code civil (art. 1139 et 1153). En matière commerciale, au contraire, il est généralement admis que la mise en demeure peut résulter, soit d'un des actes énumérés par le Code civil, soit de tout autre acte par lequel le juge estime que le créancier a manifesté d'une façon suffisante sa volonté d'être payé. Ainsi la mise en demeure pourrait résulter d'une lettre missive adressée par le créancier à son débiteur.

359. DIFFÉRENTES ESPÈCES D'OBLIGATIONS. — Les dispositions du

Source BIU Cujas

Code civil (art. 1168 à 1233) sur les différentes espèces d'obligations s'appliquent aux obligations commerciales. Il faut seulement remarquer que, d'après un ancien usage, en matière commerciale, par dérogation à l'art. 1202, C. civ., la solidarité se présume entre les codébiteurs, de telle sorte que, si on veut l'exclure, une convention expresse est nécessaire. V. n° 314.

360. Modes d'extinction des obligations. — Les art. 1234 et suiv., C. civ., s'appliquent aux obligations commerciales.

Un terme de grâce peut être accordé en matière commerciale comme en matière civile: c'est seulement en matière de lettres de change et de billets à ordre que la loi défend d'accorder un terme de grâce (art. 157 et 187, C. com.).

L'art. 1273, C. civ., dispose: *la novation ne se présume pas, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.* On pourrait croire que cette règle est étrangère aux matières commerciales à raison de ce que toutes les preuves y sont admises (n° 363). Ce serait une erreur. L'art. 1273 pose non une règle de preuve, mais une règle d'interprétation déduite de ce que les renonciations ne se présument pas.

La prescription libératoire est de 30 ans pour les dettes commerciales comme pour les dettes civiles (art. 2262, C. civ.). Mais les cas dans lesquels une prescription plus courte est admise sont assez nombreux; le plus souvent la prescription abrégée admise en matière commerciale est de cinq ans (art. 64, 189, C. com., art. 10, loi du 24 juillet 1867).

361. Obligations se formant sans convention. — Les règles du Code civil (art. 1370 à 1386) s'appliquent aussi en général aux quasi-contrats, aux délits et aux quasi-délits commerciaux. C'est sur les art. 1382 et 1383 que se fonde notamment l'importante théorie de la concurrence déloyale. V. n° 39.

B. — *Des preuves en matière commerciale.*

362. Des dérogations importantes sont apportées ici au droit commun. Le Code civil consacre, dans une certaine mesure, un système *de preuves légales* en défendant au juge d'admettre certains genres de preuves; c'est ainsi qu'il exige que, pour toute somme

Source BIU Cujas

ou valeur excédant 150 francs, un écrit soit dressé et qu'il exclut, en conséquence, au-dessus de cette somme ou de cette valeur, la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme (art. 1341 et 1353). En matière commerciale, un système plus large s'impose : la célérité avec laquelle se concluent les opérations du commerce ne saurait se concilier avec la nécessité de dresser un écrit pour les constater.

Deux questions générales doivent être résolues : 1° *Quels sont les moyens de preuve admis en matière commerciale?* 2° *Dans quels cas les règles spéciales au droit commercial doivent-elles être appliquées ?*

363. 1° Moyens de preuve admis en matière commerciale. — Le principe général est qu'en matière commerciale tous les moyens de preuve sont admis, spécialement la preuve testimoniale et les présomptions de l'homme. Le Code de commerce (art. 109) ne le décide expressément que pour le contrat commercial le plus usuel, la vente. Mais il résulte du Code civil que la même règle s'applique d'une façon générale en matière de commerce (art. 1341, dern. alin.). Du reste, le principe de la liberté des preuves était déjà admis dans l'ancien droit d'une manière générale pour les opérations commerciales (Ordonnance de 1667, t. XX, art. 2).

364. La règle de la liberté des preuves subit pourtant d'assez nombreuses restrictions; il y a des contrats commerciaux qui doivent être constatés par écrit; tels sont : les sociétés autres que les participations (art. 39 et 49, C. com., art. 1 et 21, L. 24 juillet 1867), la vente des navires (art. 195), l'affrétement (art. 273), le prêt à la grosse (art. 311), l'assurance maritime (art. 332). La raison principale de ces dérogations est qu'il s'agit là de contrats qui ne se renouvellent pas continuellement pour la même personne, qui ne se concluent qu'après d'assez longs pourparlers, de telle sorte que la nécessité d'un écrit ne nuit aucunement à la célérité qui est un besoin dans les opérations de commerce. On peut ajouter que quelques-uns de ces contrats renferment des clauses compliquées, de telle sorte qu'en l'absence d'un écrit les constatant, de nombreuses contestations s'élèveraient.

Du reste, un écrit est toujours nécessaire même en matière commerciale, toutes les fois que la loi civile en exige un *ad solemnitatem*

Source BIU Cujas

et non *ad probationem*. Ainsi un acte notarié est nécessaire pour la constitution d'une hypothèque immobilière (art. 2127, C. civ.), même pour sûreté d'une dette commerciale.

365. L'art. 109, C. com., qui, bien qu'il vise seulement les achats et ventes, s'applique d'une façon générale en matière commerciale, énumère sept moyens de preuve auxquels les principes généraux du droit doivent en faire ajouter plusieurs autres. Ces différents moyens de preuve doivent être examinés en indiquant les règles spéciales qui leur sont parfois appliquées quand ils sont employés en matière commerciale.

365 *bis*. 1. *Actes publics*. — A raison des frais qu'ils entraînent, on emploie rarement ces actes pour constater des contrats commerciaux. On est seulement obligé d'y recourir quand l'une des parties ne sait pas ou ne peut pas signer, ou quand une hypothèque immobilière est constituée (V. n° 363).

2. *Actes sous seings privés*. — C'est la forme ordinaire des écrits dressés pour constater des contrats commerciaux. Mais, sous certains rapports, il est dérogé en matière de commerce à des règles du Code civil sur la forme ou sur la force probante des actes sous seings privés.

a. En matière civile, quand il s'agit de contrats synallagmatiques, il doit être dressé autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct et le nombre des originaux dressés doit être mentionné sur chacun (art. 1325, C. civ.). En fait, cette *formalité des doubles* est souvent observée en matière commerciale; cependant on ne doit pas, en droit, la déclarer obligatoire. Sans doute aucun texte n'exclut expressément l'application de l'art. 1325, C. civ.; mais, en matière commerciale, tous les moyens de preuve sont admis. Une pareille latitude ne se concilierait pas avec une application rigoureuse de l'art. 1325.

b. Le Code civil (art. 1326) exige que l'acte sous seing privé constatant une obligation unilatérale, qui a pour objet une somme ou une quantité, soit écrit en entier de la main du débiteur ou que, s'il n'est pas écrit de sa main, sa signature soit précédée des mots *bon pour* ou *approuvé* avec l'indication en toutes lettres de la somme ou de la quantité. Cette disposition s'applique-t-elle en matière com-

Source BIU Cujas

merciale? L'art. 1326 dispense expressément de son observation *les commerçants;* ils ont une expérience des affaires qui rend peu probables à leur préjudice les abus de blanc-seing que l'art. 1326 a eu pour but d'éviter. Ce motif semble devoir faire écarter l'art. 1326, C. civ., dès l'instant que le débiteur est commerçant, alors même que la dette contractée serait civile. Doit-on, au contraire, en revenir au Code civil quand le débiteur est non commerçant, alors même que la dette est commerciale? La négative doit, selon nous, se déduire de ce qu'en matière commerciale toutes les preuves sont admises.

c. D'après l'art. 1328, C. civ., les actes sous seings privés n'ont date certaine à l'égard des tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour où l'un des signataires est mort, ou enfin du jour où ils ont été mentionnés dans un acte authentique. En matière commerciale, le juge ne peut évidemment pas considérer un acte comme n'ayant pas date certaine alors qu'un de ces trois faits a été accompli; au contraire, il peut admettre qu'un acte a date certaine même en dehors de ces conditions. C'est en fait l'enregistrement qui sert ordinairement à donner date certaine; cette formalité serait gênante et onéreuse pour les affaires commerciales. De plus, l'application rigoureuse de l'art. 1328, C. civ., ne se concevrait pas alors que le juge peut, en l'absence d'un écrit, admettre la preuve par tous les moyens.

C'est par application de cette décision que les dettes commerciales d'une femme commune en biens tombent dans la communauté comme antérieures au mariage, par cela seul que le juge estime que la date de l'acte sous seings-privés qui les constate est exacte (dérogation à l'art. 1410, C. civ.).

366. Les art. 1325, 1326 et 1328 reprennent d'ailleurs leur empire à l'égard des contrats commerciaux dont la loi exige la constatation par écrit (n° 364). Cette exigence paraît impliquer que le législateur a entendu soumettre ces contrats à toutes les règles de preuve admises par le Code civil.

367. *c. Bordereau ou arrêté d'un agent de change ou d'un courtier dûment signé par les parties.* — Quand, pour faire une opération, les parties ne se mettent pas directement en rapport, mais recourent à des intermédiaires, agents de change ou courtiers, ceux-

Source BIU Cujas

ci dressent ordinairement un écrit appelé *bordereau* ou *arrêté* qu'ils remettent à chacun de leurs clients et sur lequel ils mentionnent l'opération, sa date et ses principales conditions. Cet écrit fait preuve. Mais, pour qu'il en soit ainsi, la loi veut qu'il soit signé des parties. Sans cela les commerçants seraient à la discrétion des intermédiaires qui pourraient, en dressant un bordereau, constater une opération qui n'aurait jamais été faite ou modifier les conditions de celle qui est réellement intervenue. Cette disposition n'a d'application pratique que pour les courtiers. Les bordereaux d'agents de change ne peuvent pas être signés par les parties; car les agents de change contractent en leur propre nom pour leurs clients dont ils ne doivent pas révéler les noms, à moins d'y avoir été autorisés par eux. D'ailleurs, les juges peuvent toujours admettre comme constituant une présomption un bordereau non signé par les parties (1).

368. *d. Facture acceptée.* — On désigne sous le nom de facture l'écrit dressé par le vendeur pour constater les conditions d'une vente et remis à l'acheteur; quand elle est acquittée par le vendeur, elle fait preuve du paiement. Indépendamment de l'acquit, une facture fait aussi preuve de la conclusion de la vente et de ses conditions. Toutefois, elle ne saurait avoir cette force probante si elle n'est pas acceptée par l'acheteur auquel elle a été remise; autrement il dépendrait, pour ainsi dire, d'une personne d'imposer une vente a une autre en lui adressant une facture. L'acceptation de la facture peut être expresse ou tacite. Elle est expresse notamment quand l'acheteur a fait savoir au vendeur par une lettre missive qu'il accepte ou quand, le vendeur ayant pris soin de remettre deux exemplaires de la facture à l'acheteur, celui-ci a renvoyé l'un des exemplaires signé de lui au vendeur. Il y a acceptation tacite, quand celui auquel a été adressée la facture avec les marchandises a laissé s'écouler un certain temps sans faire aucune protestation.

369. *e. Correspondance.* — C'est par correspondance, c'est-à-dire par un échange de lettres ou de télégrammes, que se concluent un très grand nombre d'opérations de commerce. En matière civile,

(1) V., sur la question de savoir si le bordereau constitue un acte sous seing-privé ou un acte authentique, lorsqu'il a été dressé par un agent de change ou par un courtier privilégié, notre *Précis de Droit commercial*, I, n° 609.

Source BIU Cujas

la correspondance ne constitue, en général, qu'une présomption de fait ou un commencement de preuve par écrit pouvant rendre admissible la preuve par témoins; en matière commerciale, elle constitue une preuve complète. Une lettre ou un télégramme ne prouve le consentement que de la personne qui l'expédie. Aussi un contrat ne peut-il être prouvé que par le rapprochement des lettres et des télégrammes des deux parties. C'est pour assurer et faciliter ce rapprochement que le Code de commerce (art. 8) prescrit aux commerçants d'avoir un *livre de copies de lettres* et de conserver en liasse les lettres qu'ils reçoivent (n° 82).

370. *f. Livres des parties.*— Les livres de commerce sont spécialement utiles à raison de leur force probante (n° 77), elle est beaucoup plus grande que celle des livres que tiennent souvent les non-commerçants sans y être légalement obligés (C. civ., art. 1331). Il faut distinguer selon que les livres sont invoqués pour ou contre celui qui les a tenus.

371. Les livres de commerce font preuve contre le commerçant qui les a tenus (art. 1330, C. civ.). Peu importe que le procès s'élève avec un non-commerçant, à propos d'un acte de commerce ou d'une opération civile. Peu importe aussi qu'ils ne soient pas tenus régulièrement (art. 13, C. com., *a contrario*); les énonciations d'un livre de commerce contraires aux prétentions du commerçant qui les tient constituent de sa part des espèces d'aveux; sa négligence ne peut en diminuer la valeur.

L'aveu qui résulte des livres est indivisible (analog. art. 1356, 3e al., C. civ.). D'après l'art. 1330, C. civ., *celui qui veut en tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.* Ainsi celui qui se prévaut contre un commerçant de l'énonciation des livres de celui-ci mentionnant l'achat de marchandises, ne peut pas se borner à déclarer fausse l'énonciation des mêmes livres constatant le paiement total ou partiel du prix; s'il en allègue la fausseté, il doit la prouver. Mais, conformément aux règles admises en matière d'aveu judiciaire, cette indivisibilité n'est plus admise dès que les faits ou actes constatés par les livres d'un commerçant ne se rattachent pas les uns aux autres. Ainsi, je puis, tout en me prévalant de la mention des livres d'un commerçant consta-

Source BIU Cujas

tant qu'il est mon débiteur, écarter la mention des mêmes livres constatant que je suis le sien, dans le but d'éviter que la compensation ne me soit opposée.

372. Les principes généraux du droit rigoureusement appliqués auraient conduit à refuser toute force probante aux livres de commerce au profit de celui qui les a tenus ; car *nul ne peut se créer de titre à soi-même.* Mais, avec cette solution, le commerçant qui n'aurait pas voulu en être réduit à s'en remettre, soit au serment ou à l'aveu de son adversaire, soit à la preuve testimoniale, aurait dû faire dresser un écrit, ce qui eût été une cause de gêne pour le commere, La loi attribue donc force probante aux livres de commerce, en distinguant toutefois suivant que celui qui les a tenus les invoque contre un non-commerçant ou contre un commerçant.

Contre un non commerçant, en principe, les livres de commerce ne font pas preuve. Toutefois, après avoir posé cette règle, l'art. 1329, C. civ., ajoute : *sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.* Cela signifie que le juge peut considérer les énonciations des livres comme un commencement de preuve suffisant pour permettre la délation du serment supplétoire à l'une ou à l'autre des parties (art. 1367, C. civ.). Pour que le juge soit autorisé à déférer ainsi le serment, il faut qu'il s'agisse de fournitures faites par un commerçant à un non commerçant. Comme il s'agit d'une disposition exceptionnelle, en ce qu'elle attribue la valeur d'un commencement de preuve à des mentions faites sur des livres par celui qui y a intérêt, elle ne saurait être étendue ; elle ne serait pas applicable notamment au cas où un commerçant produirait ses livres pour prouver qu'il a prêté une somme d'argent à un non-commerçant.

Du reste, si les livres de commerce permettent la délation du serment supplétoire dans le cas qui vient d'être indiqué, ils ne constituent pas du moins un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve par témoins dans des cas où elle n'est pas admise *de plano.* Ils n'émanent pas de celui auquel ils sont opposés, comme l'exige l'art. 1347, C. civ.

373. *Entre commerçants et pour faits de commerce,* les livres de commerce *régulièrement tenus* peuvent être admis par le juge comme faisant preuve au profit de celui qui les a tenus (art. 12, C. com.).

Source BIU Cujas

Trois conditions sont donc exigées pour que les livres de commerce fassent preuve complète au profit de celui-là même qui les a tenus. Il faut :

1° *Que le débat s'élève entre commerçants.* Chaque partie ayant des livres, le juge peut les contrôler les uns par les autres ; leurs armes sont égales. 2° *Que la contestation soit relative à un acte de commerce.* Les énonciations concernant les actes non commerciaux ne sont souvent portées sur les livres que d'une façon sommaire ; l'art. 8, C. com., ne prescrit d'inscrire que mois par mois sur le livre-journal les sommes employées aux dépenses de maison. 3° *Que les livres soient tenus régulièrement* (art. 12 et 13, C. com.), c'est-à-dire que toutes les conditions et formalités légales prescrites pour les livres de commerce aient été observées (n°s 84 *bis* et suiv.). Mais on ne doit pas conclure de là que les livres tenus irrégulièrement n'ont aucune force probante ; ils peuvent tout au moins être admis à titre de présomptions de fait. V. n° 379.

374. L'admission des livres de commerce comme preuve n'est pas obligatoire pour le juge (art. 12, C. com.). Il était nécessaire de lui laisser une grande liberté à raison de la diversité des cas qui se présentent. Il est évident que le juge considère la preuve comme faite lorsque les livres des deux parties sont conformes et également tenus d'une façon régulière. Si, au contraire, les livres réguliers sont en contradiction, il faut recourir à d'autres moyens de preuve. S'ils sont en contradiction, mais si les livres d'une seule partie sont réguliers, le juge sera souvent disposé à ne tenir compte que des livres de cette partie.

Il va de soi, du reste, que les livres n'ont force probante que jusqu'à preuve contraire.

375. Les règles relatives à la force probante des livres de commerce ne sont faites que pour les livres *obligatoires*. Elles ne s'appliquent donc pas aux livres *facultatifs* ou *auxiliaires* (n° 84). Au point de vue légal, ces derniers livres, n'étant pas soumis aux mêmes formalités que les premiers, n'offrent pas les mêmes garanties de sincérité. Mais les livres facultatifs ou auxiliaires peuvent toujours être admis à titre de présomptions de fait.

376. Comment est-il pris connaissance des livres de com-

Source BIU Cujas

MERCE? — Il ne suffit pas de savoir quelle est la force probante de ces livres, il faut encore déterminer comment ils sont produits en justice. A cet égard, le Code fait une distinction entre la *communication* et la *représentation*. Il y a *communication*, quand le propriétaire des livres s'en dessaisit, de telle façon qu'ils peuvent être examinés dans toutes leurs parties. Il y a *représentation*, quand les livres sont produits pour être consultés seulement dans une ou plusieurs de leurs parties.

La *communication* a des inconvénients; elle permet de connaître toutes les opérations faites par un commerçant. Aussi ne peut-elle être ordonnée que dans des cas exceptionnels qu'énumère l'art. 14, C. com. : dans les affaires *de succession*, *communauté*, *partage de société* et *en cas de faillite*. L'examen des livres dans toutes leurs parties est indispensable dans ces cas pour établir l'actif à partager ou pour connaître la situation du failli. En dehors des cas prévus par l'art. 14, C. com., les juges ne peuvent ordonner la communication. Mais il va de soi qu'une convention intervenue entre un commerçant et une autre personne peut donner à celle-ci le droit d'exiger la communication que la loi même ne lui confère pas. Ainsi parfois un banquier fait un prêt à un commerçant à la condition d'avoir communication préalable de ses livres. En outre, pour assurer la perception des droits d'enregistrement, de timbre et de l'impôt sur le revenu, les agents de l'enregistrement ont le droit de se faire communiquer les livres des sociétés (L. 21 juin 1875, art. 7).

Si la communication ne peut être ordonnée par le juge que dans les cas limitativement déterminés par la loi, la représentation des livres peut toujours être prescrite afin d'en extraire ce qui concerne le différend (art. 15, C. com.). La forme de la présentation est déterminée par le juge. Il peut, selon les cas, ou se faire apporter les livres ou se transporter chez le commerçant pour les consulter. La jurisprudence va même jusqu'à admettre qu'il y a simple représentation, lorsque le juge ordonne l'apport de livres de commerce au greffe du tribunal, pour qu'il puisse en prendre connaissance. Cette solution est mauvaise : il y a là, en réalité, *communication;* celui qui a déposé ainsi ses livres au greffe s'en dessaisit. Le juge, dit-on, ou l'expert nommé par lui, en prend seul connaissance. Mais

Source BIU Cujas

cela même peut avoir de graves inconvénients : le juge de commerce est parfois le concurrent d'une partie en cause et peut avoir intérêt à connaître les affaires de celle-ci.

Quand les livres se trouvent dans un lieu éloigné du siège du tribunal saisi du procès, 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'adresser au tribunal (art. 16, C. com.).

La représentation des livres de commerce peut non-seulement être *ordonnée d'office* par le juge (art. 15), mais encore être *offerte* ou *requise*. Elle est offerte, lorsqu'un commerçant produit spontanément ses livres pour faire preuve en sa faveur contre son adversaire. La *représentation* des livres est requise, quand l'une des parties réclame la représentation des livres de son adversaire. Celui-ci doit alors les produire, si le juge prescrit la représentation, ce qui constitue aussi une exception à la règle générale selon laquelle on n'est pas tenu de produire des preuves contre soi-même (*nemo contra se edere tenetur*).

A propos du cas où la présentation de livres est requise, le Code (art. 17) prévoit l'hypothèse où une partie offre d'ajouter foi aux livres de son adversaire. Si celui-ci ne les représente pas, son refus doit faire présumer que ses livres sont contraires à sa prétention. Aussi était-il admis dans l'ancien droit qu'alors le juge devait déférer le serment à la partie qui avait fait cet offre. Le Code de commerce donne seulement au juge la faculté de le déférer.

377. La représentation des livres *auxiliaires* peut être ordonnée, offerte ou requise, comme celle des livres *obligatoires*, dès l'instant où il est établi qu'un commerçant en a tenu. De même, quand un commerçant a conservé ses livres même après le délai de dix ans durant lequel il y a obligation de les garder, il peut soit être tenu de les produire, soit en faire usage en justice (n° 89).

378. *g. Preuve testimoniale.* — En matière commerciale, cette preuve est admissible même au-dessus de 150 francs ; elle l'est même outre et contre le contenu aux actes (art. 1341, al. 2, C. civ. et art. 109, C. com.). Ces deux exceptions aux règles du droit

Source BIU Cujas

civil ne s'appliquent pas aux contrats pour lesquels la loi commerciale exige un écrit.

Au-dessus de 150 francs, le juge a la faculté d'admettre ou de repousser la preuve par témoins, alors même qu'elle est proposée pour des faits pertinents et admissibles. L'art. 109 mentionne parmi les moyens de preuve : la preuve par témoins, *dans le cas où le tribunal croira devoir l'admettre*. La même liberté appartient-elle au juge quand il s'agit d'une somme ou d'une valeur n'excédant pas 150 francs? En matière civile, dès que les faits sont pertinents et admissibles, la preuve par témoins doit être admise ; on a soutenu qu'il doit en être de même *a fortiori* en matière commerciale par cela même que la preuve par témoins y est vue avec plus de faveur. Cette doctrine qui impose au juge la preuve par témoins, est en contradiction avec le texte de l'art. 109, C. com., et avec l'esprit général de nos lois qui est de laisser une grande liberté au juge pour la preuve des opérations commerciales.

Quand, en matière commerciale, la preuve par témoins est ordonnée, l'enquête se fait dans les formes prescrites pour les affaires sommaires, c'est-à-dire qu'il y est procédé à l'audience même et non devant un juge-commissaire nommé par le tribunal (art. 432, C. com.).

379. Quatre autres modes de preuve admis en droit civil le sont aussi en matière commerciale, bien que l'art. 109 n'en fasse pas mention : *les présomptions de l'homme*, *les présomptions légales*, *l'aveu* et *le serment*. Comme les *présomptions de l'homme* sont admises dans le cas où l'est la preuve par témoins (art. 1353, C. civ.), elles sont d'une application bien plus fréquente en matière commerciale qu'en matière civile.

380. 2° Dans quels cas s'appliquent les règles de preuve particulières au droit commercial. — L'application de ces règles ne dépend pas de la juridiction saisie, ni, en principe, de la qualité des parties. Elle se fait, que le litige soit porté devant un tribunal civil, un tribunal de commerce ou un tribunal de répression, que les parties en cause soient des commerçants ou des non-commerçants. Les règles de preuve particulières au droit commercial sont faites pour les actes de commerce. Cela serait fort simple, si toute

Source BIU Cujas

opération était nécessairement civile ou commerciale à l'égard de toutes les parties; mais, comme cela a été dit précédemment (n° 24), il y a des actes mixtes, c'est-à-dire ayant le caractère commercial pour l'une des parties et le caractère civil pour l'autre. Quelles règles appliquer pour la preuve à de telles opérations, quand elles font naître quelque contestation? On a parfois proposé d'appliquer ou les règles du droit civil ou celles du droit commercial. Cela ne paraît pas admissible. Les preuves du droit civil sont alors seules permises contre celui pour lequel l'opération a le caractère civil, il ne doit pas souffrir du caractère commercial qu'a l'acte pour l'autre partie. Contre celle-ci, la preuve doit pouvoir se faire conformément aux règles du droit commercial; on ne concevrait pas qu'elle se plaignît en opposant que l'acte litigieux est civil à l'égard de son co-contractant.

Les principales conséquences à tirer de cette doctrine sont les suivantes :

a. La preuve par témoins et les présomptions de l'homme sont admises, même au-dessus de 150 francs, contre la partie pour laquelle l'acte est commercial et non contre l'autre partie.

b. S'il s'agit d'une contestation entre commerçants relative à un acte mixte, les livres tenus par celui pour lequel cet acte est commercial, ne font pas foi en sa faveur contre l'autre partie. Le juge peut seulement déférer le serment supplétoire, en vertu de l'art. 1329, C. civ. (n° 372).

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

DE LA VENTE COMMERCIALE.

381. Nous avons indiqué précédemment (n° 22) le caractère distinctif de la vente commerciale; il s'agit maintenant d'en exposer les règles. Bien que ce soit le contrat commercial le plus fréquent, le Code de commerce n'a pas cru nécessaire de s'en occuper autrement que pour indiquer les modes de preuve par lesquels elle peut se constater (Liv. II, tit. 1, *Des achats et ventes*, art. 109) et qui, du reste, s'appliquent à tous les contrats commerciaux (n° 363). Les règles qui concernent le fond doivent être puisées, soit dans les usages du commerce, soit dans la loi spéciale du 18 juin 1866 qui a consacré légalement un certain nombre d'usages applicables à défaut de convention contraire, soit dans le Code civil (art. 1582 à 1701) qui contient de nombreuses dispositions sur la vente. Les principes généraux doivent être empruntés au Code civil; les usages sont pour la plupart relatifs à certaines espèces de ventes fréquentes dans le commerce.

382. Il sera traité successivement : 1° Des règles générales sur la formation et sur les effets de la vente; 2° Des différentes espèces de ventes commerciales (ventes en disponible, à livrer, par navire désigné ou à désigner, ventes publiques de marchandises, ventes de fonds de commerce).

1° *Règles générales sur la formation et sur les effets de la vente commerciale.*

383. Effets de la vente : Obligations, translation de propriété, risques. — La vente est destinée à produire trois effets. *a*. Elle crée des obligations, notamment l'obligation pour le vendeur de livrer la chose vendue et pour l'acheteur celle de payer le prix. *b*. L'acheteur devient propriétaire de la chose vendue. *c*. Il court les risques de la chose, c'est-à-dire qu'il est obligé de payer son prix entier alors même que, par suite d'un cas fortuit, la chose vendue viendrait soit à être détruite en totalité ou en partie, soit à être détériorée.

Source BIU Cujas

Quand chacun de ces effets est-il produit? Les parties sont obligées l'une envers l'autre dès le moment où elles se sont mises d'accord sur la chose et sur le prix; il en est ainsi, que la vente ait pour objet un corps certain, c'est-à-dire une chose individuellement déterminée, ou des choses déterminées *in genere*.

La translation de la propriété du vendeur à l'acheteur n'est pas opérée toujours au même moment. Quand la vente porte sur des choses déterminées seulement *in genere*, la transmission de la propriété n'a lieu ordinairement que par la tradition (V. n° 384). Au contraire, quand il s'agit d'un corps certain, la propriété est transmise immédiatement à l'acheteur même avant toute livraison, articles 1138 et 1583, C. civ.

Quand le vendeur, encore en possession de la chose vendue, vient à tomber en faillite, il y a grand intérêt à savoir si l'acheteur est ou non devenu propriétaire : dans le premier cas, il peut revendiquer la chose à l'encontre de la faillite; dans le second, il n'est que créancier et subit la loi du dividende. Au premier abord, on pourrait croire que si l'acheteur ne peut revendiquer la chose vendue, il ne paiera pas son prix et que, par suite, la question n'a pas pour lui autant d'importance qu'il semble. Mais on peut faire remarquer que l'acheteur pourrait avoir payé d'avance son prix en tout ou en partie et que, même en admettant qu'il n'eût encore rien payé, la chose pourrait avoir augmenté de valeur depuis la vente, de sorte qu'il y a grand intérêt pour lui à pouvoir en obtenir livraison moyennant le paiement du prix convenu.

Les risques sont pour l'acheteur dès le moment où il est devenu propriétaire (Argt. art. 1138, C. civ. et 100, C. com.), c'est-à-dire du jour même de la vente, s'il s'agit d'un corps certain, ou du jour de la livraison dans le cas contraire, sauf ce qui sera dit ci-après (n° 384). La question des risques a une grande importance en matière commerciale, parce que les marchandises sont souvent exposées à des dangers de perte ou d'avaries dans le transport à effectuer des magasins du vendeur à ceux de l'acheteur, surtout si ce transport se fait par mer.

384. Pour les raisons qui viennent d'être indiquées, il y a grand intérêt à déterminer avec précision le moment où l'acheteur devient

Source BIU Cujas

propriétaire de la chose vendue. L'idée générale est qu'il faut et qu'il suffit pour cela que la chose soit *individualisée*. Quelquefois, mais rarement, il en est ainsi dès le jour même de la vente, c'est ce qui a lieu quand elle a pour objet *un corps certain* (par exemple, tel cheval, tel tableau). Le plus souvent, la vente détermine les objets vendus d'une manière générale (tant d'hectolitres de blé de telle qualité); c'est alors par la livraison que les objets ont individualisés et que l'acheteur en devient propriétaire. Mais il n'y a là rien de nécessaire; les choses vendues pourraient être individualisées même avant la livraison, par exemple, par l'apposition de la marque de l'acheteur qui deviendrait ainsi propriétaire et courrait les risques.

Une hypothèse très fréquente doit être examinée spécialement, celle dans laquelle il faut transporter les marchandises vendues des magasins du vendeur dans ceux de l'acheteur qui ne sont pas dans le même lieu. Ces marchandises ne doivent être individualisées que par la livraison, mais où celle-ci est-elle censée s'effectuer? Au départ et dans les magasins du vendeur? Ou bien à l'arrivée et dans les magasins de l'acheteur? Il s'agit de savoir aux risques de qui elles voyagent. Les parties ont pu s'expliquer à cet égard. Si elles ne l'ont pas fait, on admet, conformément à une très ancienne tradition, qu'elles ont entendu que la délivrance se fît chez le vendeur, de telle sorte qu'à partir de la remise à l'entrepreneur de transport, l'acheteur devient propriétaire et court les risques; il a en quelque sorte donné mandat au vendeur de spécialiser les marchandises en les expédiant. Cela ne supprime évidemment pas le droit pour l'acheteur de refuser les marchandises qui ne seraient pas conformes aux conditions du marché.

Dans les ventes de marchandises dont le transport doit être fait par mer, on trouve souvent la clause : *coût, fret et assurance compris*. Cette clause signifie que le prix fixé comprend, outre une somme représentant la valeur des marchandises, la prime payée pour les assurer et le prix du transport. Grâce à elle, l'acheteur sait immédiatement à combien la marchandise lui revient. Cette clause n'empêche pas que les marchandises livrables chez le vendeur ne voyagent aux risques de l'acheteur. S'il en était autrement, elle ne

Source BIU Cujas

signifierait rien ; car il va de soi, quand les marchandises sont livrables chez l'acheteur, que le vendeur a à payer la prime d'assurance et le prix du transport.

Alors même que les marchandises ont été ainsi assurées par le vendeur pour le compte de l'acheteur dont le prix comprend la prime, il y a un intérêt pratique à dire que les risques sont pour l'acheteur. En effet, il se peut d'abord que l'assureur soit insolvable, ce qui rend inefficace l'action de l'acheteur contre lui. Puis, généralement, l'assurance ne couvre pas la valeur entière de la chose assurée ou l'assureur n'est tenu d'indemniser l'assuré que si l'avarie a une certaine importance, par exemple, dépasse 8 0/0 de la valeur de la chose assurée. On voit donc que, malgré l'assurance, l'acheteur qui supporte les risques peut éprouver une perte.

385. Les règles sur les risques précédemment posées s'appliquent aux ventes non conditionnelles. Mais beaucoup de ventes commerciales sont faites sous condition suspensive. A ces ventes s'applique l'art. 1182, C. civ. En cas de perte totale survenue par cas fortuit *pendente conditione*, les risques sont pour le vendeur, c'est-à-dire qu'il n'a pas droit au prix. En cas de perte partielle ou de simple détérioration, l'acheteur a le choix ou de demander l'exécution de la vente à la charge de payer le prix entier ou de faire résoudre la vente.

386. La question des risques se pose lorsque les marchandises vendues périssent ou sont détériorées *après* la vente. Il se peut aussi que la chose vendue ait péri au moment où la vente est conclue. D'après l'art. 1601, C. civ., qui prévoit ce cas, la vente est alors nulle ; elle n'a pas d'objet. Cette disposition s'applique en matière commerciale. Seulement elle doit être écartée quand la vente est aléatoire, c'est-à-dire quand les parties, incertaines de l'existence de la chose vendue, ont voulu que la vente fût conclue à tous risques. Cela peut se présenter notamment pour les ventes de navires, quand, lors de la vente, les parties n'en ont pas de nouvelles certaines.

387. *De la formation de la vente.* — Comme la vente civile, la vente commerciale est parfaite, de telle sorte que les parties sont liées irrévocablement, lorsqu'elles se sont mises d'accord sur la

Source BIU Cujas

chose vendue et sur le prix (art. 1582, C. civ.). Le moment où cet accord existe est facile à déterminer quand le vendeur et l'acheteur sont en présence l'un de l'autre. Mais il arrive souvent, surtout en matière commerciale, que la vente a lieu entre absents ; la vente se conclut alors soit par correspondance (lettres missives ou télégrammes), soit par intermédiaires (commis, commissionnaires, courtiers). Des difficultés se présentent alors sur la détermination du moment où la vente est parfaite ; elles peuvent, d'ailleurs, s'élever pour tous les contrats conclus de cette manière.

388. *Vente par correspondance.* — Comme tout contrat, la vente suppose une offre faite par une des parties et l'acceptation de cette offre par l'autre partie ; suivant les circonstances, l'initiative vient du vendeur ou de l'acheteur. Quand les parties ne sont pas en présence, il s'écoule nécessairement un certain temps entre le moment où l'offre est acceptée et le moment où cette acceptation est connue de l'auteur de l'offre. Par exemple, Paul de Paris offre à Léon de Lyon de lui acheter un certain nombre de pièces de soieries. Le 12 mai, Léon accepte cette offre par une lettre qu'il expédie à Paul et qui arrive à celui-ci le lendemain, 13 mai. Il faut déterminer si la vente est parfaite par le concours des volontés le 12 mai, dès le moment où Léon a mis à la poste la lettre dans laquelle il déclare accepter l'offre de Paul ou si la vente n'est parfaite qu'à partir du moment où la lettre d'acceptation est parvenue à Paul. Cette question présente de l'intérêt à plusieurs points de vue :

a. Si la vente n'est parfaite qu'à partir de l'arrivée de l'acceptation à l'auteur de l'offre, Léon pourra rétracter son acceptation, par exemple au moyen d'un télégramme, tant que la lettre la contenant ne sera pas parvenue à Paul. Au contraire, si la vente est parfaite à partir du moment où la lettre qui contient l'acceptation a été expédiée, il n'y a plus dès lors de rétractation possible.

b. Les parties doivent exister et être capables au moment où le contrat se forme. Si donc Paul décède ou est déclaré en faillite dans l'intervalle entre l'acceptation et son arrivée à Paris, la vente sera ou non conclue selon qu'on admettra ou non qu'elle a été formée définitivement dès le moment où la lettre d'acceptation a été expédiée.

c. D'après l'art. 420, C. proc. civ., l'un des tribunaux compétents

Source BIU Cujas

en matière commerciale est celui du lieu où la promesse a été faite, c'est-à-dire où le contrat a été conclu, et où la marchandise a été livrée. Il faut donc savoir, pour déterminer si à ce titre un tribunal est compétent, où le contrat a été formé.

d. Quand le vendeur et l'acheteur résident dans deux États régis par des lois différentes, il faut savoir où le contrat doit être considéré comme conclu, pour déterminer la législation à appliquer, dans les cas où, en présence d'un conflit entre les lois des deux États, la loi du lieu de la conclusion du contrat (*lex loci contractûs*) est applicable.

D'après une opinion, qui a pour elle la plupart des auteurs (1) et la jurisprudence (2), la vente n'est parfaite que du moment où la lettre d'acceptation est parvenue à l'auteur de l'offre. On fait remarquer que le législateur s'est préoccupé de la question pour la donation entre-vifs et l'a tranchée en ce sens; d'après l'art. 932, C. civ., la donation n'est parfaite à l'égard du donateur que du moment où l'acceptation du donataire lui a été notifiée. On ajoute que, pour que le concours de volontés nécessaire à tout contrat existe, il ne suffit pas que les parties soient d'accord, mais encore qu'elles connaissent leurs volontés réciproques.

Nous croyons préférable l'opinion d'après laquelle le contrat est parfait lorsque l'acceptation de l'offre a été manifestée de façon à ce qu'on ne puisse revenir sur elle, notamment par la mise à la poste d'une lettre la contenant. L'art. 932, C. civ., s'explique par le caractère d'acte solennel de la donation; il ne peut être étendu à un contrat consensuel comme la vente. On ne peut, du reste, dire qu'une volonté est secrète lorsqu'elle a été exprimée dans une lettre que son auteur a remise à la poste.

Dans le silence de nos lois, il n'est pas possible, si l'on admet cette doctrine, d'écarter quelques-unes de ses conséquences. Mais les lois étrangères qui ont statué sur la question, ont fait une distinction se recommandant au point de vue législatif par de graves considérations pratiques : elles considèrent le contrat comme parfait par le seul fait de l'acceptation de l'offre, mais elles reconnaissent pourtant à celui qui a manifesté la volonté d'accepter, le droit de rétracter

(1-2) V. notre *Précis de droit commercial*, t. I, n° 631.

Source BIU Cujas

son acceptation jusqu'au moment où celle-ci parvient à l'auteur de l'offre.

388 *bis*. *Des ventes faites par des intermédiaires*. — Les intermédiaires auxquels on peut recourir pour conclure une vente sont de différentes sortes. Il importe, quand on y recourt, de fixer le moment où la vente est parfaite et cela aux divers points de vue auxquels la question doit être résolue lorsque la vente se conclut par correspondance (V. n° 387).

Il n'y a rien de particulier à dire pour le cas où la vente est conclue par l'intermédiaire d'un *courtier*, car le courtier rapproche seulement les parties qui contractent ensemble, soit directement, soit par correspondance. Ce sont aussi les principes posés précédemment qui s'appliquent quand la vente est conclue par l'entremise d'un ou de deux commissionnaires contractant en leur nom (n° 387). Car alors la vente ne crée d'obligations qu'à la charge des commissionnaires qui l'ont conclue comme s'ils avaient agi pour eux-mêmes.

Mais que faut-il décider lorsque la vente est conclue par une personne qui agit au nom du vendeur ou de l'acheteur, par exemple par un commis sédentaire ou par un commis-voyageur ? Il est nécessaire de distinguer les deux hypothèses qui peuvent se présenter.

1. Si le commis a reçu les pouvoirs nécessaires pour vendre ou acheter au nom de son patron, d'après les principes généraux du mandat, le contrat est considéré comme conclu par le patron lui-même. Par suite, la vente est parfaite au moment où le commis la conclut et elle se forme dans le lieu où le commis s'est rencontré avec l'autre partie.

2. Quand, au contraire, le commis vend ou achète au nom de son patron sans avoir les pouvoirs nécessaires à cet effet, il est bien évident que le patron n'est lié qu'autant qu'il ratifie. Mais le contrat est-il considéré comme conclu dans le lieu où le commis a fait l'opération ou bien dans le lieu de la résidence du patron où celui-ci a exprimé la volonté de ratifier? On a admis la dernière solution en disant que le contrat n'est conclu que par la ratification du maître (1). Mais la solution contraire doit prévaloir : le maître en ratifiant fait sien

(1) Dijon, 21 avril 1865, D. 1865. 2. 115.

Source BIU Cujas

le contrat et, à raison de la rétroactivité de la ratification, il est naturel de considérer le contrat comme formé dans le lieu où le commis a agi (1).

388 *ter*. Obligations du vendeur. — Le vendeur est tenu avant tout de délivrer la chose vendue à l'acheteur; il doit le faire à l'époque fixée et délivrer des marchandises de la quantité, du poids et de la qualité convenus.

Pour qu'il y ait délivrance, il faut et il suffit que les choses vendues soient mises à la disposition de l'acheteur. Il y a certains modes de délivrance qui, quoiqu'admissibles au besoin en matière civile, sont surtout employés dans le commerce. Telle est la remise de la lettre de voiture pour les marchandises transportées par terre et celle du connaissement pour celles dont le transport s'opère par mer.

Un terme est souvent fixé pour la livraison; il y a alors ce qu'on appelle une *vente à livrer* ou un *marché à terme* (n° 399).

A défaut de livraison à l'époque convenue, l'acheteur peut réclamer l'exécution de la vente ou demander la résolution avec dommages-intérêts (art. 1184, C. civ.). Quand l'acheteur prend le premier parti, si le vendeur persiste à ne pas livrer, l'acheteur peut *se remplacer*, c'est-à-dire acheter des marchandises semblables d'une autre personne; il se fait payer ensuite, s'il y a lieu, la différence entre le prix du remplacement et celui de la vente non suivie de livraison. Le droit de se remplacer est une application de l'art. 1144, C. civ., qui permet au créancier de se procurer lui-même autant que possible la chose due, si le débiteur ne la lui fournit pas.

Pour obtenir des dommages-intérêts, l'acheteur doit, à moins de convention contraire, mettre le vendeur en demeure (V. sur la mise en demeure en matière commerciale, n° 358). Un jugement est nécessaire pour qu'il y ait résolution, à moins qu'il n'ait été convenu qu'elle aura lieu de plein droit. L'art. 1184, C. civ., qui pose cette règle, ajoute que des délais peuvent être accordés pour l'exécution, mais il n'est guère d'usage d'en accorder en matière de vente commerciale.

389. Le vendeur doit livrer la quantité ou le poids convenu. A ce propos, il y a lieu de se demander si les marchandises se vendent

(1) Cf. cass., 31 août 1852, D. 1851. 2. 225.

Source BIU Cujas

au poids brut ou *au poids net :* le poids brut comprend le poids de la marchandise et de son contenant ; le poids net est le poids de la marchandise à l'exclusion de celui de son contenant. La loi du 13 juin 1866, consacrant des usages anciens, établit qu'en principe, les marchandises se vendent au poids net; mais un tableau annexé à cette loi énumère des marchandises qui exceptionnellement se vendent au poids brut, à moins de convention contraire; ce sont, en général, des marchandises de peu de valeur. On constate le poids net ordinairement en déballant les marchandises pour les peser seules. Il y a des marchandises que le déballage pourrait détériorer; aussi les pèse-t-on avec leur contenant et on opère sur le poids total une réduction correspondant au poids présumé du contenant ; c'est ce qu'on appelle la *tare.* Un tableau annexé à la loi du 13 juin 1866 indique la tare d'usage pour certaines marchandises.

Les soies et les laines ont des propriétés hygrométriques, c'est-à-dire que l'humidité en augmente le poids. Aussi y a-t-il auprès de certaines chambres de commerce des bureaux dans lesquels on fait arriver au moyen d'une température élevée les soies et les laines à un état complet de dessiccation. On a ainsi un poids net auquel on ajoute un certain poids pour avoir le poids normal.

390. Le vendeur doit livrer des marchandises de la qualité convenue. A défaut de convention relative à cette qualité, on sous-entend que les marchandises doivent être *de qualité marchande* ou *de recette,* en tenant compte de l'art. 1246, C. civ., d'après lequel, pour être libéré, le débiteur n'est pas tenu de donner une chose de la meilleure espèce, mais ne peut l'offrir de la plus mauvaise. D'ailleurs, le plus souvent il y a des clauses spécifiant la qualité des marchandises. Ainsi parfois la vente est faite *sur échantillon,* c'est-à-dire qu'il est convenu que les marchandises seront conformes à un échantillon désigné antérieurement. En principe alors, l'acheteur peut, dès qu'il y a une différence qui n'est pas tout à fait insignifiante, faire résoudre la vente (art. 1184, C. civ.), c'est-à-dire laisser la marchandise pour compte au vendeur, à moins qu'il ne soit convenu qu'une différence n'entraînera qu'une *réfaction* ou réduction de prix. Il en est de même lorsque la provenance de la marchandise a été indiquée ou quand on a désigné la marque de la

Source BIU Cujas

marchandise et que le vendeur livre des marchandises d'une autre provenance ou d'une autre marque.

Parfois des marchandises sont vendues arbitrables sur *types*. On appelle ainsi des séries d'échantillons connues sous des noms spéciaux, déposées souvent aux chambres de commerce et auxquelles les parties se réfèrent. Des types existent particulièrement pour les sucres et les cotons. Il y a lieu à résiliation quand la marchandise livrée n'est pas du type convenu.

391. Le vendeur n'est pas seulement tenu de livrer les marchandises ; il est encore garant des évictions et des vices cachés ou rédhibitoires.

Il y a rarement lieu, en matière commerciale, à la garantie pour éviction. Car il s'agit de choses mobilières et, par suite, le plus souvent l'acheteur est à l'abri de toute revendication en vertu de la règle *en matière de meubles possession vaut titre*. Cependant des évictions peuvent se produire, quand cette règle n'est pas applicable ; c'est là ce qui a lieu notamment lorsqu'il s'agit de créances non constatées par des titres au porteur, ou même de titres au porteur, si le porteur dépossédé peut en vertu de la loi du 15 juin 1872 (nos 197 et suiv.) revendiquer les titres dont il a été dépossédé, ou enfin de choses mobilières corporelles perdues ou volées (art. 2279, C. civ.).

391 *bis*. Conformément aux dispositions du Code civil (art. 1641 et suiv.), quand la chose vendue a des vices cachés ou rédhibitoires, c'est-à-dire qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus, l'acheteur peut à son choix ou faire résoudre la vente (action rédhibitoire) ou faire réduire le prix. Cette réduction s'appelle dans le langage commercial *bonification* ou *réfaction*.

La matière de la garantie des vices rédhibitoires dans les ventes d'animaux domestiques est réglée par la loi du 2 août 1884, qui a remplacé une autre loi du 20 mai 1838. Les actions en réduction de prix et en résiliation ne sont pas admises si le prix ne dépasse pas 100 francs (art. 4). En outre, quand le prix excède cette somme, l'action en réduction de prix ne peut pas être exercée, si le vendeur

Source BIU Cujas

offre de reprendre l'animal en remboursant le prix de la vente et les frais qu'elle a occasionnés.

Mais dans les ventes commerciales, en général, l'action en diminution de prix est plus fréquente que l'action rédhibitoire. Cette dernière action a un inconvénient grave; avec elle les marchandises reviennent au vendeur grevées des frais de transport pour l'aller et le retour.

392. Obligations de l'acheteur. — L'acheteur est tenu de deux obligations principales; il doit : 1° payer le prix; 2° prendre livraison de la marchandise (*se livrer*, selon l'expression technique).

A quel moment le prix est-il payable ? Il faut distinguer la vente à terme (ou *à crédit*) et la vente au comptant.

Les ventes *à crédit* sont très fréquentes, parce que l'acheteur compte désintéresser son vendeur avec le prix de la revente ; le délai est ordinairement de 3 mois. Souvent alors l'acheteur souscrit un billet à ordre au profit du vendeur ou le vendeur tire sur l'acheteur une lettre de change (ou traite) payable à trois mois que celui-ci accepte. Si le vendeur a besoin d'argent, il fait escompter le billet ou la traite par un banquier.

Quand la vente est faite au comptant, le prix doit, en principe, être payé au moment même de la livraison, tellement que le vendeur a le droit de retenir les marchandises si l'acheteur ne lui offre pas de les payer (C. civ., art. 1612). Mais, sur beaucoup de places de commerce, spécialement dans certains ports de mer, il est d'usage que le vendeur livre la marchandise sans recevoir d'argent et laisse à l'acheteur un délai, variable selon les places, pour vérifier les marchandises.

L'acheteur à crédit peut payer avant le terme, car le terme est présumé stipulé en faveur du débiteur (art. 1187, C. civ). Lorsque le paiement est fait avant le terme, le vendeur peut accorder à l'acheteur une réduction de tant pour cent; c'est là ce qu'on appelle l'escompte ou l'*escompte pour prompt paiement*. L'expression *escompte* s'emploie dans un autre sens en matière d'effets de commerce et même dans les ventes commerciales. Parfois le prix pour lequel des marchandises sont offertes est fixé à une somme élevée (*prix fort*) de telle sorte qu'un rabais est consenti à ceux qui achè-

Source BIU Cujas

tent au comptant; ce rabais est aussi appelé escompte. Le montant de ce rabais est, pour les articles non manufacturés vendus dans les ports, fixé par la loi du 13 juin 1866 à 2 0/0.

393. Quand l'acheteur est en retard de payer le prix, doit-il des intérêts au vendeur? Dans les ventes civiles, le prix est productif d'intérêts : *a.* quand il a été ainsi convenu lors de la vente; *b.* quand il y a eu une sommation faite à l'acheteur; *c.* quand la chose vendue et livrée est productive de fruits ou d'autres revenus (comme un immeuble, une obligation ou une action). (V. art. 1652, C. civ.). En matière commerciale, les intérêts du prix sont-ils dus même en dehors de ces cas? Il est admis sans peine que, lorsqu'un jour a été fixé pour le paiement, les intérêts courent de plein droit à partir de ce jour. Mais quand la vente est faite au comptant, les usages de toutes les places ne s'accordent pas pour faire courir les intérêts à partir de la vente.

394. Les différentes garanties accordées au vendeur pour assurer le paiement du prix sont les mêmes en matière commerciale qu'en matière civile. Le vendeur a donc un privilège (C. civ., art. 2102-4°), et une action en résolution (art. 1184 et 1654, C. civ,); il a, en outre, lorsque la vente est au comptant, un droit de rétention (art. 1612, C. civ.) et un droit de revendication qui lui permet de recouvrer le droit de rétention en se faisant remettre en possession des marchandises livrées à l'acheteur (art. 2102-4°, C. civ.). Mais, en matière commerciale, le vendeur est privé souvent du privilège, de l'action en résolution et de l'action en revendication; car ces droits lui sont enlevés lorsque l'acheteur commerçant est déclaré en faillite et que, avant la déclaration de faillite, les marchandises achetées sont entrées dans ses magasins (art. 550 *in fine*, C. com.).

395. L'acheteur est tenu de prendre livraison des marchandises. S'il *ne se livre pas*, le vendeur peut ou faire résoudre la vente ou faire revendre les marchandises aux risques de l'acheteur (art. 1184, C. civ.) de telle sorte que l'acheteur paie la différence si le prix de la revente est inférieur à celui de la vente qui lui avait été faite.

La résolution pour inexécution des obligations n'a pas, en général, à moins de convention contraire, lieu de plein droit; il faut qu'elle soit demandée et prononcée en justice (art. 1184, C. civ.). Mais,

Source BIU Cujas

d'après l'art. 1657, C. civ., une dérogation est apportée à cette règle en matière de vente de denrées et d'effets mobiliers; le défaut de retirement au terme convenu de la part de l'acheteur entraîne la résolution de plein droit au profit du vendeur et sans même qu'il soit besoin d'une sommation préalable. Cette disposition s'applique-t-elle aux ventes commerciales comme aux ventes civiles? On l'a nié en se fondant sur ce que, lors de la discussion de l'art. 1657, C. civ., au Conseil d'État, le mot *marchandises* qui s'y trouvait fut effacé afin, dit Cambacérès, que l'article ne fût pas appliqué aux affaires de commerce. Cependant une jurisprudence constante applique aux ventes commerciales l'art. 1657, C. civ. Cet article ne fait pas de distinction et, les rédacteurs du Code civil, en effaçant le mot marchandises, ont voulu laisser aux rédacteurs du Code de commerce le soin de déterminer si la même règle régirait ou non les ventes commerciales. Le Code de commerce étant muet sur ce point, à défaut d'usage contraire, la disposition du Code civil est applicable. Du reste, les motifs de l'art. 1657, C. civ., ont surtout une grande force en matière commerciale. Les choses mobilières varient souvent de valeur. Si le vendeur devait mettre l'acheteur en demeure et former contre lui une demande en justice, il serait à redouter que la baisse des marchandises ne se produisît pendant le temps nécessaire pour remplir ces formalités. Le vendeur éprouverait alors, en reprenant les marchandises, une perte très grande. Il aurait, il est vrai, un recours contre l'acheteur; mais ce recours serait rendu illusoire par l'insolvabilité de ce dernier.

2° *Des différentes espèces de ventes commerciales.*

396. Les ventes commerciales sont soumises fréquemment à des modalités diverses. Ainsi il y en a qui sont conditionnelles, telles que les ventes *au compte, au poids ou à la mesure*, les *ventes en disponible, etc.* Il y en a qui sont à terme, comme les *ventes à livrer, par filière*, etc. D'autres sont à la fois à terme et sous condition, par exemple les ventes *par navire désigné ou à désigner*. Les ventes commerciales reçoivent parfois l'application de règles spéciales à raison du lieu dans lequel se trouvent les marchandises (ventes de marchandises déposées soit dans des *entrepôts*, soit dans *des docks*

Source BIU Cujas

ou *magasins généraux*). Enfin il y a des ventes *publiques* se faisant généralement aux enchères. La plupart de ces ventes sont régies par les usages plutôt que par des dispositions légales. V. cependant, art. 1585 et suiv., C. civ.

397. Ventes de marchandises au compte, au poids ou a la mesure. — La vente de marchandises se trouvant dans un lieu déterminé, par exemple, du blé enfermé dans un grenier, peut se faire soit *en bloc*, soit *au compte*, *au poids* ou *à la mesure*. Il y a vente en bloc, lorsque le prix est fixé d'une façon invariable : telle est la vente de 200 hectolitres se trouvant dans un grenier pour 2,000 fr. Il y a, au contraire, vente au compte, au poids ou à la mesure, quand, le prix n'étant indiqué que par rapport à l'unité de compte, de poids ou de mesure, la fixation du prix total dépend du mesurage, du compte, du pesage à effectuer ultérieurement. C'est là ce qui a lieu lorsque je vends 200 hectolitres à prendre dans le tas de blé se trouvant dans un grenier à raison de 20 fr. l'hectolitre.

Il y a lieu de déterminer dans ces ventes à partir de quel moment la propriété des marchandises est transférée à l'acheteur et les risques sont pour lui. Ces questions sont résolues par les art. 1585 et 1586, C. civ. (1).

398. *Ventes en disponible.* — On appelle ainsi des ventes dans lesquelles les marchandises peuvent être mises immédiatement à la disposition de l'acheteur et vues par lui. En général, d'après l'usage, dans ces ventes, l'acheteur a la faculté d'examiner la marchandise et de l'accepter ou de la refuser à son gré dans un délai très court, en général de trois jours; elles se trouvent ainsi soumises à la condition suspensive de l'agrément de l'acheteur. Aussi appelle-t-on parfois ces ventes *ventes avec vue en sus*; à Bordeaux, on dit : *ventes gré dessus*.

Mais, pour que cette faculté appartienne à l'acheteur, il faut : *a*. que les marchandises aient été vendues sans indication de qualité; autrement l'acheteur doit accepter les marchandises qui ont la qualité convenue; *b*. qu'on n'ait pas fait la vente avec la clause *vu et agréé*, qui implique acceptation par l'acheteur; *c*. que la vente ne

(1) V. Demante et Colmet de Santerre, VII, n° 627; Baudry-Lacantinerie, t. III, n°s 457 et suiv. V. aussi notre *Précis de droit commercial*, t. I, n 651 à 653.

Source BIU Cujas

soit pas à terme. On pourrait redouter dans les ventes à terme, à raison du délai parfois assez long à courir de la vente à la livraison, que les cours des marchandises ayant baissé dans l'intervalle, l'acheteur ne les refusât dans le but unique d'échapper à la perte que cette baisse lui ferait éprouver.

399. Ventes a livrer. Marchés a terme. — Les ventes dans lesquelles il y a un terme à la fois pour la livraison de la chose vendue et pour le paiement du prix, sont appelées *ventes à livrer*, quand elles portent sur des marchandises, et *marchés à terme*, quand elles ont pour objet des valeurs mobilières, actions, obligations de sociétés, rentes sur l'État, etc.; il sera traité des marchés *à terme* dans le chapitre consacré aux *Bourses de commerce*. Ordinairement l'acheteur ne peut pas refuser les marchandises à son gré, il doit les accepter par cela seul qu'elles sont loyales et de recette, V. ci-dessus, n° 390. Les ventes à livrer se font notamment pour les blés, les farines, les huiles, les cotons, etc...

Le vendeur souvent n'a pas les marchandises lors de la vente; il *spécule à la baisse*, en ce sens qu'il compte les acheter pour un prix inférieur à celui pour lequel il les a vendues, ce qu'il parvient à faire si les cours baissent. Au contraire, l'acheteur dans les ventes à livrer *spécule à la hausse*, c'est-à-dire qu'il espère que, grâce à la hausse des cours, il pourra réaliser un bénéfice en revendant les marchandises à un prix supérieur à son prix d'achat. Si la hausse se produit; le vendeur éprouve une perte; s'il y a baisse, au contraire, la perte est pour l'acheteur.

Dans le cas où le vendeur ne fait pas la livraison à l'époque fixée, d'après les principes posés précédemment (V. n° 388 *bis*), l'acheteur peut acheter à une autre personne; en cas de hausse, il éprouve une perte égale à la différence des cours et il a le droit d'en réclamer le montant au vendeur. A l'inverse, quand l'acheteur *ne se livre pas* à l'époque convenue, le vendeur peut vendre les marchandises à une autre personne; s'il y a baisse, le vendeur éprouve une perte égale à la différence des cours dont il peut réclamer le remboursement à l'acheteur (n° 395).

Les ventes à livrer sont souvent sérieuses, en ce sens que la volonté des parties est d'arriver à une livraison effective des mar-

Source BIU Cujas

chandises. Il n'en est pas toujours ainsi. Les ventes à livrer sont parfois fictives : l'intention des parties, dès le moment de la conclusion du contrat, est de ne procéder jamais à la livraison des marchandises, mais de se tenir seulement compte de la différence entre le prix stipulé dans la vente et le cours des marchandises au moment où la livraison devait être faite. Si les marchandises sont vendues 20,000 fr. et si, d'après les cours du jour de la livraison, elles valent 21,000 fr., le vendeur paie à l'acheteur 1,000 fr., c'est ce qu'il perdrait s'il devait se procurer les marchandises. Au contraire, dans le cas où les marchandises valent, d'après les cours du jour fixé pour la livraison, 19,000 fr., l'acheteur paie 1,000 au vendeur, c'est la somme qui constituerait sa perte s'il revendait les marchandises après s'en être livré.

La jurisprudence admettait qu'il y a un jeu ou un pari sur la variation des cours, lorsque dès l'origine les parties ont eu la volonté de ne pas en arriver à une livraison. Aussi reconnaissait-elle en pareil cas que la partie perdante pouvait opposer à l'action en paiement de la différence l'exception de jeu d'après l'art. 1965, C. civ., qui refuse toute action pour le paiement d'une dette de jeu. Cette jurisprudence était sans doute bien fondée en droit, mais elle donnait lieu à de graves abus. Il est très difficile, impossible même dans bien des cas, de déterminer si la livraison n'a pas lieu à raison de ce que, dès l'origine, il a été entendu qu'elle ne serait pas opérée ou à raison de ce que, la vente étant sérieuse, le vendeur n'a pas pu ou n'a pas voulu après coup faire la livraison ou l'acheteur n'a pas pu ou n'a pas voulu la recevoir. Généralement les intéressés ne constatent pas par écrit leur volonté de ne jamais en arriver à une livraison. Les tribunaux en étaient réduits à s'attacher à des circonstances extérieures, spécialement à examiner le rapport existant entre la fortune des parties et l'importance du marché. Aussi des hommes de mauvaise foi profitaient-ils de cette jurisprudence pour se soustraire à des engagements sérieux en opposant l'exception de jeu et souvent les tribunaux induits en erreur sur la nature de l'opération admettaient cette exception. Il y avait là un abus grave qui pouvait empêcher la conclusion de ventes à livrer sérieuses dont l'utilité, notamment pour l'approvisionnement des villes et de l'armée, n'est pas

Source BIU Cujas

contestable. Aussi une loi du 28 mars 1885 a-t-elle déclaré que dorénavant l'exception de jeu ne sera pas admissible à l'occasion de ventes à livrer. Cette loi s'applique aussi aux marchés à terme des valeurs mobilières. Il sera parlé des dispositions de cette loi relatives à ces marchés dans le chapitre consacré aux *Bourses de commerce* où ils se font le plus fréquemment.

400. Ventes par filière. — Les ventes *par filière* sont des ventes à livrer d'une certaine espèce ; elles contribuent à multiplier les transactions commerciales en les rendant plus rapides et en diminuant les frais que plusieurs transports successifs des mêmes marchandises pourraient occasionner. Elles sont particulièrement usitées à Marseille et à Paris pour les blés, les farines, les huiles. A raison même des variations des cours et des spéculations auxquelles elles donnent lieu, des marchandises sont souvent l'objet de plusieurs ventes à livrer successives entre la date de la première vente et celle de la livraison. Il faudrait rigoureusement que les marchandises fussent successivement livrées par chaque vendeur à son acheteur et que chaque acheteur payât le prix à son vendeur et le reçût de son propre acheteur. Cela serait compliqué et entraînerait des lenteurs et des frais surtout quand les vendeurs et les acheteurs habitent dans des lieux différents. Aussi le premier vendeur crée-t-il sur le détenteur des marchandises un ordre de livraison qu'il remet au premier acheteur, celui-ci à son propre acheteur et ainsi de suite jusqu'au dernier ; cet ordre de livraison se transmet ordinairement par endossement. Le premier vendeur est appelé *livreur* et le dernier acheteur qui reçoit les marchandises *réceptionnaire*. Le *réceptionnaire* reçoit les marchandises de leur détenteur ; il n'y a ainsi qu'une livraison, qu'un transport et les marchandises ne sont pas grevées des frais de plusieurs transports successifs. On appelle *filière* la suite des ventes successives qui s'exécutent, à l'aide de la transmission d'un ordre de livraison, par une livraison unique.

Quand la livraison est faite au réceptionnaire, il y a lieu au paiement des prix. Rien ne serait plus simple si le prix de chacune des ventes successives était le même : le *réceptionnaire* paierait le prix au *livreur*, les acheteurs intermédiaires seraient libérés et tout serait terminé. Mais il en est rarement ainsi par suite même de la va-

Source BIU Cujas

riation des cours. La diversité des prix exige qu'il soit procédé à un règlement qui est fait, tantôt par les parties elles-mêmes, tantôt par un tiers qu'on appelle *liquidateur* ou *filiériste* (1).

Les usages ont consacré plusieurs règles importantes en matière de ventes par filière. Les principales sont les suivantes :

a. Chaque vendeur peut exiger le paiement du prix de son acheteur immédiat qui peut lui réclamer la livraison. Dans la pratique, ces droits ne sont pas exercés : le premier vendeur se fait payer par le réceptionnaire, il ne s'adresse à son acheteur que lorsque le réceptionnaire est insolvable.

b. Un vendeur ne peut pas agir contre un acheteur avec lequel il n'a pas contracté. Cependant le premier vendeur est admis à agir contre le réceptionnaire ; en livrant les marchandises, le premier vendeur lui fait crédit. On admet même que le réceptionnaire qui paierait directement son propre vendeur, serait exposé à payer une seconde fois le premier vendeur si celui-ci n'était pas désintéressé.

c. Le réceptionnaire ne peut être tenu de payer plus qu'il n'a acheté et le livreur ne peut recevoir plus qu'il n'a vendu. Si le réceptionnaire a acheté pour un prix supérieur à celui de la première vente, il ne paie au livreur que ce qui est dû à celui-ci par le premier acheteur, et il remet la différence à son propre vendeur. Si le réceptionnaire a, au contraire, acheté pour un prix inférieur à celui de la première vente, il ne paie au livreur que son prix et le livreur reçoit la différence de son acheteur immédiat.

Exemples. Jacques a vendu à Jean 200 hectolitres de blé pour 4,000 francs, Jean les a revendus à Paul pour 4,200 fr. et Paul les a revendus à Pierre pour 4,400 fr. ; Pierre paie à Jacques 4,000 fr., puis remet à Paul 400 fr. sur lesquels 200 fr. reviennent à Jean. Ainsi le second et le troisième acheteur perçoivent chacun le montant de leur bénéfice qui est de 200 francs.

Jacques a vendu à Jean 200 hectolitres de blé 4,000 fr., Jean les a revendus à Paul 3,800 fr. et Paul à Pierre 3,600 fr. Pierre ne paiera à Jacques que 3,600 fr., l'acheteur immédiat de Jacques (Jean) lui remettra la différence de 400 fr., mais Jean recouvrera 200 fr. de Paul son acheteur direct. Chacun des acheteurs intermé-

(1) V. *Précis de droit commercial*, t. I, n° 688.

Source BIU Cujas

diaires éprouvera ainsi une perte de 200 fr. résultant des différences des prix de vente.

401. Ventes par navire désigné ou a désigner. — Quand il s'agit de ventes de marchandises à transporter par mer, le vendeur est exposé, dans le cas où elles n'arrivent pas à l'époque convenue, à payer des dommages-intérêts à l'acheteur. Aussi, pour le soustraire à ce risque, très souvent les ventes maritimes se font sous la condition que les marchandises arriveront dans un certain délai. Si les marchandises n'arrivent pas dans le délai fixé, la vente est considérée comme non avenue et le vendeur, qui n'a pas de prix à réclamer, n'est pas du moins tenu de payer des dommages-intérêts à l'acheteur. Une vente conclue simplement sous une telle condition mettrait trop l'acheteur à la discrétion du vendeur. Celui-ci pourrait facilement, en cas de hausse des cours, profiter d'une occasion de vendre les marchandises plus cher à un autre acheteur et alléguer ensuite qu'elles ne sont pas arrivées dans le délai fixé et que, par suite, la vente est non avenue. Au contraire, en cas de baisse des cours, le vendeur livrerait des marchandises quelconques à l'acheteur. Pour éviter les fraudes de ce genre et restreindre les risques qu'il court, l'acheteur exige souvent que le nom du navire sur lequel sont transportées les marchandises vendues lui soit indiqué ou dans la vente elle-même ou par une déclaration postérieure. C'est là ce qu'on appelle *une vente par navire désigné ou à désigner*.

Quand la désignation du navire a été faite soit dans la vente soit postérieurement, on peut savoir exactement si les marchandises sont arrivées ou non dans le délai fixé et le vendeur ne peut pas alléguer, en cas de hausse des cours, la non-arrivée des marchandises pour ne pas en opérer la livraison. Si les marchandises n'arrivent pas, il est facile d'en trouver la cause et le vendeur n'est libéré que s'il y a eu cas fortuit.

Quand la vente est faite par navire à désigner, il est ordinairement convenu que la désignation sera faite dans un certain délai. Ce délai expiré, on dit que *le défaut de désignation du navire rend la vente ferme ou la résilie au gré de l'acheteur*. Cela veut dire que l'acheteur peut ou bien réclamer l'exécution du contrat et *se remplacer* (V. nº 388), ou bien tenir la vente pour non avenue. Les

Source BIU Cujas

tribunaux, qui n'ont pas le pouvoir de modifier des conventions, ne pourraient pas même prolonger le délai dans lequel le navire doit être désigné. Mais l'acheteur est, bien entendu, libre d'accorder au vendeur un délai supplémentaire pour faire la désignation du navire. Parfois la faculté de prorogation est stipulée dans la vente même.

402. Ventes de marchandises sujettes a des droits de douane ou d'octroi. Ventes de marchandises déposées dans les entrepôts. — Les marchandises vendues, pour être livrées à l'acheteur, doivent parfois pénétrer d'un pays étranger sur le territoire français ou entrer dans une ville. Elles sont souvent alors soumises à des droits de douane ou d'octroi. A moins de convention contraire, ces droits sont considérés comme compris dans le prix de vente et sont, par suite, supportés par le vendeur. Mais que décider si, dans l'intervalle, les droits de douane ou d'octroi sont augmentés ou diminués ? En principe, le vendeur supporte les augmentations ou profite des diminutions. Les augmentations de droits peuvent ainsi déranger des combinaisons et causer un grand dommage à des vendeurs qui ont cru n'avoir à supporter que des droits moins élevés. Aussi le plus souvent les lois augmentant les droits de douane contiennent-elles des dispositions transitoires en vertu desquelles l'augmentation n'atteint pas les marchandises dont l'expédition remonte à une certaine date antérieure à la mise en vigueur de la loi nouvelle.

403. Souvent des marchandises sont introduites sur le territoire français, sans qu'on sache si elles seront livrées à la consommation en France ou si elles ne seront pas réexportées à l'étranger; il serait rigoureux de faire payer dans ces cas des droits de douane. Aussi la législation française admet-elle un système en vertu duquel les marchandises parvenant de l'étranger en France peuvent être provisoirement dispensées des droits de douane, tant qu'il y a incertitude sur le point de savoir si elles ne seront pas réexportées. Les marchandises sont alors placées dans des locaux spéciaux qu'on appelle des *entrepôts*. Du reste, l'entrepôt est utile même au fabricant ou au commerçant qui introduit des marchandises en France avec l'intention arrêtée de les livrer à la consommation sur notre territoire; il échappe ainsi à la nécessité du paiement immédiat des droits de douane. En

Source BIU Cujas

attirant une grande quantité de marchandises dans des villes ou dans des ports, les entrepôts favorisent le développement du commerce ou de la marine marchande nationale.

On distingue dans nos lois l'*entrepôt réel* et l'*entrepôt fictif*. L'*entrepôt réel* est un bâtiment soumis à la surveillance de l'administration des douanes et dans lequel sont placées des marchandises que leur propriétaire veut pouvoir réexporter sans payer des droits de douane. On autorise parfois aussi les commerçants, surtout quand l'administration manque de locaux, à introduire les marchandises dans leurs propres magasins sans payer les droits de douane. Les magasins constituent alors des *entrepôts fictifs* et sont surveillés par l'administration des douanes, afin que par fraude les marchandises ne soient pas livrées à la consommation sans payer les droits.

Il y a aussi dans quelques grandes villes des entrepôts qui jouent pour les droits d'octroi le rôle que d'autres remplissent pour les droits de douane (ainsi, à Paris, il y a pour les vins l'entrepôt de Bercy).

Les marchandises placées dans un entrepôt peuvent être vendues soit *à la consommation* (ou *à l'acquitté*), soit *à l'entrepôt*, soit *à l'acquitté avec faculté d'entrepôt*.

Dans la vente *à la consommation*, le vendeur s'oblige à supporter les droits de douane en livrant les marchandises. Le prix est fixé en conséquence et demeure invariable malgré les variations que peuvent subir les droits de douane dans l'intervalle de temps qui sépare la vente de la livraison. Dans la vente *à l'entrepôt*, l'acheteur supporte les droits de douane s'il livre les marchandises à la consommation et c'est lui qui souffre ou profite des augmentations ou des diminutions des droits de douane.

Dans la vente *à la consommation* (ou *à l'acquitté*) *avec faculté d'entrepôt*, le prix est fixé en comprenant les droits de douane qui sont supportés par le vendeur, mais l'acheteur peut recevoir les marchandises à l'entrepôt en déduisant le montant des droits de douane. Lorsque l'acheteur use de cette dernière faculté, si les droits de douane ont varié, il paraît juste de faire supporter au vendeur l'augmentation ou de le faire bénéficier de la diminution, en

Source BIU Cujas

déduisant les droits de douane tels qu'ils existent lors de la livraison et non tels qu'ils existaient au moment de la vente. La vente dont il s'agit est une vente à la consommation et la faculté d'entrepôt a un caractère exceptionnel; quand elle est exercée, il doit rester quelque chose de la vente à la consommation (1).

Quand la vente est faite à l'entrepôt, il y a lieu de remplir les formalités du *transfert en douane* pour conférer à l'acheteur le droit de retirer les marchandises. Ces formalités consistent dans la mention de la vente faite sur les registres de l'entrepôt avec engagement pour l'acheteur, s'il ne réexporte pas, de payer les droits de douane à l'administration qui l'accepte pour débiteur à la place du vendeur.

404. VENTES PUBLIQUES DE MARCHANDISES. — Les ventes publiques de marchandises qui ne sont pas neuves sont permises sans aucune restriction. Au contraire, les ventes publiques de marchandises neuves sont soumises à des règles spéciales ayant pour but d'en restreindre le nombre à raison des inconvénients que le législateur leur attribue. Ces règles restrictives sont différentes pour les ventes en détail et pour les ventes en gros.

405. *Ventes publiques en détail de marchandises neuves.* — Ces ventes ont été considérées comme nuisibles à l'intérêt des consommateurs et à celui du commerce. Par la rapidité avec laquelle elles se font, elles donnent une grande facilité pour tromper l'acheteur. Elles fournissent au commerçant sur le point de faire faillite un moyen de faire disparaître des marchandises formant le gage de ses créanciers et permettent parfois d'écouler des objets provenant du vol. Enfin, en livrant tout à coup dans un seul lieu à la consommation une grande quantité de marchandises semblables, elles peuvent amener un abaissement factice des prix qui cause un grave préjudice aux commerçants. Aussi la loi du 25 juin 1841 (art. 1) défend-elle la *vente au détail des marchandises neuves à cri public, soit aux enchères, soit au rabais, soit à prix fixe proclamé.* Toutefois des exceptions sont apportées à cette prohibition : 1° elle ne s'applique point *aux comestibles et objets de peu de valeur connus dans le commerce sous le nom de menue mercerie.* 2° La prohibition est aussi

(1) V. *Précis de droit commercial*, t. I, n° 677, p. 364 et 365.

Source BIU Cujas

écartée si la vente a une cause légitime, ce qui a lieu quand elle est prescrite par la loi ou qu'elle est faite sur saisie, après décès, faillite ou cessation de commerce, et dans tous les cas où le tribunal de commerce autorise la vente (art. 2).

406. *Ventes publiques en gros de marchandises neuves.* — Avant la loi du 28 mai 1858, ces ventes devaient être autorisées par le tribunal de commerce. La nécessité de cette autorisation était gênante et on avait constaté que ces ventes, en faisant affluer les acheteurs dans certaines villes, contribuent au développement du commerce et profitent aux détaillants qui achètent directement les marchandises aux producteurs ou aux importateurs. Aussi la loi du 28 mai 1858 admet-elle que la vente publique en gros est permise, sans aucune autorisation judiciaire préalable, pour certaines marchandises qu'elle énumère et dont le nombre a été augmenté par des décrets postérieurs (D. 30 mai 1863). On a, en général, pour ne pas nuire à l'industrie française, laissé en dehors les objets manufacturés. En outre, afin que la liberté des ventes publiques en gros ne donnât pas un moyen de tourner la prohibition relative aux ventes publiques en détail, la loi a fixé le minimum de la valeur des lots nécessaire pour que les ventes soient réputées en gros. Du reste, les tribunaux de commerce peuvent, dans tous les cas de nécessité dont l'appréciation leur est soumise, spécialement après décès ou cessation de commerce, autoriser la vente en gros de marchandises de toute espèce (L. 3 juillet 1861, art. 1).

Les ventes en gros sont faites par les courtiers de marchandises inscrits, à moins que le tribunal qui autorise la vente ne désigne d'autres officiers publics, par exemple des commissaires-priseurs, pour y procéder (L. 3 juillet 1861, art. 2; L. 18 juillet 1866, art. 14) (1).

407. Ventes de fonds de commerce. — La vente d'un fonds de commerce, ainsi que cela a été admis précédemment (n° 37), est un acte de commerce pour le vendeur et pour l'acheteur. Elle comprend ordinairement la clientèle (ou achalandage), l'installation (comptoirs, machines, etc...), les marchandises se trouvant en magasins, le droit au bail, l'enseigne. On admet aussi que l'acheteur peut

(1) V. *Précis de droit commercial*, t. I, n°s 682 à 685.

Source BIU Cujas

se dire successeur du vendeur et prendre en toutes occasions cette qualité pendant le temps suffisant pour assurer la transmission de la clientèle.

Comme tout vendeur, celui qui vend un fonds de commerce est tenu de garantir l'acheteur contre les évictions. En conséquence, le vendeur ne peut faire concurrence à l'acheteur en créant un établissement semblable à celui qu'il a vendu. S'il le fait, il doit des dommages-intérêts à l'acheteur. C'est aux tribunaux à apprécier si, à raison notamment du lieu dans lequel le nouvel établissement a été créé, il y a une concurrence dommageable. Pour éviter les difficultés d'appréciation sur ce point, les actes de vente déterminent souvent la distance en deçà de laquelle il est interdit au vendeur de s'établir de nouveau. Parfois même le vendeur renonce à la faculté de créer, en quelque lieu que ce soit, un commerce semblable. La jurisprudence n'admet la validité de cette clause qu'autant que la renonciation est limitée à un certain temps. Autrement cette clause est contraire au principe de la liberté du travail.

A Paris, il existe un usage spécial qui, en cas de vente de fonds de commerce, sauvegarde les droits des créanciers du vendeur sur le prix. La vente est portée par la voie d'un journal d'annonces légales à la connaissance du public avec avis aux créanciers du vendeur d'avoir à former opposition sur le prix dans un délai de dix jours à partir de l'insertion, faute de quoi l'acheteur paiera directement le prix au vendeur. Si l'acheteur, après avoir fait cette publication, paie avant l'expiration du délai de dix jours, les créanciers du vendeur peuvent l'obliger à payer une seconde fois ; ils ont dû compter que l'acheteur ne paierait pas tant que le délai ne serait pas écoulé.

408. La loi du 28 février 1872 (art. 7 à 9) soumet les ventes de fonds de commerce à un droit de 2 0/0. Toutefois les marchandises neuves garnissant le fonds vendu ne sont soumises qu'à un droit de 50 cent. 0/0; mais, afin d'éviter les fraudes, la loi exige, pour que les marchandises profitent de cette réduction de droit, qu'il soit stipulé pour elles un prix particulier et qu'elles soient désignées et estimées article par article.

Source BIU Cujas

Le droit établi sur les ventes de fonds de commerce est un droit de mutation et non un droit d'acte, c'est-à-dire qu'il est dû alors même qu'il n'y aurait pas d'écrit dressé pour constater la vente. A défaut d'écrit, il doit être fait une déclaration au bureau de l'enregistrement ou l'administration peut faire la preuve de la vente par tous les moyens possibles.

Source BIU Cujas

CHAPITRE III.

DU GAGE COMMERCIAL. — DES MAGASINS GÉNÉRAUX ET DES WARRANTS.

409. Le gage est un contrat par lequel un débiteur (ou un tiers pour lui) remet à son créancier un objet mobilier corporel ou incorporel (créance), afin de lui conférer le droit de le retenir jusqu'au paiement de la dette et, si elle n'est pas acquittée, de faire vendre cet objet pour être payé sur le prix par préférence aux autres créanciers du débiteur (art. 2073, C. civ.). Le créancier gagiste a ainsi : 1° *le droit de rétention*, 2° *le droit de vente* et 3° *un privilège*.

Le gage est bien plus fréquent dans le commerce que l'hypothèque ; car l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles ou (depuis 1874) sur des bâtiments de mer et tous les commerçants n'ont pas des biens de cette nature. En outre, la constitution et la réalisation, c'est-à-dire la vente des biens hypothéqués, sont soumises à des formalités longues et coûteuses qui ne conviennent guère aux affaires commerciales. A l'époque de la rédaction du Code de commerce, le gage lui-même était rare ; quand une personne y recourait pour se procurer du crédit, on en induisait qu'elle était dans une situation difficile. Aujourd'hui les constitutions de gage sont assez fréquentes par suite de causes diverses. D'abord le nombre des valeurs mobilières a considérablement augmenté : les *avances sur titres*, si pratiquées aujourd'hui, ne sont que des emprunts garantis par la constitution en gage de valeurs mobilières (actions de sociétés, obligations, rentes sur l'État). En outre, à la différence de ce qui avait lieu autrefois, les fabricants devancent souvent les besoins des consommateurs. Ne pouvant pas écouler immédiatement leurs marchandises, ils ont besoin d'argent pour ne pas interrompre la fabrication ; ils s'en procurent en donnant en gage les marchandises dont ils ne trouvent pas le placement. Enfin, il est d'autant plus utile aux créanciers de se faire donner un gage que, depuis 1867, ils n'ont plus la garantie de la contrainte par corps qui leur était accordée pour toutes les dettes commerciales de 200 fr. au moins.

Le Code de commerce ne s'était pas occupé du gage précisément

Source BIU Cujas

parce que le commerce n'y recourait guère en 1807. Quand un gage était constitué pour une opération commerciale, on appliquait les règles du Code civil qui exigent des formalités spéciales lentes et coûteuses pour la constitution et pour la réalisation du gage. La loi du 23 mai 1863, dont les dispositions ont été insérées dans le Code de commerce (art. 91 à 93), a eu pour but de remédier à cet état de choses et de réglementer *le gage commercial*. Du reste, avant cette loi, des facilités avaient déjà été données pour la constitution et la réalisation du gage établi, soit au profit de la Banque de France et de quelques autres grands établissements de crédit, soit sur des marchandises déposées dans les magasins généraux. Nous traiterons successivement : 1° *Des règles générales sur le gage commercial et des règles particulières au gage constitué au profit de quelques établissements de crédit ;* 2° *Des magasins généraux et des warrants.*

1° *Règles générales sur le gage commercial et règles particulières au gage constitué au profit de quelques établissements de crédit.*

409 *bis*. Les dispositions du Code civil (art. 2073 à 2083) sur le gage régissent, en principe, le gage commercial comme le gage civil. Ainsi les deux espèces de gages confèrent les mêmes droits au créancier gagiste, peuvent avoir les mêmes choses pour objet et exigent chez les parties la même capacité. Il n'y a entre les deux sortes de gages de différences (mais elles sont grandes) qu'au point de vue des formes de leur constitution et des conditions de leur réalisation.

409 *ter*. A raison même des différences qui existent entre le gage civil et le gage commercial, il faut d'abord déterminer le caractère distinctif du *gage commercial*. L'art. 91, C. com., considère comme tel *le gage constitué, soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce*. Il résulte de là que le gage est civil ou commercial, suivant la nature de la dette garantie : il est commercial, quand la dette elle-même est commerciale et si l'opération est civile pour l'une des parties et commerciale pour l'autre (V. n° 24), on considère sa nature à l'égard du débiteur. Ainsi un gage constitué par un commerçant peut être civil, s'il garantit une dette étrangère à son commerce et, à l'inverse, le gage constitué par un non-commerçant est commercial, si la dette

Source BIU Cujas

est née d'une opération de commerce faite accidentellement par lui. Par conséquent, il ne faut pas s'attacher, pour distinguer les deux espèces de gages, à la profession du débiteur, ni à celle du créancier (le gage constitué au profit d'un banquier pour une dette non commerciale est un gage civil), ni à la nature des choses données en gage (le gage portant sur les actions d'une société de commerce peut être civil). En vertu de la présomption établie par l'art. 638, 2e alin., C. com., (n° 42), on présume, jusqu'à preuve du contraire, que la dette contractée par un commerçant est commerciale et, par suite, que le gage donné par lui a ce caractère.

410. Formalités de la constitution de gage. — D'après le Code civil, la validité du contrat de gage entre le créancier et le débiteur n'est soumise à aucune autre condition que la mise en possession du créancier gagiste (art. 2076, C. civ.) ; la convention de constituer un gage crée l'obligation de remettre au créancier la chose convenue. Mais des formalités spéciales sont exigées pour que le privilège existe à son profit à l'encontre des tiers. Ces formalités ont pour but d'éviter les fraudes auxquelles les constitutions de gage pourraient donner lieu. Il est à craindre que des débiteurs de mauvaise foi ne simulent un gage de connivence avec un ami complaisant pour mettre de côté certains biens et les soustraire à leurs créanciers ou qu'à une époque à laquelle ils prévoient leur ruine, ils n'avantagent par une constitution de gage un ou plusieurs créanciers au détriment des autres. Il importe, spécialement au cas de faillite du débiteur, de connaître la date exacte de la constitution du gage, pour savoir si cette constitution n'est pas atteinte par les nullités qui frappent les actes faits par le failli pendant une certaine période qui précède le jugement déclaratif (art. 446 et 447, C. com.), si même elle n'est pas postérieure à ce jugement (art. 443). Une antidate pourrait avoir pour but d'échapper à l'application de ces articles.

Les formalités prescrites par le Code civil diffèrent selon que le gage porte sur une chose mobilière corporelle ou sur une créance (art. 2074 et 2075). Dans le premier cas, il faut que la constitution de gage soit constatée par un acte authentique ou par un acte sous

Source BIU Cujas

seing privé ayant acquis date certaine par l'enregistrement (1) et indiquant le montant de la somme due ainsi que l'espèce et la nature de la chose donnée en gage. Ces prescriptions ne sont toutefois applicables qu'en matière excédant 150 fr., c'est-à-dire quand la dette garantie et le gage pris chacun isolément dépassent 150 fr. Quand il s'agit d'une créance donnée en gage, quelque minime que soit l'intérêt en cause, il faut qu'un acte authentique ou qu'un acte sous seing privé enregistré soit dressé et signifié au débiteur de la créance donnée en gage, comme s'il s'agissait d'une cession de créance (art. 2075 et 1690, C. civ.) (2).

Avant la loi du 23 mai 1863, on discutait sur le point de savoir si les formalités des art. 2074 et 2075 devaient être appliquées au gage commercial. La jurisprudence de la Cour de cassation s'était fixée dans le sens de l'affirmative. Elle se fondait sur ce que les art. 2074 et 2075 ne contiennent pas des règles restrictives concernant la preuve qui auraient dû être écartées en matière commerciale en vertu du principe général de l'art. 109, C. com., (n° 363), mais déterminent les conditions de validité du gage sans lesquelles le créancier gagiste n'a pas de privilège. On objectait, il est vrai, que l'art. 2084, C. civ., impliquait qu'il y avait des règles spéciales au gage commercial auxquelles il renvoyait. Mais il y avait seulement dans l'art. 2084, C. civ., une sorte de renvoi éventuel qui était demeuré sans objet par cela même qu'aucune disposition sur le gage n'avait été insérée dans le Code de commerce.

La loi de 1863 a posé la règle applicable au gage commercial et ainsi répondu à l'appel que l'art. 2084, C. civ., semblait faire au législateur commercial ; elle a aussi résolu certaines difficultés relatives au cas où des titres soit à ordre soit transmissibles par voie de transfert sont donnés en gage. Les règles à observer varient avec la nature de l'objet donné en gage. Mais l'idée générale qui domine la loi de 1863 est, en maintenant la mise en possession du créancier gagiste (art. 92, C. com.), de simplifier les formalités en

(1) La date certaine peut-elle être acquise en matière de gage par un des deux autres moyens indiqués par l'art. 1328, C. civ.? V. Aubry et Rau, t. IV, 432, note 7.

(2) L'acceptation faite par le débiteur cédé dans un acte authentique équivaut à la signification comme en matière de cession de créance.

Source BIU Cujas

ne soumettant pas la constitution du gage à des formes plus compliquées que l'aliénation.

411. *Meubles corporels.* — La constitution de gage peut être prouvée, même à l'égard des tiers, par tous les moyens possibles. L'art. 91, 1er al., C. com., renvoie à cet égard au principe général de l'art. 109, C. com.

412. *Créances. Titres à ordre, transmissibles par transfert, au porteur.* — Le Code civil (art. 2075) pose une règle unique pour la constitution en gage des créances ; il exige la confection d'un écrit et sa signification au débiteur de la créance donnée en gage. Aussi de grandes difficultés s'élèvent-elles, quand il s'agit de savoir si ces formalités s'appliquent aux créances constatées par des titres à ordre, nominatifs et au porteur (1). La loi de 1863 a tranché ces difficultés au moins pour le gage commercial.

Titres au porteur. — La loi de 1863 n'en a pas parlé. Mais il est certain qu'on doit leur appliquer, en matière de gage commercial, les mêmes règles qu'aux choses mobilières corporelles. Il a été déclaré expressément dans l'exposé des motifs de la loi que l'art. 91, 1er alin., C. com., s'applique aux titres au porteur, c'est-à-dire que leur constitution en gage peut se prouver par tous les moyens même à l'égard des tiers.

Titres à ordre. —Le gage peut être établi par un endossement régulier indiquant que les valeurs ont été remises en garantie (art. 91, al. 2). Comme l'endossement a le plus souvent pour but de transmettre la propriété du titre, il faut que le débiteur, qui veut seulement le constituer en gage, l'indique par une mention spéciale, faite dans l'endossement, par exemple à l'aide des mots *valeur en garantie.* Cet endossement est appelé parfois *endossement de garantie* ou *pignoratif.*

Titres transmissibles par voie de transfert. — Le gage peut être établi par un transfert de garantie inscrit sur les registres des sociétés (art. 91, al. 3). On entend par là un transfert ou déclaration du débiteur indiquant que la propriété du titre n'est pas cédée, qu'il est simplement constitué en gage. Par cela même qu'il n'y a pas de mutation en ce cas, le droit de transmission n'est pas dû (Décret du 17 juillet 1857, art. 4).

(1) V. *Précis de droit commercial,* I, nos 694 et suiv.

Source BIU Cujas

Il y a des sociétés qui n'admettent pas sur leurs registres des transferts de garantie de leurs actions ou de leurs obligations. L'art. 91, al. 3, est alors inapplicable; comment procéder à la constitution en gage? Le débiteur peut assurément convertir ses titres nominatifs en titres au porteur et les constituer en gage sous cette dernière forme. Mais ce procédé a l'inconvénient de priver le débiteur des avantages en vue desquels il avait fait donner à ses titres la forme nominative (n° 217) et de l'obliger à payer pour la conversion de ses titres le droit de transmission (n° 213). Du reste, il y a des sociétés dont les titres sont tous nominatifs. Aussi peut-on recourir à d'autres procédés. Le débiteur peut faire un transfert ordinaire au profit de son créancier en même temps que par une contre-lettre il est constaté que, le but des parties ayant été de faire seulement une constitution de gage, le titre, après paiement de la dette, devra être retransféré au débiteur; sur la présentation de la contre-lettre, l'administration de l'enregistrement ne perçoit pas le droit de transmission. Mais le procédé est dangereux; car, les contre-lettres n'étant pas opposables aux tiers (art. 1321, C. civ.), si le créancier, au profit duquel le transfert ordinaire a été fait, transmet par fraude les titres à un tiers acheteur, le débiteur ne peut pas les revendiquer contre celui-ci. Afin d'échapper à ce danger, un moyen fort simple peut être employé; comme il s'agit de créances à donner en gage, on peut remplir les formalités de l'art. 2075, C. civ., qui constituent le droit commun auquel on est toujours libre de recourir lorsqu'on y a intérêt (1).

Créances dont le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que par les formalités de l'art. 1690, C. civ. — Ce sont les créances constatées par des titres qui ne sont ni à ordre, ni nominatifs, ni au porteur. Pour elles, la constitution de gage, même en

(1) La Cour de Paris a commis, selon nous, une véritable erreur en admettant que les titres nominatifs peuvent être donnés en gage, si bon semble aux parties, comme des choses corporelles, c'est-à-dire sans aucune formalité, conformément à l'art. 91, 1er al., C. com. Cette disposition n'est faite que pour les meubles corporels: Paris, 28 novembre 1878, S. 1879. 2. 129; J. pal. 1879, 578 et la note de Ch. Lyon-Caen. Quant aux créances, elles ne peuvent être constituées en gage que soit en recourant au transfert, à l'endossement ou à la simple tradition, s'il s'agit de titres nominatifs, à ordre ou au porteur, soit en remplissant les formalités de l'art. 2075, C. civ., si les parties le préfèrent.

Source BIU Cujas

matière commerciale, est soumise à l'art. 2075, C. civ. : il faut donc un écrit enregistré et cet acte doit être signifié au débiteur de la créance donnée en gage (art. 91, 4e alin.). Il n'y avait pas d'inconvénient à conserver pour ces créances la règle du Code civil; elles sont rarement données en gage.

412 *bis. De la mise en possession du créancier gagiste.* — Le Code civil (art. 2076) exige, pour que le privilège subsiste sur le gage, qu'il ait été mis et soit resté en la possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties. Le Code de commerce (art. 92, 1er al.) reproduit la même règle dont le but principal est d'empêcher que le débiteur ne présente comme libres des objets qui ont déjà été donnés en gage. La situation doit donc être telle que le débiteur soit mis hors d'état de disposer de la chose engagée ou de s'en servir pour se procurer frauduleusement du crédit. Il n'est pas nécessaire pour cela que le créancier ait la détention matérielle du gage; il suffit que seul il soit en état d'en disposer à l'exclusion du débiteur. L'art. 92 fait de cette idée plusieurs applications d'une grande importance pratique. Ainsi le créancier gagiste *est réputé avoir les 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* (V. 3e partie, chap. IV) *ou par une lettre de voiture* (V. 2e partie, chap. V).

La mise en possession du créancier gagiste est exigée *dans tous les cas* (art. 92), c'est-à-dire pour le gage des créances comme pour celui des choses corporelles. Le créancier gagiste doit donc avoir en sa possession le titre de la créance donnée en gage (art. 1607, C. civ.).

413. Droits du créancier gagiste. Vente du gage. — Si en matière commerciale les droits du créancier gagiste sont les mêmes qu'en matière civile, l'exercice d'un de ces droits, celui de vendre, n'est pas soumis à des conditions identiques. En matière civile, le créancier gagiste ne peut faire opérer la vente du gage qu'après y avoir été autorisé par jugement (art. 2078, C. civ.); il y a là une cause de lenteurs et de frais. Aussi, en matière commerciale, l'art. 93, al. 1, supprime-t-il la nécessité d'une autorisation de justice : pour que le créancier gagiste puisse faire procéder à la vente du gage, il

Source BIU Cujas

suffit : *a.* qu'une signification soit faite au débiteur ou au tiers qui a constitué le gage ; *b.* qu'il se soit écoulé huit jours depuis la date de cette signification, de telle sorte que le débiteur a quelques jours pour se procurer de l'argent et pour éviter, en payant, la vente du gage.

414. Quant aux formes mêmes de la vente et aux officiers publics compétents pour y procéder, ils diffèrent selon la nature du gage. Pour les *titres se négociant à la Bourse*, il est procédé à la vente par un agent de change (art. 93, 2e alin., C. com.). Pour les *choses mobilières corporelles*, la vente est faite par le ministère des courtiers et là où il y a des courtiers inscrits, c'est parmi eux que doit être choisi celui qui procède à la vente. Toutefois le président du tribunal de commerce peut désigner pour remplir cette mission une autre classe d'officiers publics. Cela peut être fort utile quand il s'agit de choses dont les courtiers n'apprécient pas ordinairement la valeur ; ainsi, lorsque le gage porte sur un objet d'art, il est préférable que la vente soit faite par un commissaire-priseur. Du reste, quel que soit l'officier public qui procède à la vente, il est soumis aux dispositions qui régissent les courtiers, relativement aux formes, aux droits à percevoir et à la responsabilité ; en outre, les art. 2 à 7 de la loi du 28 mai 1858 sont applicables.

Quand un effet de commerce est donné en gage, il ne peut y avoir lieu à aucune vente faite dans l'une des formes qui viennent d'être indiquées. Le créancier gagiste peut le céder dans la forme ordinaire ou le toucher à l'échéance en en imputant le montant jusqu'à due concurrence sur la créance garantie (art. 91, dern. al., C. com.). Du reste, bien que la loi ne le dise pas expressément, il n'est pas douteux que le créancier gagiste peut aussi toucher le capital de la créance donnée en gage, alors qu'il ne s'agit point d'un effet de commerce (montant d'une action ou d'une obligation remboursable, d'une créance ne pouvant être donnée en gage que dans les formes de l'art. 2075, C. civ.).

415. L'art. 93, dern. al., comme l'art. 2078, C. civ., contient relativement à la réalisation du gage, deux prohibitions : 1° Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage est nulle ; c'est la convention appelée *clause commissoire*. 2° Est nulle aussi la

Source BIU Cujas

clause autorisant la vente du gage sans l'observation des formalités prescrites par l'art. 93 (vente aux enchères, huit jours après la signification faite au débiteur). Ces formalités sont très simples et le débiteur ne serait pas assez protégé si elles pouvaient être écartées.

416. L'art. 2078, C. civ., donne au créancier gagiste non payé un autre droit que celui de faire vendre le gage : il peut se faire autoriser par le tribunal à garder le gage jusqu'à due concurrence. Le créancier gagiste a-t-il le même droit en matière commerciale ? On l'a nié en faisant remarquer que l'art. 93, dern. alin., ne reproduit pas sur ce point la disposition du Code civil. Il paraît plus juste de reconnaître ce droit au créancier dans le gage commercial. Le Code de commerce n'ayant pas statué sur la question, il est conforme aux principes généraux de recourir, pour la résoudre, au Code civil.

417. Du gage établi au profit de certains établissements de crédit. — Avant la loi du 23 mai 1863, des lois spéciales avaient dérogé, en faveur de certains établissements de crédit, aux règles du Code civil sur la constitution et sur la réalisation du gage. Malgré la loi générale de 1863, ces dispositions sont demeurées en vigueur et ont encore leur utilité : d'abord quelques-unes simplifient les formes plus encore que la loi de 1863 ; ensuite ces dispositions, ayant été édictées plutôt dans l'intérêt des établissements de crédit que dans celui des emprunteurs, régissent même les prêts sur gage purement civils faits par ces établissements.

Les établissements ainsi placés en matière de gage dans une situation privilégiée sont notamment la *Banque de France* et le *Crédit foncier de France*.

418. La *Banque de France* est autorisée par ses statuts et les lois ou décrets qui la régissent à faire des *avances* (ou prêts) soit *sur titres*, soit *sur lingots*.

Avances sur titres. — Les titres sur lesquels la Banque de France prête sont : 1° les rentes sur l'État français et les différentes valeurs émises par le Trésor public (bons du Trésor et bons de liquidation) ; 2° les obligations des villes de France et des départements français ; 3° les actions et les obligations des 6 grandes compagnies de chemins de fer français ; 4° les obligations du Crédit foncier de France et de la Société algérienne. Le maximum des avances est des quatre cin-

Source BIU Cujas

quièmes de la valeur des titres donnés en gage d'après le cours de la veille au comptant (1). La Banque de France n'admet à titre de gage que des titres au porteur ou des titres nominatifs transférés à son nom, ce qui exclut le simple transfert de garantie (n° 411). Les prêts sont consentis pour 90 jours avec faculté de renouvellement. Il n'est pas accordé d'avance au-dessous de 500 francs.

L'emprunteur souscrit un engagement dont une copie reste entre ses mains. Cet acte contient l'obligation de la part de l'emprunteur de couvrir la Banque du montant de la baisse des titres engagés pour le cas où cette baisse atteindrait 10 pour 100. — Faute de remboursement par l'emprunteur, le lendemain même de l'échéance, sans qu'il soit besoin de mise en demeure ni d'aucune autre formalité, la Banque peut faire vendre à la Bourse tout ou partie des titres (Ordonnance du 15 juin 1834, art. 5).

Avances sur lingots. — La Banque de France fait aussi des avances sur les lingots d'or et d'argent et sur les monnaies étrangères. Le minimum de ces avances est de 10,000 francs.

419. Le *Crédit foncier de France* fait des avances sur les obligations émises par lui et sur les titres admis en garantie d'avances par la Banque de France. Le nantissement *d'obligations du Crédit foncier* est dispensé des formalités des art. 2074 et 2075, C. civ.; le privilège de la société du Crédit foncier résulte de l'engagement souscrit par l'emprunteur dans les mêmes formes que pour les avances faites par la Banque de France. Le Crédit foncier peut, à défaut de paiement, faire procéder, le lendemain de l'échéance, sans mise en demeure ni aucune autre formalité, à la vente des titres qui lui ont été donnés en gage, par un agent de change (2). Mais

(1) Ce maximum est atteint pour les avances faites sur les rentes françaises, sur les bons et les obligations du Trésor; mais des avances faites sur d'autres titres restent au-dessous (75 ou 60 pour cent).

(2) Le Comptoir d'escompte de Paris fait aussi des avances sur titres. Les décrets qui l'ont créé avaient soumis à un droit *fixe* d'enregistrement l'acte de constitution de gage. Cet établissement ayant perdu tout caractère officiel, un décret du 31 octobre 1885, qui en a prorogé la durée jusqu'au 18 mars 1907, a supprimé cette faveur (art. 3); mais il a conservé au Comptoir d'escompte la faculté de pouvoir faire vendre les titres qui lui sont constitués en gage huitaine après une simple sommation faite au débiteur, sans autorisation de justice. Il y a là un privilège même depuis la loi du 23 mai 1863 dans le cas du moins où le gage n'est pas commercial.

Source BIU Cujas

ces dispositions de faveur ne s'appliquent pas aux prêts faits par le Crédit foncier sur des titres autres que ses obligations.

419 *bis. Avances sur titres consenties par les banques non privilégiées.* — Elles sont régies par le droit commum, ce qui entraîne une double dérogation aux règles qui viennent d'être exposées pour la Banque de France et le Crédit foncier. Les banques privées, d'une part, sont libres de prêter sur tels ou tels titres et dans la proportion qu'elles fixent; d'autre part, elles sont soumises aux dispositions ordinaires pour la constitution et la réalisation du gage ; il faut donc rechercher si le gage est civil ou commercial (n° 409) et appliquer, suivant les cas, soit les règles du Code civil (art. 2074-5, 2078), soit les règles du Code de commerce (art. 91 et 93).

2° *Des magasins généraux, des warrants et des récépissés.*

420. Les *Magasins généraux*, désignés parfois sous le nom anglais de *docks* (1), sont de vastes locaux destinés à recevoir en dépôt des matières premières ou des marchandises fabriquées. Ils rendent au commerce de grands services. Ils permettent d'abord à des commerçants de faire des opérations ayant pour objet des marchandises encombrantes sans être obligés d'avoir constamment la charge d'un loyer élevé; il leur suffit d'avoir un simple bureau et s'ils paient des frais de magasinage, ce n'est qu'autant qu'ils ont des marchandises et proportionnellement à l'importance de celles-ci. Cette utilité en quelque sorte matérielle des magasins généraux n'est pas la seule. Ils facilitent singulièrement les transactions relatives aux marchandises qui y sont déposées. Le déposant reçoit un titre au moyen duquel il peut, soit disposer de la marchandise au profit d'un acheteur, soit la donner en gage à un créancier, sans qu'il soit besoin d'un déplacement matériel, toujours onéreux. La matière des magasins généraux se rattache donc à la fois à celle de la vente et à celle du gage (V. n°s 422 et 423).

Il faut éviter de confondre, comme on le fait parfois, les entrepôts avec les magasins généraux. La confusion vient de ce qu'en fait les mêmes locaux peuvent servir à la fois de magasins généraux et d'entrepôts de douane, mais il n'y a là rien de nécessaire.

(1) Le mot *dock* signifie littéralement en anglais bassin.

Source BIU Cujas

421. Les magasins généraux, qui depuis longtemps se sont multipliés en Angleterre, en Hollande et en Allemagne, n'ont occupé le législateur français qu'à partir de 1848. Aujourd'hui la matière est régie par la loi du 28 mai 1858 qui est le texte fondamental, par le décret du 12 mars 1859 rendu pour l'exécution de la loi précédente et par une loi du 31 août 1870.

Nous traiterons successivement : 1° *Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux;* 2° *De la création des magasins généraux, des droits et des obligations des propriétaires de ces magasins.*

A. — *Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux.*

422. Celui qui dépose des marchandises dans un magasin général reçoit deux titres détachés d'un registre à souche et réunis sur la même feuille de papier : 1° un *récépissé* énonçant les noms, profession et domicile du déposant, ainsi que la nature de la marchandise déposée et les indications propres à en établir l'identité et à en déterminer la valeur; 2° un *warrant* ou bulletin de gage contenant les mêmes mentions que le récépissé (Loi du 28 mai 1858, art. 1, dern. al., et art. 2). Ces titres sont à ordre et, par suite, se transmettent au moyen d'un simple endossement. Suivant son but, le déposant les endosse l'un et l'autre au profit de la même personne ou les sépare pour les transmettre à deux personnes différentes. Nous allons examiner les effets produits par l'endossement dans ces diverses hypothèses.

422 *bis*. ENDOSSEMENT DU RÉCÉPISSÉ ET DU WARRANT RÉUNIS. — Quand le déposant ne veut pas donner en gage les marchandises, mais a l'intention de conférer à un tiers le droit de disposer des marchandises comme il peut le faire lui-même, il endosse au profit de ce tiers les deux titres réunis. Le plus souvent il le fait en exécution d'une vente et pour mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur : il opère par là une véritable livraison, puisque le directeur d'un magasin général ne doit remettre les marchandises qu'au porteur du récépissé.

Le déposant (ou le tiers porteur des deux titres réunis) peut séparer le récépissé du warrant et endosser le *warrant* à une per-

Source BIU Cujas

sonne à laquelle il constitue les marchandises en gage ; il conserve le *récépissé*, afin de pouvoir, en endossant ce dernier titre, délivrer les marchandises à l'acheteur, s'il trouve à les vendre. Le cas inverse ne peut pas se présenter ; car on ne saurait donner en gage des marchandises qu'on a précédemment vendues et dont, par suite, on n'est plus propriétaire.

423. Droits du porteur du warrant séparé du récépissé. — L'endossement du warrant séparé du récépissé vaut constitution en gage des marchandises (art. 4, al. 1, loi du 28 mai 1858). Le gage a pour objet les marchandises mêmes représentées par le warrant et la règle qui exige la mise en possession du créancier gagiste, est observée puisque le magasin général est un tiers qui détient les marchandises pour le compte du créancier auquel le warrant a été endossé (Cf. art. 2076, C. civ., 92, C. com., et plus haut, n° 412).

Un même warrant peut être l'objet de plusieurs endossements successifs, de telle sorte que les marchandises servent à plusieurs reprises de gage. C'est ce qui a lieu quand le premier cessionnaire emprunte lui-même de l'argent à un tiers au profit duquel il endosse le warrant.

L'endossement du warrant doit être daté, il doit énoncer le montant en capital et intérêts de la créance garantie, la date de son échéance et les nom, profession et domicile du créancier (art. 5, loi de 1858). Il est, en général, ainsi conçu : *Bon pour transfert du présent warrant à l'ordre de M... demeurant à... pour garantie de la somme de... payable le...* (signature et date). Outre ces formalités prescrites pour tous les endossements d'un warrant, une formalité spéciale est prescrite pour le premier endossement (art. 5, alin. 1) : *le premier cessionnaire du warrant doit immédiatement faire transcrire l'endossement sur la souche du registre du magasin général avec les énonciations que cet endossement contient et le directeur du magasin général fait mention de cette transcription sur le warrant.* La transcription est une formalité de publicité ayant pour but de faire connaître aux tiers que les marchandises déposées ont été données en gage. Elle est spécialement utile pour le porteur du récépissé auquel ce titre a été transmis après le premier endossement du warrant (n° 425), elle lui apprend quelle est la somme nécessaire pour dégager les marchandises à lui cédées.

Source BIU Cujas

Tant que la transcription n'a pas été opérée, le premier endossement est non avenu à l'égard des tiers : par suite, les créanciers du déposant pourraient former une saisie-arrêt sur les marchandises même après le premier endossement du warrant, tant que cet endossement n'a pas été transcrit. — Du reste, on a la faculté, sinon l'obligation, de faire transcrire sur les registres du magasin général les endossements postérieurs au premier (Décret de 1859, art. 12).

424. Le porteur d'un warrant a, comme tout créancier gagiste, le droit de rétention, le droit de faire vendre les marchandises engagées et un privilège; l'exercice de ces droits est soumis à quelques règles spéciales. En outre, si le prix des marchandises n'est pas suffisant pour le désintéresser, le porteur du warrant a un recours personnel contre les endosseurs du titre.

425. Quand le warrant est payé par le déposant, le gage est éteint. Tout est terminé, si le déposant a gardé le récépissé, il a alors repris la complète disposition de ses marchandises. Il peut se faire que le déposant, après avoir donné ses marchandises en gage, les ait vendues et qu'il ait endossé le récépissé à son acheteur. C'était à l'acheteur à désintéresser le porteur du warrant, le montant de celui-ci devant être imputé sur le prix. Le déposant, qui a dû payer, a donc un recours contre son acheteur (le porteur du récépissé) et pour se payer, il peut faire procéder à la vente de la marchandise huit jours après l'échéance et sans qu'il soit besoin d'aucune mise en demeure (art. 7, al. 2, loi de 1858).

426. Le droit de rétention du porteur du warrant est assuré par l'obligation où est le directeur du magasin général de ne se dessaisir des marchandises que s'il lui est justifié de l'acquittement du warrant.

427. A défaut de paiement à l'échéance, le porteur du warrant a le droit de faire vendre les marchandises, sans avoir besoin d'une autorisation de justice et huit jours après le *protêt*; ce dernier acte met le porteur du warrant en demeure de payer et remplace la sommation prescrite pour le gage commercial ordinaire (art. 93, al. 1, C. com., et plus haut, n° 413). Il y avait là, avant la loi du 23 mai 1863, une grande faveur faite au gage s'appliquant aux marchandises déposées dans les magasins généraux.

La vente est opérée par des courtiers inscrits (L. 28 mai 1858,

Source BIU Cujas

art. 7 et L. 18 juillet 1866, art. 4) aux enchères dans les formes prescrites pour les ventes en gros. Le minimum de la vente des lots est de 100 fr. et peu importe que les marchandises n'entrent pas dans la nomenclature annexée à la loi du 28 mai 1858 sur les ventes en gros et au décret du 30 mai 1863.

Le porteur du warrant est tenu, sous peine de déchéance de son recours contre les endosseurs (n° 431), de faire procéder à la vente dans le mois du protêt (L. de 1858, art. 9, al. 3). Il ne faut pas qu'en retardant indéfiniment la vente, il laisse les endosseurs du warrant sous le coup du recours qu'il a contre eux quand le prix des marchandises ne suffit pas pour le désintéresser. On peut, du reste, craindre que les cours ne baissent et que la vente ne puisse plus se faire dans de bonnes conditions.

428. Sur le prix de vente le porteur du warrant peut exercer son privilège de créancier gagiste directement et sans formalité de justice (L. de 1858, art. 8, al. 1). Le rang de ce privilège est meilleur que celui du créancier gagiste ordinaire. D'après l'art. 8, al. 1, de la loi du 28 mai 1858, les seuls privilèges qui passent avant lui sont : 1° celui des contributions indirectes, des taxes d'octroi et des droits de douane *dus pour la marchandise*. Il y a là un avantage fait au porteur du warrant; car les privilèges dont il s'agit sont généraux et, en principe, ils peuvent être exercés à l'encontre des créanciers gagistes même sur des choses pour lesquelles les droits ne sont pas dus; — 2° le privilège garantissant les frais de vente, de magasinage et autres faits pour la conservation de la chose. Sur ce second point, le droit commun est confirmé; car les privilèges des frais de justice et les frais de conservation passent ordinairement avant celui du créancier gagiste. Mais, contrairement au droit commun, le créancier gagiste, alors même qu'il aurait su que le déposant devait encore le prix des marchandises à son vendeur, primerait celui-ci.

S'il reste un excédant après que le porteur du warrant a exercé son privilège sur le prix de la vente des marchandises, cet excédant est remis au porteur du récépissé. Dans le cas où ce dernier ne se présente pas, l'excédant est consigné à l'administration du magasin général qui en demeure responsable (L. de 1858, art. 8, alin. 2).

429. Il peut arriver que les marchandises soient incendiées. Si le

Source BIU Cujas

déposant a eu la précaution de les assurer, l'indemnité due par l'assureur n'est pas distribuée entre tous les créanciers; mais le porteur du warrant exerce sur elle le privilège qui lui appartient sur le prix (L. de 1858, art. 10). L'indemnité d'assurance est ainsi subrogée aux marchandises. Il y a là une faveur faite aux porteurs des warrants qui constitue une dérogation unique (1) aux principes généraux de notre législation; l'indemnité d'assurance n'est pas ordinairement considérée comme représentant la chose et, par suite, elle appartient à tous les créanciers, sans que les créanciers privilégiés ou hypothécaires soient admis à exercer sur elle leurs privilèges ou leurs hypothèques.

430. Le plus souvent le prix des marchandises vendues suffit pour désintéresser intégralement le porteur du warrant; car celui qui prête sur des marchandises déposées dans un magasin général ne le fait guère que pour une somme inférieure à leur valeur. Il peut en être autrement, c'est là ce qui arrive quand les marchandises subissent une détérioration inattendue ou une dépréciation imprévue. En pareil cas, le porteur du warrant a un recours contre l'emprunteur et contre les autres endosseurs qui sont garants envers lui. Ce recours augmente la sécurité du porteur du warrant, mais il n'est que subsidiaire, c'est-à-dire qu'il n'est possible qu'après que le porteur du warrant *a exercé ses droits sur la marchandise et en cas d'insuffisance* (art. 9 al. 1, L. de 1858). Il y a là une dérogation aux principes généraux d'après lesquels le créancier gagiste peut à son choix faire vendre d'abord le gage ou les autres biens du débiteur. Du reste, ce n'est point une règle impérative et il pourrait être valablement convenu que le porteur du warrant pourra, sans qu'il y ait vente préalable du gage, par cela seul qu'il ne sera pas payé à l'échéance, recourir contre l'emprunteur et les endosseurs.

431. Comme le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, le porteur d'un warrant doit, sous peine de déchéance, exercer son recours dans un délai fixé par la loi et après avoir rempli certaines formalités qu'elle détermine. A cet égard, la loi du

(1) Avant la loi du 10 juillet 1885, il y avait une autre dérogation à cette règle en matière d'hypothèque maritime. Elle résultait de l'art. 17 de la loi du 10 décembre 1874 aujourd'hui abrogée.

Source BIU Cujas

28 mai 1858 (art. 9) renvoie aux art. 165 et suiv., C. com., qui statuent sur la question pour les lettres de change et les billets à ordre. D'après ces articles, le porteur d'un de ces effets de commerce, quand il n'est pas payé, doit faire dresser le protêt le lendemain de l'échéance; il doit de plus notifier le protêt à celui des endosseurs par lequel il veut se faire rembourser et, à défaut de paiement, le faire citer en justice dans les 15 jours qui suivent la date du protêt, sauf les augmentations de ce délai à raison des distances.

Le porteur du warrant, non payé par le déposant, doit aussi faire dresser le protêt et le renvoi fait par la loi de 1858 aux art. 165 et s., C. com., implique que le protêt doit être fait le lendemain de l'échéance. Seulement le délai de quinzaine dans lequel le porteur doit notifier le protêt et agir en justice ne court pas du protêt, il ne court que de la vente, par cela même que c'est seulement du jour où la marchandise est vendue qu'on peut savoir s'il y a lieu à un recours à raison de l'insuffisance du prix de la vente (L. de 1858, art. 9, al. 2). La durée du recours ne peut, du reste, pas être prolongée outre mesure par le retard apporté à la vente ; la vente doit être faite au plus tard dans le mois du protêt (art. 9, alin. 3).

Si le protêt n'a pas été dressé le lendemain de l'échéance, ou s'il n'a pas été procédé à la vente dans le mois du protêt, ou si le recours n'a pas été exercé dans les délais qui viennent d'être indiqués, le porteur du warrant encourt une grave déchéance : il perd son recours contre tous les endosseurs à l'exception toutefois de l'emprunteur (art. 9). Autrement ce dernier, qui a reçu la somme prêtée sans rien donner en retour, s'enrichirait au préjudice du porteur du warrant.

Celui des endosseurs qui rembourse le porteur du warrant lui est subrogé légalement (art. 1251-3°, C. civ.); il a les mêmes droits que lui comme il est tenu des mêmes obligations au point de vue des délais à observer pour son recours contre les endosseurs précédents. V. art. 167, C. com.

432. Le warrant est pour le déposant et pour tous ceux qui en deviennent porteurs par la suite un moyen précieux de crédit; car, en endossant le warrant, ils constituent les marchandises en gage. Aussi le porteur d'un warrant peut-il, avant l'échéance de la

Source BIU Cujas

dette garantie, le faire escompter, c'est-à-dire obtenir d'un banquier auquel il l'endosse le paiement immédiat de la dette sous déduction de l'intérêt de la somme due jusqu'à l'échéance. Les particuliers et les établissements de crédit privés peuvent subordonner l'escompte à telles conditions que bon leur semble. Mais il n'en est pas ainsi de certains établissements publics ; par exemple, la Banque de France ne peut escompter les effets de commerce que lorsqu'ils sont revêtus de trois signatures. Afin de favoriser les warrants, la loi de 1858 (art. 11) a décidé que les établissements publics de crédit peuvent recevoir les warrants comme effets de commerce, avec dispense d'une des signatures exigées par leurs statuts. La Banque de France peut donc escompter des warrants revêtus de deux signatures seulement. La garantie résultant du privilège attaché au warrant remplace une signature.

433. Droit du porteur du récépissé séparé du warrant. — Lorsque le warrant a été endossé séparément du récépissé, le porteur de ce dernier titre est, soit le déposant lui-même quand il le conserve, soit un tiers porteur quand le déposant l'endosse. L'endossement du récépissé est généralement ainsi conçu : *Livrez à l'ordre de M... demeurant à... le...*

Le porteur du récépissé séparé du warrant a le droit de disposer de la marchandise, mais il ne peut évidemment le faire qu'en respectant le droit de gage du porteur du warrant. Il doit donc, ou payer au porteur du warrant le montant de la créance garantie ou, si les marchandises sont vendues par le porteur du warrant, le laisser se payer, sur le prix, de ce qui lui est dû (L. de 1858, art. 4). Tant que le porteur du warrant n'a pas été désintéressé, le porteur du récépissé ne peut obliger le directeur du magasin général à livrer les marchandises.

On comprend que, dans une pareille situation, le porteur du récépissé trouverait difficilement à vendre les marchandises avant l'échéance de la dette à laquelle elles servent de gage. Afin que le droit de disposer des marchandises ne soit pas paralysé entre ses mains, le porteur du récépissé est investi du droit de payer la dette garantie même avant qu'elle ne soit échue (L. de 1858, art. 6, al. 1) ; il en est ainsi, alors même qu'il s'agit d'une dette dans laquelle le

Source BIU Cujas

terme a été stipulé dans l'intérêt du créancier. Comment et à qui ce paiement anticipé est-il fait? Il faut distinguer selon que le porteur du warrant est connu ou ne l'est pas. — Quand le porteur du warrant est connu, c'est à lui que le paiement est naturellement fait et le porteur du récépissé doit chercher à s'entendre avec lui sur la déduction à opérer à raison du paiement anticipé; à défaut d'entente, le porteur du récépissé doit déposer à l'administration du magasin général le capital et *tous* les intérêts jusqu'à l'échéance.— Quand, au contraire, le porteur du warrant n'est pas connu (ce qui se présente lorsque le warrant a été endossé plusieurs fois et qu'il n'a pas été fait usage de la faculté de faire transcrire le dernier endossement sur le registre du magasin général, V. n° 423 *in fine*), 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 (art. 6, alin. 2, L. de 1858). Le porteur du warrant n'a plus le droit d'agir que contre le magasin général.

Il résulte de tout ce qui a été dit ci-dessus que la personne qui veut acheter des marchandises déposées dans un magasin général et qui doit, par suite, devenir porteur du récépissé, a le plus grand intérêt à savoir si le warrant afférent à ces marchandises a déjà été endossé et pour quelle somme il l'a été. Elle en est avertie de plusieurs façons. D'abord le seul fait que le récépissé lui est présenté séparément est un indice, la transcription du premier endossement vient à l'appui et fait connaître le montant de la dette garantie. Du reste, dans l'usage, la négociation du warrant et la somme pour laquelle elle a eu lieu sont mentionnées sur le récépissé (1).

B. — *De la création des magasins généraux, des droits et des obligations des propriétaires de magasins généraux.*

434. A raison des avantages attachés à la constitution en gage de marchandises déposées dans les magasins généraux et de la responsabilité qui incombe aux propriétaires de ces établissements pour les marchandises qui leur sont déposées ou pour les sommes qui leur sont

(1) Pour *les droits de timbre et d'enregistrement auxquels sont soumis les warrants et les récépissés*, V. *Précis de droit commercial*, I, n°s 734 à 736.

Source BIU Cujas

consignées (n° 433), le législateur français n'a pas admis que des magasins généraux pussent être créés librement. La loi de 1858 (art. 1) exigeait pour l'ouverture d'un magasin général l'autorisation du gouvernement donnée après avis des chambres de commerce ou des chambres consultatives des arts et manufactures et elle plaçait ces établissements sous la surveillance du gouvernement. La loi du 31 août 1870 (art. 1) a facilité l'ouverture de magasins généraux en transférant au préfet le droit d'autorisation. Les concessionnaires de magasins généraux doivent fournir un cautionnement qui peut varier de 20,000 à 100,000 fr. ; il y a là une garantie qui peut être utile, en cas de faillite du magasin général, quand il y a une responsabilité encourue ou quand la somme représentant en tout ou en partie les marchandises a été consignée. — Les magasins généraux antérieurs à la loi de 1870 (art. 7) peuvent se transformer pour se soumettre au régime qu'elle a créé. — L'autorisation est révocable, quand les exploitants commettent quelque contravention ou quelque abus de nature à préjudicier gravement aux intérêts du commerce (art. 11, Décret du 12 mars 1859).

435. *Droits des propriétaires de magasins généraux.* — D'après la loi de 1858 (art. 1 al. 1), les magasins généraux peuvent recevoir les matières premières, les marchandises et objets fabriqués que les négociants et industriels veulent y déposer. Mais un magasin général ne reçoit pas nécessairement des marchandises de toutes sortes : il en est souvent créé seulement pour une ou plusieurs espèces de marchandises.

436. Les magasins généraux peuvent ne pas se borner à recevoir en dépôt des marchandises ; ils peuvent aussi se charger de toutes les formalités à remplir à l'occasion soit du transport, soit de l'exportation des marchandises déposées, accomplir les formalités de douane et d'octroi, de factage et de camionnage, faire des règlements de fret, faire assurer des marchandises, etc. (art. 4, Décret du 12 mars 1859). Mais, jusqu'en 1870, il n'était pas permis aux concessionnaires de magasins généraux de prêter sur les marchandises déposées et de négocier les warrants qui les représentent. La loi du 31 août 1870 (art. 3) les a autorisés à faire ces opérations. Ainsi le capital offert aux propriétaires de marchandises déposées est augmenté ; il y a simplification

Source BIU Cujas

de l'opération pour le déposant et l'espérance de nouveaux bénéfices peut provoquer la création de nouveaux magasins généraux.

436 *bis. Obligations des propriétaires de magasins généraux.*—Le nombre des magasins généraux est restreint et l'autorisation nécessaire pour leur création leur donne une certaine attache officielle. Des établissements créés dans ces conditions ne doivent pas servir à favoriser certains commerçants au préjudice des autres. Aussi les exploitants sont-ils tenus de mettre les magasins, sans préférence ni faveur, à la disposition de toutes personnes; les tarifs, qui doivent être soumis au préfet et aux corps appelés à donner leur avis sur la création d'un magasin général, doivent s'appliquer sans distinction à tous les déposants.

437. A part ces obligations spéciales, les propriétaires de magasins généraux sont tenus d'obligations qui dérivent des principes généraux du droit.

Le concessionnaire d'un magasin général est un dépositaire salarié; il répond donc des pertes ou des détériorations des marchandises arrivées par sa faute ou par celle de ses préposés (art. 1927 et 1928-2° C. civ.; Décret du 12 mars 1859, art. 3). — Obligé de retenir les marchandises pour le compte du porteur du warrant, le propriétaire d'un magasin général ne peut s'en dessaisir qu'après la consignation de la somme due et des intérêts; sinon il est responsable envers le porteur du warrant. Quand la vente des marchandises est opérée, le propriétaire du magasin général, sous peine d'être responsable envers le porteur du warrant et les administrations des contributions indirectes, de l'octroi et des douanes, ne doit pas délivrer les marchandises à l'acheteur sans avoir obtenu la justification du paiement des droits dus à ces administrations financières et de la somme prêtée sur le warrant (Décret du 12 mars 1859, art. 18, alin. 2).

Les récépissés et les warrants contiennent des indications relatives à la nature, au poids, à la quantité des marchandises déposées. Ainsi il devient inutile à chaque transmission de ces titres de procéder à une vérification. Les propriétaires de magasins généraux sont responsables des préjudices que peuvent causer les indications inexactes contenues dans les titres qu'ils délivrent (1).

(1) V., sur les distinctions à faire, *Précis de droit commercial*, I, n° 740.

Source BIU Cujas

CHAPITRE IV.

DE LA COMMISSION.

438. Les commerçants emploient souvent divers auxiliaires ou intermédiaires. Ce sont tantôt des personnes qui engagent leurs services d'une manière générale et se placent sous la dépendance d'un patron (*commis* ou *préposés*), tantôt des personnes qui restant indépendantes se chargent de faire à titre professionnel des opérations pour le compte d'autrui (*commissionnaires* et *agents de change*) ou de rapprocher les intéressés (*courtiers*). Il sera traité des agents de change et des courtiers dans le chap. VII consacré aux *Bourses de commerce;* le présent chapitre est consacré aux *commissionnaires* et aux *commettants* (les seconds chargent les premiers de faire des opérations pour leur compte et la *commission* est le contrat qui intervient entre eux); un *appendice* contiendra quelques notions générales sur les commis ou préposés (nos 465 et suiv.).

1° *De la nature et des caractères de la commission.*

439. La commission est certainement une variété du mandat; mais le Code de commerce, qui ne consacre à cette matière que les art. 94 et 95, n'indique pas ce qui la distingue. Il est essentiel cependant de le savoir, car à plusieurs points de vue les règles ordinaires du mandat ne s'appliquent pas à la commission. Voici les différences: 1° Celui qui fait profession d'agir pour le compte d'autrui en qualité de commissionnaire est commerçant et chacun des contrats de commission intervenant entre lui et ses commettants est un acte de commerce. V. art. 632 et n° 31. Au contraire, le mandat même salarié ne constitue pas un acte de commerce pour le mandataire. 2° Le mandat, à moins de convention contraire, est gratuit. La commission est salariée de sa nature, de telle sorte que, même en l'absence de toute convention, le commissionnaire peut réclamer une rémunération dont l'usage des lieux peut servir à fixer le montant. 3° Le mandataire n'a, en principe, aucune garantie lui assurant le remboursement des sommes que le mandant peut lui

Source BIU Cujas

devoir. Le commissionnaire a, au contraire, comme garantie du remboursement de ce qui lui est dû par son commettant, un privilège sur les marchandises qu'il vend pour le compte de celui-ci (n° 457).

440. Deux systèmes principaux ont été soutenus relativement au caractère distinctif de la commission. D'après un premier système, *le commissionnaire agit en son nom pour le compte de son commettant*, de telle sorte que c'est le commissionnaire qui devient créancier ou débiteur des tiers avec lesquels il fait des opérations sauf à régler avec le commettant, tandis que *le mandataire agit au nom du mandant* qui devient directement créancier ou débiteur des tiers comme s'il était intervenu en personne aux actes faits par son mandataire. Ainsi c'est la manière dont le commissionnaire opère qui le distinguerait du mandataire, l'un et l'autre pouvant, du reste, faire soit des actes de commerce soit des opérations civiles. On se fonde dans ce sens notamment sur l'art. 94, qui, après avoir défini, dans l'alin. 1, le commissionnaire : *celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant*, dispose, dans l'alin. 2, que pour celui qui opère *au nom d'autrui, ses devoirs et ses droits sont déterminés* par le Code civil, livre III, titre XIII ; ce titre du Code civil est celui *Du mandat*, ce qui implique, dit-on, qu'il s'agit là d'un *mandataire*.

Cette opinion n'est pas exacte. Le commissionnaire se distingue du mandataire par la nature des opérations dont il est chargé ; il y a commission quand l'acte à accomplir est un acte de commerce, qu'il soit fait au nom du commissionnaire ou du commettant ; il y a mandat, quand l'acte à faire est une opération civile, que le mandataire agisse en son nom ou au nom du mandant. Seulement, en fait, pour des motifs à expliquer plus bas (n° 442), celui qui se charge de faire des opérations de commerce pour autrui, agit presque toujours en son propre nom, de telle sorte que, dans l'usage, on entend souvent par commissionnaire celui qui fait des opérations en son nom pour le compte d'autrui. Les textes du Code de commerce et du Code civil sont favorables à cette doctrine. D'un côté, l'art. 94, al. 2, C. com., déclare que *les droits et les devoirs du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le Code civil ;* c'est donc là

Source BIU Cujas

aussi un commissionnaire; la loi même lui donne cette qualification. D'un autre côté, le Code civil (art. 1997) suppose qu'un mandataire peut agir en son nom (1).

S'il est nécessaire que l'opération à faire soit un acte de commerce pour qu'il y ait commission, cela suffit-il? Ne faut-il pas, en outre, que celui qui agit pour autrui soit commerçant? On n'exige pas généralement cette condition supplémentaire? Nous croyons qu'elle doit être requise : il faut, selon nous, pour qu'il y ait commission, que la personne qui agit pour compte d'autrui soit un commissionnaire de profession ou tout au moins un commerçant qui, à côté d'opérations faites pour son compte, en fait aussi pour autrui. Le Code de commerce (art. 632) range parmi les actes de commerce *l'entreprise* de commission. Celui qui se charge accidentellement de faire des opérations de commerce pour le compte d'autrui s'oblige donc par un contrat qui n'a rien de commercial pour lui (n° 31). Comment ce contrat purement civil serait-il un contrat de commission, c'est-à-dire un contrat régi par le Code de commerce? Sans doute, nous admettons que le commerçant qui, sans être commissionnaire de profession, se charge accidentellement d'opérations de commerce pour le compte d'autrui, conclut un contrat de commission. Mais cela tient à ce que la loi admet la commercialité de tous les actes se rattachant à l'exercice de la profession d'un commerçant. Du reste, aujourd'hui il est peu de commerçants qui, selon les cas, ne fassent pas des opérations pour leur compte ou pour le compte d'autrui.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que l'on peut donner la définition suivante : *La commission est un contrat par lequel un commerçant, qualifié de commissionnaire, s'oblige, moyennant une rémunération qu'une autre personne appelée commettant s'oblige à lui payer, à faire pour le compte de ce commettant, soit en son nom, soit au nom du commettant, une ou plusieurs opérations commerciales.*

441. Si la commission ne peut avoir pour objet que des opéra-

(1) Les précédents et les travaux préparatoires du Code de commerce peuvent aussi être invoqués en faveur de cette opinion. V. *Précis de droit commercial*, t. I, n° 749 et les notes.

Source BIU Cujas

tions commerciales, du moins peut-elle se rapporter aux actes de commerce les plus divers. Ainsi l'on peut donner commission d'acheter, de vendre, de faire assurer un navire ou des marchandises à transporter par mer, de tirer une lettre de change, de traiter avec des voituriers pour faire transporter des marchandises, etc. Rien ne s'oppose à ce qu'une personne se charge de faire en qualité de commissionnaire toutes ces opérations, mais, en fait, les commissionnaires se spécialisent. On appelle *commissionnaires en marchandises* ceux qui font profession d'acheter ou de vendre des marchandises pour le compte d'autrui ; ces derniers, quand des marchandises leur sont déposées pour en opérer la vente, reçoivent souvent dans l'usage le nom de *consignataires*. Enfin ceux qui se chargent de traiter avec des voituriers reçoivent le nom de *commissionnaires de transport* (V. art. 96 et suiv., C. com. et ci-après chapitre V).

A côté des règles générales régissant la commission, quel qu'en soit l'objet, il y a des règles spéciales à la commission en matière de transports ou d'assurances maritimes ; il ne sera question dans ce chapitre que des règles générales. On prendra presque toujours comme exemples des cas où la commission a pour objet des achats ou des ventes; ce sont les cas les plus simples et les plus fréquents.

442. On a pu dire de la commission qu'elle était l'instrument le plus actif du développement du commerce et de sa prospérité. Grâce à elle, un commerçant peut, sans se déplacer, faire des opérations dans des contrées lointaines et éviter ainsi des pertes de temps et d'argent. Le recours à des commis ou préposés (commis-voyageurs ou autres) n'offre pas les mêmes avantages : ils reçoivent un salaire déterminé qui leur est dû même quand ils ne parviennent à faire aucune opération, tandis que le commissionnaire reçoit une rémunération calculée d'après l'importance des opérations qu'il conclut effectivement (n° 450). En outre, les commis opérant au nom de leur patron ne jouissent pas d'un crédit qui leur soit propre, mais seulement de celui de leur patron parfois peu connu dans le lieu où se fait l'opération. Il en est autrement des commissionnaires qui opèrent le plus souvent en leur nom, comme s'ils faisaient les opérations pour eux-mêmes.

Source BIU Cujas

En recourant à un commissionnaire, on arrive parfois à acheter des marchandises à meilleur marché que si l'on achetait soi-même. Le marchand de détail ne peut pas, en général, s'approvisionner chez le fabricant; le commissionnaire achète en fabrique et le commettant paie ainsi moins cher que s'il devait s'adresser à un marchand en gros qui réaliserait un bénéfice sur le prix de fabrique, bénéfice supérieur au droit de commission.

Les commissionnaires vendeurs procurent aux commerçants de l'argent ou du crédit. Ainsi un fabricant a produit une grande quantité de marchandises, il ne peut pas les écouler immédiatement et pourtant il lui faut des capitaux pour continuer sa fabrication. Pour se les procurer, il envoie tout ou partie de ses marchandises à un commissionnaire en le chargeant de les vendre. Ce commissionnaire (ou consignataire) avance à son commettant les sommes dont il a besoin. Le commissionnaire ne court, en principe, aucun risque; car il a sur le prix des marchandises consignées un privilège qui lu garantit le remboursement de ses avances (nos 457 et suiv.). D'ailleurs, si le consignataire ne veut ou ne peut faire d'avances, il intervient, du moins, utilement pour procurer du crédit au commettant. En effet, le fabricant tirera sur le consignataire une lettre de change pour une somme équivalente au prix probable des marchandises et le consignataire acceptera cette lettre qui, revêtue ainsi de deux signatures, sera facilement escomptée par le fabricant auprès d'un banquier. L'échéance de la lettre de change concordant à peu près avec l'époque vraisemblable du paiement du prix des marchandises à vendre, le commissionnaire n'aura pas, pour acquitter la lettre de change, à faire d'avances ou n'en fera que pour un court laps de temps. Les avantages de la consignation expliquent qu'elle peut être pratiquée entre deux commerçants habitant sur la même place; mais, en fait, elle n'a guère lieu qu'entre commerçants de localités différentes et surtout de pays éloignés (1).

La manière habituelle dont les commissionnaires opèrent augmente l'avantage de leur entremise. Ils contractent presque toujours en leur nom, les tiers n'ont pas à s'inquiéter de la solvabilité du

(1) Les magasins généraux peuvent rendre à ce point de vue des services analogues à ceux que rend la consignation.

Source BIU Cujas

commettant que souvent ils ne connaissent point. Celui-ci peut ainsi jouir pour ses opérations du crédit de son commissionnaire qui est parfois plus grand que le sien et obtient pour ses opérations un secret souvent nécessaire à leur réussite.

Il arrive pourtant (mais c'est un cas rare) que les intéressés trouvent plus avantageux de faire agir le commissionnaire *au nom* du commettant. Cette manière d'opérer est utile quand le commettant jouit d'un plus grand crédit, quand il a intérêt à faire savoir qu'il fait des opérations importantes, quand le commissionnaire ne veut pas, en s'engageant envers les tiers, faire des avances pour son commettant dont la solvabilité lui semble douteuse.

442 *bis*. Il est tellement conforme à l'usage que le commissionnaire agisse en son nom qu'à moins de convention contraire on admet que le commissionnaire ne doit pas opérer au nom du commettant. Du reste, les rapports du commettant et du commissionnaire sont les mêmes, de quelque façon qu'opère le commissionnaire; la distinction n'a d'intérêt qu'au point de vue des tiers qui ont traité avec le commissionnaire (nos 451 et suiv.).

2° *Des obligations du commissionnaire envers le commettant et du commissionnaire ducroire.*

443. Les obligations du commissionnaire sont, en général, les mêmes que celles du mandataire; la nature des opérations à faire et les besoins du commerce ont seulement fait admettre quelques dérogations. Le commissionnaire est tenu à deux obligations principales; il doit: 1° exécuter les opérations dont l'a chargé le commettant en se conformant à ses ordres et en agissant comme un commerçant soigneux au mieux des intérêts du commettant; 2° rendre compte de l'opération accomplie. Les obligations du commissionnaire sont souvent augmentées par la convention de ducroire.

444. Obligation de se conformer aux ordres du commettant. — La liberté laissée au commissionnaire varie beaucoup avec les circonstances. Le commettant désigne évidemment toujours la nature de l'opération à faire par le commissionnaire, mais quant aux conditions dans lesquelles cette opération doit être faite (prix, époque du paiement, etc...), le commettant, selon les cas, les indique

Source BIU Cujas

avec précision ou s'en remet à l'appréciation du commissionnaire.

Lorsqu'il n'y a pas d'instructions précises sur les conditions de l'opération, le commissionnaire doit agir au mieux des intérêts du commettant ou, ainsi que nous le disons plus haut, comme le fait un commerçant soigneux. En cas de contestation, on doit se montrer sévère envers le commissionnaire à raison à la fois de ce qu'il reçoit une rémunération (art. 1992, C. civ.) et de ce que même le plus souvent il fait profession de faire des opérations d'un certain genre pour le compte d'autrui.

Quand (ce qui est le cas ordinaire) le commettant a donné des instructions précises sur les conditions des opérations à faire, le commissionnaire doit s'y conformer. Autrement le commettant peut ou laisser l'opération au compte du commissionnaire ou, en la prenant pour lui, réclamer des dommages-intérêts.

444 *bis*. Il importe de considérer spécialement le cas où le commissionnaire a acheté pour un prix supérieur au prix fixé par le commettant, celui où il a vendu à crédit, alors qu'il avait été chargé de vendre au comptant, et le cas inverse.

Lorsque le commissionnaire a acheté pour un prix supérieur au prix fixé par le commettant, il est évident que le commettant a, d'après ce qui est dit plus haut, le droit de refuser de prendre les marchandises au prix d'achat. Mais le commissionnaire ne peut-il contraindre le commettant à les prendre en consentant à supporter la différence entre le prix fixé et le prix réel de l'achat? Ainsi un commissionnaire a acheté 1,200 fr. des marchandises qu'il avait été chargé d'acheter pour 1,000 fr. Peut-il contraindre le commettant à les prendre pour 1,000 fr. en conservant à sa charge la différence de 200 fr.? Cette question était discutée entre les jurisconsultes romains à propos du mandat (*Institutes de Justinien*, livre III, titre X, § 16) et elle n'a pas cessé de l'être. On soutient que le commissionnaire ne peut contraindre son commettant à accepter les marchandises en prenant à sa charge la différence des prix. Autrement, dit-on, le commettant serait à la discrétion du commissionnaire; car le commettant ne peut pas l'obliger à lui livrer les marchandises pour le prix réel pour lequel elles ont été achetées. Le commissionnaire aurait ainsi la liberté, selon les variations des cours, de garder le bénéfice

Source BIU Cujas

de l'opération pour lui ou d'en faire retomber, au moins pour partie, la perte sur son commettant. Cette opinion est d'une rigueur excessive et elle avait succombé déjà dans le dernier état du droit romain. Dès l'instant où le commissionnaire supporte la différence, le commettant ne souffre aucunement de ce que ses ordres ont été transgressés; il est placé dans la même situation que s'ils avaient été exactement observés. On craint que le commissionnaire ne se laisse déterminer selon son intérêt à garder les marchandises pour lui (si les cours s'élèvent) ou à les faire prendre par le commettant en supportant la différence entre le prix réel d'achat et le prix fixé par le commettant (si les cours baissent). On évite facilement cet inconvénient en exigeant que le commissionnaire déclare immédiatement après l'achat ce qu'il entend faire. Il y a là pour les tribunaux une question d'appréciation.

445. Quand un commissionnaire a vendu à crédit, alors qu'il avait été chargé de vendre au comptant, le commettant, qui entend ne pas ratifier, peut agir comme si ses ordres avaient été ponctuellement exécutés. Il peut donc, en faisant abstraction du terme accordé à l'acheteur, réclamer à son commissionnaire le paiement immédiat du prix. Mais il serait injuste de permettre au commettant de réclamer une somme supérieure à ce qu'aurait été le prix, si la vente avait été faite au comptant ainsi qu'il le voulait. Les ventes à crédit se font d'ordinaire pour un prix plus élevé que les ventes au comptant : il y a lieu de tenir compte de la différence.

A l'inverse, lorsqu'un commissionnaire chargé de vendre à crédit a vendu au comptant, le commettant peut, en attendant l'époque qu'il avait fixée pour le paiement du prix, réclamer le prix des marchandises à crédit ordinairement supérieur à celui du comptant.

446. En règle générale, un commissionnaire fait avec un tiers l'opération dont il a été chargé. Ne peut-il pas la faire à son profit ou pour le compte d'un autre commettant dont il a reçu des ordres inverses? Ainsi, chargé par un commettant d'acheter des marchandises, peut-il vendre à celui-ci les marchandises qu'un autre commettant l'a chargé de vendre ou des marchandises qui lui appartiennent à lui-même? Il paraît juste de décider que le commissionnaire ne peut pas, à moins de se faire autoriser par ses commettants, pro-

Source BIU Cujas

céder de cette manière. Il serait à craindre que le commissionnaire ne sacrifiât l'intérêt de son commettant au sien propre ou que, chargé d'intérêts contraires, il ne pût pas les défendre en même temps. On peut, du reste, dans ce sens s'appuyer sur l'art. 1596, C. civ., selon lequel le mandataire chargé de vendre ne peut pas acheter.

Si le commissionnaire contrevenait à ces règles, l'opération pourrait lui être laissée pour compte et des dommages-intérêts pourraient lui être réclamés. Dans le cas où, avec l'autorisation de son commettant, il lui ferait application de marchandises lui appartenant à lui-même, il n'y aurait plus commission, mais achat ou vente ; par suite, la rémunération ordinaire appelée droit de commission ne lui serait pas due. Ces règles sont d'une application assez rare ; le commettant ignore le plus souvent les circonstances dans lesquelles s'est faite l'opération.

447. Obligation de rendre compte. — Comme toute personne chargée d'agir dans l'intérêt d'autrui, le commissionnaire est tenu de rendre compte. Il ne peut réclamer, à moins de convention contraire, en dehors des sommes qu'il a réellement déboursées, que le droit de commission. Ainsi il ne saurait ni garder pour lui une partie du bénéfice résultant de l'opération, ni réclamer au commettant une somme supérieure à celle qui a été payée. Une pratique contraire serait frauduleuse et pourrait même être considérée comme constituant un abus de confiance (art. 408, C. pén.). En conséquence, un commissionnaire chargé d'acheter ne peut facturer à son commettant des marchandises pour un prix supérieur au prix réel d'achat. L'usage *des doubles factures* est frauduleux; cette dénomination vient de ce que le commissionnaire, qui veut obtenir de son commettant un prix supérieur au prix véritable, se fait délivrer par le vendeur deux factures, l'une pour lui-même indiquant le prix réellement payé, l'autre pour le commettant mentionnant un prix supérieur.

448. *Du commissionnaire ducroire.* — Le commissionnaire est responsable des fautes qu'il commet dans l'exécution des ordres du commettant. Ainsi, dans le cas où il vend à une personne notoirement insolvable, son commettant peut, à défaut de paiement, s'en

Source BIU Cujas

prendre à lui. Mais le commissionnaire échappe à toute responsabilité quand l'inexécution du contrat fait par lui ne provient aucunement de sa négligence. Ainsi, lorsque le commissionnaire a vendu à une personne parfaitement solvable qui devient insolvable par la suite ou dont l'insolvabilité ne pouvait être aisément constatée, le commettant ne peut rien réclamer au commissionnaire.

On conçoit qu'un commettant veuille pouvoir à tout événement compter sur l'exécution du contrat conclu par le commissionnaire, encore qu'il n'y ait aucune faute à reprocher à celui-ci. Il peut pour cela faire une convention dite de *ducroire* (des mots italiens *del credere* qui signifient avoir confiance). On appelle aussi *ducroire* ou *commissionnaire ducroire* le commissionnaire qui, en vertu de cette convention, s'est rendu garant de l'opération faite par lui. Enfin le mot *ducroire* a un troisième sens : il sert à désigner le droit de commission dû dans ce cas, qui généralement est double du droit ordinaire.

Cette clause accessoire du contrat de commission est surtout fréquente dans la commission pour vendre : le commissionnaire vendeur se rend garant du paiement du prix et le commettant peut lui en réclamer le montant, quelle que soit la cause pour laquelle l'acheteur ne le paie pas. Mais la convention de *ducroire* peut s'appliquer à toutes les opérations : ainsi le commissionnaire acheteur peut se rendre garant de la livraison des marchandises, de telle façon que, si elles ne sont pas livrées, le commettant peut agir contre son commissionnaire.

La convention de *ducroire* est une sorte d'assurance dans laquelle le commettant joue le rôle d'assuré et le commissionnaire celui d'assureur; il y a une chose assurée, la créance du commettant, une prime consistant dans le doublement du droit de commission. On ne doit pas assimiler la convention de ducroire à un cautionnement : le *ducroire* ne jouit pas, comme la caution, du bénéfice de discussion. En conséquence, dès que l'opération n'est pas exécutée, que, par exemple, le tiers acheteur ne paie pas le prix, le commettant peut en réclamer le montant au commissionnaire vendeur, sans être obligé de discuter d'abord le tiers acheteur.

Source BIU Cujas

3° *Obligations du commettant envers le commissionnaire.*

449. Le commettant est tenu envers le commissionnaire : *a.* de payer le droit de commission ; *b.* de rembourser au commissionnaire ses frais et avances ; *c.* de l'indemniser des obligations contractées par lui dans les limites de ses pouvoirs et des pertes qu'il a éprouvées.

450. *Droit de commission.* — On appelle *droit de commission* ou simplement *commission* la rémunération payée par le commettant au commissionnaire. Le montant en est fixé, soit par la convention des parties, soit par l'usage du lieu dans lequel l'opération doit être faite. Le plus souvent le droit de commission est de tant pour cent sur le montant de l'opération (du prix de la vente ou de l'achat, par exemple). Ce mode de fixation du droit de commission a, dans le cas de commission pour la vente, ce grand avantage que le commissionnaire a intérêt à vendre le plus cher possible.

En cas de convention de *ducroire*, le droit de commission est le plus souvent porté au double de son taux ordinaire. Il est à la fois le salaire de la peine que s'est donnée le commissionnaire et la prime d'assurance ou prix du risque qu'il supporte (*pretium periculi*).

4° *Effets à l'égard des tiers des actes faits par le commissionnaire.*

451. Lorsque l'opération a été faite par le commissionnaire, les tiers contractants ont-ils pour créancier ou pour débiteur le commettant ou le commissionnaire ? Cette question se résout différemment selon que le commissionnaire a agi au nom du commettant ou a agi en son nom. Ce second cas est de beaucoup le plus important. Comme cela a été dit plus haut (n° 443), le commissionnaire agit presque toujours en son nom et l'on doit admettre qu'il doit procéder de cette façon dès qu'il n'en a pas été autrement convenu.

452. *Cas où le commissionnaire agit au nom du commettant.* — Tous les effets des actes faits par le commissionnaire se produisent directement dans la personne du commettant comme si celui-ci y était réellement intervenu. C'est donc le commettant qui devient créancier ou débiteur des tiers contractants, sans que la créance ou la dette ait jamais résidé sur la tête du commissionnaire. On applique

Source BIU Cujas

alors simplement les règles sur le mandat auxquelles renvoie l'article 94, alin. 2, C. com.

453. *Cas où le commissionnaire agit en son nom.* — Dans ce cas, au contraire, les effets des actes se produisent dans la personne du commissionnaire, c'est lui qui devient créancier ou débiteur des tiers avec lesquels il a contracté, comme s'il avait opéré pour son compte, c'est donc lui qui peut réclamer le paiement du prix de la vente ou la livraison des marchandises. Il résulte de là que : *a.* les tiers créanciers souffrent de l'insolvabilité ou de la faillite du commettant ; *b.* que la compensation légale a lieu entre les créances ou les dettes nées de l'opération faite par le commissionnaire et les créances ou les dettes personnelles de ce dernier.

Toutefois, si le commettant n'a pas d'action directe contre les tiers ni les tiers d'action directe contre le commettant, le commettant peut exercer contre les tiers débiteurs et les tiers créanciers peuvent exercer contre le commettant les actions du commissionnaire. Comme il s'agit là de l'action *oblique* de l'art. 1166, C. civ., les tiers qui agissent sont tenus de subir toutes les exceptions que le commettant pourrait opposer au commissionnaire ; la même chose doit être dite du commettant qui en agissant subirait les exceptions opposables du chef du commissionnaire.

454. La règle d'après laquelle les effets des actes du commissionnaire se produisent directement dans sa personne comme s'il avait agi pour son compte personnel, ne doit pas être exagérée. Elle est exacte par rapport aux tiers et toutes les fois que leur intérêt est en jeu. Mais, dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, ce qui a été fait par ce dernier est réputé l'être par le commettant et les droits du commettant sont les mêmes que si le commissionnaire avait agi au nom de celui-ci. Dès que les tiers sont désintéressés dans la question et que le commissionnaire lui-même n'a pas intérêt à ce qu'on tienne compte de ce qu'il a agi en son nom, le commettant doit être traité comme créancier ou débiteur des tiers avec lesquels le commissionnaire a contracté. Le commissionnaire ne peut pas se prévaloir, en principe, contre le commettant de ce qu'il a fait l'opération en son nom. Si le Code de commerce n'apporte pas expressément cette atténuation au principe, il contient

Source BIU Cujas

du moins une disposition, celle de l'art. 575, al. 2, C. com., qui la présuppose. Quand le commissionnaire vendeur tombe en faillite, si le principe était absolu, il faudrait décider que la créance du prix fait partie de l'actif de la faillite et profite, par suite, à tous les créanciers de la faillite. L'art. 575, al. 2, écarte cette solution; il admet que, lorsque le prix de la vente est encore dû lors de la faillite du commissionnaire, le commettant peut *revendiquer le prix*, c'est-à-dire se faire payer directement par le tiers-acheteur à l'exclusion des autres créanciers de la faillite. En effet, les créanciers du commissionnaire failli ne sauraient avoir plus de droit que leur débiteur; or, à l'égard de ce dernier (du commissionnaire), la créance du prix doit être considérée comme si elle avait été acquise directement par le commettant.

De la même idée résultent les conséquences suivantes : *a*. Quand le commissionnaire acheteur est déclaré en faillite avant la livraison des marchandises, le commettant peut en réclamer directement la livraison au vendeur, de telle façon qu'elles n'entrent pas dans l'actif de la faillite ; *b*. Si les marchandises achetées ont été livrées au commissionnaire, le commettant peut les revendiquer, pourvu qu'elles soient reconnaissables.

5° *Garanties spéciales des droits du commettant et du commissionnaire.*

455. Des garanties spéciales sont attachées aux droits qu'ont le commettant et le commissionnaire l'un contre l'autre. Les unes sont consacrées par des textes formels, les autres résultent des principes généraux du droit.

456. Garanties des droits du commissionnaire. — Le commissionnaire fait des déboursés pour son commettant ou même lui consent des avances; il importe, dans l'intérêt du crédit, que le remboursement en soit assuré. C'est dans ce but que le Code de commerce (art. 95, modifié en 1863) accorde au commissionnaire un *privilège;* en outre, il a un *droit de rétention*, un *droit de revendication,* et il jouit du bénéfice de la solidarité quand il y a plusieurs commettants.

457. *Privilège du commissionnaire.* — Le mandataire ne peut

Source BIU Cujas

avoir un privilège que lorsqu'il a fait des frais pour la conservation des biens mobiliers de son mandant (art. 2102-3°, C. civ.). Le commissionnaire est mieux traité, il jouit d'un privilège particulier que lui accorde l'art. 95, C. com. Les art. 93 à 95, C. com., relatifs à ce privilège, consacraient des règles qui étaient devenues gênantes ou qui ne concordaient pas avec les dispositions de la loi du 23 mai 1863 sur le gage commercial ; cette loi même a modifié les anciennes dispositions du Code en les réunissant dans l'art. 95.

458. Ce privilège est fondé sur une constitution de gage tacite. La loi présume que, d'après la volonté probable des parties, le commettant a entendu constituer en gage à son commissionnaire les marchandises qu'il lui consigne, lui dépose ou lui expédie, afin d'assurer à ce dernier le remboursement de ses avances et de ses frais.

Au point de vue des conditions de l'existence du privilège, le Code de commerce, tel qu'il a été en vigueur jusqu'en 1863, distinguait selon que les marchandises étaient ou non expédiées d'une place sur une autre. Dans le premier cas seul, le privilège existait de plein droit; dans le second cas, il fallait qu'on remplît les formalités des art. 2074 et 2075, C. civ. Cette distinction s'expliquait. Les constitutions de gages qui ont nécessairement pour effet d'avantager le créancier gagiste au détriment des autres sont nulles ou peuvent être annulées, quand elles ont été consenties par le débiteur dans un certain délai avant le jugement déclaratif de faillite (art. 446 et 447, C. com.). Le législateur avait redouté qu'un commerçant sur le point d'être déclaré en faillite n'arrivât à tourner ces dispositions en remettant des marchandises à un commissionnaire. Cette fraude était possible quand le commettant et le commissionnaire habitaient dans le même lieu; elles ne l'étaient guère lorsque les marchandises étaient expédiées d'une place sur une autre; le fait matériel de l'expédition permettait de connaître la date de la remise des marchandises. Mais cette distinction n'avait plus de raison d'être dès qu'on admettait, sans s'inquiéter des fraudes possibles, que le gage commercial peut se constituer sans écrit. V. art. 91 nouveau du Code de commerce et ci-dessus, n° 410. Il n'y avait pas de raison pour refuser la même faveur à la constitution de gage tacite à laquelle se rattache le privilège du commissionnaire.

Source BIU Cujas

Mais, conformément aux règles générales qui s'appliquent au gage commercial comme au gage civil (n° 412 *bis*), il faut, pour être grevées du privilège, que les marchandises soient à la disposition du créancier, c'est-à-dire ici du commissionnaire (art. 95, al. 2). Elles sont considérées comme étant à sa disposition, quand elles sont soit *consignées*, soit *déposées*, soit *expédiées*. Il y a *consignation*, quand un commissionnaire a reçu des marchandises dans ses magasins avec mission de les vendre. Il y a *dépôt*, lorsque les marchandises ont été remises au commissionnaire pour qu'il les conserve, sans qu'il soit chargé d'en opérer la vente. Il suffit, du reste, que les marchandises soient expédiées au commissionnaire consignataire ou dépositaire; il y a *expédition*, quand les marchandises sont mises en route pour parvenir au destinataire et que le commissionnaire est nanti de la lettre de voiture, du récépissé ou du connaissement, qui lui en assure la délivrance lors de leur arrivée à destination.

459. Le privilège existe pour les *prêts*, *avances* ou *paiements*, et pour les *frais* faits par le commissionnaire ainsi que pour *le droit de commission;* il garantit aussi bien les intérêts que le capital de la créance privilégiée. Peu importe que les marchandises n'aient été expédiées qu'après que les avances ont été faites (art. 95, al. 1 et 3).

Le commissionnaire exerce le privilège, soit qu'étant consignataire il ait été chargé de vendre, soit qu'étant simple dépositaire il ait fait procéder à la vente pour se rembourser sur le prix. Seulement, dans le second cas, il doit faire procéder, comme tout créancier gagiste, à la vente aux enchères après sommation faite huit jours à l'avance à son commettant (art. 93, C. com.).

460. On s'accorde à reconnaître le privilège au profit du commissionnaire-vendeur. Mais on l'a contesté au commissionnaire-acheteur. On a fait observer dans ce sens que l'art. 95, C. com., parle de marchandises *consignées*, *déposées*, *expédiées*, ce qui implique des marchandises confiées au commissionnaire par le commettant. Cette opinion a justement succombé devant les tribunaux. L'art. 95 emploie des expressions très générales, il parle de *tout commissionnaire*. Sans doute, il n'y a pas à parler ici de marchandises *consignées* ou *déposées*. Mais rien n'empêche de parler de *marchan-*

Source BIU Cujas

dises expédiées, quand le vendeur expédie les marchandises au commissionnaire. Du reste, les motifs qui ont fait créer le privilège s'appliquent à la commission, quel qu'en soit l'objet. Le commissionnaire-acheteur fait généralement plus d'avances que le commissionnaire-vendeur, par cela même qu'il est obligé de payer le prix; il a droit à autant, si ce n'est à plus de garanties.

461. *Droit de rétention.* — Le commissionnaire doit jouir d'un droit de rétention, si l'on reconnaît que ce droit existe, même en dehors des cas prévus par la loi, au profit de toute personne qui, en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, est tenue de restituer une chose qu'elle détient et à raison de laquelle elle est créancière (*debitum cum re junctum*). Par suite, si le commettant réclame au commissionnaire les marchandises consignées ou déposées sans lui avoir remboursé ses avances et ses frais, le commissionnaire peut retenir les marchandises jusqu'au remboursement. De même, le commissionnaire-acheteur peut refuser de livrer les marchandises à son commettant, tant que celui-ci ne l'a pas remboursé.

462. *Droit de revendication.* — Le commissionnaire-acheteur perd le droit de rétention, quand il a expédié les marchandises à son commettant et il ne l'a point lorsque les marchandises sont expédiées directement au commettant par le tiers-vendeur. N'y a-t-il pas cependant pour le commissionnaire un moyen de rentrer ou de se faire mettre en possession des marchandises? La négative est certaine une fois que les marchandises sont entrées dans les magasins du commettant. Mais, tant qu'elles n'y sont pas entrées, en cas de faillite du commettant, le commissionnaire n'a-t-il pas le droit de revendication accordé par l'art. 576, C. com., au vendeur non payé? Bien qu'on l'ait contesté, il nous semble évident que ce droit doit lui être reconnu. Il est vrai qu'on ne saurait le fonder en disant que le commissionnaire-acheteur doit être considéré comme ayant revendu à son commettant les marchandises achetées par lui; ces marchandises passent directement du tiers-vendeur au commettant sans appartenir jamais au commissionnaire. Mais, si le commissionnaire n'a pas de son chef le droit de revendication, il l'a par voie de subrogation légale; en effet, en payant le prix de la vente, il paie une dette dont il est tenu *pour* le commettant. Cf. art. 1251-3°,

Source BIU Cujas

C. civ. Il va de soi, du reste, que cela est vrai seulement pour le cas où le commissionnaire a acheté en son nom. Lorsque le commissionnaire achète, au contraire, au nom du commettant, il ne peut être question de subrogation légale; le commissionnaire, en payant le prix, acquitte une dette dont son commettant seul était tenu.

463. La solidarité est admise par le Code civil (art. 2002) entre les co-mandants. Elle doit être, par analogie, admise entre les commettants. Du reste, on sait que la solidarité se présume en matière commerciale (n° 359).

464. Garanties des droits du commettant. — Le commettant a le droit de revendication que lui accordent les art. 574 et 575, C. com., en cas de faillite du commissionnaire. La nature de ce droit et les conditions de son exercice seront exposées dans la quatrième partie de ce livre consacrée aux faillites. En outre, par cela même qu'en matière commerciale la solidarité se présume (n° 359), les commissionnaires qui ont reçu ensemble l'ordre de faire une opération sont tenus solidairement envers leur commettant; il en est autrement des co-mandataires (art. 1995, C. civ.).

Source BIU Cujas

APPENDICE AU CHAPITRE IV.

DES PRÉPOSÉS (COMMIS, COMMIS-VOYAGEURS, ETC...).

465. Les commerçants ont souvent des employés à leur service. Parmi ces employés, les uns font des travaux d'ordre intérieur (surveillance de la fabrication, arrangement des marchandises, tenue des livres, etc...); les autres sont chargés de faire des opérations commerciales pour le compte et au nom de leur patron. On peut désigner ces derniers sous le nom collectif de *préposés;* d'après l'importance des actes qu'ils sont chargés de faire et les lieux où il les font, on les désigne sous les noms variés de commis, commis-voyageurs, placiers, etc...

Le contrat par lequel les commis sont engagés participe à la fois de la nature du louage de services et de celle du mandat. Dans le silence de nos lois sur ce contrat, on applique aux rapports entre patrons et commis les règles relatives au louage de services et au mandat ainsi que les usages.

466. Le préposé n'est pas commerçant. Il fait bien des actes de commerce d'une façon habituelle, mais il les fait au nom d'autrui (n° 46). Quant au contrat intervenant entre le préposé et son patron, il a un caractère mixte. C'est un acte civil pour le préposé; le louage de services n'est pas, en règle générale, un acte de commerce pour celui qui engage ses services (n° 25) et, en dehors des cas spécifiés par la loi, le mandat n'est pas commercial pour le mandataire (n° 31). Au contraire, le patron est obligé commercialement; il y a là un contrat qui est conclu pour les besoins de son commerce; c'est le cas d'appliquer la *théorie de l'accessoire* (n° 37).

Il résulte de cette nature mixte du contrat que, contre le patron, la preuve peut s'en faire par tous les moyens, tandis que, contre le préposé, elle est soumise aux dispositions restrictives des art. 1341 et s., C. civ.—Relativement à la compétence, l'art. 634-1°, C. com., charge les tribunaux de commerce de connaître des procès intentés par le patron contre ses préposés, bien que le contrat ne soit pas commercial pour ces derniers : les tribunaux de commerce, à raison

Source BIU Cujas

de leur composition, ont une aptitude spéciale pour juger les procès de cette sorte. Les tribunaux de commerce sont-ils aussi compétents pour connaître des procès intentés par les commis contre leurs patrons ? En cas d'affirmative, les commis n'ont-ils pas la faculté, s'ils le préfèrent, d'agir devant le tribunal civil? C'est une double question qui sera examinée à propos de la compétence des tribunaux de commerce.

467. Il est rare, à moins qu'il ne s'agisse de préposés placés à la tête d'un établissement ou d'une succursale (*fondés de pouvoirs, gérants, facteurs*), qu'une procuration écrite soit donnée. Aussi, en cas de contestation, en est-on réduit à rechercher, en s'attachant aux circonstances, s'il y a eu un mandat tacite. L'existence du mandat peut se déduire notamment de ce que le commis dont il s'agit fait depuis longtemps des opérations pour son patron, est porteur de prix-courants ou d'échantillons (1).

468. Les obligations du commis sont, en général, les mêmes que celles de tout mandataire et spécialement du commissionnaire. Seulement le commis, ayant engagé ses services à un patron, ne peut se charger d'agir pour un autre commerçant, fît-il un commerce tout différent, ni faire le commerce pour son propre compte.

469. Le patron est obligé de payer au commis un salaire qui est déterminé par la convention ou par les usages et qui est généralement payable par mois. Ce salaire le plus souvent est fixe ; mais parfois il est alloué au commis une part proportionnelle dans les bénéfices. Il a été dit précédemment que, même dans ce second cas, le contrat qui lie le commis à son patron conserve le caractère de louage de services mélangé de mandat ; le commis n'est pas même alors un associé. Des conséquences importantes ont été déduites de cette idée générale (n° 109).

L'action des commis en paiement de leurs salaires ou appointements se prescrit par cinq ans. L'art. 2277, C. civ., soumet, en effet, à la prescription quinquennale *tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts.*

On ne saurait ranger les commis sous le nom de *gens de service.* Aussi ne peuvent-ils invoquer le privilège général accordé par l'arti-

(1) V., sur les difficultés relatives aux pouvoirs des commis-voyageurs, *Précis de droit commercial*, t. I, n° 840.

Source BIU Cujas

cle 2101-4°, C. civ., aux gens de service *pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante*. Mais, d'après l'art. 549, C. com. (révision de 1838), en cas de faillite de leur patron, les commis ont un privilège général, ayant le même rang que celui de l'art. 2101-4°, C. civ., pour les salaires dus pour les six mois ayant précédé la déclaration de faillite.

470. Le contrat qui lie le patron et le commis l'un envers l'autre prend fin par des causes multiples.

D'après la règle générale de l'art. 1780, C. civ., les commis ne peuvent pas s'engager à vie. Leur engagement est contracté pour un temps fixe ou (ce qui est beaucoup plus fréquent) pour un temps indéterminé.

Il va de soi que, dans tous les cas, le contrat peut être résilié, soit par le consentement réciproque des parties (art. 1134, al. 2, C. civ.), soit par justice, quand l'une d'elles n'exécute pas ses obligations (art. 1184, C. civ.). Mais, en outre, le patron peut-il congédier son commis et le commis peut-il se retirer quand bon lui semble? Une distinction doit être faite pour résoudre cette question. Quand la durée de l'engagement (ce qui est assez rare) est fixée par le contrat, chaque partie est tenue de s'y conformer, à peine d'être condamnée envers l'autre à des dommages-intérêts. Mais, quand (ce qui est le cas ordinaire) la durée du contrat n'a pas été fixée par avance, chaque partie a le droit de le résilier à sa volonté.

Mais afin que les commis congédiés brusquement ne restent pas sans travail ou que les patrons ne restent pas sans les employés qui leur sont nécessaires, les usages fixent un délai minimum durant lequel les commis doivent continuer à recevoir leurs salaires ou sont tenus de rester en fonctions, après qu'ils ont été congédiés ou qu'ils ont déclaré vouloir quitter la maison de leur patron. Quant à l'étendue de ce délai, les usages le fixent différemment selon les lieux et selon les genres de commerce.

Il va de soi que la mort du commis met fin au contrat et que ses obligations ne passent pas à ses héritiers. Il n'en est pas de même de la mort du patron, ni de la cession du fonds de commerce. Les services du commis ne sont pas personnels comme ceux de certains domestiques ou des mandataires.

Source BIU Cujas

CHAPITRE V.

DU CONTRAT DE TRANSPORT.

472. Quand il s'agit d'un transport d'un lieu dans un autre, il intervient nécessairement un contrat entre la personne qui veut faire transporter des marchandises ou se faire transporter elle-même et celui qui se charge d'effectuer le transport, c'est *le contrat de transport*. Cette dénomination très simple et très naturelle ne se trouve pourtant pas dans nos lois. Ce contrat est régi par le Code civil (art. 1782 à 1786) qui le considère comme une variété du louage d'ouvrage et par le Code de commerce qui s'en occupe dans le titre *du gage et des commissionnaires* (art. 96 à 108). Ces dispositions n'ont trait qu'au transport des marchandises (non à celui des personnes), en tant qu'il est opéré par terre ou par les eaux intérieures; des règles spéciales sur le contrat de transport par mer, appelé *affrétement* ou *nolissement*, se trouvent dans les art. 273-310, C. com. Il ne sera question dans ce volume que du transport des marchandises et le présent chapitre laissera de côté le transport maritime dont il sera parlé seulement dans la *troisième partie* consacrée au commerce de mer.

473. Le contrat de transport intervient entre l'*expéditeur* ou *chargeur* qui fait opérer le transport des marchandises et le *voiturier* qui s'engage à l'opérer. Il suppose le plus souvent l'existence d'une troisième personne, celle à laquelle les marchandises sont adressées ou destinées et qui est appelée *destinataire*. Parfois les deux qualités d'*expéditeur* et de *destinataire* sont réunies dans la même personne, c'est là ce qui a lieu quand une personne s'expédie à elle-même des marchandises dont elle a besoin dans un lieu différent de celui où elles se trouvent. Sauf dans ce dernier cas, le destinataire n'intervient pas au contrat de transport, mais l'expéditeur y stipule à son profit.

474. Les personnes qui ont des marchandises à faire transporter ne traitent pas toujours directement avec un voiturier ou un agent de transport; elles s'adressent parfois à un commissionnaire qui se

Source BIU Cujas

charge de traiter avec des voituriers pour le compte de l'expéditeur.

Le recours à un *commissionnaire de transport* peut être utile dans des circonstances diverses, spécialement lorsque les marchandises doivent passer entre les mains de plusieurs voituriers. Le commissionnaire de transport se met en rapport avec chacun d'eux. Cela se présente particulièrement quand des marchandises doivent être transportées par voie ferrée et par mer.

Le commissionnaire de transport et le voiturier sont tenus d'obligations presque identiques; c'est ce qui explique que le Code de commerce ait traité du contrat de transport à propos de la commission. Du reste, si l'on peut dire que le commissionnaire de transport est celui qui se charge de traiter avec des voituriers tandis que le voiturier s'oblige à faire opérer le transport, du moins les qualités de commissionnaire de transport et de voiturier ne sont pas à beaucoup près toujours séparées. Il est même rare qu'un commissionnaire de transport n'opère pas le transport par ses agents au moins pour une partie du trajet. Cette réunion des deux qualités de commissionnaire de transport et de voiturier a lieu dans un cas très fréquent : lorsque des marchandises doivent, pour parvenir à destination, passer sur les réseaux de plusieurs compagnies de chemins de fer, chacune d'elles est *voiturier* en tant qu'elle opère le transport sur ses propres lignes et *commissionnaire de transport* en tant qu'elle se charge de transmettre les marchandises aux compagnies subséquentes. La dernière compagnie, qui doit remettre les marchandises au destinataire, a seule le rôle de voiturier sans être en même temps commissionnaire.

Dans l'usage, les commissionnaires de transport ne sont pas rémunérés par un droit de commission fixé à l'avance. Ils traitent à forfait avec l'expéditeur pour un prix déterminé et réalisent des bénéfices en payant aux voituriers qu'ils emploient un prix inférieur. Cela n'a rien de contraire au principe selon lequel le commissionnaire ne doit réclamer à son commettant que ce qu'il a payé pour l'opération. Car cette règle ne s'applique que sauf convention contraire. En matière de transport par chemins de fer, les commissionnaires de transport réalisent des bénéfices notamment en pratiquant ce qu'on appelle *le groupage*. Mais, dans leurs rapports

Source BIU Cujas

entre elles, les compagnies de chemins de fer se rendent réciproquement le service de remplir l'une à l'égard de l'autre le rôle de commissionnaire : elles n'exigent, pas quand elles sont à la fois *voiturier* et *commissionnaire de transport*, une rémunération plus élevée que lorsqu'elles n'ont que la première de ces qualités.

475. Le mot *voiturier* a, dans nos Codes, un sens très large : il désigne tout agent de transport, individu ou compagnie, de quelque manière que le transport soit effectué. C'est en vertu de cette idée générale que les dispositions du Code de commerce sont appliquées, en principe, au transport par chemins de fer. Il y a toutefois lieu de remarquer que, pour cette dernière sorte de transport, il y a un assez grand nombre de règles spéciales et que des dispositions particulières sont admises pour le transport par mer (art. 273 à 310, C. com.).

Il sera traité successivement : 1° *De la nature et de la preuve du contrat de transport ;* 2° *Des obligations du voiturier ou du commissionnaire ;* 3° *Des obligations de l'expéditeur ou du destinataire ;* 4° *Des principales règles particulières au transport des marchandises par chemins de fer.*

1° *De la nature et de la preuve du contrat de transport.*

476. Le contrat de transport est-il un acte de commerce ? Il y a à cet égard plusieurs distinctions à faire. *A l'égard de l'expéditeur*, le contrat n'a le caractère commercial qu'autant qu'il se rattache à l'exercice de son commerce. Ainsi il y a acte de commerce pour la personne qui fait transporter des marchandises qu'elle a fabriquées ou qu'elle a achetées pour les revendre ; il n'y a pas acte de commerce pour celui qui a fait transporter les meubles de son appartement personnel ou pour l'agriculteur qui fait opérer le transport des fruits de la récolte qu'il a vendus. *A l'égard du voiturier* même, le contrat n'est pas nécessairement commercial. Il a bien ce caractère dans le cas très fréquent où le voiturier est une personne ou une compagnie qui fait profession de transporter des personnes ou des marchandises et est, par suite, un *entrepreneur de transport ;* en effet, l'art. 632, C. com., range parmi les actes de commerce l'*entreprise de transport*. Mais la personne qui se charge accidentellement

Source BIU Cujas

d'opérer un transport, ne fait pas acte de commerce. Les dispositions du Code de commerce régissent l'*entrepreneur de transport* à l'exclusion de celui qui fait accidentellement un transport : ainsi les art. 105 et 108 ne concernent que l'*entrepreneur de transport*.

477. Le contrat de transport, qui tient de la nature du dépôt et du louage d'ouvrage, est synallagmatique, il crée des obligations pour l'expéditeur et pour le voiturier. Il est réel en ce sens qu'il n'y a contrat de transport proprement dit qu'à partir du moment où les marchandises sont livrées au voiturier. Avant cette remise, le voiturier qui s'est engagé à faire le transport est obligé valablement, mais il y a là seulement une promesse de transport.

478. PREUVE DU CONTRAT DE TRANSPORT. — Quand (ce qui est le cas le plus fréquent) le contrat de transport a le caractère d'acte de commerce pour les deux parties, la preuve peut s'en faire par tous les moyens conformément à l'art. 109, C. com. Mais, afin d'éviter les difficultés, la loi prescrit au voiturier ou au commissionnaire de transport 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 (art. 96, C. com. et art. 1785, C. civ.). Du reste, le plus souvent dans l'usage il est dressé un écrit : c'était autrefois une *lettre de voiture*, c'est aujourd'hui presque toujours un *récépissé*. Le Code de commerce s'est occupé seulement de la *lettre de voiture*, c'était le seul écrit employé en 1807.

479. *De la lettre de voiture.* — On désigne sous ce nom un écrit sous seing privé ayant la forme d'une lettre adressée par l'expéditeur au destinataire et constatant les conditions du contrat de transport. L'art. 102, C. com., énumère les énonciations qu'elle doit contenir et qui se réfèrent aux personnes intéressées, aux choses à transporter, aux conditions du transport.

La lettre de voiture mentionne :

a. Le nom et le domicile du voiturier, 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. Il va de soi que, s'il n'y a pas de commissionnaire, il faut indiquer le nom de l'expéditeur qui, du reste, est nécessairement connu par cela même qu'il signe la lettre de voiture.

Source BIU Cujas

b. La nature, le poids ou la contenance des objets à transporter; elle présente en marge la marque et les numéros de ces objets. Ces énonciations individualisent les marchandises et permettent au destinataire de reconnaître les marchandises qui lui sont adressées, malgré le grand nombre d'objets de la même espèce que transporte le voiturier.

c. Le délai dans lequel le transport doit être effectué.

Le prix de la voiture, c'est-à-dire du transport. On indique si ce prix a été payé par l'expéditeur (*port payé*) ou s'il devra l'être seulement à l'arrivée par le destinataire (*port dû*).

L'indemnité due pour cause de retard. Il s'agit là d'une clause pénale ayant pour but d'éviter les difficultés auxquelles peut donner lieu la fixation des dommages-intérêts dus pour retard.

La lettre de voiture est *datée* et *signée de l'expéditeur ou du commissionnaire.* La date sert, en général, à fixer le point de départ du délai accordé au voiturier pour le transport. La signature de l'expéditeur atteste que les conditions portées dans la lettre de voitures sont conformes aux conventions. La signature du voiturier n'est pas exigée. La forme même de cet écrit (lettre adressée par l'expéditeur au destinataire) n'implique pas que le voiturier y appose sa signature. Du reste, afin d'assurer d'une façon plus certaine la preuve du contrat de transport, la lettre de voiture doit être copiée sur un registre spécial (art. 102, *in fine*, C. com.).

La lettre de voiture peut n'être dressée qu'en un seul exemplaire. Elle est alors remise au voiturier qui la livre à ses employés pour qu'elle voyage avec les marchandises et soit donnée au destinataire lors de leur arrivée. Mais souvent on dresse deux exemplaires dont l'un signé de l'expéditeur est remis au voiturier et dont l'autre signé du voiturier est gardé par l'expéditeur. On se borne parfois à faire une copie non signée de l'exemplaire unique ; on appelle alors l'original *bonne lettre de voiture* et la copie *fausse lettre de voiture.*

480. La lettre de voiture est utile à plusieurs points de vue :

1. Elle fait preuve du contrat de transport et de ses conditions. L'art. 101 dit que la lettre de voiture *forme* le contrat. Cela ne signifie pas que l'existence ou la validité du contrat de transport soit subordonnée à la confection d'une lettre de voiture, ce n'est assuré-

Source BIU Cujas

ment pas là un contrat solennel. Ces expressions purement pratiques veulent dire que la lettre de voiture constate et prouve le contrat de transport.

A l'égard de qui fait-elle preuve ? D'après l'art. 101, *la lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier*. Cette disposition vise à la fois le cas où le contrat a été conclu par l'expéditeur et le cas où il l'a été par l'intermédiaire d'un commissionnaire. Dans le premier cas, il va de soi que le contrat est prouvé entre l'expéditeur et le voiturier ; il l'est aussi à l'égard du destinataire qui, agissant contre le voiturier, ne peut invoquer que la lettre de voiture dans laquelle l'expéditeur a stipulé pour le destinataire. Dans le second cas, il va de soi que la lettre de voiture signée du commissionnaire fait preuve entre lui et le voiturier. Mais comment l'article 101 peut-il dire qu'elle fait aussi preuve contre l'expéditeur qui, dans ce cas, est resté étranger au contrat de transport ? Cela signifie que, si l'expéditeur agit contre le voiturier, les énonciations de la lettre de voiture signée de son commissionnaire lui sont opposables.

Quand la lettre de voiture ne contient pas toutes les énonciations qu'énumère l'art. 102, C. com., elle fait preuve seulement quant aux énonciations y contenues et, pour les énonciations omises, il y a lieu de recourir à d'autres moyens de preuve.

2. La lettre de voiture sert d'instruction au voiturier et à ses agents. Par elle ils savent quel prix de transport ils doivent réclamer au destinataire lorsque l'expédition des marchandises n'a pas eu lieu *en port payé*, ils savent dans quel délai le transport doit être opéré, ils peuvent vérifier en cours de route le nombre et la nature des marchandises. Quand il y a plusieurs voituriers successifs, elle indique à chacun la direction à donner aux marchandises.

3. La lettre de voiture étant remise au destinataire le met à même de savoir quel est le prix du transport à payer, si les marchandises qui lui sont livrées sont bien celles que l'expéditeur lui a adressées, si les délais du transport ont bien été observés.

4. La lettre de voiture peut être très utile comme moyen de mettre les marchandises transportées à la disposition du destinataire ou

Source BIU Cujas

d'autres personnes avant même qu'elles ne soient parvenues à destination.

Le voiturier est *détenteur* des marchandises pendant la durée du transport. Il les détient, soit pour le compte de l'expéditeur quand l'unique exemplaire de la lettre de voiture a été remis au voiturier, soit pour le compte du destinataire quand le voiturier ayant reçu une *fausse lettre de voiture* ou un exemplaire, la bonne lettre de voiture a été transmise au destinataire. Dans ce dernier cas, c'est celui-ci qui a la possession des marchandises; car c'est à lui seul que le voiturier peut délivrer les marchandises. Ainsi, quand les marchandises ont été vendues, la remise à l'acheteur de la lettre de voiture y afférente vaut délivrance à son égard et lui-même, s'il revend les marchandises, peut, en transmettant à son tour la lettre de voiture à son acheteur, en faire la délivrance. La lettre de voiture permet ainsi de vendre des marchandises en cours de transport, en assurant à l'acheteur que lui seul pourra se faire délivrer les marchandises par le voiturier. — En vertu de la même idée générale, les marchandises transportées peuvent être valablement constituées en gage au moyen de la transmission de la lettre de voiture au créancier gagiste. Il est ainsi satisfait à la condition de la mise en possession du créancier gagiste (art. 92, C. com. et art. 2076, C. civ.). V. plus haut, n° 412 *bis*.

La transmission de la lettre de voiture dépend de la forme même de ce titre. Il y a lieu de remplir les formalités de l'art. 1690, C. civ., à l'égard du voiturier, si elle est à personne dénommée; elle se transmet par voie d'endossement, quand elle est à ordre, ou par la simple tradition, quand elle est au porteur.

481. *Du récépissé.* — L'usage de la lettre de voiture est devenu très rare; on ne s'en sert plus guère dans les transports par chemins de fer. Généralement elle est remplacée par un écrit signé de l'entrepreneur de transport constatant qu'il a reçu les marchandises de l'expéditeur et relatant, comme le fait la lettre de voiture, les conditions du contrat de transport.

La forme des récépissés et leur mode de délivrance n'ont été réglés par la loi qu'en ce qui concerne les transports par chemins de fer. D'après l'art. 49, dern. alin., du *cahier des charges*, la compa-

Source BIU Cujas

gnie de chemin de fer qui reçoit des marchandises à transporter, doit en délivrer un récépissé, à moins que l'expéditeur ne réclame une lettre de voiture. D'après la loi du 13 mai 1863 (art. 10), il énonce la nature, le poids et la désignation des colis, les noms et l'adresse du destinataire, le prix total du transport et le délai dans lequel il doit être effectué. Le récépissé est détaché d'un livre à souche. Un double du récépissé doit accompagner l'expédition pour être remis au destinataire, l'autre est délivré à l'expéditeur.

Le récépissé a, en général, la même utilité que la lettre de voiture. Ainsi il prouve le contrat de transport, il donne des instructions au voiturier, des indications au destinataire; enfin l'expéditeur ou le destinataire peut transférer la possession des marchandises, pendant qu'elles sont en cours de route, à des acheteurs ou à un créancier gagiste.

Le récépissé correspond à peu près par sa forme au *connaissement* usité dans les transports maritimes. On désigne sous ce nom la reconnaissance délivrée par le capitaine d'un navire auquel sont remises les marchandises dont il se charge (C. com., art. 222).

En fait, le connaissement rend plus de services, au point de vue de la vente et de la constitution en gage des marchandises en cours de transport, que la lettre de voiture ou le récépissé. Cela tient à ce que les transports par mer sont généralement de plus longue durée que les transports par terre. Ceux-ci sont le plus souvent aujourd'hui si rapides, qu'il ne peut guère intervenir des ventes ou des constitutions de gage relativement aux marchandises transportées.

2° *Des obligations du voiturier ou du commissionnaire envers l'expéditeur ou le destinataire.*

482. Le voiturier est tenu de transporter les marchandises dans les délais convenus, de veiller durant le transport à leur conservation et de les remettre au destinataire. Aussi est-il responsable envers les intéressés du préjudice résultant du manquement à l'une de ces obligations.

483. La responsabilité du voiturier a lieu dans trois cas, en cas de *perte*, d'*avaries*, de *retard* (art. 103 et 104, C. com.).

La perte peut être totale ou partielle. Il y a *perte* dans le sens

Source BIU Cujas

légal, non seulement quand il est prouvé que les marchandises ont réellement péri, mais encore toutes les fois que le voiturier ne prouve pas qu'il les a remises au destinataire. C'est au voiturier à prouver la remise des marchandises, car, en cas de contestation, un débiteur doit prouver qu'il est libéré (art. 1302 et 1315, C. civ.). Le plus souvent, pour avoir entre les mains la preuve de sa libération, l'entrepreneur de transport (il en est spécialement ainsi des compagnies de chemins de fer) fait apposer par le destinataire sa signature sur un registre; c'est ce qu'on appelle un *émargement*.

Il y a *avaries*, lorsque, sans qu'il y ait des *manquants*, les marchandises ont subi des détériorations. Enfin il y a *retard*, lorsque les marchandises ne sont pas parvenues au destinataire dans les délais convenus.

484. Le commissionnaire de transport est responsable dans les mêmes cas que le voiturier (art. 97 et 98, C. com.). Seulement, pour qu'il y ait lieu à sa responsabilité, il n'est pas nécessaire que la perte, les avaries ou le retard se soient produits alors que les marchandises étaient entre ses mains. Le commissionnaire de transport est, en effet, garant des faits des voituriers et commissionnaires intermédiaires auxquels il adresse les marchandises (art. 97 et 99, C. com.); il ne saurait alléguer qu'il a choisi les agents intermédiaires avec le plus grand soin. Le commissionnaire de transport est donc de plein droit un *commissionnaire-ducroire*. (V. plus haut, n° 448). Il en est ainsi alors même qu'il a dû recourir nécessairement à un voiturier déterminé; le Code ne distingue pas.

485. La responsabilité des voituriers ou des commissionnaires de transport commence au moment même où leurs agents reçoivent les marchandises. L'art. 1783 consacre cette règle en disposant qu'*ils répondent non seulement de ce qu'ils ont déjà reçu dans leur bâtiment ou voiture, mais encore de ce qui leur a été remis sur le port ou dans l'entrepôt, pour être placé dans leur bâtiment ou voiture.*

486. La responsabilité des voituriers et des commissionnaires de transport est écartée par suite de trois causes, le *cas fortuit* ou *de force majeure, la faute de l'expéditeur, le vice propre des marchandises* (art. 97, 98 et 107, C. com., art 1784 et 1149, C. civ.).

Source BIU Cujas

Il y a *cas fortuit* ou de *force majeure*, lorsque la perte, l'avarie, le retard est dû à une cause indépendante du fait du voiturier et des personnes dont il répond (inondation, chute de la foudre, amoncellement des neiges, etc...).

Il y a *faute de l'expéditeur*, quand la perte ou l'avarie provient d'une négligence de sa part. Cela se présente notamment lorsque l'emballage est défectueux, que des bouteilles de liquide sont mal bouchées, etc... Il serait injuste de faire supporter alors la perte ou les avaries au voiturier. Cette solution n'est consacrée expressément par aucun texte, elle résulte bien des principes généraux du droit.

Le *vice propre* consiste, soit dans un défaut des marchandises, soit dans une cause tenant à leur nature même qui entraîne la perte ou la détérioration, sans qu'il y ait aucune faute à reprocher au voiturier. Il y a vice propre, quand des marchandises de mauvaise qualité se corrompent en route, quand des liquides coulent, etc.

487. Quand, pour échapper à la responsabilité, le voiturier allègue un cas fortuit ou de force majeure, le vice propre, la faute de l'expéditeur, il doit en faire la preuve. Il n'y a pas là une solution rigoureuse spéciale au contrat de transport, mais une application des principes du droit commun ; c'est au débiteur qui prétend être libéré à prouver la cause de sa libération (art. 1147, 1302, 1315, alin. 2, C. civ.). Il résulte de là que le voiturier est responsable, non seulement quand il y a eu faute de sa part, mais encore quand on ne parvient pas à trouver la cause de la perte, des avaries ou du retard.

488. Les dispositions relatives à la responsabilité ne concernent que les rapports entre l'expéditeur ou le destinataire d'un côté et le voiturier ou le commissionnaire de transport de l'autre. Elles ne touchent en rien à la question de savoir qui de l'expéditeur ou du destinataire supporte les risques. La solution à donner à cette question dépend de la nature des relations qui existent entre ces deux personnes. Ainsi dans le cas fréquent où l'expéditeur a vendu au destinataire les marchandises transportées, il y a lieu d'appliquer les règles sur les risques dans la vente. V. art. 100, C. com. et nos 383 et suiv.

489. *Conséquences de la responsabilité. Dommages-intérêts.* —

Source BIU Cujas

Le voiturier ou le commissionnaire responsable doit payer des dommages-intérêts. Comment sont-ils calculés ?

Un principe fondamental en cette matière, c'est qu'il ne peut y avoir lieu à dommages-intérêts que s'il y a eu un préjudice souffert. Cela s'applique spécialement en cas de retard; si le retard n'a pas causé de préjudice, il n'y a pas lieu à indemnité. La preuve du préjudice peut être difficile à faire. Aussi, pour se soustraire à toute difficulté, stipule-t-on parfois dans la lettre de voiture une clause pénale consistant, pour le cas de retard, dans une réduction d'une portion, par exemple du tiers du prix du transport. Les compagnies de chemins de fer n'admettent pas, en général, de clause pénale.

Les dommages-intérêts se déterminent conformément aux règles contenues dans les art. 1149 à 1151, C. civ., de telle sorte qu'ils comprennent en cas de perte la valeur des marchandises et le bénéfice dont la perte a amené la privation (1).

Au lieu de réclamer une indemnité, les intéressés peuvent laisser pour compte les marchandises au voiturier, soit lorsque les avaries les rendent tout à fait impropres à l'usage auquel elles étaient destinées, soit lorsque, par suite du retard, le but que se proposaient les intéressés ne peut plus être atteint. Cela se présente notamment quand, par suite d'un retard, des objets de mode parviennent à destination après l'expiration de la saison où ils auraient pu être vendus ou employés.

490. *Clauses exclusives ou restrictives de la responsabilité.* — La responsabilité du voiturier ou du commissionnaire de transport peut-elle être écartée ou restreinte par des conventions formelles ?

On admet sans difficulté qu'un commissionnaire de transport peut s'exonérer par une stipulation expresse de sa responsabilité quant aux faits des voituriers qu'il emploie. La légalité de cette stipulation est consacrée par l'art. 98, C. com., d'après lequel le commissionnaire est garant des avaries ou pertes des marchandises et effets, *s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre de voiture.*

Mais que décider pour le voiturier? D'après une opinion admise par beaucoup d'auteurs et qui a pour elle la jurisprudence, l'entrepreneur de transport ne pourrait pas stipuler qu'il ne sera pas res-

(1) V., pour les détails, *Précis de droit commercial*, t. I, nos 897 à 901.

Source BIU Cujas

ponsable de ses fautes ou de celles de ses employés. Une pareille clause, dit-on, est contraire à l'ordre public, elle offre de graves dangers, elle encourage la négligence en lui garantissant par avance l'impunité.

Cette opinion doit, selon nous, être repoussée : le voiturier peut stipuler valablement qu'il ne sera pas responsable à raison de ses fautes ou de celles de ses employés. Assurément un voiturier ne peut pas convenir qu'il ne répondra pas de ses actes frauduleux ou même des fautes lourdes qu'à raison de la gravité on assimile traditionnellement au dol ; une pareille convention serait illicite. Mais pourquoi ne s'exonérerait-il pas par avance de la responsabilité de ses fautes légères ? Dès l'instant où l'expéditeur accepte librement une pareille clause, à laquelle d'ordinaire correspond une diminution du prix du transport, il n'y a aucune bonne raison pour ne pas en admettre la validité. On ne saurait alléguer, comme on le fait quelquefois, qu'une personne ne peut stipuler qu'elle ne répondra pas de ses fautes. Personne ne doute de la validité des contrats d'assurance qui ont pour conséquence certaine d'empêcher l'assuré de supporter les dommages résultant aussi bien de ses fautes que des cas fortuits. Ainsi il n'est pas douteux qu'un entrepreneur de transports pourrait s'assurer contre la responsabilité qu'il peut encourir. Il est vrai que l'assurance suppose l'intervention d'un tiers, de l'assureur, à la différence de la clause de non-responsabilité ; mais, au point de vue du résultat, l'assurance ne diffère guère de la clause de non-responsabilité.

Cette question s'est présentée souvent à propos des tarifs spéciaux des compagnies de chemins de fer contenant la clause de non-responsabilité. Une jurisprudence constante (1) admet que cette clause ne doit pas être prise à la lettre parce qu'elle serait nulle ; elle lui donne seulement cette portée qu'en cas de perte ou d'avarie, les règles sur le fardeau de la preuve reçoivent une dérogation, de telle sorte que c'est à l'expéditeur (ou au destinataire) à prouver la faute de la compagnie, s'il veut obtenir une condamnation à des dommages-intérêts. Cette jurisprudence est très critiquable, alors même qu'on reconnaît la nullité des clauses de non-responsabilité. De pareilles

(1) Cass. 4 février 1874, S. 1874. 2. 173 ; *J. pal.* 1874. 678.

Source BIU Cujas

clauses ont pour but, comme leur nom l'indique, d'écarter la responsabilité et non de résoudre une question de preuve. En réalité, la jurisprudence substitue à la convention des parties une convention toute différente.

491. Il peut arriver qu'une clause, sans exclure la responsabilité du voiturier, limite par avance le montant des dommages-intérêts, en les fixant, par exemple, à tant par kilogramme ; il y a là une clause pénale parfaitement licite. Le Code de commerce (art. 102) l'admet expressément pour le cas de retard et il n'y a pas de raison pour la déclarer illicite pour les autres cas de responsabilité. Il va de soi que cette clause, comme la clause de non-responsabilité, ne peut pas recevoir d'application en cas de fraude ou de faute lourde.

Cette question ne doit pas être confondue avec celle de savoir si la mention inscrite sur les bulletins de bagages des voyageurs et limitant à une certaine somme la responsabilité du voiturier est valable. Cette mention n'a aucune valeur à raison de ce qu'alors il n'y a pas eu accord de volontés des parties, par cela même que le voyageur n'a pas été en mesure de l'accepter ou de la repousser.

492. *A qui appartient l'action en responsabilité.* — Le droit d'agir contre le voiturier ou contre le commissionnaire de transport appartient à l'expéditeur et au destinataire. L'expéditeur tire directement son droit du contrat dans lequel il a été partie ; le droit du destinataire provient de ce que l'expéditeur a stipulé à son profit. Il va de soi que le voiturier ne peut pas être actionné successivement par l'expéditeur et par le destinataire ; dès qu'il a payé une indemnité à l'un, il est libéré envers l'autre.

493. *Contre qui l'action en responsabilité peut-elle être exercée.* — Cette question doit être posée à raison de ce que plusieurs voituriers ou commissionnaires peuvent coopérer au transport. Deux cas sont à distinguer :

Il se peut que l'expéditeur traite lui-même successivement avec plusieurs voituriers, ou, ce qui revient au même, que les marchandises soient remises dans un lieu intermédiaire à une personne qui se charge de leur faire continuer le voyage en contractant avec un autre voiturier ; alors il y a autant de contrats de transport indépendants que de voituriers. — Ce cas est assez rare. Le plus souvent

Source BIU Cujas

l'expéditeur conclut un contrat de transport unique avec un voiturier ou un commissionnaire de transport, et, pour que les marchandises soient rendues à destination, il faut qu'elles passent par les mains de plusieurs voituriers ou commissionnaires de transport. Cela se présente dans les transports par voie ferrée, lorsque le lieu de destination n'est pas situé sur l'une des lignes de la compagnie de départ. Dans ce cas des questions diverses se posent.

494. L'expéditeur ou le destinataire (il n'y a pas de distinction à faire) peut agir contre le premier voiturier qui, en qualité de commissionnaire de transport, répond des faits des voituriers subséquents. Aussi le premier voiturier ne saurait-il se soustraire à la responsabilité en prouvant la faute de l'un des autres voituriers ; le seul effet de cette preuve est de lui permettre de recourir contre celui des agents intermédiaires qui a commis la faute.

Les intéressés n'en sont pas réduits à agir contre le premier voiturier. Ils peuvent aussi actionner, s'ils le préfèrent, soit l'un des voituriers intermédiaires, soit le dernier (le destinataire, pour éviter les dérangements et les frais, agit souvent contre celui-ci). D'après les principes généraux de la commission, le commettant, qui est ici l'expéditeur, peut agir directement contre les tiers qui ont contracté avec le commissionnaire, dès l'instant où cela ne cause pas de préjudice à ceux-ci.

495. Si tous ceux qui ont participé au transport peuvent, en principe, être actionnés en responsabilité par l'expéditeur ou par le destinataire, ce n'est pas à dire que les mêmes règles s'appliquent au point de vue de la preuve, quel que soit le défendeur. Voici, selon nous, quelles solutions doivent être admises :

a. Il est hors de doute que le premier voiturier doit être traité comme s'il avait été seul chargé du transport. Il est réputé avoir reçu les marchandises en bon état, car il avait la possibilité de les vérifier à la rigueur. C'est à lui à prouver le fait qu'il allègue pour échapper à la responsabilité, mais il ne saurait utilement dans ce but prétendre qu'il y a eu faute d'un des agents intermédiaires, puisqu'il en répond (n° 494).

b. Les voituriers intermédiaires sont aussi réputés avoir reçu les marchandises en bon état, lorsque l'action en responsabilité est

Source BIU Cujas

exercée à raison d'avaries apparentes. Mais, pour les avaries non apparentes, cette présomption serait inique. Les agents intermédiaires, à la différence du premier voiturier, ne peuvent pas procéder à une vérification et il est à désirer pour la célérité des transports qu'ils ne tentent pas d'y procéder. En conséquence, lorsqu'il s'agit d'avaries non apparentes, le demandeur doit prouver, sinon, comme on l'a parfois décidé, que les avaries se sont produites alors que les marchandises étaient entre les mains du voiturier actionné, du moins qu'il les a reçues en bon état du voiturier précédent.

Quand il est établi que les marchandises ont été reçues en bon état, c'est au voiturier intermédiaire actionné à prouver le cas fortuit qu'il allègue. Il est même admis qu'il échappe à toute responsabilité en prouvant que l'avarie s'est produite entre les mains d'un voiturier subséquent. Il serait bien dur d'argumenter ici de ce que le défendeur est commissionnaire et répond des fautes des voituriers postérieurs. A la différence du premier voiturier, il n'a pas contracté directement avec l'expéditeur, il serait d'une dureté excessive de le traiter comme *ducroire*.

c. Ce qui vient d'être dit s'applique, en principe, assurément au dernier voiturier comme aux voituriers intermédiaires. Toutefois une difficulté s'est élevée dans le cas très fréquent où le dernier voiturier se fait payer par le destinataire le prix intégral du transport. On a soutenu (et des arrêts ont admis cette doctrine) que le dernier voiturier, en recevant le prix, a manifesté la volonté de prendre la place des voituriers intermédiaires et ne peut pas, par suite, échapper à la responsabilité en prouvant qu'il y a eu faute de l'un de ceux-ci. C'est une fausse doctrine. Selon nous, le dernier voiturier ne doit jamais être traité autrement que l'un des agents intermédiaires du transport; il n'a pas la qualité de commissionnaire et il n'a pu, pas plus que ceux-ci, vérifier les marchandises et constater les avaries intérieures. En réclamant le prix intégral du transport, il ne fait qu'obéir à la nécessité; chargé de remettre les marchandises au destinataire, c'est à lui à encaisser ce prix. Du reste, il pourrait être parfois difficile de déterminer la portion du prix du transport devant revenir personnellement au dernier voiturier.

Source BIU Cujas

d. Il résulte de tout ce qui a été dit précédemment que souvent l'action en responsabilité est intentée avec succès contre un voiturier qui n'a commis aucune faute. Cela peut se présenter surtout pour le premier voiturier. Assurément celui-ci a un recours contre ceux qui ont coopéré avec lui au transport. Au point de vue de la preuve, il semble juste d'appliquer les mêmes règles que dans les rapports entre l'expéditeur et les voituriers intermédiaires.

e. Souvent l'on ne peut arriver à déterminer quel est le voiturier qui a commis la faute. Aussi, en prévision de ces cas, les compagnies de chemins de fer français ont adopté des dispositions qui, sous le nom de *règles à suivre*, déterminent notamment comment se répartissent alors les dommages-intérêts entre les différentes compagnies.

496. Des causes d'extinction de l'action en responsabilité. — La responsabilité du voiturier est lourde. En outre, après un certain délai, il peut être très difficile de connaître exactement la cause de la perte, des avaries ou du retard et de savoir notamment si les avaries se sont ou non produites avant l'arrivée des marchandises à destination. Afin d'atténuer la responsabilité du voiturier et d'éviter les difficultés de preuve, le Code de commerce a admis pour l'action en responsabilité une fin de non-recevoir spéciale (art. 105) et une prescription très courte (art. 108).

497. Fin de non-recevoir de l'art. 105. — D'après l'art. 105, *la réception des objets transportés et le paiement du prix de la voiture éteignent toute action contre le voiturier.* Cette fin de non-recevoir repose sur une présomption : le destinataire, en recevant les marchandises et en payant le prix du transport, reconnaît implicitement qu'il n'y a pas de réclamation à former contre le voiturier.

498. D'après l'art. 105, la fin de non-recevoir suppose la réunion de deux conditions : 1° la réception des marchandises, 2° le paiement du prix du transport. La présomption servant de base à la fin de non-recevoir tire sa force de ce que ces deux faits émanent de la même personne, le destinataire, et se produisent après l'arrivée à destination, alors que la vérification des marchandises peut se faire. Il n'y a donc pas lieu à la fin de non-recevoir lorsque le prix du transport n'a pas été payé, ou lorsqu'il a été payé par l'expéditeur

Source BIU Cujas

avant le départ (expédition en *port payé*). Il résulte aussi des motifs mêmes qui justifient l'art. 105, qu'il est sans application lorsque le destinataire a été mis dans l'impossibilité de vérifier les marchandises ou lorsque le destinataire en les recevant a eu le soin de faire des réserves quant à son droit d'agir contre le voiturier.

499. D'après le texte même de l'art. 105, il s'applique à *toutes* actions contre le voiturier ou le commissionnaire de transport. Ainsi la fin de non-recevoir est opposable aux actions en responsabilité pour avaries, retard ou perte partielle (cas où il y a des *manquants*). Il n'y a pas à parler évidemment du cas de perte totale par cela même qu'alors la condition de réception des marchandises n'existe pas. Du reste, la fin de non-recevoir peut être opposée aux actions de l'expéditeur comme à celles du destinataire; l'expéditeur n'a sans doute pas participé à la réception des marchandises, mais les deux conditions prévues par l'art. 105 étant réunies font présumer, même à son égard, qu'il n'y a point de réclamation à faire ; dans les rapports avec le voiturier, le destinataire représente l'expéditeur.

La généralité des termes de l'art. 105 a conduit la jurisprudence à l'appliquer même au cas où il s'agit d'avaries *intérieures* ou *non apparentes*, c'est-à-dire qui ne peuvent être constatées qu'après un certain examen parce qu'elles ne se révèlent pas à l'extérieur. C'est une solution rigoureuse, mais conforme au texte absolu de l'art. 105.

La fin de non-recevoir dont il s'agit n'est relative qu'aux rapports entre le voiturier et le destinataire ou l'expéditeur. Le vendeur des marchandises (expéditeur) actionné par l'acheteur en paiement d'une indemnité à raison des avaries ne pourrait pas faire écarter la demande en opposant qu'il y a eu réception des marchandises et paiement du prix du transport.

Comme cela sera expliqué plus loin, les prix de transport ne sont pas arrêtés librement entre les expéditeurs et les compagnies de chemins de fer; ils sont fixés par des tarifs revêtus de l'homologation de l'autorité administrative (n° 513). Quand il a été perçu un prix supérieur à celui que fixe le tarif, il y a lieu à une action en répétition (action en détaxe) contre la compagnie. La fin de non-recevoir de l'art. 105 ne doit pas être admise contre cette action. Il est vrai que le Code de commerce emploie des termes très généraux (*toutes* ac-

Source BIU Cujas

tions contre le voiturier); mais les rédacteurs du Code n'ont pas songé à l'action en détaxe inconnue lors de la confection du Code. Du reste, les motifs de la loi ne s'appliquent pas ici. La découverte d'erreurs dans la perception exige souvent d'assez longues recherches à raison de la complication des tarifs.

500. Bien que l'art. 105 ne mentionne aucune exception, il n'est pas douteux que la fin de non-recevoir n'est pas admise dans certains cas, bien que les conditions exigées, en principe, pour son application soient réunies. Ainsi il n'y a pas lieu à la fin de non-recevoir: *a.* Quand les employés du voiturier ont recouru à des moyens frauduleux pour dissimuler les avaries (analogie, art. 108, C. com.); *b.* Quand il y a eu vol commis par ces employés. L'action en responsabilité est, dans ce dernier cas, fondée sur un délit, elle ne dérive point du contrat de transport.

501. La fin de non-recevoir de l'art. 105, C. com., est l'objet de vives et justes critiques. Lors de la confection du Code de commerce, les transports n'étaient pas aussi nombreux et aussi rapides qu'ils le sont aujourd'hui. Le plus souvent, lors de la remise des marchandises au destinataire, un délai de quelques heures au moins lui était laissé pour procéder à la vérification et ce n'était qu'après ce délai que le prix du transport était réclamé. Les usages ont bien changé depuis l'établissement des chemins de fer; les employés des compagnies exigent le paiement du prix du transport au moment même de la remise des marchandises et ils n'admettent pas d'ordinaire que le destinataire fasse des réserves sur le registre où il émarge pour constater la réception des marchandises. Le destinataire n'a pas le temps matériel de vérifier; il en est surtout ainsi quand il s'agit d'avaries *intérieures* ou *non apparentes*. Il serait à désirer qu'au moins pour ces avaries, le destinataire eût un délai de quelques heures pour faire ses réclamations. C'est, du reste, ce qui est admis par le Code de commerce même dans les transports maritimes (art. 435 et 436). La Chambre des députés est saisie d'un projet de loi ayant pour but de modifier l'art. 105 dans ce sens.

502. PRESCRIPTION DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ.—Aux termes de l'art. 108, C. com., *toutes actions contre le commissionnaire et le voiturier, à raison de la perte ou de l'avarie des marchan-*

Source BIU Cujas

dises, 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.

Comment cette courte prescription peut-elle trouver son application alors que les actions en responsabilité contre le voiturier peuvent être écartées, aussitôt que la réception des marchandises a eu lieu, à l'aide de la fin de non-recevoir de l'art. 105 ? La prescription de l'art. 108 s'applique toutes les fois que la fin de non-recevoir n'est pas opposable : 1° En cas de perte totale des marchandises; 2° quand le destinataire a fait des réserves; 3° quand il a reçu les marchandises sans payer le prix du transport; 4° quand l'expédition a eu lieu en port payé. Cf. n° 498.

503. L'art. 108 ne parle expressément que de *toutes actions à raison de* la PERTE ou de l'AVARIE. La jurisprudence en conclut que l'action en responsabilité pour cause de RETARD n'est pas régie par la disposition exceptionnelle de l'art. 108, mais est soumise seulement à la prescription de trente ans qui forme le droit commun. Cette opinion est très critiquable : elle ne se justifie pas rationnellement. On peut dire, du reste, que l'art. 108 doit par *a fortiori* régir l'action en responsabilité pour cause de retard; le dommage causé par le retard est ordinairement moins grave que celui qui provient de la perte ou de l'avarie. — Mais il va de soi que l'art. 108 est étranger aux actions qui ne constituent pas des actions en responsabilité, par exemple aux actions en détaxe contre les Compagnies de chemins de fer.

504. La durée de la prescription n'est pas toujours la même. Elle est de *six mois* pour les expéditions faites à l'intérieur de la France et d'*un an* pour celles faites à l'étranger. La raison de cette différence paraît être qu'il faut laisser à l'expéditeur le temps de recevoir des nouvelles du lieu de destination et de faire des démarches ou de prendre des renseignements avant d'agir en justice.

Le délai de six mois ou d'un an a des points de départ différents selon qu'il s'agit de perte ou d'avarie. Pour le cas de perte, il court du jour où le transport des marchandises aurait dû être effectué ; pour le cas d'avarie, du jour où la remise des marchandises a été faite au destinataire. Si l'on admet que l'art. 108 s'applique au cas

Source BIU Cujas

de retard (n° 503), il paraît juste de faire partir le délai du jour où les marchandises auraient dû parvenir à destination.

505. Lorsque plusieurs voituriers coopèrent au même transport (n°s 474 et 495), l'art. 108 s'applique sans difficulté aux actions du destinataire ou de l'expéditeur contre chacun d'eux. Mais, comme cela a été expliqué plus haut (n° 493), souvent le voiturier actionné a un recours contre les autres; c'est ce qui arrive notamment lorsque le premier voiturier ayant joué le rôle de commissionnaire est actionné; il a un recours contre ceux par la faute desquels la perte, l'avarie ou le retard, a été causé. Les actions récursoires étant des actions en responsabilité sont soumises à la prescription de l'art. 108. Mais quel est pour ces actions le point de départ de la prescription? Est-ce le même que pour l'action principale? N'est-ce pas seulement le jour où le voiturier qui exerce l'action récursoire a été lui-même actionné ? La question présente surtout un grand intérêt pratique lorsque l'action principale est intentée dans les derniers jours du délai de six mois ou d'une année.

L'équité est favorable assurément à la seconde solution. Si l'on donne à la prescription des actions récursoires le même point de départ qu'à celle de l'action principale en responsabilité, on peut redouter que le voiturier actionné n'ait pas le temps moralement nécessaire pour exercer son recours. On peut dire, du reste, que les actions récursoires sont conditionnelles, c'est-à-dire subordonnées à l'exercice de l'action principale, et que, dès lors, elles ne doivent se prescrire qu'à partir du jour où cette dernière action a été intentée (art. 2257, C. civ.). Cependant la jurisprudence repousse cette opinion équitable. L'art. 108 établit le point de départ de la prescription d'une façon uniforme sans distinguer entre les actions en responsabilité de l'expéditeur ou du destinataire contre les voituriers et les actions de ceux-ci les uns contre les autres. Autrement le but de la loi serait manqué. S'il y avait un grand nombre de recours successifs, la responsabilité du voiturier actionné en dernier lieu pourrait se prolonger assez longtemps.

506. La prescription de 6 mois ou d'un an est écartée expressément par l'art. 108, en cas de *fraude* ou d'*infidélité*, c'est-à-dire

Source BIU Cujas

lorsque les avaries ou la perte ont été dissimulées et lorsqu'il y a eu détournement des objets transportés.

507. La prescription de l'art. 108, qui régit les actions contre le voiturier, ne concerne nullement les actions de celui-ci contre l'expéditeur ou le destinataire; celles-ci ne se prescrivent que par 30 ans. Il pourrait, par suite, arriver qu'un voiturier, se disant qu'on n'invoquera pas contre lui sa responsabilité s'il ne réclame rien, attendît pour demander le paiement du prix du transport l'expiration du délai de la prescription de l'art. 108. Si le voiturier agit en paiement du prix après ce délai, il sera exorbitant de le faire profiter de son calcul, en refusant au destinataire ou à l'expéditeur le droit d'alléguer que le voiturier est responsable envers lui et qu'en conséquence le prix du transport ne peut pas être efficacement réclamé. L'art. 108 n'a rien à voir ici ; il suppose que la responsabilité est invoquée par voie d'action, non pas par voie d'exception. C'est le cas d'appliquer l'ancienne règle : *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum.*

3° *Des obligations de l'expéditeur et du destinataire.*

508. L'expéditeur ou le destinataire est obligé de payer le prix du transport et de rembourser au voiturier tous les frais accessoires, notamment les droits de douane ou d'octroi dont celui-ci a dû faire l'avance.

L'obligation de payer le prix existe, en quelque état qu'arrivent les marchandises, dès l'instant où il n'y a pas lieu à la responsabilité du voiturier. Le destinataire ou l'expéditeur ne pourrait donc se libérer en abandonnant les marchandises au voiturier. Analog. art. 310, C. com.

Le destinataire n'est tenu de cette obligation qu'autant qu'il reçoit les marchandises; si les marchandises sont refusées, le voiturier n'a d'action que contre l'expéditeur qui seul a contracté avec lui.

509. D'après les principes du droit commun, le voiturier a le droit de rétention jusqu'au paiement du prix et des accessoires. En outre, d'après l'art. 2102-4°, C. civ., il a un privilège *pour les frais de la voiture et les dépenses accessoires sur la chose voiturée.* Ce privilège étant fondé sur une constitution de gage tacite,

Source BIU Cujas

s'évanouit lorsque le voiturier se dessaisit des objets transportés (1).

510. Quand le destinataire refuse les marchandises ou (ce qui revient au même) ne veut pas payer le prix du transport, le Code (art. 106) permet de prendre des mesures expéditives pour protéger les intéressés.

1. La partie la plus diligente peut présenter requête au président du tribunal de commerce, ou, à défaut de tribunal de commerce, au juge de paix, pour qu'il nomme des experts chargés de constater l'état des marchandises.

2. Si le destinataire persiste à refuser les marchandises, le voiturier peut en faire ordonner le transport dans un dépôt public par les mêmes autorités judiciaires.

3. Le voiturier peut aussi faire ordonner la vente d'une partie des marchandises, pour se payer sur le prix. Cette dernière mesure a une grande utilité lorsqu'il s'agit d'objets qui se détériorent promptement.

4° Règles spéciales au transport des marchandises par chemins de fer.

511. Les transports par chemins de fer sont soumis aux règles générales du Code de commerce et en même temps à des dispositions spéciales qui se trouvent dans les cahiers des charges annexés aux lois et décrets de concession de lignes, dans la loi du 15 juillet 1845 sur la police des chemins de fer, dans l'ordonnance du 15 novembre 1846 rendue pour l'exécution de cette loi et dans des arrêtés du ministre des travaux publics. — Ces règles spéciales se justifient facilement. Les compagnies de chemins de fer jouissent en fait d'un monopole, en ce sens que le plus souvent il n'existe qu'une seule ligne pour desservir une localité. La concurrence faite aux lignes ferrées par les entreprises de roulage et de transport par eau est à peu près nulle. Si donc l'exploitation des chemins de fer n'était pas réglementée, les compagnies abusant de leur situation privilégiée pourraient faire la loi au commerce, favoriser le commerce ou l'industrie d'une contrée et nuire à ceux d'une autre, en faisant varier selon leur gré les prix du transport.

Les règles spéciales du transport des marchandises par chemins

1) V. sur ce point *Précis de Droit commercial*, I, n° 937.

Source BIU Cujas

de fer s'appliquent, du reste, aux lignes qui sont exploitées en France par l'Etat depuis 1878, comme aux lignes beaucoup plus nombreuses qu'exploitent les compagnies.

Nons nous bornons ici à indiquer les règles principales qui sont spéciales aux transports par chemins de fer (1).

512. *Principes de l'homologation et de l'égalité des tarifs.* — La fixation du prix du transport n'est pas laissée à la libre convention des compagnies et des intéressés. Notre législation a consacré à cet égard deux principes, le *principe de l'homologation* et le *principe de l'égalité des tarifs*. En vertu du premier, les compagnies ne peuvent percevoir que les prix de transport autorisés par l'administration. En vertu du second, les prix doivent être appliqués indistinctement à toute personne sans aucune faveur.

513. Comment sont établis les prix de transport? A l'acte de concession d'un chemin de fer est joint un cahier des charges. Ce cahier des charges ne se borne pas à autoriser la compagnie à percevoir des taxes de transport, il en fixe encore le montant. Le tarif contenu dans les cahiers des charges est appelé *tarif maximum*, *tarif plein* ou *tarif légal*. Il constitue un maximum qui est rarement atteint par les tarifs réels qu'on appelle *tarifs d'application*. Aucune taxe, égale ou inférieure à celles du tarif maximum, ne peut être perçue qu'en vertu d'un *tarif homologué*, c'est-à-dire approuvé par l'administration (Ordonnance du 15 novembre 1846, art. 44). Le droit d'homologation est exercé par le ministre des travaux publics pour les chemins de fer d'intérêt général (article précité) et par les préfets pour les chemins d'intérêt local (L. 11 juin 1880, art. 5); les pouvoirs du ministre et ceux des préfets sont identiques. L'initiative des propositions de tarifs appartient aux compagnies. Le ministre ou le préfet ne peut qu'accorder ou refuser son homologation; il ne peut modifier les propositions de la compagnie. Non seulement il doit refuser l'homologation quand le tarif proposé dépasse le tarif maximum, mais encore il peut la refuser à raison de ce qu'il estime que le tarif serait nuisible aux intérêts du commerce ou n'est proposé que pour détruire la concurrence faite par le roulage ou par le batelage.

(1) V. pour plus de détails *Précis de Droit commercial*, I, p. 495 à 517.

Source BIU Cujas

514. *Fixité des tarifs.* — Si les compagnies ont seules la libre initiative des propositions de tarifs, ce n'est pas à dire qu'elles puissent demander la modification d'un tarif dès qu'il a été mis en vigueur. Autrement les commerçants qui ont fait des marchés en prenant en considération des tarifs éprouveraient un dommage, s'ils étaient tout à coup relevés. Aussi les cahiers des charges ne permettent-ils le relèvement d'un tarif abaissé qu'après un délai d'un an pour les marchandises. Au contraire, comme les abaissements subits de tarifs ne peuvent avoir aucun inconvénient, un tarif relevé peut être immédiatement abaissé.

515. *Publicité des propositions de tarifs et des tarifs.* — Il importe que les intéressés puissent, quand un tarif nouveau est proposé, avoir connaissance de la proposition et au besoin faire valoir les raisons qui, selon eux, doivent mettre obstacle à l'homologation. Dans ce but, il faut que l'homologation des tarifs soit précédée de formalités de publicité sans lesquelles l'homologation serait considérée comme irrégulière. Les propositions de tarifs soumises au ministre des travaux publics sont communiquées aux préfets des départements traversés et aux inspecteurs de l'exploitation commerciale. Il est, en outre, prescrit aux préfets de communiquer les propositions aux chambres de commerce. Enfin le public est averti par des affiches et est mis ainsi à même de présenter, s'il y a lieu, des observations. Afin de donner aux intéressés le temps nécessaire pour les produire, les affiches restent apposées pendant un mois avant que les taxes puissent être perçues. L'application du tarif nouveau est possible aussitôt après l'expiration de ce délai, si l'homologation a eu lieu dans l'intervalle ; dans le cas contraire, il faut, pour appliquer le tarif, attendre que le délai d'un mois soit expiré.

Ce ne sont pas seulement les propositions de tarifs qui doivent être publiées, ce sont aussi les arrêtés d'homologation ; en outre, les tarifs homologués sont l'objet d'une publicité permanente. A cet effet, des recueils contenant les tarifs sont déposés dans les gares. Il importe que les tarifs soient bien connus des expéditeurs, car les compagnies ne peuvent percevoir une taxe ni supérieure ni inférieure à celle qu'ils fixent : s'il y a eu une perception en moins, la compagnie peut réclamer un supplément ; s'il y a eu une perception

Source BIU Cujas

en plus, il y a lieu à une action *en délaxe*, sorte d'action en répétition de l'indu. (V. nº 499).

516. *Principe d'égalité en matière de tarifs.* — La perception des taxes doit se faire indistinctement et sans aucune faveur; tous les cahiers des charges consacrent cette règle. Les particuliers lésés par une faveur accordée à un concurrent, contrairement à cette règle, ont le droit de réclamer des dommages-intérêts à la compagnie qui l'a consentie.

517. *Différentes espèces de tarifs.* — Il y a différentes espèces de tarifs. Il y a d'abord le tarif *maximum, légal* ou *plein*, contenu dans le cahier des charges (nº 513). Le tarif ne fixe pas le prix du transport de la même manière pour les personnes, les animaux et les marchandises. Pour les voyageurs, le prix est fixé par personne et par kilomètre; il l'est par tête et par kilomètre pour les animaux; pour les marchandises, il est tenu compte du poids, de la distance et de la vitesse. Au dernier point de vue, on distingue la grande vitesse et la petite vitesse. Toutes les marchandises transportées par grande vitesse sont soumises au même tarif. Il en est autrement pour les marchandises transportées par petite vitesse. Celles-ci sont divisées en 4 classes et soumises à une taxe qui varie avec la classe dans laquelle elles sont placées. Les cahiers des charges n'ont pas pu énumérer toutes les marchandises de nature à être transportées par petite vitesse. Pour celles qui ne sont pas désignées dans le tarif maximum, elles sont rangées pour les droits à percevoir dans la classe avec laquelle elles ont le plus d'analogie. Les assimilations de classes sont faites provisoirement par les compagnies et réglées définitivement par l'administration.

518. Au *tarif maximum* on oppose les *tarifs d'application*. On distingue parmi ceux-ci le *tarif général* et les *tarifs spéciaux*. Le *tarif général* est celui qui, inférieur ou (ce qui est très rare) égal au tarif maximum, s'applique, en principe, à toutes les marchandises, à moins que l'application d'un autre tarif n'ait été réclamée par l'expéditeur. Il forme, pour ainsi dire, le droit commun.

Les tarifs spéciaux sont des tarifs à prix réduit. La réduction de prix y est subordonnée à certaines conditions auxquelles consentent

Source BIU Cujas

ceux qui en demandent l'application. Ce sont en quelque sorte des tarifs conditionnels.

519. *Tarif général.* — Il a une grande importance. Il y a des marchandises pour lesquelles il n'y a pas de tarifs spéciaux. En outre, ordinairement le tarif général s'applique, par cela seul que l'expéditeur ne réclame pas l'application d'un tarif spécial.

Chaque compagnie a son tarif général. Dans le tarif général, les petites marchandises à transporter par petite vitesse sont divisées par séries. Le nombre et la composition des séries sont les mêmes pour toutes les compagnies, mais le prix du transport des marchandises composant chaque série varie selon les compagnies. Cette division par séries faisant partie intégrante du tarif général est homologuée avec lui par l'autorité administrative.

520. *Tarifs spéciaux.* — Il y a de nombreux tarifs spéciaux. Les conditions auxquelles les réductions de prix du tarif général y sont admises, sont très variées. Voici les clauses ou conditions les plus usuelles : *Clause d'augmentation de délai.* — Il est stipulé que la compagnie ne sera pas soumise à une action en indemnité si le délai ordinaire de transport est dépassé d'un certain nombre de jours. — *Clause de wagon complet.* — Une réduction de prix est accordée, si l'expéditeur fournit une quantité de marchandises suffisante pour remplir un wagon. — *Clause de non responsabilité.* — Il est stipulé que la compagnie ne répondra pas des déchets, avaries de route ou même de la perte totale. Il a été indiqué plus haut (n° 490) que la jurisprudence n'admet pas que, par cette clause, la compagnie soit déchargée de toute responsabilité, mais que cette clause met le fardeau de la preuve de la faute de la compagnie à la charge de l'expéditeur ou du destinataire. Cette jurisprudence a été critiquée par nous.

521. *Tarifs proportionnels et différentiels.* — Tous les tarifs (tarif maximum, tarif général, tarifs spéciaux) sont *proportionnels* ou *différentiels*. On qualifie de proportionnels ceux, qui, pour toutes les fractions d'un parcours, en quelque sens que voyagent les marchandises, ont pour base la distance kilométrique. Les *tarifs différentiels*, au contraire, varient pour les différents parcours d'une ligne, selon une loi autre que celle de la distance : ainsi il y a des tarifs différentiels dont la base décroît à mesure que la distance

Source BIU Cujas

augmente ou dont la base varie selon le sens dans lequel les marchandises voyagent. Un tarif de la première sorte serait le suivant: 9 centimes par tonne et par kilomètre jusqu'à 100 kilomètres, 8 centimes par tonne et par kilomètre pour les distances supérieures à 100 kilomètres jusqu'à 200, 7 centimes par tonne et par kilomètre pour les distances supérieures à 200 kilomètres. Un tarif différentiel de la seconde sorte serait le suivant: 0,05 centimes de Paris à Orléans par tonne et par kilomètre, 8 centimes d'Orléans à Paris.

Les tarifs différentiels sont utiles à divers points de vue. Ils permettent de transporter des marchandises à de plus grandes distances sans qu'elles soient grevées de frais de transport en disproportion avec leur valeur. Ainsi les produits ont des débouchés plus étendus et le trafic est plus considérable.

522. On distingue encore les *tarifs communs, tarifs d'exportation, d'importation et de transit.* — Les *tarifs communs* sont des tarifs concertés entre plusieurs compagnies, afin que les marchandises transportées sur les réseaux de plusieurs compagnies soient soumises à un tarif unique comme si elles voyageaient sur le réseau d'une seule compagnie. — Les trois autres sortes de tarifs sont parfois rangées sous la dénomination collective de *tarifs internationaux*: ce sont des tarifs à prix réduit établis soit pour des marchandises expédiées de la France pour un pays étranger (*tarifs d'exportation*), soit pour des marchandises qui viennent de l'étranger en France (*tarifs d'importation*) ou qui ne font que traverser le territoire français en se rendant d'un pays étranger dans un autre pays étranger (*tarifs de transit*).

523. *Délais du transport.* — Ce n'est pas seulement le prix du transport sur les lignes ferrées qui n'est pas laissé à la fixation des parties, ce sont encore les délais dans lesquels les marchandises doivent être transportées et remises au destinataire. Des arrêtés ministériels ont déterminé les délais pour la grande et pour la petite vitesse (1).

(1) V. sur les impôts à percevoir à l'occasion des transports de marchandises, *Précis de Droit commercial*, t. I, nos 975 à 977.

Source BIU Cujas

CHAPITRE VI.

DES LETTRES DE CHANGE. — DES BILLETS A ORDRE. — DES CHÈQUES. — DES OPÉRATIONS DE BANQUE ET DU COMPTE-COURANT.

524. On désigne dans l'usage sous le nom d'*effets de commerce* des écrits divers, constatant l'obligation de payer une somme d'argent, qui rendent au commerce de grands services : ce sont principalement (1) les *lettres de change* souvent appelées *traites* dans la pratique, les *billets à ordre* et les *chèques*. Le Code de commerce (art. 110 à 189) s'est occupé des lettres de change et des billets à ordre. Les chèques, inconnus en 1807, forment l'objet de lois récentes (lois du 14 juin 1865 et du 28 février 1874, art. 5 à 9).

Les effets de commerce jouent un rôle très important dans les *opérations de banque* et dans le *compte-courant* qui est une des principales de ces opérations. A défaut de lois spéciales ayant traité de ces matières, il y a lieu de leur appliquer les principes généraux du droit civil et du droit commercial modifiés par les usages.

Ce chapitre sera divisé en deux *sections*, l'une consacrée aux lettres de change, aux billets à ordre et aux chèques, l'autre relative aux opérations de banque et au compte-courant.

Section Ire. — Des lettres de change, des billets à ordre et des chèques.

Généralités.

525. Avant d'exposer les règles relatives aux divers effets de commerce, il importe d'avoir une idée générale de la nature et de l'utilité de chacun d'eux. Quoiqu'ils aient de nombreux points de ressemblance, ils diffèrent à bien des égards. On peut dire d'une façon générale qu'ils servent à éviter les transports de numéraire, souvent dangereux et coûteux, qu'ils sont employés comme instruments de crédit et que, comme instruments de paiement, ils permettent de faire des opérations importantes avec une quantité d'espèces

(1) On ne les appelle pas effets de commerce à raison de ce que ce sont des actes commerciaux; la lettre de change seule a essentiellement ce caractère.

Source BIU Cujas

métalliques relativement restreinte. Mais il est essentiel de distinguer entre les trois sortes d'effets de commerce.

526. De la lettre de change. — Le nom de lettre est donné à cet écrit parce qu'il a la forme d'une lettre missive ouverte (1). Le mot *change* ajouté au mot lettre désigne une branche de commerce dont les banquiers surtout s'occupent, le commerce des métaux précieux sous forme de lingots ou de monnaies ainsi que des titres divers qui les représentent. Ce commerce était désigné autrefois en latin sous le nom de *cambium*, d'où les noms parfois encore usités de *places cambistes* et de *cambistes* donnés soit aux places sur lesquelles se font des opérations de change soit aux auteurs qui écrivent sur cette branche de commerce.

On distingue souvent le *change manuel* et le *change tiré*. Le *change manuel* ou *local* consiste dans l'échange fait dans le même lieu entre les monnaies d'un État contre celles d'un autre État ou entre des monnaies et des billets de banque ; c'est la diversité des monnaies et des systèmes monétaires des différentes nations qui donne naissance à ce commerce. Le *change tiré* (*cambium trajectitium*) consiste dans les opérations par lesquelles on s'engage dans un lieu à procurer une somme d'argent à une personne dans un autre lieu ; c'est ordinairement un banquier qui contracte une obligation de ce genre moyennant une somme d'argent qui lui est remise. L'opération qui intervient alors porte le nom de *contrat de change* qui peut être défini : *le contrat par lequel une personne promet à une autre, moyennant une valeur* (*argent ou marchandises*) *qui lui est remise, de lui procurer une somme d'argent dans un lieu autre que celui où la promesse est contractée*. Le contrat de change peut s'exécuter à la rigueur par le transport même du numéraire. Ainsi Paul de Paris doit 10,000 fr. à Léon de Londres ; Paul a besoin de cette somme à Londres pour la payer le 15 du mois prochain. Un banquier, par exemple, peut prendre à Paris l'engagement de procurer à Paul cette somme à Londres à la date fixée et la transporter lui-même ou se rendre à Londres pour la recevoir d'une personne qui la lui doit et la remettre à Léon, créancier de Paul. Mais c'est là un procédé rudimentaire et coûteux. Le plus souvent c'est au moyen

(1) Cf. anal. *Lettre de voiture*, n° 479.

Source BIU Cujas

d'une lettre de change que s'exécute le contrat de change : celui qui prend l'engagement de faire avoir la somme convenue dans le lieu désigné écrit à une troisième personne habitant dans ce lieu pour la charger de la payer. Le titre qu'il crée ainsi est une lettre de change.

Le contrat de change a existé du jour où il y a eu des rapports commerciaux entre des personnes habitant dans différents lieux. La lettre de change, au contraire, a été inventée tardivement. Bien qu'on ait soutenu qu'elle était connue dans l'Antiquité, elle ne paraît pas remonter au delà du Moyen-âge ; on ne peut indiquer avec certitude le peuple qui l'a inventée et l'époque à laquelle elle l'a été. Elle a été à l'origine exclusivement destinée à éviter les frais et les risques des transports d'argent, frais et risques qui étaient très grands alors que les routes étaient difficiles et peu sûres. Le développement de la lettre de change n'a été considérable qu'à partir du XVIIe siècle alors que l'admission de la *clause à ordre* en permit la transmission simple et rapide au moyen d'un *endossement*, c'est-à-dire d'une mention faite au dos du titre. Grâce à cette facilité de transmission, la lettre de change peut à l'aide d'un seul paiement servir à acquitter un grand nombre de dettes sans déplacement de numéraire (n° 532).

527. Ce qui contribue à donner à la lettre de change une grande utilité pratique et à en faire un puissant instrument de simplification, c'est que, presque toujours, dans les places commerciales de quelque importance, il y a des commerçants qui sont créanciers et en même temps des commerçants qui sont débiteurs de commerçants d'une autre place. Sans la lettre de change, il faudrait ainsi des transports de numéraire en deux sens opposés ; elle permet de les éviter. Un exemple le fera comprendre :

Paul de Paris est créancier de 10,000 fr. à toucher à Londres de Léon ; Pierre de Paris doit au même moment 10,000 fr. à payer dans cette ville à Louis de Londres. Sans la lettre de change, il faudrait transporter une somme de 10,000 fr. de Londres à Paris et une autre somme égale de Paris à Londres. Cela serait long, coûteux, et dans une certaine mesure, dangereux. On évitera de faire même un transport unique de numéraire au moyen d'une lettre de change. Paul et Pierre de Paris se trouvant en présence, Pierre

Source BIU Cujas

remettra à Paris même à Paul une lettre adressée à Léon de Londres (débiteur de Paul). Par cet écrit, qui est une lettre de change, et auquel dans l'usage on donne aussi le non de *traite*, Paul ordonne à son débiteur Léon de payer la somme de 10,000 fr. à Pierre ou à l'ordre de celui-ci, c'est-à-dire à la personne que Pierre désignera à l'aide d'un endossement. Pierre endossera la lettre de change à son créancier de Londres, Louis, et ce dernier pourra se présenter chez Léon qui aura à lui payer la somme indiquée. Ce paiement étant fait, la dette de Léon envers Paul et celle de Pierre envers Louis se trouveront éteintes sans qu'il y ait eu un seul transport d'espèces métalliques.

En prenant les noms des parties que nous venons d'indiquer, la lettre de change pourrait être ainsi conçue :

Paris, le 20 juillet 1886. *B. P. F. 10,000 fr.*

Au 30 septembre prochain, payez à l'ordre de Pierre la somme de dix mille francs, valeur reçue comptant.

(Signé) Paul.

A Leon, à Londres.

Pierre mettra au dos du titre : *Payez à l'ordre de Louis*, etc.

Celui qui crée (qui tire) la lettre de change (Paul) est appelé le *tireur*, celui au profit duquel elle est tirée (Pierre) est le *preneur* ou *bénéficiaire;* il en demeure *porteur* jusqu'au moment où il l'endosse ; alors il devient *endosseur* et le bénéficiaire de l'endossement (Louis) devient porteur et conserve cette qualité, soit jusqu'au moment où il touche du tiré le montant de la traite, soit jusqu'au moment où lui-même devient *endosseur* en transmettant la traite à une autre personne qui devient *porteur*. Il faut remarquer que la signature du *tiré* ne figure pas sur la lettre de change à l'instant de sa création. On peut donc craindre que le tiré ne refuse de payer à l'échéance en disant qu'il n'est pas obligé. Aussi, afin qu'il soit tenu de payer, le bénéficiaire ou tout autre porteur peut, avant l'échéance, présenter la traite au tiré pour qu'il l'accepte en y apposant sa signature. Le tiré devient alors *accepteur*. Il est le principal et non pas le seul débiteur de la lettre de change. En effet, le tireur et chaque endosseur du titre sont garants du paiement à l'échéance,

Source BIU Cujas

de telle sorte que le porteur non payé par le tiré, accepteur ou non, peut recourir contre les endosseurs ou contre le tireur pour obtenir le paiement. A chaque endossement le nombre des personnes tenues du paiement de la lettre s'augmente d'une et ainsi plus il y a eu d'endossements, mieux l'acquittement de la lettre de change est assuré. L'endosseur qui paie peut recourir contre les endosseurs qui le précèdent et contre le tireur. Ainsi chaque endosseur est garant de ceux qui le suivent et est garanti par ceux qui ont endossé le titre avant lui.

Toutes les obligations résultant de la lettre de change, qui est par elle même un acte de commerce (art. 632 *in fine*, C. com.), sont commerciales. Le législateur a reconnu à la lettre de change et, par suite, aux obligations qui en découlent, ce caractère, afin de mieux en assurer le paiement. Il résultait, en effet, de là qu'avant la loi du 22 juillet 1867, la contrainte par corps pouvait être exercée contre toute personne apposant, à quelque titre que ce fût, sa signature sur une lettre de change de 200 fr. ou plus. Il en résulte aujourd'hui notamment que toute action intentée contre le signataire d'une traite doit être portée devant le tribunal de commerce et est soumise à la procédure simple et rapide applicable aux procès commerciaux.

528. Il a été supposé plus haut, pour expliquer l'utilité de la lettre de change, que le *tireur* et le *preneur* ou *bénéficiaire* sont en présence l'un de l'autre et qu'ainsi le tireur crée directement la lettre au profit du bénéficiaire. Il en est rarement ainsi ; le plus souvent le négociant de Paris qui a une somme à toucher à Londres ne se trouve pas connaître un autre négociant de Paris qui a, au contraire, à faire à Londres un paiement. Il faut alors recourir à l'intermédiaire d'un banquier. On peut dire que les banquiers achètent et vendent les lettres de change. Dans l'espèce présentée plus haut (n° 526), Paul (de Paris) tirera le plus souvent une lettre de change payable à l'ordre de Paul lui-même sur Léon (de Londres), puis il ira trouver un banquier et lui endossera la traite dont le banquier lui remettra le montant. De son côté, Pierre (de Paris), ayant un paiement à faire à Londres, se rendra chez ce banquier et lui demandera une lettre de change sur Londres, le banquier ven-

Source BIU Cujas

dra et endossera alors à Pierre la traite qui lui a été transmise par Paul.

Si l'on devait nécessairement procéder de cette manière, on se heurterait à de grandes difficultés ou même à des impossibilités pratiques. Tout d'abord, si le banquier auquel une lettre de change a été transmise devait la conserver jusqu'à ce qu'une personne se présentât pour lui demander une traite, souvent il ne s'offrirait pas d'occasion favorable avant l'échéance et le banquier risquerait d'encourir les déchéances qui frappent le porteur d'une lettre de change lorsqu'il n'en réclame pas le paiement à l'échéance. Ce n'est pas tout. La lettre de change ne peut pas se diviser. Le banquier ne pourra donc pas satisfaire aux demandes qui lui seront adressées, s'il a acheté une lettre de change de 10,000 fr. sur Londres et que des clients viennent lui demander des lettres de change de 2,000 fr. dont ils ont besoin. Aussi dans la pratique voici comment le plus souvent les choses se passent. Le banquier, auquel une lettre de change est transmise par le tireur, ne la conserve pas afin de pouvoir la vendre et l'endosser à un de ses clients, il l'adresse à l'un de ses confrères avec lesquels il est en compte-courant dans la ville sur laquelle la traite est tirée. Son confrère (de Londres) en opère le recouvrement et est ainsi débiteur du banquier qui la lui a adressée pour le montant de la lettre de change qui est porté au crédit de celui-ci (le banquier de Paris). Ainsi le banquier de Paris étant crédité de 10,000 fr. par son confrère de Londres peut tirer sur ce dernier des lettres de change pour toutes les sommes inférieures pour lesquelles il lui en est demandé ; le banquier de Paris crée donc directement des traites sur son confrère de Londres.

529. La lettre de change ayant été inventée pour éviter les transports de numéraire, il est certain qu'à l'origine, pour qu'il y eût lettre de change, on exigeait qu'elle fût payable dans un lieu autre que celui de sa création. Cette condition est appelée *remise de place en place* (*distantia loci*) ; elle est encore exigée par le Code de commerce français (art. 110) qui considère la lettre de change comme présupposant de toute nécessité un contrat de change dont elle est l'exécution. S'il s'agit d'un ordre donné par écrit à une personne de payer à une troisième une somme dans le lieu même où l'ordre est

Source BIU Cujas

donné, il n'y a pas là une lettre de change, mais un simple mandat. Les obligations des signataires de cet écrit ne sont pas, par suite, nécessairement commerciales et les règles spéciales à la lettre de change ne s'appliquent point.

La condition de la remise de place en place a disparu dans la plupart des pays étrangers (Allemagne, Angleterre, Autriche, Belgique, États scandinaves, Hongrie, Italie, Suisse, etc...) : on y admet qu'une lettre de change peut être payable dans le lieu de sa création. On a justement constaté, en effet, que, si la lettre de change est parfois précédée d'un contrat de change et sert à éviter les transports de numéraire, du moins elle sert souvent aussi d'instrument de crédit ou de paiement et, pour qu'elle soit utile à ces deux points de vue, la remise de place en place n'apparaît pas comme nécessaire. — La lettre de change doit être considérée au point de vue des divers services qu'elle rend.

530. La rapidité des communications est devenue si grande que des États très éloignés sont en relations commerciales. Il est alors utile, malgré la sécurité des routes et l'abaissement des prix de transports, de pouvoir éviter de transporter du numéraire. On y parvient à l'aide de la lettre de change. Avec ce titre on évite, du reste, toujours la gêne résultant des différences des monnaies. Lorsque j'ai à payer une somme d'argent à Londres, il faudrait à la rigueur que je me procure, pour y payer mon créancier, des pièces de monnaie ayant cours en Angleterre, j'éviterai cette complication en achetant à Paris avec de la monnaie de France une lettre de change, payable à Londres, que je transmettrai à mon créancier.

Il y a des lettres de change tirées de la France sur l'étranger (ou à l'inverse) et d'autres qui sont créées et payables en France. Les premières sont les plus importantes, ce sont les instruments du commerce international.

D'après le Code de commerce (art. 76), il y a des intermédiaires officiels entre ceux qui veulent vendre et ceux qui veulent acheter des lettres de change, ce sont les *agents de change*. Mais, en fait, ces officiers ministériels abandonnent le droit exclusif que la loi leur confère en cette matière et ce sont, comme il a été dit plus haut (n° 528), les banquiers qui font le commerce des lettres de change.

Source BIU Cujas

531. *Cours du change.* — Combien se vend une lettre de change de 100 fr.? On ne peut pas faire de réponse absolue. La lettre de change est une marchandise et, par suite, son prix varie. *Le change* est ce prix et le *cours du change* est l'indication du prix moyen auquel se vendent les lettres de change. On dit que le change est *au pair* quand les lettres de change se négocient pour un prix égal à leur montant; que le change est *au-dessus du pair* quand, pour avoir une lettre de change sur une certaine place, il faut débourser une somme supérieure à son montant; et, au contraire, que le change est *au-dessous du pair*, quand la somme à débourser est inférieure.

Les causes qui influent sur le cours du change sont nombreuses. Il appartient surtout aux économistes et aux financiers de les déterminer. Les principales de ces causes peuvent seules être indiquées ici. Le cours du change, comme celui de toutes les marchandises, est influencé par la loi de l'offre et de la demande. Lorsqu'il y a un grand nombre de lettres de change tirées de Paris sur Londres et qu'au contraire les lettres de change sur cette ville sont peu demandées, le cours s'abaisse; dans le cas contraire, il s'élève. Le premier cas se produit quand il y a plus de Parisiens créanciers que de Parisiens débiteurs d'habitants de Londres; le second, quand le nombre des Parisiens débiteurs est, au contraire, supérieur au nombre des Parisiens créanciers.

On dit que le cours du change de Paris sur Londres est *favorable* lorsqu'il est au-dessous du pair, et qu'il est *contraire* ou *défavorable* lorsqu'il est au-dessus du pair. Il y a une limite au-dessus de laquelle, en général, le cours du change contraire ne s'élève pas : il ne dépasse pas, en principe, le montant des frais que coûte le transport de numéraire. Ainsi le cours du change de Paris sur Londres ne s'élève pas d'ordinaire au-dessus de la somme nécessaire pour envoyer en or une somme égale de la première dans la seconde ville. Autrement celui qui a un paiement à faire à un créancier de Londres aurait plus d'intérêt à faire un envoi d'or qu'à acquérir à Paris une lettre de change payable à Londres et à la transmettre à son créancier.

Le rapport entre l'offre et la demande des lettres de change n'est

Source BIU Cujas

pas seulement influencé par l'état des relations commerciales entre les villes dont il s'agit. Il l'est encore par d'autres causes qui font varier le cours du change. Ainsi quand l'or est rare à Paris et, par suite, fait prime, de telle façon que, pour avoir 1000 fr. d'or, par exemple, on doit donner 1004 ou 1005 fr. en pièces d'argent, les lettres de change de Paris sur Londres, où la monnaie d'or est la monnaie normale, sont recherchées et le cours du change sur cette ville s'élève. Au contraire, le cours du change sur les pays où le papier-monnaie de l'État a cours forcé tend à s'abaisser; les lettres de change sur ces pays sont moins recherchées.

Les variations des cours du change et la diversité de ces cours sur les différentes villes donnent lieu à des opérations appelées *arbitrages de change* faites par les banquiers et qui peuvent leur faire réaliser des bénéfices. Pour comprendre la nature générale de ces opérations, il faut constater que, pour se procurer une somme d'argent dans une ville étrangère, on peut, au moyen de la lettre de change même, procéder de différentes manières. Ainsi, si j'ai à remettre à mon créancier de Londres 5,000 fr., je puis choisir entre les procédés suivants : *a*. Je puis dire à mon créancier de Londres de tirer sur moi qui habite Paris une traite pour cette somme, et de la négocier à Londres; *b*. je puis acheter à Paris une lettre de change sur Londres et l'adresser à mon créancier anglais; *c*. je puis acheter à Paris une lettre de change tirée sur une ville quelconque et la transmettre à mon créancier de Londres pour que lui-même la négocie dans cette dernière ville. Les opérations consistant ainsi à choisir entre les différents procédés à employer constituent des *arbitrages de change;* ils exigent la connaissance des cours du change; selon les cours, l'un ou l'autre des procédés est plus avantageux.

Le cours du change est constaté en France par les agents de change, bien qu'ils n'usent pas de leur droit de négocier les lettres de change (art. 76, C. com.). Mais il n'y a une constatation de cours que pour le *change extérieur*, c'est-à-dire pour les lettres de change tirées de la France sur un pays étranger. Le *change intérieur* n'a pas d'importance et le cours du change entre les villes de France n'est pas constaté officiellement. En ce qui concerne les lettres de change tirées et payables sur notre territoire, la Banque de France

Source BIU Cujas

ou les banquiers privés les prennent moyennant une commission fixe. V. ci-après, *Opérations de banque.*

532. La lettre de change ne sert pas seulement à éviter les transports de numéraire. Elle constitue encore une sorte de *papier monnaie* à l'aide duquel on effectue les paiements et on évite l'emploi des espèces métalliques. Ainsi Paul de Paris est créancier de Léon de Lyon pour une somme de 10,000 fr. ; Paul tire sur Léon une lettre de change de cette somme, Paul l'endosse à Thomas de Toulouse auquel il doit 10,000 fr.; Thomas la transmet à son tour à Louis de Lyon qui est son créancier. Lorsque Léon (le tiré) payera, à Lyon, Louis (le porteur), un seul paiement de 10,000 fr. en espèces suffira pour éteindre les dettes de Léon envers Paul, de Paul envers Thomas, de Thomas envers Louis, qui au total s'élèvent à 40,000 fr. — Dans le commerce, les lettres de change circulent à peu près comme de la monnaie. Le législateur considère même comme aussi normal un paiement fait au moyen de la transmission d'une traite qu'un paiement en espèces (art. 446 et aussi art. 575, C. com.).

533. Enfin la lettre de change est un instrument de crédit. Celui qui a entre les mains une lettre de change, qui n'est pas payable immédiatement, peut de suite, en la transmettant à un banquier, obtenir la somme dont il a besoin et qu'il n'obtiendrait pas sur sa simple signature.

Un fabricant, par exemple, après avoir fabriqué une grande quantité de marchandises, en a vendu à crédit; il a besoin immédiatement d'argent pour continuer à faire marcher sa fabrique. Il a tiré sur ses acheteurs des lettres de change payables à trois mois que ceux-ci ont acceptées. Il va trouver un banquier et lui offre de lui vendre les lettres de change. Si le banquier a confiance dans les tirés et dans le tireur, il les prend ; il devient propriétaire de ces lettres de change par l'endossement que lui en fait le tireur et il en paie immédiatement à celui-ci le montant moyennant une certaine retenue qu'il opère à raison du temps qui doit s'écouler jusqu'à l'échéance des traites. On donne le nom d'*escompte,* soit à cette retenue, soit à l'opération même. Les opérations d'escompte sont les plus importantes des opérations que font la Banque de France et les banques privées; la nature en sera examinée à propos des *opéra-*

Source BIU Cujas

tions de banque. Le banquier (escompteur) a pour garantie de son avance la responsabilité de tireur et celle du tiré, si celui-ci a accepté. Il va de soi que ce n'est pas seulement le tireur qui peut recourir à l'escompte, ce sont aussi, soit le bénéficiaire, soit le porteur quelconque; alors le banquier escompteur a pour garants du paiement, outre l'accepteur, le porteur qui a fait escompter la traite, les endosseurs antérieurs et le tireur. Plus il y a de signatures sur une lettre de change, moins le banquier escompteur court de risques. Aussi la Banque de France n'admet-elle à l'escompte que les traites revêtues de trois signatures au moins, c'est-à-dire qu'elle exige qu'il y ait au moins trois personnes solvables répondant du paiement de la traite.

Par cela même que souvent un commerçant obtient plus facilement de l'argent en faisant escompter une traite qu'en empruntant directement, les traites donnent lieu à des abus. Elles sont, en principe, créées pour régler des opérations réelles intervenues précédemment entre le tireur et le tiré; c'est ce qui a lieu lorsque le tiré a acheté à crédit des marchandises au tireur ou quand le tiré est en compte-courant avec le tireur. Mais parfois un commerçant gêné et à bout de ressources tire une lettre de change sur une personne qui ne lui doit rien, avec laquelle même il n'est peut-être pas en relations d'affaires. Il la fait accepter par le tiré auquel il promet de lui remettre les fonds pour payer la traite à l'échéance. Parfois des commerçants s'entendent pour se rendre réciproquement des services de ce genre. On donne à ce genre de *traites* le nom d'*effets de complaisance* et on dit que ceux qui en émettent se livrent à des *circulations d'effets;* ils peuvent être condamnés, en cas de faillite, pour banqueroute simple. (Ces traites ne sont pas d'ordinaire exactement payées et elles jettent la perturbation dans le commerce).

L'obligation de payer ces traites est sans cause pour l'accepteur et partant nulle, mais la nullité ne peut pas être opposée au tiers porteur de bonne foi qui ignorait le vice du titre. Le fait de faire escompter des traites de ce genre peut constituer un délit d'escroquerie. Il en est certainement ainsi, quand la traite est revêtue déjà de signatures autres que celle de la personne qui la présente à l'escompte. Il est douteux qu'il y ait escroquerie quand le tireur fait

Source BIU Cujas

escompter une traite de ce genre qui, n'ayant pas été acceptée, ne porte que sa signature; on peut dire que dans ce dernier cas l'escompteur a eu confiance dans le tireur et qu'on ne se trouve pas en présence des manœuvres frauduleuses caractérisées qui sont indispensables à l'existence du délit d'escroquerie. V. C. pénal, art. 406.

534. *Du billet à ordre.* — Le billet à ordre est un écrit plus simple que la lettre de change; par lui une personne appelée le *souscripteur* s'oblige à payer une somme d'argent à une autre personne appelée le *bénéficiaire* du billet ou à l'ordre de celui-ci, c'est-à-dire à la personne à laquelle le billet sera transmis par endossement. Le billet à ordre se transmet de la même manière et avec les mêmes effets que la lettre de change; tout endosseur est donc garant du paiement à l'échéance.

FORMULE DE BILLET A ORDRE.

Paris, 29 juin 1886. *B. P. F. 1000 fr.*

Au 30 septembre prochain, je paierai à l'ordre de Pierre la somme de mille francs, valeur reçue en marchandises.

(Signé) Jean.

Le billet à ordre peut être, à la différence de la lettre de change, payable dans le lieu où il est souscrit ou dans un autre lieu. Il peut, comme la lettre de change, servir au porteur d'instrument de paiement (art. 446, C. com.) ou de crédit au moyen de l'escompte. Mais il n'évite, par le seul fait de sa création, le transport de numéraire qu'au cas où, créé dans un lieu, il est payable dans un autre. Dans ce cas, on appelle les billets à ordre *billets à domicile*. Les billets à ordre sont parfois créés sans qu'il y ait aucune relation d'affaires antérieure entre le souscripteur et le bénéficiaire pour permettre à celui-ci de se procurer de l'argent, ce sont alors des *billets de complaisance* auxquels s'applique ce qui a été dit plus haut (n° 533) à propos des lettres de change tirées dans les mêmes conditions.

535. *Des chèques.* — Le chèque est défini par la loi du 14 juin 1865 (art. 1) *l'écrit qui, sous la forme d'un mandat de paiement, sert au tireur à effectuer le retrait à son profit ou au profit d'un*

Source BIU Cujas

tiers, de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte chez le tiré et disponibles. Le chèque présente une grande analogie avec la lettre de change. C'est un instrument de paiement et non, comme la lettre de change, un instrument de crédit. Il sert surtout à une personne qui a déposé des fonds chez un banquier à les retirer soit directement, soit en donnant l'ordre au banquier de les remettre en tout ou en partie à une autre personne. Il est payable ou au porteur ou à ordre ou à une personne dénommée. Il n'est pas nécessairement commercial.

FORMULE DE CHÈQUE.

Paris, le 29 juin 1886. *B. P. F. 500 fr.*

A vue, veuillez payer à l'ordre de Pierre (ou *à Pierre* ou *au porteur*), *la somme de cinq cents francs que vous passerez à mon compte.*

(Signé) Jean.

M. Paul, banquier à Lyon.

A. — DE LA LETTRE DE CHANGE.

536. Il sera traité successivement : 1° De la création et des formes de la lettre de change; 2° de la transmission de la lettre de change, c'est-à-dire de l'endossement; 3° des garanties diverses assurant le paiement de la lettre de change (provision, acceptation, aval, solidarité); 4° du paiement et de ses effets; 5° du défaut de paiement et des recours auxquels il donne lieu; 6° des déchéances qui frappent le porteur négligent; 7° de la prescription libératoire; 8° des lettres de change imparfaites à raison de vices de forme ou de l'incapacité des signataires. Ce qui concerne les droits de timbre et d'enregistrement et les conflits de lois fera l'objet de deux appendices communs à la lettre de change et au billet à ordre.

1° *Émission et formes de la lettre de change.*

536. La lettre de change est un acte solennel. Tout d'abord l'écriture est de son essence : on ne pourrait pas offrir utilement de prouver qu'une lettre de change est intervenue de vive voix. En outre, la lettre de change produit des effets spéciaux et des avantages par-

Source BIU Cujas

ticuliers y sont attachés; pour que ces effets spéciaux se produisent et pour que ces avantages existent, il faut qu'elle contienne les diverses mentions que la loi énumère (art. 110 et 111, C. com.).

537. La lettre de change est ordinairement un acte sous seing privé. Mais rien n'empêcherait de faire une lettre de change par acte notarié. Il serait utile de recourir à un notaire si le tireur ne savait ou ne pouvait écrire ou si l'on voulait constituer une hypothèque terrestre pour garantir le paiement.

Il n'est pas, du reste, nécessaire que la traite soit écrite entièrement par le tireur, il suffit qu'elle soit signée de lui. La nécessité de la signature du tireur est si évidente que l'art. 110, C. civ., ne la mentionne même pas. Ne faut-il pas du moins que la signature du tireur soit précédée des mots *bon* ou *approuvé* avec indication de la somme formant le montant de la traite, par application de l'art. 1326, C. civ.? Cette formalité n'est pas exigée assurément lorsque le tireur est un commerçant (art. 1326). La négative n'est pas douteuse, même pour le cas où le tireur n'est pas commerçant, si l'on admet, comme nous l'avons fait (n° 365), que l'art. 1326 ne régit pas les actes de commerce. Mais ceux-là mêmes qui appliquent l'art. 1326 aux actes de commerce faits par des non-commerçants s'accordent, en général, à écarter cette formalité pour la lettre de change : le législateur en a minutieusement déterminé les conditions de forme et l'on ne doit pas y ajouter en la soumettant à des formalités dont la loi n'a pas parlé.

538. Les mentions que doit contenir la lettre de change d'après l'art. 110, C. com., se réfèrent soit aux personnes qui doivent être créancières ou débitrices en vertu du titre, soit à l'obligation même qu'il faut préciser quant à son objet, à sa cause, au temps et au lieu du paiement, soit aux circonstances de temps et de lieu dans lesquelles la traite est créée. A côté des mentions *légales* qui sont obligatoires, il peut y avoir des mentions *facultatives* qui ont pour but de modifier les effets ordinaires de la lettre.

539. *Noms des parties.* — Le plus souvent trois personnes figurent en nom dans la lettre de change lors de sa création, le *tireur*, le *tiré*, le *preneur*. Le tireur et le preneur seuls concourent à la confection du titre; le tiré n'y intervient que postérieurement s'il

Source BIU Cujas

accepte. Le nom du tireur est indiqué par sa signature, tandis que le nom du tiré est consigné au bas de la lettre sous la forme d'une adresse. V. page 355.

Le *preneur* est le premier propriétaire de la lettre de change, celui à l'ordre de qui elle est tirée. Le plus souvent le *preneur* a fourni au *tireur* l'équivalent de la traite; par exemple, il était le créancier du tireur qui la lui a remise en paiement ou le preneur a acheté la traite, ou il en a *escompté* le montant.

540. *Clause à ordre.* — La traite ne peut être ni payable exclusivement au preneur, ni payable au porteur. Elle doit nécessairement contenir la clause à ordre, de façon que la transmission puisse s'en faire par voie d'endossement. L'art. 110 exige l'insertion de la clause à ordre, qui ne pourrait être sous-entendue, en disposant que la lettre de change *est à l'ordre d'un tiers* (c'est-à-dire du preneur).

541. *Date.* — La lettre de change doit être datée. Il y a là une exigence spéciale; car, d'ordinaire, la loi n'exige pas qu'un acte sous seing privé soit daté (V. *exception*, art. 970, C. civ.). La mention de la date de la traite est utile à plusieurs points de vue : elle est parfois indispensable pour fixer soit l'échéance, soit le délai dans lequel la traite doit être présentée pour le paiement au tiré (art. 129 et 160); elle sert à reconnaître si le tireur était ou non capable, lors de la création du titre et spécialement s'il n'était pas déjà en faillite ou en état de cessation de paiements; elle peut permettre aussi de démontrer qu'il n'y avait pas *remise de place en place*, que la lettre de change a été créée dans le lieu même où elle est payable : le jour de la création de la traite étant indiqué, on peut prouver que le tireur n'était pas ce jour-là dans le lieu mentionné.

Du reste, la date comprend, outre la mention du jour où la traite est tirée, celle du lieu de sa création. La traite doit contenir en elle-même la preuve de sa validité; on ne peut savoir s'il a été satisfait à la condition de la *distantia loci* qu'autant que le titre mentionne le lieu de l'émission en même temps que le lieu du paiement.

542. *Somme à payer.* — Dans l'usage, on énonce cette somme à la fois *en chiffres* en tête et à droite du titre et *en toutes lettres* dans le corps même de l'effet; il n'y a là rien d'obligatoire.

Source BIU Cujas

543. *Lieu du paiement.* — Ce lieu doit être distinct de celui de la création du titre. C'est en cela que consiste *la remise de place en place* qu'exige l'art. 110 en disposant que *la lettre de change est tirée d'un lieu sur un autre* (aj. art. 632 *in fine*). Il a été expliqué que cette condition a disparu de la plupart des lois étrangères (n° 529) et qu'elle ne se conçoit plus alors que la lettre de change sert comme instrument de paiement ou de crédit et non pas exclusivement comme moyen d'éviter les transports de numéraire. Cette exigence avait encore quelque utilité avant 1867, alors que la contrainte par corps était admise pour toute dette commerciale de 200 fr. au moins. Afin d'avoir contre leur emprunteur la garantie de cette voie d'exécution, les prêteurs (surtout les usuriers) pouvaient avoir l'idée de faire créer à leur profit une lettre de change. On pouvait dire qu'il ne fallait pas qu'il fût trop facile d'arriver à ce résultat et qu'alors il était bon d'exiger que la lettre de change fût payable ailleurs que dans le lieu de sa création. Cette utilité de l'exigence de la loi a disparu avec la contrainte par corps en matière commerciale.

544. *Echéance.* — Aux termes de l'art. 110, C. com., la lettre de change énonce *l'époque où le paiement doit s'effectuer*. Cette énonciation a une grande importance à raison des formalités que doit remplir immédiatement le porteur quand il n'y a pas paiement à l'échéance (art. 161 et 162, C. com.).

L'échéance doit être indiquée d'une façon précise. On ne saurait, comme en matière ordinaire, suppléer aux énonciations du titre et décider qu'à défaut d'indication de l'échéance, la lettre est payable à présentation. V. art. 1900, C. civ.— L'échéance doit toujours être *certaine;* elle ne pourrait être subordonnée à une condition ou à un terme incertain (décès d'une personne, par exemple). La loi impose au porteur à l'échéance des obligations dont l'accomplissement serait inconciliable avec une échéance dont l'arrivée pourrait être tout à fait imprévue.

Le Code (art. 129 à 134) a pris soin d'indiquer les différentes manières dont l'échéance peut être fixée. On peut distinguer à cet égard deux classes de lettres de change; les unes sont payables à un jour fixe, les autres à un jour indéterminé.

Lettres de change payables à jour fixe. — L'échéance peut être

Source BIU Cujas

fixée par l'indication d'un jour déterminé. Il en est ainsi quand elle est déclarée payable le quantième de tel mois (le 1er avril, le 15 juillet, le jour de la Saint-Jean ou de la Saint-Pierre), quand elle est payable en foire, c'est-à-dire le jour où se tiendra la foire de telle commune (c'est un cas rare), ou enfin quand elle est payable à un certain délai de date, c'est-à-dire à partir de la date de l'émission de la lettre de change. Ce délai, qui court du lendemain de cette date, peut consister en jours, en mois ou en *usances :* on désigne par là un délai fixe de 30 jours (art. 132) (1). Si le jour de l'échéance est un jour férié légal (2), la lettre de change est payable la veille (art. 134, C. com.).

Le délai exprimé en mois se compte de quantième à quantième, (art. 132, al. 2), sans qu'il y ait à tenir compte de ce que le mois de l'échéance est plus long que celui de la création de la traite. Ainsi une lettre de change tirée le 28 février payable à 10 mois de date devrait être payée le 28 décembre et non le 31 décembre.

Mais que décider si le mois de l'échéance ne renferme pas de quantième correspondant? Par exemple, une lettre de change est tirée le 31 janvier à un mois de date. Il semble juste de décider que l'échéance a lieu le dernier jour du mois correspondant, c'est-à-dire, dans l'exemple indiqué, le 28 février. Il faut en quelque sorte traiter les jours manquants à la fin du mois de l'échéance comme le fait l'art. 134 pour les jours fériés. Il résulte de là que les lettres de change tirées à un mois de date les 28, 29, 30 et 31 janvier d'une année non bissextile arrivent à échéance le même jour, le 28 février suivant.

Lettres de change payables à un jour indéterminé. — Il y a des lettres de change dont l'échéance n'est pas fixée par avance, elles sont payables à un jour qui est fixé postérieurement par le fait même du porteur. On distingue à cet égard les lettres de change payables *à vue* et les lettres de change payables *à un certain délai de vue* (art. 129).

(1) On ne tire plus en fait de lettres de change payables à une ou plusieurs usances de date.

(2) Les jours fériés légaux sont, outre les dimanches et les fêtes concordataires (l'Ascension, l'Assomption, la Toussaint, Noël et Pâques), les lundis de Pâques et de la Pentecôte, le jour de l'an et la fête nationale (14 juillet).

Source BIU Cujas

Les lettres de change *à vue* sont payables au moment même où le porteur les présente au tiré (art. 130). Le porteur peut les présenter aussitôt qu'il le veut, mais non aussi tard que bon lui semble : les lettres de change payables à vue doivent, en principe, être présentées pour le paiement dans les trois mois de leur date, sous peine pour le porteur d'encourir de graves déchéances (art. 160, C. com.). Ce délai, applicable aux traites tirées du continent et des îles de l'Europe ou de l'Algérie et payables dans les possessions européennes de la France ou dans l'Algérie, est augmenté à raison des distances (art. 160). Le tireur et les endosseurs sont, comme on le sait, garants du paiement à l'échéance et le législateur ne veut pas que ces personnes soient trop longtemps exposées au recours du porteur par suite des longs délais pendant lesquels celui-ci tarde à réclamer le paiement.

Les lettres de change à vue sont assez rares. Si elles sont commodes pour le porteur qui peut réclamer le paiement quand bon lui semble, elles sont gênantes pour le tiré qui n'est pas prévenu du moment où le paiement lui sera réclamé. Au reste, en fait, pour des motifs qui seront indiqués plus loin à propos des chèques, on ne tire plus guère de lettres de change à vue que pour des sommes n'excédant pas 400 francs ; au-dessus de cette somme on a, au point de vue du droit de timbre, intérêt à tirer plutôt des chèques et c'est ce qui se fait constamment.

Afin d'éviter que le tiré soit pris au dépourvu, on peut tirer des lettres de change *payables à un certain délai de vue* qui peut être fixé en mois, en jours, en usances (art. 129). Le porteur doit présenter au tiré la lettre de change payable à un certain délai de vue et c'est à partir de ce jour que court le délai à l'expiration duquel la lettre est payable. Ainsi, si une lettre de change est payable à 10 jours de vue et si elle est présentée au tiré le 31 juillet, elle sera payable le 10 août. Le point de départ du délai de vue est le jour où le porteur présente la lettre de change au tiré et ce jour peut être constaté par le *visa* du tiré mis sur le titre. Le Code (art. 131) dit que c'est l'acceptation ou le protêt faute d'acceptation (acte d'huissier dressé pour constater que le tiré n'a pas voulu accepter) qui fait courir le délai de vue. Il ne faut pas s'attacher à la lettre de la loi sur

Source BIU Cujas

ce point; on ne voit pas pour quelle raison la présentation constatée par un visa ne suffirait pas et d'ailleurs il y a un cas assez fréquent où il serait impossible de se conformer rigoureusement à l'art. 131, c'est celui où la lettre de change, ayant été déclarée non acceptable, ne peut pas être présentée à l'acceptation.

545. *Valeur fournie.* — Selon l'art. 110, la lettre de change énonce *la valeur fournie en espèces, en marchandises, en compte ou de toute autre manière.* La *valeur fournie* est la cause de l'obligation du tireur qui garantit le paiement de la lettre de change, c'est ce qu'a donné le preneur au tireur pour que le titre fût émis à son profit. Il y a là une exigence particulière, car, en principe, une obligation est valable, bien que l'écrit qui la constate n'en mentionne pas la cause (C. civ., art. 1132). Pour justifier la disposition qui exige la mention de la valeur fournie, on a dit notamment que par là on voulait protéger le tireur et faire en sorte qu'il ne se dessaisît pas imprudemment de la lettre, avant d'en avoir reçu la valeur, au profit d'un preneur qui la négocie et qui est ensuite déclaré en faillite. Mais il n'y a pas là une protection sérieuse; si le tireur a confiance dans le preneur, il ne craindra pas d'indiquer dans la lettre comme reçue une valeur qui ne lui a pas été réellement fournie. Aussi la plupart des lois étrangères n'exigent-elles pas l'indication de la valeur fournie.

La nature de la valeur fournie peut varier beaucoup selon les cas. Ce peuvent être des *espèces,* c'est-à-dire une somme payée par le preneur au tireur, c'est là ce qui a lieu quand le preneur ayant besoin d'une somme d'argent dans une certaine ville s'est adressé à un banquier qui a tiré au profit de ce preneur une traite sur l'un de ses correspondants. Il est possible que la valeur fournie consiste *en marchandises,* c'est ce qui se présente lorsqu'un acheteur tire une traite au profit de son vendeur. L'expression *valeur en compte* signifie que, le tireur et le preneur étant en relation d'affaires, le montant de la traite figurera à l'actif (au crédit) du tireur dans le compte existant entre lui et le preneur. L'obligation du tireur peut avoir beaucoup d'autres causes, ainsi il se peut que le tireur émette la traite, parce qu'il doit au preneur le prix de vente d'un immeuble, des loyers, etc. (1). Les mots de l'art. 110 *ou de*

(1) Il y a lieu de se demander si le droit résultant pour le preneur de la lettre

Source BIU Cujas

toute autre manière font allusion à la variété possible des valeurs fournies, mais n'impliquent pas que les parties peuvent indiquer une cause quelconque. Il y a des expressions que la jurisprudence considère comme insuffisantes : *valeur reçue*, *valeur entre nous*, *valeur entendue*, *valeur en moi-même*.

546. Il faut remarquer qu'il n'est pas nécessaire d'insérer dans le titre l'expression *lettre de change*. Cette exigence se rencontre dans plusieurs lois étrangères (Allemagne, Autriche, Hongrie, Italie, Pays scandinaves, etc...); elle s'explique par le désir du législateur d'attirer l'attention des parties sur les conséquences rigoureuses des obligations qu'elles contractent et elle se comprenait surtout quand la contrainte par corps était admise. Mais le législateur français a pensé qu'il ne faut pas multiplier les conditions de forme dont l'inobservation est une cause de nullité et que, d'ailleurs, l'examen du titre révèle aisément que c'est une lettre de change.

547. Les énonciations dont il a été question jusqu'ici doivent se trouver dans la lettre de change la plus simple. Dans des cas particuliers, les effets ordinaires de la lettre peuvent se trouver modifiés par les circonstances ou par des mentions spéciales : c'est ce qui a lieu notamment quand il y a plusieurs exemplaires de la même lettre de change, quand la lettre de change est tirée à l'ordre du tireur lui-même, quand elle est tirée pour le compte d'autrui, lorsqu'il y a, soit des *recommandataires* ou *besoins*, soit des *domiciliataires*. Il importe de parcourir ces différents cas dont quelques-uns se présentent très souvent.

548. *Pluralité d'exemplaires.* — La traite peut être tirée en un seul exemplaire et ordinairement alors, bien qu'aucune disposition légale ne l'exige, elle l'indique, par exemple ainsi : *Payez par cette seule de change*. Elle peut aussi être tirée en plusieurs exemplaires; alors chaque exemplaire est numéroté. C'est le cas prévu par l'ar-

créée à son profit remplace la créance qu'il a contre le tireur c'est-à-dire s'il y a novation; cela offre un grand intérêt à raison notamment des garanties accessoires qui peuvent accompagner cette créance. On applique ici la règle selon laquelle la novation ne se présume pas (art. 1273, C. civ.), de telle sorte qu'à défaut de paiement de la traite, le preneur peut faire valoir toutes les garanties attachées à la créance contre le tireur à l'occasion de laquelle la lettre de change a été émise.

Source BIU Cujas

ticle 110 *in fine*, d'après lequel, *si elle* (la lettre de change) *est par 1re, 2e, 3e, 4e, etc..., elle l'exprime.* Alors on met sur chaque exemplaire *payez par cette première* ou *payez par cette seconde* ou *payez par cette troisième de change*, etc... La formule le plus ordinairement employée est la suivante : *Payez par cette 1re de change, la 2e et la 3e ne l'étant. Payez par cette 2e de change, la 1re et la 3e ne l'étant* (c'est-à-dire n'étant pas payées), etc... Ces derniers mots usités dans le commerce ont pour but d'indiquer que le paiement fait par le tiré sur un des exemplaires de la lettre, annule les autres exemplaires (art. 147, C. com.).

Il est important d'insérer ainsi dans chaque exemplaire des expressions indiquant qu'il y a plusieurs exemplaires d'une même lettre de change et non plusieurs lettres de change. D'abord il n'y a pas plusieurs paiements à faire, puis, si la lettre de change est soumise à un droit de timbre proportionnel, du moins, quand il y a pluralité d'exemplaires, le droit de timbre n'est dû qu'une fois (loi du 5 juin 1850, art. 10).

La pluralité des exemplaires est spécialement utile lorsque la lettre de change est tirée d'un pays ou sur un pays d'outre-mer. On peut alors craindre une perte et, pour l'éviter, on envoie parfois plusieurs exemplaires par des navires différents dans le pays où la lettre est payable. Souvent aussi le tireur veut envoyer immédiatement au tiré la lettre de change pour qu'il l'accepte, mais il désire pouvoir la négocier en attendant et pour cela il est indispensable qu'il en conserve un exemplaire entre les mains.

Il ne faut pas confondre les *duplicatas* ou exemplaires multiples d'une lettre de change avec les *copies*. Le tireur seul peut créer des exemplaires multiples ; un porteur ne peut faire que des copies. Tandis qu'on peut faire payer la lettre de change sur un exemplaire, le paiement ne peut pas être exigé sur une simple copie. Parfois l'original est envoyé dans un lieu sûr et ne circule pas ; une copie circule et permet au porteur de se faire délivrer l'original dans le lieu que la copie indique.

549. *Lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même.* — Il a été dit précédemment que la lettre de change contient le nom du preneur ; parfois il n'y a pas un preneur distinct du tireur. Cela se

Source BIU Cujas

présente quand, selon ce que prévoit l'art. 110, la lettre est *à l'ordre du tireur lui-même*. Elle est alors ainsi conçue :

Paris le 3 juillet 1886. *B. P. F. 10.000 fr.*

Au 3 août prochain, payez à mon ordre la somme de dix mille francs.

(*Signé*) *Jean.*

A Léon, négociant à Lyon.

En ce cas, on peut dire que le créateur de la traite réunit en lui les deux qualités de tireur et de preneur : aussi est il évident qu'il n'y a pas à indiquer de valeur fournie. Certaines personnes mettent pourtant dans la traite les mots *valeur en moi-même;* ce sont des expressions vides de sens.

Quand celui qui a tiré une lettre de change à son ordre a trouvé une personne qui veut l'acquérir, il la lui transmet en l'endossant : le tireur signe donc alors deux fois la traite, une fois comme tireur et une autre fois comme premier endosseur. Ainsi la lettre de change est créée utilement à l'ordre du tireur lorsqu'au moment de son émission le tireur n'a pas encore trouvé de preneur et désire l'émettre immédiatement pour pouvoir obtenir de suite l'acceptation du tiré. En pareil cas, sans doute, le tireur pourrait atteindre son but en laissant en blanc le nom du preneur. Mais ce procédé est dangereux ; il serait à redouter, surtout si la traite est envoyée à l'acceptation du tiré, qu'elle ne tombât entre les mains d'une personne de mauvaise foi qui l'utiliserait, sans avoir à commettre de faux, en remplissant le blanc à son profit.

Pour faire apercevoir dans quelles circonstances spéciales il peut être utile de tirer une lettre de change à son ordre, on peut citer les hypothèses suivantes :

a. Un négociant de Paris va faire des achats dans des villes de province ou en pays étranger. Il tire avant son départ des traites qu'il fait accepter par son banquier de Paris, pour les remettre à ses vendeurs. Ce négociant ne peut pas les créer à l'ordre de ceux-ci; car il ne sait point par avance à quels fabricants il achètera des marchandises. Que fait-il? Il tire ces traites à son ordre et les endosse à ses vendeurs. — Ce cas n'est pas fréquent, le suivant est plus pratique.

Source BIU Cujas

b. Paul de Paris a vendu à crédit des marchandises à Louis de Lyon. Paul tire immédiatement sur Louis une lettre de change. Mais il ne peut pas l'émettre au profit d'un preneur, parce qu'il craint que Louis n'agréant pas les marchandises refuse d'accepter la traite. Que fait alors Paul? il tire la lettre à son ordre sur Louis; il l'envoie à celui-ci pour qu'il l'accepte et c'est seulement après que la traite lui est revenue acceptée, que Paul la négocie et l'endosse.

C'est notamment dans des cas de ce genre que le tireur crée plusieurs exemplaires. Il peut redouter que la lettre de change revêtue de l'acceptation du tiré ne soit perdue ou volée alors qu'elle lui est retournée. Il charge un banquier habitant la même ville que le tiré d'obtenir de lui l'acceptation et il crée un autre exemplaire qu'il négocie. Le porteur de cet exemplaire retire l'exemplaire accepté des mains du banquier qui a soigné l'acceptation, afin de le présenter au tiré pour obtenir le paiement.

A la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même se rattache une question sur laquelle la jurisprudence ne paraît pas encore bien fixée. Si la création de la lettre de change doit être faite dans un lieu autre que celui où elle est payable, du moins les endossements peuvent être faits dans le lieu même où le paiement doit être opéré; ainsi une traite tirée de Paris sur Lyon peut être endossée à Lyon. Ne faut-il pas faire exception pour le premier endossement de la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même et décider que ce premier endossement doit être fait dans un lieu autre que celui du paiement, de telle sorte que, la traite étant tirée de Paris sur Lyon, le premier endossement ne pourrait avoir lieu dans cette dernière ville? Les tribunaux de commerce admettent, en général, qu'il n'y a ici aucune exception à faire aux principes ordinaires. On peut sans doute invoquer en ce sens le texte de l'art. 110 qui admet qu'une lettre de change peut être tirée de cette manière sans prescrire aucune condition spéciale pour le premier endossement. Mais il paraît plus conforme à la théorie générale du Code de commerce d'exiger que cet endossement soit fait dans un lieu autre que celui du paiement. On sait que, d'après cette théorie, la lettre de change n'est que l'exécution d'un contrat de change, c'est-à-dire qu'elle présuppose l'obligation contractée par une personne

Source BIU Cujas

dans un lieu de faire avoir une somme d'argent à une autre personne dans un lieu différent. Cette obligation ne peut exister en cas de lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même qu'après qu'un premier endossement a été fait dans un lieu différent de celui du paiement. Tant que cette condition n'a pas été remplie, il y a plutôt un projet de lettre de change qu'une lettre de change proprement dite.

550. *Domiciliataire.* — Aux termes de l'art. 111, al. 1, *une lettre de change peut être tirée sur un individu et payable au domicile d'un tiers.* Le tiers qui n'a pas à faire le paiement, mais chez qui il doit être opéré, est appelé *domiciliataire.* L'indication d'un domiciliataire peut être utile dans des circonstances diverses. Voici sur ce point quelques exemples : *a.* Le tiré prévoit qu'à l'échéance il ne sera pas à son domicile et il demande au tireur d'indiquer que le paiement se fera à l'endroit où il sera alors, par exemple à l'hôtel où il sera descendu. *b.* Si le tiré habite la campagne, le plus souvent la lettre sera payable à la ville chez son banquier; cela contribuera à en faciliter la négociation. Les lettres de change sont surtout domiciliées chez les banquiers dans les pays où les commerçants ont l'habitude, au lieu de garder dans leurs caisses leurs fonds disponibles, de les déposer dans des banques; cet usage est très répandu en Angleterre. *c.* Une lettre de change est tirée sur une ville qui a peu de relations d'affaires avec celle où la lettre de change est émise et le tireur craint de ne pouvoir pas la négocier facilement. Il prie le tiré de lui indiquer une personne habitant une autre ville chez laquelle le paiement de la lettre de change pourra être demandé. — On voit que, selon les cas, le domiciliataire est indiqué par le tireur dans la lettre de change ou par le tiré lors de l'acceptation. C'est cette dernière hypothèse que prévoit l'art. 123, C. com.

551. *Recommandataire* ou *besoin.* — Le tireur peut craindre que le tiré n'accepte pas ou ne paie pas exactement à l'échéance. Parfois alors, pour éviter le recours du porteur, le tireur indique une personne pour accepter ou pour payer *au besoin* et lui *recommande* de le faire : de là viennent les noms de *recommandataire* ou de *besoin* employés pour désigner cette personne. V. art. 173, C. com. — Un recommandataire peut être indiqué non seulement par

Source BIU Cujas

le tireur, mais aussi par un endosseur qui, à défaut d'acceptation ou de paiement par le tiré, veut éviter le recours auquel il est exposé comme garant.

552. *Lettre de change tirée pour le compte d'autrui.* — L'art. 111, 2e alinéa, C. com., indique qu'*une lettre de change peut être tirée par ordre et pour le compte d'un tiers.* Il va de soi qu'une lettre de change peut être tirée par un mandataire au nom de son mandant. C'est ce qui a lieu lorsqu'un fondé de pouvoirs d'un commerçant tire une lettre de change au nom de celui-ci; le mandant, dont le nom figure dans la traite, est alors seul obligé, comme s'il avait émis lui-même la lettre de change. Ce cas n'a rien de particulier; on lui applique les principes généraux du droit; aussi n'est-ce pas celui que vise l'art. 111, al. 2. En déclarant qu'une lettre de change peut être tirée pour le compte d'un tiers, le Code a entendu se référer au cas où une personne tire une lettre de change en son nom pour le compte d'un tiers, en agissant comme le fait ordinairement un commissionnaire. Le rôle du tireur se dédouble alors pour ainsi dire : il y a un *tireur pour compte* qui joue le rôle de commissionnaire et le commettant qui est appelé *donneur d'ordre* ou *ordonnateur.*

Les lettres de change sont tirées pour compte d'autrui dans des hypothèses très variées et à plusieurs égards il y a utilité à procéder de cette manière. Voici quelques exemples :

a. Un fabricant de Lyon, Louis, a vendu des soieries à un marchand en gros de Paris, Paul, qui les a revendues à un marchand en détail, Baptiste, de Bordeaux. Louis pourrait tirer une traite sur Paul et Paul en tirer une autre sur Baptiste. Cela serait compliqué et engendrerait des frais doubles. Paul peut dire à Louis de tirer une traite sur Baptiste; Paul est le donneur d'ordre, Louis qui tire la traite en son nom est le tireur pour compte.

b. Louis, de Lyon, a vendu des marchandises à Paul de Paris qui a obtenu un crédit de son banquier Jules. Paul donne mandat à Louis de tirer une lettre de change sur celui-ci; Paul demeurant dans la même ville que Jules, ne pourrait tirer sur celui-ci une lettre à l'ordre de Louis.

Quelle est la nature des rapports qui existent entre les parties en cas de tirage pour compte? Quelles sont leurs obligations? — Le

Source BIU Cujas

tireur pour compte est en rapport avec le donneur d'ordre, le tiré, le preneur et les cessionnaires successifs de la traite, tandis que le donneur d'ordre n'est en rapport qu'avec le tireur et le tiré; le nom, du donneur d'ordre n'est pas inscrit ordinairement dans la lettre de change, il n'est indiqué que par ses initiales ou des lettres de fantaisie, pour que le tiré, lorsque la lettre de change lui est présentée à l'acceptation ou au paiement, sache bien ce dont il s'agit. — Il y a un double mandat donné par le donneur d'ordre : il donne mandat au tireur pour compte d'émettre la traite et au tiré avec lequel il est en relations de lui faire honneur en acceptant et en payant.

Le tireur pour compte est obligé, comme le serait un tireur ordinaire envers le porteur, si celui-ci n'est pas payé à l'échéance ou n'obtient pas l'acceptation du tiré. Cela n'est qu'une application des principes généraux posés à propos de la commission : celui qui contracte en son nom est obligé, encore qu'il contracte pour le compte d'autrui. Du reste, le porteur connaît le tireur et ignore le plus souvent quel est le donneur d'ordre.

Pour les mêmes raisons, le tireur pour compte est aussi obligé, à l'exclusion du donneur d'ordre, envers les endosseurs et le porteur à raison du défaut d'acceptation ou de paiement.

Mais le tireur pour compte n'est pas obligé envers le tiré pour le cas où celui-ci a payé à découvert, c'est-à-dire sans avoir reçu de quoi effectuer le paiement. En pareil cas, c'est contre le donneur d'ordre que le tiré peut recourir pour se faire rembourser. Le donneur d'ordre est, en effet, en relations avec le tiré, celui-ci sait pour le compte de qui la traite a été tirée et il a payé en vertu du mandat qu'il a reçu du donneur d'ordre. Cette solution n'est certaine que depuis une loi du 19 mars 1817 qui a modifié l'art. 115, C. com. (1).

553. Énonciations facultatives. — Les lettres de change contiennent souvent des clauses accessoires qui ne sont pas obligatoires et que même la loi ne mentionne pas. Les principales sont les clauses *suivant avis* ou *sans autre avis*, la clause *sans garantie* et la clause de *retour sans frais*.

La clause *suivant avis* signifie que le tiré ne doit pas accepter ou

(1) V. *Précis de Droit commercial*, I, p. 545, n° 1025.

Source BIU Cujas

payer la traite avant que le tireur lui ait transmis un avis, sous peine d'engager sa responsabilité. La clause *sans autre avis* signifie, au contraire, que le tiré n'a pas besoin, pour accepter ou pour payer, de recevoir un avis spécial du tireur.

La clause *sans garantie* a pour but d'exclure une obligation qui pèse, en principe, sur le *tireur* et sur les *endosseurs*. Ils sont garants de l'acceptation et du paiement ; par cette clause ils sont dégagés de cette garantie et n'ont pas à redouter un recours de la part du porteur ayant éprouvé un refus d'acceptation ou non payé. Toutefois, quand le tireur n'a pas fait provision, il ne saurait se prévaloir de cette clause. Il s'enrichirait injustement si, alors qu'il a reçu le prix de la lettre de change, et n'a rien fourni en retour, il pouvait échapper au recours des endosseurs et du porteur.

La clause de *retour sans frais* a pour but de dispenser le porteur de remplir les formalités coûteuses qu'en principe, il doit accomplir au cas de défaut de paiement à l'échéance. Les effets de cette clause seront examinés à propos des droits et obligations du porteur à défaut de paiement à l'échéance. Elle modifie ces droits et obligations qu'il faut, par suite, connaître pour apercevoir les effets de la clause dont il s'agit.

2° *De la négociation de la lettre de change.*

554. La lettre de change ne rendrait qu'une partie des services qu'elle rend si elle devait rester entre les mains du preneur. Elle peut se transmettre et sa transmission s'opère très simplement à l'aide d'une mention portée au dos du titre et appelée pour ce motif *endossement*. Ce qui rend une lettre de change transmissible de cette manière, c'est qu'elle contient la *clause à ordre;* la loi française n'admet pas qu'une lettre de change puisse être tirée sans cette clause (n° 540). Souvent une traite est, entre le jour de sa création et celui du paiement, l'objet d'un grand nombre d'endossements.

Du reste, l'endossement n'a pas toujours le même but : *a*. Ordinairement il est fait pour transférer la propriété de la traite, de telle sorte que le porteur devient, à la place de l'endosseur, créancier des différents signataires du titre; l'endossement peut alors être dit endossement translatif de propriété. Parfois (pour une raison de

Source BIU Cujas

forme qui sera expliquée plus bas) on le qualifie d'*endossement régulier*. *b*. On peut aussi endosser une lettre de change, non pour en transférer la propriété au porteur, mais afin de lui donner le mandat de la recouvrer, c'est-à-dire d'en toucher le montant. Cet endossement est parfois appelé *endossement irrégulier*. *c*. Enfin il est possible qu'une personne endosse une lettre de change au profit de son créancier afin de la lui donner en gage. V. art. 91, dern. al., C. com. C'est un *endossement de garantie*. V. plus haut, n° 412.

Ces trois sortes d'endossements sont régies par des règles différentes. Aussi est-il indispensable d'étudier ce qui concerne chacune d'elles séparément en déterminant leurs conditions de forme et leurs effets.

555. Endossement translatif de propriété ou régulier. — Les cessions de créances s'opèrent ordinairement d'après les règles posées par les art. 1689 et 1690, C. civ. : le cédant opère la délivrance en remettant le titre au cessionnaire ; de plus, il faut, pour que le cessionnaire soit saisi de la créance à l'égard des tiers, que la cession ait été signifiée par huissier au débiteur cédé ou acceptée par lui dans un acte authentique. Ces dernières formalités entraînent des frais et des lenteurs. La loi a voulu les éviter pour la cession de la lettre de change qui est faite pour circuler de mains en mains. Aussi admet-elle que la lettre de change se transmet même à l'égard des tiers par un simple endossement, sans qu'il soit besoin de signification ou d'acceptation ; il en est, du reste, ainsi de tous les titres à ordre.

556. *Conditions de forme*. — L'écriture est de l'essence de l'endossement comme de la lettre de change. Il doit se trouver au dos de la traite ; parfois, quand les endossements sont trop nombreux pour qu'ils puissent être tous portés sur la traite, on y joint une feuille de papier qu'on appelle une *allonge*. L'endossement peut être ou écrit en entier par l'endosseur ou seulement signé par lui.

L'art. 137 exige que cinq mentions soient inscrites dans l'endossement translatif. Avant de donner quelques explications sur chacune d'elles, il est utile de fournir ici un modèle d'endossement. Si, par exemple, Paul a tiré sur Louis une lettre de change à

Source BIU Cujas

l'ordre de Jules, et si Jules veut la céder à Pierre, Jules écrira au dos :

Payez à l'ordre de Pierre
valeur reçue en marchandises
(ou *valeur reçue comptant* ou *valeur en compte*).
4 juillet 1886.
(Signé) *Jules.*

Les cinq mentions que doit, d'après l'art. 137, contenir l'endossement sont : 1° la date ; 2° la valeur fournie ; 3° le nom du cessionnaire ou bénéficiaire de l'endossement ; 4° la clause à ordre ; 5° la signature de l'endosseur. La loi n'exige point que l'endossement soit fait dans un lieu autre que celui du paiement. V. pourtant la controverse relative au premier endossement de la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même, n° 549.

La date de l'endossement est surtout exigée pour empêcher qu'un individu déclaré en faillite ou sur le point d'y être déclaré ne parvienne à soustraire à ses créanciers les lettres de change qu'il a dans son portefeuille en les endossant. Par la date de l'endossement on peut savoir à quelle époque il a été fait et s'il y a ou non lieu de l'annuler en vertu des art. 443, 446 et 447, C. com., qui frappent les actes faits par le failli depuis le jugement déclaratif ou même sous certaines conditions à partir de l'époque de la cessation de ses paiements. Il est vrai que l'endosseur, pour se soustraire à ces dispositions, peut antidater l'endossement. Mais, afin de rendre cette fraude rare, le législateur l'a réprimée sévèrement. L'antidate d'un endossement est considérée comme un faux et, par cela même qu'ici le faux est commis en matière commerciale, la peine des travaux forcés à temps est applicable (C. pén., art. 150). C'est là ce qu'exprime l'art. 139, C. com., en disposant : *il est défendu d'antidater les ordres* (c'est-à-dire les endossements) *à peine de faux.* Cette disposition déroge au droit commun d'après lequel il ne devrait pas y avoir faux en pareil cas ; il y a là un simple mensonge et, d'après le Code pénal, le faux ne peut consister que dans l'altération d'un écrit ou dans l'attribution à un tiers dans un acte d'une volonté qu'il n'a pas en réalité exprimée. Par cela même que la disposition de l'ar-

Source BIU Cujas

ticle 139 a un caractère exceptionnel, elle ne doit pas être étendue, d'autant plus qu'on est ici en matière pénale. Par conséquent le fait d'antidater une lettre de change n'est pas un faux.

L'exigence de l'indication de la *valeur fournie* ne se justifie pas mieux pour l'endossement que pour la lettre de change même (nº 545); c'est une prescription surannée. *La clause à ordre* est de l'essence de l'endossement comme de la traite. Il ne serait donc pas possible d'endosser une lettre de change au profit d'une personne qui ne pourrait pas la céder, mais qui devrait en recevoir elle-même le paiement.

557. *Effets de l'endossement translatif de propriété.* — Le premier et le principal effet de l'endossement est de transférer la propriété de la lettre de change de l'endosseur au bénéficiaire de l'endossement (art. 136, C. com.). Celui-ci se trouve investi de la propriété *ergà omnes* sans qu'il soit besoin de remplir les formalités de l'art. 1690, C. civ. Ce n'est pas la lettre de change seule qui lui est transmise, ce sont encore toutes les garanties y attachées, spécialement l'hypothèque qui aurait été constituée pour en garantir le paiement. Il n'y a là que l'application d'une règle générale en matière de cession de créance. V. art. 1692, C. civ. (1).

L'endossement a d'autres effets à propos desquels on doit signaler des différences importantes entre l'endossement et la cession d'un titre de créance à personne dénommée soumise comme telle aux formalités de l'art. 1690, C. civ.

Comme la cession de créance ordinaire régie par le Code civil, l'endossement engendre l'obligation de garantie. Mais cette obligation a dans l'endossement une étendue très grande. A moins de convention contraire, le cédant, d'après le Code civil (art. 1694 et 1695), garantit l'existence et la validité de la créance cédée, mais non la solvabilité future ni même actuelle du débiteur. L'endosseur est de plein droit garant du paiement à l'échéance. L'article 140, C. com., dispose en effet : *tous ceux qui ont signé, accepté ou endossé une lettre de change sont tenus à la garantie*

(1) On a prétendu que, par dérogation à l'art. 1692, C. civ., les hypothèques attachées à un titre à ordre ne sauraient être transmises avec ce titre, par l'endossement. V. la réfutation de cette doctrine dans notre *Précis de Droit commercial*, t. I, p. 590, note 2.

Source BIU Cujas

solidaire envers le porteur. Comment peut-on justifier cette différence? Elle s'explique par la différence des circonstances dans lesquelles interviennent une cession ordinaire de créance et un endossement. La première est relativement rare; le cessionnaire connaît ou peut connaître le débiteur; la solvabilité plus ou moins grande de celui-ci a dû être envisagée par lui. L'endossement est fréquent, il se fait rapidement et souvent dans un lieu très éloigné de celui où la lettre est payable; si le cessionnaire ne devait pas compter sur la garantie du cédant, il n'accepterait l'endossement qu'après avoir pris des informations minutieuses sur le débiteur principal de la lettre, ce qui entraînerait des retards préjudiciables à l'endosseur, ou bien il exigerait une garantie expresse de celui-ci.

558. Du reste, si la garantie du paiement est de la nature de l'endossement, elle n'est pas de son essence; elle peut être écartée expressément par la clause *sans garantie* ou *à forfait.* L'endosseur alors n'est garant que de l'existence de la lettre de change, par exemple, si la lettre de change a été créée par un faussaire; la clause sans garantie ramène ainsi au droit commun du Code civil. Chaque endossement constitue un acte distinct qui doit être envisagé en soi-même et séparément de ceux qui le précèdent ou qui le suivent et, en principe, un acte n'a d'effets qu'entre les parties; aussi la clause de non garantie ne peut être invoquée que par l'endosseur qui l'a insérée dans son endossement, l'obligation de garantie des endosseurs antérieurs ou postérieurs qui ne se la sont pas appropriée conserve toute son étendue.

Quand un endossement avec clause *sans garantie* est fait au profit d'un banquier qui escompte la lettre de change, il retient en sus de l'escompte (*interusurium*) une certaine somme qui est une sorte de prime d'assurance appelée parfois *un forfait.* On peut dire, en effet, que la clause sans garantie implique un contrat d'assurance en vertu duquel le bénéficiaire de l'endossement supporte à la place de l'endosseur le risque de l'insolvabilité du tiré et des différents signataires de la traite. La retenue opérée par l'escompteur à forfait est d'autant plus importante que la solvabilité des signataires de la traite est plus douteuse.

L'endossement *à forfait et sans garantie* intervient utilement

Source BIU Cujas

dans un certain nombre de cas. On peut citer notamment les suivants :

a. Paul est en pourparlers avec Louis auquel il voudrait vendre des marchandises pour une somme importante. Louis demande un délai de quatre ou cinq mois pour le paiement du prix. Paul hésite à le lui accorder parce qu'il n'a pas confiance dans la solvabilité de Louis et ainsi il semble que la vente ne pourra pas être conclue. Cependant tout peut s'arranger si Louis a un banquier, Jules, qui a confiance dans sa solvabilité. Louis souscrit au profit de Paul une lettre de change payable dans quatre ou cinq mois. Paul (le vendeur) fait escompter la traite par le banquier Jules: l'endossement a lieu au profit de celui-ci à forfait et sans garantie. De cette façon, Jules se charge du risque de l'insolvabilité de Louis que Paul ne consentait pas à courir.

b. Quand (ce qui est fréquent) le commissionnaire vendeur est *ducroire*, il répond envers son commettant de la solvabilité de l'acheteur. Ce peut être là une responsabilité très lourde. Si le commissionnaire ducroire qui a vendu tire une lettre de change sur l'acheteur et l'endosse à un banquier auquel il la fait escompter sans garantie, il se décharge sur lui de la responsabilité résultant de la convention de ducroire.

559. Une autre différence à signaler entre les effets de l'endossement et ceux de la cession de créance régie par le Code civil est relative aux moyens de défense ou exceptions qui peuvent être opposés au cessionnaire.

D'après le Code civil, le débiteur cédé, auquel la cession a été signifiée, peut se prévaloir contre le cessionnaire des moyens de défense qu'il eût pu opposer au cédant, à la condition que leur existence remonte à une époque antérieure à la signification de la cession. Ainsi le débiteur cédé peut opposer la compensation au cessionnaire à raison de créances que ce débiteur a contre le cédant pourvu que ces créances aient existé à son profit avant la signification. Mais il en est autrement lorsque la cession a été acceptée par le débiteur cédé : cette acceptation est considérée par le Code civil (art. 1295) comme impliquant renonciation par le débiteur cédé au droit d'invoquer contre le cessionnaire les moyens de défense qui existaient contre le cédant.

Source BIU Cujas

En matière de lettres de change, on considère le débiteur comme ayant renoncé par avance au droit d'opposer au porteur les moyens de défense qui étaient opposables aux endosseurs ou porteurs antérieurs, de telle sorte qu'en principe le tiré ne peut se prévaloir contre le porteur que de moyens de défense ayant pris naissance directement contre celui-ci. Cette règle s'est introduite par suite de nécessités pratiques : celui auquel une lettre de change est endossée et qui, par suite, en devient porteur, ne peut pas connaître par l'examen du titre quels moyens de défense a le tiré contre le porteur actuel et la rapidité avec laquelle s'opère un endossement empêche celui au profit duquel il est fait d'aller se renseigner auprès du tiré sur les moyens de défense qui lui appartiennent. On exprime souvent la règle qui vient d'être posée en disant que le tiré s'oblige en acceptant, non pas envers le tireur ni envers la personne qui est porteur de la traite au moment de l'acceptation, mais envers la personne inconnue par avance qui pourra être porteur lors de l'échéance, de telle sorte que l'accepteur est traité comme n'ayant jamais eu pour créanciers les porteurs précédents; on dit parfois en ce sens que l'accepteur *doit à sa signature*. C'est une conséquence naturelle de la clause à ordre : celui qui est débiteur en vertu d'un titre portant cette clause, n'est pas obligé envers une personne déterminée.

On peut tirer de là des conséquences pratiques nombreuses :

a. Le tiré, qui pourrait opposer la compensation à un porteur de la traite à raison d'une créance existant contre celui-ci, n'a pas le droit de s'en prévaloir contre celui qui est devenu porteur par suite d'un endossement postérieur.

b. La lettre de change a été créée sur le tiré et acceptée par lui à raison d'une dette de jeu qu'il avait envers le tireur. La loi refuse l'action en justice pour le paiement d'une dette de jeu (art. 1965, C. civ.) et, en conséquence, le perdant peut opposer l'exception de jeu au gagnant qui l'actionne devant un tribunal. Le tiré aurait donc l'exception de jeu contre le tireur, mais il ne saurait s'en prévaloir contre un porteur.

c. D'après l'art. 14, C. civ., le Français, créancier d'un étranger même n'ayant point de résidence en France, peut le citer devant les tribunaux français, par dérogation à la règle de compétence

Source BIU Cujas

actor sequitur forum rei. Quand un étranger, créancier d'un autre étranger non résidant en France, céde sa créance à un Français, le cessionnaire peut-il, usant du bénéfice de l'art. 14, C. civ., citer le débiteur cédé devant nos tribunaux? La question est discutable, lorsqu'il s'agit d'une créance dont la cession est régie par le Code civil; on peut, en effet, dire que le cessionnaire ne saurait avoir plus de droit que le cédant et, dans l'espèce, le cédant, par cela même qu'il était étranger, ne jouissait point du bénéfice de l'art. 14, C. civ. Il n'est pas douteux, au contraire, qu'un Français auquel une lettre de change tirée sur un étranger a été endossée par un étranger, peut actionner celui-ci devant les tribunaux de France; car le tiré est considéré comme obligé envers le portenr actuel, sans avoir eu aucun engagement envers un porteur antérieur.

560. Il ne faut toutefois pas exagérer la portée de la règle. Elle n'est pas absolue; elle subit des restrictions résultant, soit des motifs qui lui servent de base, soit des principes généraux du droit :

a. Le tiré peut opposer à tout porteur les moyens de défense dont l'existence résulte des énonciations mêmes de la traite; car tout porteur pourrait en avoir connaissance lors de l'endossement. Ainsi le tiré peut se prévaloir contre tout porteur de ce que la traite ne contient pas toutes les mentions prescrites par le Code et n'est pas, par suite, une véritable lettre de change ou de ce que la traite a été créée à raison d'une dette de jeu de l'accepteur envers le tireur, si la cause de l'obligation est mentionnée.

b. Le tiré peut se prévaloir contre le porteur actuel d'un moyen de défense qui eût été opposable au porteur précédent, quand il est prouvé que le porteur actuel s'est rendu coupable d'une fraude destinée à écarter le moyen de défense dont il s'agit et à permettre d'obtenir le paiement du tiré. Il ne suffirait pas qu'il fût prouvé que le porteur a eu connaissance du moyen de défense au moment où l'endossement a été fait à son profit. Autrement le tiré soutiendrait presque toujours qu'il en a été ainsi et les lenteurs qu'entraîneraient les débats sur ce point retarderaient le paiement, ce qui serait en contradiction avec l'esprit de la loi en cette matière.

c. Si la signature du tiré a été falsifiée et qu'ainsi la lettre de change ait été revêtue d'une fausse acceptation, le tiré actionné

Source BIU Cujas

peut opposer le faux au porteur actuel, encore que celui-ci n'en soit pas l'auteur. Il est impossible qu'une personne se trouve obligée comme accepteur sans sa volonté.

d. De même, si le tiré avait été déterminé par la violence à accepter la traite, il pourrait invoquer ce vice du consentement pour faire annuler son acceptation même à l'égard d'un porteur qui n'aurait en rien participé à la violence. Il y a là, en effet, un vice qui peut être invoqué contre toute personne.

e. Si le tiré a accepté, alors qu'il était incapable, par exemple, mineur ou interdit, il peut invoquer contre tout porteur la nullité de son acceptation pour ce motif.

561. La lettre de change peut certainement, jusqu'à l'échéance, être endossée avec les effets attachés à l'endossement qui viennent d'être exposés. Rien n'empêche (car il n'y a dans la loi aucune prohibition à cet égard) d'endosser la lettre de change après l'échéance. Mais l'endossement postérieur à l'échéance produit-il les effets d'un endossement antérieur? On a soutenu la négative et prétendu que l'endossement postérieur à l'échéance ne produit que les effets d'une cession de créance ordinaire, de telle sorte que le tiré pourrait opposer au porteur quelconque, lui réclamant le paiement, les moyens de défense qui étaient opposables à celui qui était porteur lors de l'échéance. On a dit en ce sens qu'à l'échéance les droits des intéressés doivent être définitivement fixés et qu'il ne doit pas dépendre du porteur en endossant ensuite la traite d'enlever au tiré un moyen de défense qui lui appartenait. Cette solution admise par la loi belge du 20 mai 1872 (art. 26) n'est pas consacrée par le Code français et il est impossible de la sous-entendre. Aucun texte, aucun principe ne permettent de dire que le tiré a un droit acquis à se prévaloir des moyens de défense qui existent à son profit lors de l'échéance contre le porteur. C'est dans notre sens que se prononce la jurisprudence.

562. ENDOSSEMENT A TITRE DE PROCURATION. — Il arrive souvent que par l'endossement l'endosseur ne veut pas transférer au porteur la propriété de la lettre de change, mais lui conférer seulement le mandat d'en poursuivre le recouvrement; les endossements faits au profit des banquiers surtout ont fréquemment ce but. Les relations

Source BIU Cujas

des parties, soit entre elles, soit avec les tiers, sont alors régies par les règles du mandat et non par celles de la cession. De là découlent plusieurs conséquences importantes :

1. Le porteur, au lieu de conserver pour lui le montant de la somme touchée du tiré, doit en rendre compte à l'endosseur.

2. Le mandat résultant de l'endossement peut cesser par toutes les causes ordinaires mettant fin au mandat. Ainsi l'endosseur a le droit de révoquer le mandat donné au porteur; en cas de faillite de l'endosseur, le mandat prend fin (art. 2003, C. civ.) et, par suite, le tiré qui paierait entre les mains du porteur, s'exposerait à être obligé de payer une seconde fois.

3. Si un endossement translatif de propriété a eu lieu, et si le porteur tombe en faillite avant d'avoir payé le prix de la cession à l'endosseur, l'endosseur ne peut pas revendiquer la traite (art. 550, C. com.); elle fait partie de l'actif du failli et l'endosseur ne peut se présenter dans la faillite que comme créancier de la somme que le failli lui doit en retour de l'endossement fait à son profit, de telle sorte que l'endosseur est exposé à ne recevoir qu'un dividende. Au contraire, quand un endossement a été fait à titre de procuration à un porteur qui tombe en faillite avant d'avoir remis le montant de la traite à l'endosseur, celui-ci, en étant demeuré propriétaire, a le droit de la revendiquer à l'exclusion des créanciers du failli (art. 574, C. com.).

4. Par cela même que l'endosseur est demeuré propriétaire de la lettre de change le tiré peut opposer au mandataire, bénéficiaire de l'endossement, les moyens de défense opposables à l'endosseur, son mandant, et non des moyens personnels au porteur. Ainsi le tiré peut se prévaloir de la compensation à raison d'une créance qu'il a contre l'endosseur, non à raison d'une créance qu'il a contre le porteur.

563. *Moyen de distinguer l'endossement translatif de propriété et l'endossement à titre de procuration.* — Ce qui vient d'être dit sur les effets de l'endossement fait à titre de procuration prouve qu'ils diffèrent assez profondément de ceux de l'endossement translatif de propriété ; il est donc important de savoir laquelle de ces deux espèces d'endossement est intervenue. La solution de cette question

Source BIU Cujas

est fort simple quand l'endosseur a pris le soin d'indiquer dans l'endossement le but dans lequel il l'a fait. Ainsi il est évident, comme cela résulte des termes employés, qu'il y a endossement à titre de procuration lorsque l'endosseur a écrit au dos du titre : *payez à l'ordre de... valeur en recouvrement* ou *valeur à l'encaissement*. Souvent rien n'indique formellement le but des parties : à ne consulter que les principes généraux du droit, il y aurait seulement lieu alors de rechercher, d'après les circonstances, quelle a été leur volonté. Le Code de commerce a dérogé à ces principes, en consacrant deux règles : 1° *L'endossement qui contient toutes les mentions prescrites par l'art. 137* (n° 556) *est translatif de propriété* (art. 136, C. com.); 2° *Si l'endossement n'est pas conforme aux dispositions de l'art. 137, il n'opère pas le transport, il n'est qu'une procuration* (art. 138). De là viennent les expressions d'*endossement régulier* et d'*endossement irrégulier* employées pour désigner l'endossement translatif de propriété et l'endossement à titre de procuration. Ces expressions très usitées sont peu satisfaisantes; car on ne voit pas ce qu'il y a de plus régulier dans l'endossement translatif de propriété que dans l'endossement fait à titre de procuration.

Les règles admises par le Code de commerce, empruntées à l'Ordonnance de 1673 (*titre* V, art. 25), et abandonnées avec raison par les lois étrangères, paraissent dériver d'une ancienne idée d'après laquelle la faculté de transmettre un titre par endossement constitue une sorte de faveur dont on ne peut jouir qu'à la charge de remplir exactement les formalités déterminées par la loi. Il peut se faire que les règles dont il s'agit soient conformes à la volonté réelle des parties, mais il peut aussi arriver qu'elles soient en contradiction avec cette volonté. Ainsi il se peut qu'un endossement fait au profit d'un banquier dans le but de lui donner procuration, contienne toutes les mentions prescrites par l'art. 137, C. com.; à l'inverse, il est possible qu'un endossement fait dans le but de transmettre la propriété, ne contienne pas toutes les mentions exigées par la loi pour l'endossement régulier; il se peut notamment que, par négligence ou par ignorance, l'endosseur n'ait pas indiqué la date ou la valeur fournie.

Aussi la question suivante se pose-t-elle : les règles du Code

Source BIU Cujas

sont-elles absolues, de telle sorte qu'une personne y ayant intérêt ne peut pas prouver qu'un endossement irrégulier a été fait dans le but de transférer la propriété et doit produire les effets d'un endossement translatif ou qu'un endossement régulier n'a été fait qu'à titre de procuration et ne doit avoir que les effets d'un mandat ? ou bien, au contraire, les règles dont il s'agit ne constituent-elles que des présomptions pouvant être détruites par la preuve contraire ? Cette question doit être examinée à propos soit de l'endossement irrégulier, soit de l'endossement régulier.

Quand un endossement ne contient pas toutes les mentions prescrites par l'art. 137, peut-il être prouvé que les parties ont voulu opérer la translation de la propriété et que les effets de l'endossement translatif doivent se produire? — Personne ne paraît admettre que le Code a établi une présomption irréfragable. Cette solution ne s'expliquerait pas rationnellement et elle pourrait produire des conséquences iniques : avec elle l'endosseur qui aurait touché du porteur le prix de l'endossement pourrait, s'il était de mauvaise foi, demander à celui-ci de lui rendre compte du paiement de la lettre de change, en alléguant que l'endossement étant irrégulier ne vaut que comme procuration. Si la preuve est admise contre la présomption de la loi, l'est-elle sans restriction ? On l'a soutenu anciennement. Mais depuis longtemps la jurisprudence et la doctrine sont fixées dans le sens d'une distinction. Les parties, c'est-à-dire l'endosseur et le porteur, doivent toujours pouvoir prouver que, bien que l'endossement soit irrégulier, il a transféré la propriété de la traite. On ne lèse ainsi aucun intérêt; on obtient, sans nuire illégitimement à qui que ce soit, un résultat très bon, celui de donner à l'endossement des effets conformes à la volonté des parties. Ainsi, en cas d'endossement irrégulier, le porteur peut prouver qu'il y a eu endossement translatif, afin de se faire dispenser de rendre compte du paiement. Au contraire, la preuve n'est pas possible contre la présomption de la loi, lorsque ce sont des tiers qui se prévalent de cette présomption. Ils doivent croire, comme ils sont en quelque sorte invités à le faire par la loi même, qu'un endossement irrégulier n'a été fait qu'à titre de procuration et il serait injuste de prouver à leur encontre, alors qu'ils ont ignoré la réalité

Source BIU Cujas

des choses, qu'il y a eu un endossement translatif. Ainsi le tiré peut opposer à celui qui est porteur en vertu d'un endossement irrégulier la compensation à raison d'une créance existant contre l'endosseur, sans que le porteur puisse être admis à écarter cette exception en démontrant que c'est lui porteur qui est propriétaire de la traite et qu'en conséquence, on ne peut lui opposer des exceptions du chef de l'endosseur.

Quand un endossement contient toutes les mentions prescrites par l'art. 137, peut-il être pourtant prouvé qu'il a été fait à titre de procuration? Il est naturel d'appliquer ici les mêmes solutions que pour le cas inverse. Les parties peuvent entre elles prouver contre la présomption de la loi: ainsi l'endosseur peut démontrer contre le porteur qu'il n'y a pas eu endossement translatif, afin d'obliger le porteur à lui rendre compte du paiement de la traite. La preuve n'est pas admissible contre les tiers; ainsi le porteur auquel le tiré oppose la compensation à raison d'une créance que le tiré a contre lui, ne pourrait prétendre contre le tiré que, l'endossement ayant eu lieu à titre de procuration, l'endosseur a la propriété de la traite, et qu'en conséquence, le tiré ne peut opposer que des moyens de défense existant contre l'endosseur.

564. *De l'endossement en blanc.* — L'endossement en blanc consiste dans la signature de l'endosseur mise au dos de la lettre de change sans aucune autre mention. C'est donc, dans le système du Code français, un endossement irrégulier qui ne vaut que comme procuration.

Celui auquel une traite revêtue d'un endossement en blanc est remise peut en faire plusieurs usages. *a.* Il peut d'abord, comme tout porteur, la garder jusqu'à l'échéance et en toucher le montant du tiré sauf à rendre compte, en principe, du paiement à l'endosseur. *b.* Il peut (ce qui est rare) remettre la traite à une personne sans remplir le blanc, de telle sorte que, le nom de celui qui opère cette transmission n'apparaissant pas sur la traite, il échappe à toute obligation de garantir le paiement à l'échéance. *c.* Il peut, d'après un usage constant, remplir le blanc en mettant son nom avec les autres mentions exigées au-dessus de la signature de l'endosseur et endosser la traite à son tour. *d.* Il peut enfin remplir l'endossement

Source BIU Cujas

en blanc en y mettant le nom du porteur auquel il la transmet, sans y faire apparaître son propre nom.

La lettre de change revêtue d'un endossement en blanc, tant que l'endossement n'a pas été rempli, circule comme un titre au porteur, c'est-à-dire qu'elle se transmet de la main à la main par la simple tradition et que la transmission qui en est faite n'engendre aucune obligation de garantie à la charge de ceux qui l'opèrent. L'endossement en blanc offre un danger, c'est qu'une personne ne s'empare frauduleusement de la lettre de change en la détournant ou en la prenant, si elle a été perdue, et ne remplisse le blanc à son profit.

Les endossements en blanc sont fréquents. On peut y recourir dans différents buts. Il est possible que la personne à laquelle une traite est endossée préfère un endossement en blanc afin de pouvoir la transmettre sans y faire figurer son nom et sans s'obliger, par suite, à la garantie du paiement. Le plus souvent on recourt à l'endossement en blanc pour les causes suivantes : un banquier transmet à l'un de ses confrères un grand nombre de traites et il n'a pas le temps de revêtir chacune d'elles d'un endossement complet. Une personne adresse à un banquier des lettres de change pour les faire escompter ; elle n'est pas sûre que ce banquier les prendra à l'escompte. Si des endossements complets étaient faits, il faudrait, dans le cas où ces traites ne seraient pas prises à l'escompte, que celui qui les a adressées à son banquier biffât l'endossement, ce qui serait une cause de défaveur pour la circulation ultérieure des traites. On évite cet inconvénient au moyen de l'endossement en blanc.

565. *Pouvoirs conférés par l'endossement fait à titre de procuration.* — Celui qui est porteur d'une traite en vertu d'un endossement de cette sorte peut assurément en toucher le montant ou faire constater le défaut de paiement au moyen d'un protêt. Peut-il aussi transférer à une autre personne la propriété de la traite au moyen d'un endossement régulier ? Il y a là une question d'étendue de mandat. Il est évident que ce pouvoir n'appartient pas au porteur, quand les expressions mêmes contenues dans l'endossement l'excluent ; c'est ce qui se présente quand l'endossement a été causé *valeur en recouvrement* ou *valeur à l'encaissement*. Mais quand

Source BIU Cujas

aucune expression ne restreint ainsi les pouvoirs du porteur, il est naturel de considérer qu'ils comprennent la faculté d'endosser la traite ; car il y a là un moyen d'en toucher le montant.

566. *Du recouvrement des lettres de change par les banquiers, par la Banque de France et par l'administration des postes.* — Le plus souvent les endossements à titre de procuration sont faits à des banquiers, à la Banque de France ou à l'administration des postes. Les banquiers se chargent, en général, d'opérer les recouvrements des lettres de change et de tous les effets de commerce, moyennant une commission qui est variable. Un grand nombre de recouvrements sont aussi faits par la Banque de France.

L'administration des postes se charge depuis 1879 d'opérer le recouvrement des effets de commerce qui lui sont remis dans ce but, pourvu que leur montent n'excède pas 2,000 francs (décret du 19 janvier 1882). V. lois du 5 avril 1879 et du 17 juillet 1880.

567. Endossement a titre de gage. — Une lettre de change peut au moyen d'un endossement être constituée en gage par celui qui en est porteur, c'est ce qui est dit par l'art. 91, al. 2, C. com. La loi laisse à résoudre plusieurs questions que nous allons passer rapidement en revue. Quant à la forme, il résulte des termes mêmes de l'art. 91, que l'endossement doit contenir les mentions exigées par l'art. 137, sauf qu'au lieu de l'indication de la *valeur fournie*, il y aura *valeur en garantie* ou autre expression équivalente. Quant aux droits du créancier gagiste, voici ce que nous admettons : l'échéance de la lettre survenant, la créancier peut et doit en demander le paiement; s'il l'obtient, il imputera le montant de la lettre jusqu'à due concurrence sur sa créance; s'il ne l'obtient pas, il exercera le recours qui, de droit commun, appartient au porteur non payé. La dette garantie peut venir à échéance avant la lettre même; comment le créancier réalisera-t-il le gage ? On ne peut appliquer à la lettre l'art. 93, al. 1, C. com., puisque les lettres de change ne se vendent pas aux enchères; nous donnerions au créancier gagiste le droit de négocier la lettre huit jours après une sommation faite au débiteur. En ce qui touche les exceptions qui pourraient être opposées au créancier gagiste porteur de l'effet, nous croyons qu'il faut appliquer les règles posées plus haut (n° 559) pour le cas de l'endossement

Source BIU Cujas

translatif. Le créancier gagiste, quoique non propriétaire de l'effet, a, à la différence d'un simple mandataire, un droit propre qui, dans la mesure de la créance garantie, doit être aussi assuré qu'un droit de propriété.

568. Les règles posées par le Code de commerce sur l'endossement des lettres de change sont d'autant plus importantes qu'elles doivent être appliquées aussi, non seulement aux billets à ordre, mais encore à tous les titres à ordre. On ne saurait, sans tomber dans l'arbitraire, créer des règles différentes pour l'endossement des autres titres à ordre.

3° *Des garanties diverses assurant le paiement de la lettre de change.*

569. La lettre de change est destinée à être payée à l'échéance. Pour qu'elle circule facilement, il faut que son paiement soit autant que possible assuré. Il peut l'être de plusieurs manières. D'abord le tireur doit pourvoir au paiement à faire par le tiré, *faire la provision* selon l'expression consacrée. Puis le tiré, qui n'est pas tenu de payer la traite par cela seul qu'elle est émise sur lui, peut s'obliger à l'acquitter en l'*acceptant*, ce qui augmente les garanties de paiement, par cela même qu'il y a un obligé nouveau, l'accepteur, qui est même considéré comme le principal obligé. Le paiement est aussi assuré par la *solidarité* des différents signataires de la traite; grâce à elle, le porteur non payé par le tiré peut s'adresser à un signataire quelconque du titre et lui réclamer le paiement intégral. Enfin il se peut qu'une caution (*donneur d'aval*) vienne garantir l'obligation d'un signataire quelconque de la traite, ou encore qu'une hypothèque soit constituée, ou qu'un gage soit donné pour garantir le paiement. Il y a constitution de gage notamment dans le cas de *traites documentaires*.

A. — *De la provision.*

570. En émettant la lettre de change, le tireur s'oblige à faire obtenir du tiré le paiement à l'échéance dans le lieu désigné, il doit prendre les mesures nécessaires pour que le paiement soit fait par le tiré; le moyen à l'aide duquel il y pourvoit constitue la *provision*.

Source BIU Cujas

La provision consiste dans une créance qu'a le tireur contre le tiré et dont le tiré se libère en acquittant la traite. Une créance peut ainsi exister contre le tiré dans deux circonstances bien différentes.

a. Il se peut d'abord que le tireur ait déjà fourni au tiré la valeur en retour de laquelle la créance a pris naissance. C'est là ce qui a lieu notamment quand le tireur a vendu des marchandises au tiré qui lui en doit le prix ou quand un commettant tire une lettre de change sur son commissionnaire auquel il a adressé des marchandises en consignation. Dans les cas de ce genre, le tiré qui acquitte la traite ne paie pas à découvert et, quand il paie, il n'a pas de recours contre le tireur, par cela même que le tireur lui a déjà fourni les valeurs en retour desquelles il a payé.

b. Il arrive souvent aussi que la créance du tireur contre le tiré qui constitue la provision est née sans que le tireur ait fourni aucune valeur au tiré. C'est là ce qui se présente lorsqu'un banquier ouvre un crédit à un de ses clients en l'autorisant à tirer sur lui des traites jusqu'à concurrence d'une certaine somme. La créance du client contre le banquier constitue la provision de la lettre de change tirée par le premier sur le second. Dans les cas de cette sorte, le tiré paie à découvert et il a, après avoir payé, un recours contre le tireur.

571. La provision a un rôle important ; elle intéresse différentes personnes qui interviennent dans la lettre de change. Le *tiré* n'accepte très souvent ou ne paie que lorsqu'il a une provision grâce à laquelle il ne court pas les risques de l'insolvabilité du tireur. Le *porteur*, outre qu'il a plus de chance, lorsqu'il y a provision, pour obtenir l'acceptation ou le paiement de la traite, a sur la provision, d'après une jurisprudence constante qui sera exposée plus loin (n° 574), un droit spécial dont les effets avantageux se produisent spécialement en cas de faillite du tireur. Enfin il sera expliqué, à propos des déchéances encourues par le porteur négligent, que le porteur qui, à défaut de paiement à l'échéance, ne remplit pas les formalités prescrites par la loi, n'est déchu du droit de recourir contre le tireur qu'autant qu'il a fait provision.

572. *Qui doit faire la provision.* — La provision, comme il a été dit précédemment (n° 570), doit être faite par le tireur (art. 115).

Source BIU Cujas

Mais, lorsque la lettre de change est tirée pour le compte d'autrui, c'est le donneur d'ordre qui doit fournir la provision ; c'est lui, en effet, qui est le véritable intéressé. Seulement, en vertu de la disposition finale de l'art. 115, il y a à faire une distinction (n° 552). A l'égard du tireur pour compte et du tiré, le donneur d'ordre seul doit faire la provision ; le tireur peut le contraindre à la fournir et c'est contre le donneur d'ordre que le tiré peut recourir quand il a payé sans avoir reçu provision. Mais, à l'égard du preneur, des endosseurs et du porteur qui ne connaissent pas le donneur d'ordre, le tireur pour compte est tenu comme la personne qui tire une traite pour son propre compte : par suite, le tireur pour compte ne peut pas leur opposer la déchéance de l'art. 165, quand il n'y a pas provision, sous le prétexte que c'est le donneur d'ordre qui aurait dû la fournir.

573. *En quoi peut consister la provision.* — D'après l'art. 116, C. com., *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.* Il a déjà été dit plus haut (n° 570), que la provision consiste dans une créance du tireur contre le tiré. C'est à l'échéance qu'il faut se placer pour savoir s'il y a dette et partant provision. Ainsi il n'y a pas provision, si le tireur, créancier lors de l'émission de la traite, a cessé de l'être avant l'échéance par suite d'une cause quelconque.

Y a-t-il provision quand le tireur est bien créancier du tiré, mais que la créance n'est pas exigible lors de l'échéance de la traite? Non, en ce sens que le tiré ne peut être contraint d'accepter la traite ou de payer à l'échéance, ce qui lui enlèverait le bénéfice du terme. De même, le tireur ne pourrait opposer au porteur la déchéance à raison de la négligence de celui-ci, car il n'y avait pas, en réalité, à l'échéance, une provision disponible. Mais, si l'on admet que le porteur a des droits spéciaux sur la provision, on ne voit pas pourquoi une créance exigible lors de l'échéance de la traite ne serait pas à titre de provision affectée à la garantie de la lettre de change.

L'art. 116 prévoit le cas où la créance du tireur est d'une somme au moins égale au montant de la traite. Y a-t-il provision quand la

Source BIU Cujas

créance du tireur contre le tiré est d'une somme inférieure ? Il paraît juste de donner une solution analogue à celle qui vient d'être indiquée à propos du cas où la créance n'est pas exigible lors de l'échéance de la traite. On ne peut reprocher au tiré de refuser d'accepter ou de payer pour le tout et le tireur ne peut alléguer qu'il y a provision pour repousser le porteur négligent ; mais le porteur doit être admis à exercer sur la créance, qui forme en quelque sorte une provision partielle, les droits qu'on reconnaît au porteur dans le cas où la créance est égale au montant de la lettre de change.

574. *Droits du porteur sur la provision. Faillite du tireur.* — Au sujet de la provision, une question capitale se présente, relativement aux droits du porteur. La provision, avons-nous dit, consiste dans une créance qu'a le tireur contre le tiré. Cette créance continue-t-elle à appartenir au tireur ou bien, par le seul fait de la création de la lettre de change, passe-t-elle au preneur et est-elle transmise avec elle par l'endossement aux porteurs successifs jusqu'à celui qui est porteur lors de l'échéance, de telle sorte que ce dernier est, en qualité de cessionnaire de la créance constituant la provision, créancier direct du tiré à l'exclusion du tireur ? Cette question n'a pas, en général, d'intérêt pratique quand le tireur est solvable. En effet, si le tireur était considéré comme étant demeuré créancier du tiré et retirait, en conséquence, la provision, c'est-à-dire se faisait payer par le tiré, le porteur que le tiré refuserait sans doute de payer, parce qu'il n'aurait plus de provision, exercerait un recours contre le tireur et, comme celui-ci est solvable, le recours serait efficace : le porteur serait payé, peu lui importe de l'être par le tiré ou par le tireur. La question offre au contraire un grand intérêt dans le cas de faillite du tireur. En effet, dans ce dernier cas, si la créance formant la provision avait continué de faire partie de l'actif du tireur, le syndic de la faillite du tireur toucherait du tiré le montant de cette créance ; le tiré refuserait alors, la provision lui ayant été retirée, de payer la traite au porteur ; celui-ci aurait bien un recours contre la faillite du tireur, mais réduit à se présenter dans cette faillite comme créancier, il n'obtiendrait qu'un dividende.

Pour que la question se présente, il ne suffit pas qu'il y ait faillite du tireur, il faut encore que le tiré n'ait pas un intérêt légitime

Source BIU Cujas

à ne pas payer au tireur le montant de la créance formant la provision. Quand cet intérêt du tiré existe, il est évident qu'il ne laisse pas retirer la provision de ses mains et dès lors la difficulté ne s'élève pas; c'est ce qui a lieu soit lorsque le tiré a accepté la lettre de change, soit quand la provision a été spécialement affectée au paiement de la lettre de change. En effet, quand le tiré a accepté, il est tenu envers le porteur de payer le montant de la traite et il a le droit de conserver la provision pour se couvrir des conséquences de son acceptation. Quand la provision a été affectée spécialement au paiement de la traite, c'est-à-dire quand la créance formant la provision a été constituée en gage pour garantir le paiement, le tiré qui a accepté cette affectation est devenu partie au contrat de gage intervenu entre le tireur et le preneur; il ne pourrait se dessaisir sans engager sa responsabilité envers le porteur.

Ainsi donc nous devons supposer que le tireur est en faillite et qu'il n'y a eu ni acceptation faite par le tiré ni affectation de la provision au paiement de la traite; alors se pose notre question qu'on formule souvent ainsi : *la propriété de la provision est-elle transmise avec la lettre de change au preneur et aux porteurs successifs,* de telle sorte qu'en cas de faillite du tireur, le porteur peut se faire payer directement par le tiré à l'exclusion du syndic de la faillite du tireur? La question, toujours discutée en théorie, est tranchée en faveur du porteur par une jurisprudence constante.

Pour soutenir que le porteur n'a pas de droit sur la provision à l'exclusion de la faillite du tireur, on a dit que le porteur est un créancier ordinaire qui doit concourir avec les autres créanciers dans la faillite du tireur, qu'en effet aucun texte légal ne lui accorde un privilège et que le contrat de change dont la lettre est réputée être l'exécution, implique l'obligation par le tireur de faire avoir au tiré une somme d'argent dans le lieu où la lettre est payable, mais n'implique pas une cession de créance.

Dans le sens de *la transmission de la propriété de la provision,* on a invoqué de nombreux arguments. Parmi eux, il en est d'une grande faiblesse; le plus décisif est tiré de l'art. 149, C. com. (1).

(1) Pour l'exposé complet de la discussion, V. *Précis de droit commercial,* I, nos 1125 et suiv.

Source BIU Cujas

D'après cet article, qui sera expliqué à propos des règles relatives au paiement de la lettre de change, *il n'est admis d'opposition au paiement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de la faillite du porteur.* Il n'y a donc que deux cas dans lesquels l'opposition au paiement de la lettre de change est admise, l'art. 149 a certainement une portée limitative. S'il n'était pas reconnu que le porteur a un droit exclusif sur la provision, il faudrait, contrairement à l'art. 149, admettre un troisième cas d'opposition, celui de la faillite du tireur. En effet, si la créance constituant la provision continuait d'appartenir au tireur, le syndic de la faillite de celui-ci réclamerait le paiement de cette créance au tiré, dès lors celui-ci n'acquitterait pas la traite, de telle sorte qu'il y aurait là indirectement une opposition au paiement de la lettre de change formée dans le cas de faillite du tireur, cas non visé par l'art. 149 qui serait ainsi violé.

Cette théorie implique, ce qui mérite assurément d'être remarqué, que par le seul fait de l'émission de la lettre de change et de l'endossement, la créance du tireur contre le tiré est cédée sans que les formalités de l'art. 1690, C. civ., soient remplies.

575. Il importe de bien circonscrire cette théorie et d'en indiquer les principales conséquences pratiques en dehors même de celle qui a été seule indiquée jusqu'ici (n° 574) pour le cas de faillite du tireur.

La jurisprudence admet la transmission de la propriété de la provision, que la lettre de change ait été acceptée ou non par le tiré. Mais, comme cette théorie est fondée sur ce que le tireur a entendu céder au porteur la créance contre le tiré, on reconnaît que la lettre de change peut exclure cette cession. Il en est ainsi d'après l'opinion générale, quand la lettre de change a été déclarée *non acceptable.* Le tireur paraît bien indiquer par cette clause qu'il entend se réserver complètement la disposition de la provision, puisque le porteur ne doit s'adresser au tiré qu'à l'échéance pour obtenir le paiement.

Les principales conséquences résultant du droit exclusif reconnu au porteur sur la provision sont les suivantes :

a. En cas de faillite (ou de déconfiture) du tireur, le porteur est payé intégralement par le tiré; il n'est pas soumis à la loi du dividende en recourant contre le tireur en faillite.

Source BIU Cujas

b. A partir du jour où une lettre de change a été émise, les créanciers du tireur ne peuvent plus former une saisie-arrêt sur la créance du tireur contre le tiré servant de provision.

c. La lettre de change elle-même ne donne de droit au porteur contre le tiré que lorsque celui-ci a accepté. Mais le porteur, étant considéré comme cessionnaire de la créance du tireur contre le tiré qui forme la provision, peut agir en vertu de cette créance contre le tiré alors même que celui-ci n'a pas accepté. On est, par cela même, tenté de faire observer que, dès qu'il y a provision, l'acceptation n'a pas d'utilité. Il est cependant facile de prouver qu'il y a, sous plusieurs rapports, des différences entre le cas où il y a acceptation et le cas contraire. En cas d'acceptation, le tiré est obligé en vertu de la lettre de change ; par suite, son obligation est commerciale ; en outre, il ne peut pas opposer au porteur les exceptions qu'il eût pu opposer au tireur (n° 559) ; enfin il ne peut demander aux juges de lui accorder un délai de grâce (art. 157,C. com.). Quand il n'y a pas eu acceptation, s'il y a provision, la dette du tiré n'est pas nécessairement commerciale ; les juges peuvent lui accorder un délai de grâce (art. 1244, C. civ.) et il peut opposer au porteur les exceptions opposables au tireur avant la création de la traite.

Il faut, du reste, remarquer que la provision n'étant indispensable qu'à l'échéance, tant que celle-ci n'est pas arrivée, le tireur peut librement disposer de la somme qui était destinée à l'acquittement de la lettre de change, sans que le tiré ait le droit de s'opposer à ce changement de destination, pourvu qu'il n'ait point accepté. Puis le droit du porteur sur la provision peut être anéanti par le paiement de la dette fait par le tiré ; ce dernier se libère valablement entre les mains du tireur tant que le porteur ne lui a pas fait défense de se dessaisir de la provision.

d. Il peut se faire qu'il y ait plusieurs lettres de change tirées par un tireur sur un seul tiré pour une somme totale excédant le montant de la provision, de telle sorte que celle-ci est insuffisante. Ainsi Paul est créancier de Louis pour une somme de 80,000 fr. et il a tiré à des époques différentes sur Louis 5 lettres de change de 20,000 fr. à l'ordre de 5 preneurs. Comment régler les droits des divers porteurs sur cette provision qui est inférieure de 20,000 fr.

Source BIU Cujas

au montant total des lettres de change ? La question ne peut pas être tranchée de la même manière dans tous les cas. Si parmi les lettres de change, les unes ont été acceptées par le tiré et les autres ne l'ont pas été, le tiré a le droit de payer avant tout avec la provision les traites revêtues de son acceptation ; ce sont elles qu'il a le plus d'intérêt à acquitter. Au contraire, s'il n'y a pas eu d'acceptation, il paraît logique avec la jurisprudence de décider que les porteurs doivent pouvoir se faire payer sur la provision dans l'ordre même des dates des traites. Le preneur de la traite qui a été créée la première, a acquis les droits du tireur contre le tiré jusqu'à concurrence de cette première traite; le preneur de la seconde lettre n'a acquis les droits du tireur que sous la réserve des droits déjà cédés et ainsi de suite.

576. Il n'est pas douteux que la théorie de la transmission de la propriété de la provision favorise dans une certaine mesure la circulation des lettres de change. Mais il n'y pas là une garantie très sûre. Elle disparaît lorsque la provision est insuffisante ou quand il y a à la fois faillite du tireur et du tiré. Aussi le preneur exige-t-il parfois d'autres garanties, un aval, une hypothèque, un gage.

B. — *De l'acceptation.*

577. Le tiré est étranger à la lettre de change; il n'y devient partie et n'est obligé envers le porteur que par son acceptation, c'est-à-dire par l'engagement qu'il prend d'acquitter la lettre à l'échéance. Le tireur crée souvent la traite à son ordre et la fait accepter avant de la négocier, afin que la négociation en devienne plus facile (n° 549). Parfois aussi la lettre de change est émise à l'ordre d'un preneur qui, en obtenant l'acceptation du tiré, a un débiteur de plus et aussi la chance de la négocier plus facilement par cela même que le paiement est mieux assuré.

Le tireur et les endosseurs sont garants de l'acceptation comme du paiement (art. 118), de telle sorte que le porteur peut, lorsqu'il y a refus d'acceptation, recourir contre eux. L'obligation pour le tireur et les endosseurs de procurer l'acceptation n'est pas indiquée dans la traite; la loi la sous-entend en consacrant les usages du commerce.

En règle générale, le porteur a seulement la faculté de présenter

Source BIU Cujas

la traite à l'acceptation. Cette règle subit une double dérogation. 1° Il y a d'abord des lettres de change qui ne peuvent pas être présentées à l'acceptation. Ce sont: *a.* les lettres de change à vue; quand le porteur les présente au tiré, elles doivent être immédiatement acquittées; *b.* les lettres de change stipulées *non acceptables*. Par cette clause, le tireur se propose de conserver la libre disposition de la provision (n° 575), et il évite que le porteur n'ayant pas obtenu l'acceptation puisse recourir contre lui. C'est le but de cette clause spécialement lorsque le tireur craint de ne pouvoir pas faire la provision avant l'échéance; car alors il y a lieu de penser que le tiré n'acceptera pas à découvert. 2° Parfois, au contraire, il est dit dans la traite qu'elle devra être présentée à l'acceptation; le tireur veut ainsi s'assurer que le tiré accepte le mandat qui lui est donné et pouvoir, en cas de contestation de la part du tiré qui prétend n'être pas tenu d'une dette envers le tireur, faire juger le litige le plus tôt possible, au besoin pourvoir d'une autre manière au paiement à l'échéance. — Mais il sera dit plus loin (n° 580) que, contrairement à une opinion souvent admise, la lettre de change payable à un certain délai de vue ne doit pas nécessairement être présentée à l'acceptation pour faire courir ce délai.

578. *Quand et comment l'acceptation peut être requise.* — L'acceptation peut être demandée à un moment quelconque du délai qui sépare la création de la traite de son échéance, par tout détenteur du titre, propriétaire ou non. Parfois le tireur ou un porteur envoie la traite à un banquier qu'ils chargent de *soigner l'acceptation*, c'est-à-dire de la présenter au tiré pour qu'il l'accepte.

L'acceptation est demandée au tiré en son domicile et, en cas de refus de sa part, aux personnes indiquées pour payer au besoin.

Le tiré peut, soit refuser immédiatement d'accepter, soit accepter tout de suite, soit garder la lettre de change pendant 24 heures afin de l'examiner et de réfléchir avant de prendre un parti (art. 125). Pour constater le point de départ de ce délai, le porteur peut exiger un récépissé daté. Si la lettre de change n'est pas rendue acceptée ou non acceptée dans ce délai, celui qui l'a reçue est passible de dommages-intérêts envers le porteur (art. 125). Ce retard peut, en effet, causer un dommage au porteur en lui faisant manquer une

Source BIU Cujas

bonne occasion de négocier la traite ou en l'empêchant de recourir promptement, en cas de refus d'acceptation, contre le tireur ou les endosseurs qui deviennent insolvables dans l'intervalle.

579. *Conditions et formes de l'acceptation.* — Le tiré doit, en principe, ou accepter la lettre de change telle quelle ou refuser d'accepter ; il ne peut pas modifier, en acceptant, les termes et clauses de la lettre. Si en acceptant le tiré fait des modifications de ce genre, le porteur a le droit de considérer l'acceptation modifiée comme équivalant à un refus d'acceptation et de recourir, en conséquence, contre le tireur et contre les endosseurs. Par suite, l'acceptation ne peut pas être conditionnelle (art. 122); ainsi, le tiré déclarant qu'il accepte sous la condition qu'il vendra les marchandises qui lui ont été consignées par le tireur, le porteur pourrait admettre qu'il y a là un refus implicite d'acceptation. S'il se contente d'une acceptation ainsi conçue, il n'a pas le droit de recourir contre le tireur et les endosseurs.

Toutefois le porteur est obligé d'admettre une acceptation restreinte quant à la somme acceptée (art. 124). Alors le porteur ne peut faire constater par un protêt le défaut d'acceptation et ne peut recourir contre le tireur et les endosseurs que pour l'excédant (1).

580. *L'acceptation doit être donnée par écrit.* — D'après l'article 122, al. 1 et 2, *l'acceptation doit être signée; elle est exprimée par le mot accepté.* Le mot *accepté* est le plus simple, mais il n'a rien de sacramentel ; toute autre expression équivalente, comme *je ferai honneur,* serait efficace. La signature du tiré suffirait même.

Il faut remarquer que la loi n'exige pas pour l'acceptation l'indication de la date. Il en est toutefois autrement lorsque la traite est payable à un certain délai de vue (art. 122, al. 3) ; ici la date est utile pour faire courir ce délai. Toutefois la fixation du point de départ du délai et l'acceptation sont deux choses distinctes : l'acceptation non datée vaut comme acceptation et oblige le tiré; à l'inverse, le délai de vue pourrait courir par suite d'un visa apposé sur la traite par le tiré sans qu'il y eût acceptation.

(1) L'art. 124 parait obliger le porteur à faire dresser le protêt pour l'excédant. Il ne peut être pris à la lettre : comme cela sera dit plus loin (n° 585), le porteur n'est pas tenu de faire dresser un protêt faute d'acceptation en cas de refus total, il serait singulier qu'il en fût tenu en cas de refus partiel !

Source BIU Cujas

Si la loi suppose que l'acceptation est donnée sur la lettre de change, est-ce à dire qu'elle ne puisse pas être donnée séparément, par exemple dans une lettre missive adressée par le tiré au tireur ou à un porteur? Dans notre législation, une personne capable peut toujours s'engager valablement sans être astreinte à aucune formalité spéciale. En conséquence, il y a lieu d'admettre que le tiré peut être obligé par une acceptation faite dans un acte séparé; mais il n'est pas considéré alors comme obligé en vertu de la lettre de change ; ce n'est pas une véritable acceptation. Tout ce qui concerne la lettre de change doit, en principe, se trouver sur le titre; quand le législateur a voulu déroger à cette règle, il l'a dit expressément (art. 142). Par suite, l'obligation du tiré qui a déclaré accepter dans un acte séparé, n'est pas nécessairement commerciale, elle n'est pas soumise à la prescription de cinq ans applicable aux obligations qui dérivent de la lettre de change, etc... Des auteurs ont prétendu que l'acceptation par acte séparé doit être assimilée en tous points à l'acceptation donnée sur la traite ; ils méconnaissent le principe qui vient d'être rappelé et négligent de tenir compte de toutes les dispositions du Code supposant que l'acceptation est écrite sur la lettre de change (art. 122 et 125).

581. *Effets de l'acceptation.* — L'acceptation est un contrat unilatéral qui se forme entre le tiré et le porteur. Par elle le tiré consent à recevoir le mandat du tireur, il devient débiteur et même débiteur principal de la lettre de change. En vertu d'une règle qui a été posée plus haut, à propos de l'endossement (n° 559), le tiré en acceptant est réputé s'obliger non pas envers le tireur ou le porteur qui lui a demandé son acceptation, mais envers la personne inconnue qui sera porteur de la traite lors de l'échéance. En même temps, l'acceptation libère le tireur et les endosseurs de leur première obligation, celle de procurer au porteur l'engagement du tiré. Une fois l'acceptation donnée, le porteur reste sans doute toujours libre de dégager le tiré envers lui, mais il ne peut pas, en agissant ainsi, enlever au tireur et aux endosseurs le bénéfice de l'acceptation et recourir contre eux comme s'il y avait eu refus de la part du tiré.

Comme tout contrat, en général, l'acceptation est irrévocable en ce sens que le tiré ne peut pas se dégager par sa seule volonté. Il ne

Source BIU Cujas

peut même pas se faire restituer contre son acceptation, en alléguant qu'il a accepté dans l'ignorance de la faillite du tireur et que, comme il a accepté à découvert, il éprouverait un préjudice, s'il restait obligé, à raison de l'inefficacité de son recours contre la faillite du tireur art. 121, al. 2, C. com. Mais le tiré pourrait assurément faire rescinder son acceptation, s'il avait été déterminé à accepter par la violence ou s'il était incapable. La nullité de l'acceptation pour cause de violence ou pour incapacité est opposable à tout porteur (n° 560). Au contraire, la nullité pour dol est opposable seulement à celui qui a pratiqué les manœuvres frauduleuses et non à un tiers porteur de bonne foi (n° 559).

582. Par cela même que l'acceptation est irrévocable, il importe de déterminer le moment précis où le contrat qui la constitue est formé. On admet généralement que le tiré n'est définitivement lié que quand il s'est dessaisi du titre et non au moment où il y appose sa signature tant qu'il a la traite entre les mains. Il en serait autrement, si le tiré avait avisé de son acceptation, tout en restant dépositaire du titre, par exemple, pour le remettre au porteur d'un second exemplaire.

583. En dehors des effets principaux que produit l'acceptation (engagement du tiré, extinction de la première obligation du tireur et des endosseurs), elle a encore une conséquence importante en ce qui concerne la preuve de la provision. Le tireur est intéressé à ce que l'existence de la provision soit prouvée dans ses rapports *avec le tiré* ; celui-ci, après avoir payé la traite, demande au tireur à être remboursé et le tireur oppose que le tiré n'a pas payé à découvert ou le tireur se plaint au tiré de ce qu'il a refusé d'accepter ou de payer, alors qu'il avait provision. La preuve de l'existence de la provision intéresse aussi le porteur qui veut exercer ses droits sur elle à l'encontre du tiré ou des créanciers du tireur. Mais la preuve de l'existence de la provision n'intéresse pas les endosseurs, leur situation est la même qu'il y ait ou non provision.

L'art. 117, C. com., pose, quant à la preuve de l'existence de la provision, des règles peu claires et en partie inexactes. Il dispose : *l'acceptation suppose la provision. Elle en établit la preuve à l'égard des endosseurs. Soit qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul*

Source BIU Cujas

est tenu de prouver, en cas de dénégation, que ceux sur qui la lettre était tirée avaient provision à l'échéance : sinon, il est tenu de la garantir, quoique le protêt ait été fait après les délais fixés.

D'abord la portée de la présomption de l'art. 117 n'est pas aisée à déterminer. On ne voit pas bien entre quelles personnes l'acceptation fait présumer la provision. On ne saurait appliquer cette présomption dans les rapports entre le porteur et le tireur et dire que, quand le porteur non payé n'a pas rempli à l'échéance les obligations que la loi lui impose, il doit prouver, pour ne pas encourir de déchéance à l'égard du tireur, qu'il n'y avait pas provision, si le tiré a accepté ; car l'acceptation du tiré, faite pour augmenter les droits du porteur, ne peut empirer sa situation. Suivant certains auteurs, la loi voudrait dire que l'acceptation prouve la provision en faveur des endosseurs et du porteur contre le tiré, qui ne peut ainsi refuser le paiement en alléguant qu'il n'avait pas provision. Mais cette interprétation n'est pas admissible ; le tiré est obligé quand il accepte, sans qu'il y ait à rechercher s'il avait ou non reçu une provision. Il est préférable d'appliquer la présomption de la loi dans les rapports entre le tiré et le tireur et de l'entendre, par suite, de cette façon : quand le tiré a accepté, s'il veut, après avoir payé, recourir contre le tireur en prétendant qu'il a acquitté la traite à découvert, c'est à lui à le démontrer : car le tiré qui a accepté est présumé avoir reçu provision.

L'art. 117, al. 2, dit que l'acceptation établit la preuve de la provision à l'égard des endosseurs. C'est là une disposition qui est dénuée de toute portée. Car, comme cela sera démontré plus loin, les droits du porteur non payé contre les endosseurs ne varient pas selon qu'il y ou non provision, de telle sorte qu'à leur égard il n'y a pas intérêt à rechercher si la provision existe ou non.

584. Du refus d'acceptation et de ses conséquences. — Il y a refus d'acceptation proprement dit lorsque le tiré a déclaré, lors de la présentation de la traite, ne vouloir pas l'accepter. Mais, ainsi que cela a été dit plus haut (n° 579), le tiré devant, quand il accepte, ne pas modifier les conditions de la traite, toute modification apportée à ces conditions par le tiré, dans son acceptation, peut faire considérer celle-ci par le porteur comme un refus d'acceptation. Ainsi le

Source BIU Cujas

porteur peut traiter comme un refus d'acceptation, l'acceptation subordonnée à la condition qu'il y aura provision à l'échéance ou à la condition que le tiré pourra opposer au porteur, quel qu'il soit, la compensation à raison de la créance qu'il a contre le porteur actuel (*accepté pour payer à moi-même*).

585. Le porteur peut subir le refus d'acceptation sans se plaindre, il n'en résulte contre lui aucune déchéance pour le cas où postérieurement le tiré n'acquitte pas la traite. Mais, à raison du refus d'acceptation, le porteur a d'importants droits à exercer contre le tireur et les endosseurs qui sont garants de l'acceptation (n° 557).

Si le porteur veut exercer ses droits contre eux à raison du refus d'acceptation du tiré, il *doit* faire dresser par ministère d'huissier un acte qui constate authentiquement le refus du tiré ; c'est ce qu'on appelle le *protêt faute d'acceptation*. Il sera dit, à propos des droits et obligations du porteur en cas de non paiement par le tiré, qu'il y a une autre espèce de protêt, le *protêt faute de paiement*. Les formes des deux protêts étant les mêmes, elles seront indiquées une seule fois à propos du protêt faute de paiement.

La seule différence à signaler entre les deux protêts (et elle ne tient point à la forme), c'est que, par cela même qu'il est loisible au porteur d'exercer ou non son recours, la loi ne fixe pas le délai dans lequel le protêt faute d'acceptation doit être dressé, tandis qu'elle exige que le protêt faute de paiement soit fait le lendemain de l'échéance (art. 162, C. com.).

586. Le porteur, ayant fait dresser le protêt faute d'acceptation, peut recourir contre le tireur et contre les endosseurs. Qu'a-t-il le droit d'exiger ? L'acceptation du tiré avait été promise ; elle n'a pas été procurée. Le porteur peut en réclamer l'équivalent, c'est-à-dire l'engagement par une personne solvable de payer la traite : d'après l'art. 120, le tireur et les endosseurs auxquels est notifié le protêt faute d'acceptation, doivent donner caution. Mais comme il est possible qu'on ne trouve pas facilement une caution, le tireur et les endosseurs peuvent, au lieu d'en fournir une, rembourser immédiatement le montant de la traite. Cette faculté de paiement anticipé constitue une dérogation à l'art. 146, C. com., d'après lequel le porteur d'une lettre de change ne peut être contraint d'en recevoir le paiement

Source BIU Cujas

avant l'échéance. Le paiement doit comprendre, d'après l'art. 120, non seulement le capital de la lettre, mais encore *les frais de protêt et de rechange*; sans cela le porteur qui a éprouvé le refus d'acceptation ne serait pas indemne. Les *frais de protêt* sont ceux qu'il a dû faire pour le protêt faute d'acceptation. Quant aux *frais de rechange*, ce sont ceux qu'a dû supporter le porteur, quand, étant remboursé dans un lieu autre que celui où le paiement de la traite devait être fait, il a dû payer un droit de change pour se procurer une traite payable dans ce lieu.

587. A qui le porteur peut-il s'adresser pour réclamer une caution ou, à défaut de caution, le remboursement immédiat de la traite ? Au tireur et aux endosseurs, d'après l'art. 120. Il peut poursuivre, soit tous ces obligés, soit l'un d'eux seulement, par cela même qu'ils sont tenus solidairement. Mais le porteur ne peut plus rien réclamer quand il a reçu caution de l'une de ces personnes : on ne concevrait pas qu'il eût le droit de réclamer autant de cautions qu'il y a d'obligés. Du reste, quand plusieurs personnes doivent solidairement une chose, il suffit que l'une d'elles ait fourni cette chose pour que toutes soient libérées.

Si l'obligé qui a fourni la caution est le tireur, il ne peut recourir contre aucun autre signataire du titre, puisqu'il n'a pas de garant. Il n'en est pas de même lorsque la caution a été fournie par un des endosseurs ; celui-ci peut recourir contre les endosseurs précédents et contre le tireur et les mettre dans l'alternative où l'a mis précédemment le porteur, ce que semble vouloir dire l'art. 120 en décidant que le tireur et les endosseurs *sont respectivement* tenus de fournir caution, etc... Du reste, le choix fait par celui qui exerce le recours ne s'impose pas à son garant : ainsi le tireur, actionné par un endosseur qui a remboursé le porteur, peut se contenter de lui donner caution ou à l'inverse.

588. Aux termes de l'art. 120, al. 2, *la caution, soit du tireur, soit de l'endosseur, n'est solidaire qu'avec celui qu'elle a cautionné.* Ainsi cette caution est tenue de la même manière que celui qu'elle a cautionné et en même temps elle a des droits identiques. De là plusieurs conséquences résultent : *a*. Le porteur n'ayant pas rempli lors de l'échéance les obligations que la loi lui impose, la caution d'un

Source BIU Cujas

endosseur pourra, comme cet endosseur, lui opposer dans tous les cas la déchéance, tandis que la caution du tireur ne le pourra que s'il y a provision à l'échéance. L'engagement d'une caution n'est donc pas absolument l'équivalent pour le porteur de celui du tiré ; car le tiré ne peut jamais se prévaloir, pour être déchargé, de la négligence du porteur lors de l'échéance. *b.* La caution peut recourir, si elle paie, contre celui qu'elle a cautionné et contre les garants de ce dernier. Par suite, la caution d'un endosseur a, après avoir payé à l'échéance, un recours contre cet endosseur, contre les endosseurs précédents et contre le tireur, tandis que la caution du tireur n'a de recours que contre celui-ci.

589. Quand le tiré a accepté, le porteur n'a, en principe, plus rien à demander avant l'échéance. Toutefois il en est autrement dans le cas de faillite de l'accepteur (art. 163, al. 2, et 444, al. 2, C. com.). La faillite, sans effacer l'acceptation, lui enlève presque toute son utilité. Aussi le porteur peut-il, comme s'il n'y avait pas eu acceptation, réclamer aux endosseurs et au tireur caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement. V. analog. art. 2020, C. civ. La loi ne parle pas du cas de faillite du tiré non accepteur. En effet, en pareil cas, la faillite survenant avant toute acceptation, le porteur peut agir comme au refus d'acceptation par cela même qu'il ne saurait plus y avoir une acceptation valable.

Quand il n'y a pas acceptation, c'est le tireur qui est l'obligé principal. Aussi sa faillite permet-elle au porteur d'exercer contre les endosseurs les mêmes droits que si le tiré accepteur est en faillite : le porteur peut réclamer aux endosseurs caution, s'ils ne préfèrent payer immédiatement le montant de la traite.

590. Le refus d'acceptation a des effets importants en ce qui concerne les droits du porteur ; ils viennent d'être déterminés. Il y a lieu aussi de rechercher si, en refusant d'accepter la traite, le tiré n'engage pas sa responsabilité envers le tireur. Il est évident que le tiré n'encourt alors aucune responsabilité envers le tireur quand il n'a pris envers ce dernier aucun engagement et qu'il n'est pas le débiteur du tireur. Mais que décider quand le tiré est tenu envers le tireur d'une dette liquide et exigible ? Cette circonstance suffit-elle pour que le tireur ait le droit de tirer une lettre de change et

Source BIU Cujas

de se plaindre du refus d'acceptation ? Il n'y a en ce point aucune disposition légale, mais il paraît conforme aux usages du commerce d'admettre l'affirmative entre commerçants et pour dettes commerciales. Les commerçants qui contractent sont réputés se référer à ces usages.

Quand le tireur a eu le droit de créer la traite, que le tiré l'y ait autorisé expressément ou que l'autorisation résulte des usages qui viennent d'être mentionnés, le tireur peut, à raison du refus d'acceptation, demander au tiré de l'indemniser du préjudice que ce refus lui cause, spécialement à raison des frais du protêt qui ont dû être remboursés au porteur.

591. Acceptation par intervention. — En cas de refus d'acceptation, il est possible qu'une caution se présente spontanément à l'huissier qui dresse le protêt pour accepter la lettre de change ; on dit alors qu'il y a *acceptation par intervention* ou *sous protêt*, ou *par honneur*. D'après l'art. 126, al. 1, C. com., *lors du protêt faute d'acceptation, la lettre de change peut être acceptée par un tiers intervenant pour le tireur ou pour l'un des endosseurs.*

Par son intervention, le tiers intervenant peut exécuter un *mandat* ou faire un acte de *gestion d'affaires ;* il exécute un mandat lorsqu'il était désigné dans la traite pour l'accepter à défaut du tiré (*besoin*). V. n° 551.

L'acceptation par intervention peut émaner d'une personne quelconque, pourvu qu'elle soit capable de s'obliger par lettre de change et aussi qu'elle ne soit pas déjà tenue en vertu de la traite, parce qu'autrement l'engagement n'ajouterait rien aux droits du porteur. Du reste, le tiré lui-même n'étant pas obligé au paiement de la traite tant qu'il ne l'a pas acceptée, il peut refuser d'accepter comme tiré et accepter ensuite par intervention. Quel intérêt peut-il avoir à agir de cette façon ? Pour s'en rendre compte, il faut savoir que le tiers intervenant a, quand il paie la lettre de change, un recours contre celui pour lequel il est intervenu et contre les garants de celui-ci. — Le tiré, qui a accepté en cette qualité, n'a jamais, après avoir payé à découvert, de recours contre les endosseurs, il ne peut en avoir que contre le tireur. Si un tiré n'a qu'une confiance limitée dans le tireur, il accepte par intervention pour un endosseur

Source BIU Cujas

afin de s'assurer, en cas de paiement, un recours contre cet endosseur et contre ses garants. — Ce n'est pas tout. Dans le cas spécial où la lettre de change a été tirée pour le compte d'autrui, le tiré qui a accepté comme tel et qui a payé, a un recours contre le donneur d'ordre et non contre le tireur pour compte. Si le tiré veut s'assurer un recours contre celui-ci, il faut qu'il refuse d'accepter comme tiré et accepte par intervention pour le tireur pour compte. — On peut aussi trouver à l'acceptation du tiré par intervention un autre intérêt. S'il accepte comme tiré, son acceptation fait présumer qu'il a reçu provision (art. 117); aussi est-ce alors au tiré à prouver qu'il a payé à découvert, quand, après avoir payé, il veut exercer son recours contre le tireur. Pour éviter que cette présomption ne naisse contre lui, le tiré qui n'a pas reçu provision, peut, après avoir refusé d'accepter comme tiré, accepter la traite comme tiers intervenant. D'ailleurs le tiré pourrait arriver plus simplement au même résultat en indiquant dans son acceptation qu'il n'a pas reçu provision ; cette mention ne peut être critiquée par le porteur dont elle ne modifie pas les droits.

592. *Conditions et formes de l'acceptation par intervention.* — Bien que la loi ne l'ait pas dit, il est certain que cette acceptation, comme l'acceptation ordinaire, doit être pure et simple (n° 584), mais qu'elle peut être partielle : une acceptation partielle par intervention se conçoit surtout pour compléter une acceptation partielle du tiré.

Une acceptation par intervention ne se justifie que lorsque la traite n'a pas été acceptée par le tiré. Aussi ne peut-elle se produire qu'après que le refus d'acceptation a été constaté par un protêt. L'intervention est mentionnée dans l'acte du protêt (art. 126). Le tiers qui interviendrait pour accepter, sans qu'il y eût protêt, serait, non un *accepteur par intervention*, mais un *donneur d'aval*. D'après l'art. 126, al. 2, l'intervention est signée par l'intervenant. Il semble conforme à l'esprit du Code d'exiger que la signature soit donnée sur la traite même et non dans l'acte de protêt ; en principe, toutes les mentions relatives aux obligations dérivant de la la lettre de change doivent se trouver sur le titre lui-même.

593. *Effets de l'acceptation par intervention.* — Ces effets sont

Source BIU Cujas

multiples. Ils se produisent dans les rapports entre l'accepteur et le porteur, entre le porteur et les divers obligés, entre l'accepteur et celui pour le compte duquel il est intervenu.

Rapports entre le porteur et l'accepteur. — Celui-ci est obligé d'une façon irrévocable au paiement de la lettre de change. Toutefois il n'est pas, comme l'accepteur ordinaire, débiteur principal, il a les mêmes obligations que celui pour le compte duquel il est intervenu et, par suite, à l'échéance, le porteur doit demander d'abord le paiement au tiré.

Rapports du porteur et des divers obligés. — Lorsqu'un tiers accepte par intervention, le porteur est-il tenu de se contenter de son engagement et perd-il par cela même le droit de recourir contre les endosseurs et contre le tireur, droit qui lui appartient, en principe, en cas de refus d'acceptation? L'art. 128 décide que le porteur conserve tous ses droits nonobstant toutes acceptations par intervention. Cette disposition ne peut pas être prise à la lettre, autrement l'acceptation par intervention serait sans utilité; elle ne soustrairait pas aux poursuites du porteur ceux pour lesquels elle est donnée. Voici simplement le sens de l'art. 128 : comme l'accepteur par intervention peut être insolvable, le porteur n'est pas tenu de se contenter de son engagement et de s'abstenir de recourir contre les endosseurs et le tireur pour réclamer une caution. Mais si l'accepteur par intervention est solvable, de deux choses l'une, ou le porteur se contentera de son engagement, ou, s'il ne s'en contente pas en alléguant l'insolvabilité de cet accepteur, le tireur ou l'endosseur intéressé plaideront pour faire constater que l'accepteur est solvable et que, dès lors, le porteur n'a rien à leur réclamer.

Rapports de l'accepteur, des divers obligés et de celui pour qui il est intervenu. — Celui pour qui l'accepteur est intervenu peut, comme s'il avait fourni une caution (art. 120), recourir contre ses garants afin de leur demander une caution, s'ils ne préfèrent payer immédiatement (V. n° 586). Si l'accepteur est obligé de payer à l'échéance, il a un recours contre celui dont il a fait l'affaire et contre les garants de ce dernier; mais jusqu'au paiement il n'a aucune action contre eux.

Source BIU Cujas

L'accepteur par intervention doit notifier sans délai son intervention à celui pour le compte duquel il est intervenu (art. 128). Cette formalité, sans constituer une condition de la validité de l'acceptation par intervention, a une grande utilité : elle met l'obligé pour qui l'intervention a lieu, à même de défendre ses intérêts. Si elle a eu lieu pour le tireur, il n'envoie pas la provision au tiré ou il la lui retire. Si elle a eu lieu pour un endosseur, il est averti qu'il peut recourir contre les endosseurs précédents et contre le tireur.

594. Il peut se faire que plusieurs personnes se présentent pour *accepter* par intervention. La loi n'a pas prévu cette hypothèse comme elle a prévu celle où plusieurs personnes veulent *payer* par intervention une même lettre de change. V. art. 159, C. com. et n° 640. Il n'y a pas de motif pour ne pas admettre tous les accepteurs; l'obligation d'une personne n'exclut pas celle d'une ou plusieurs autres.

C. — *De l'aval.*

595. L'art. 141, C. com., dispose que *le paiement d'une lettre de change, indépendamment de l'acceptation et de l'endossement, peut être garanti par un aval.* — L'*aval* est un cautionnement fourni pour faciliter le négociation de la lettre de change en assurant mieux le paiement (1).

Le donneur d'aval peut cautionner, soit le tireur, soit l'un des endosseurs. Il faut nécessairement que ce soit un tiers (art. 142, al. 1) non obligé au paiement de la traite, autrement l'aval n'ajouterait rien à la valeur de celle-ci. Mais rien n'empêcherait qu'une lettre de change ne fût avalisée par le tiré ou par un recommandataire qui n'aurait pas encore accepté. Ces personnes qui n'ont d'ordinaire, après avoir payé, de recours que contre le tireur, en auraient contre la personne dont elles auraient avalisé la signature et contre les garants de cette personne.

596. *Forme de l'aval.* — L'écriture est exigée comme pour tous les engagements se rattachant à la lettre de change : l'engagement verbal de garantir le paiement d'une traite serait un cautionnement

(1) On ne connait pas avec certitude l'étymologie du mot *aval*. Il vient peut-être des mots latins *ad valorem*, parce que l'*aval* ajoute à la valeur de la lettre de change.

Source BIU Cujas

ordinaire et non un aval. Aucune expression n'est indiquée par la loi, le donneur d'aval écrit d'ordinaire : *bon pour aval* ou *pour aval* ou *bon pour*, puis il signe. La signature mise à côté de celle de l'obligé qu'on veut cautionner suffirait. Pour les raisons déjà données plus haut (n° 537), l'indication de la somme en toutes lettres (art. 1326, C. civ.) n'est pas exigée. Il n'est pas non plus nécessaire que l'aval soit daté.

Par dérogation à la règle générale selon laquelle la lettre de change doit contenir l'indication de tous les engagements qui s'y réfèrent, l'aval peut être donné sur la lettre même ou *par acte séparé*. L'aval implique un certain doute sur la solvabilité de celui pour qui il est donné : on ne veut pas qu'il discrédite la signature de celui-ci. — Grâce à la faculté de donner un aval par acte séparé, on peut se porter caution par un seul acte pour le signataire de plusieurs lettres de change et rien n'empêche de donner à l'avance un aval pour une traite ou pour une série de traites à créer.

Parfois l'aval est déguisé sous la forme d'un endossement ; c'est ce qui se présente dans le cas suivant. Paul veut négocier une traite à Pierre, mais Pierre n'a pas confiance dans la solvabilité de Paul et il subordonne la négociation à la condition qu'un banquier Louis garantisse la signature de Paul. Alors Paul endosse la lettre de change à Louis qui à son tour l'endosse à Pierre. De cette façon, à défaut de paiement par le tiré, Pierre a un recours contre Louis et contre Paul. On arrive au même résultat que si Louis avait cautionné Paul.

597. *Effets de l'aval.* — Ils sont identiques, que l'aval soit donné sur la lettre de change ou par acte séparé. D'après l'art. 142, C. com., *le donneur d'aval est tenu solidairement et par les mêmes voies que les tireur et endosseurs, sauf les conventions différentes des parties*. Le donneur d'aval est considéré comme la caution solidaire de celui dont il se porte garant; il est donc assimilé au tireur ou à un endosseur au point de vue de ses obligations et de ses droits, selon qu'il a cautionné le tireur ou un endosseur.

Il résulte de l'art. 142, C. com., que le donneur d'aval est tenu commercialement. Il doit donc être actionné, s'il y a lieu, devant le tribunal de commerce et, avant l'abolition de la contrainte par corps

Source BIU Cujas

en 1867, il était contraignable par corps, lorsque la traite était de 200 francs au moins. Le caractère commercial reconnu à l'aval est une dérogation à une solution généralement admise et selon laquelle le cautionnement même d'une dette commerciale est, en principe, un acte civil (n° 40).

Du reste, la loi (art. 142) réserve le droit pour les parties de modifier les effets de l'aval. Ainsi le donneur d'aval peut se porter garant de l'acceptation du tiré et non du paiement, ne garantir le paiement que d'une portion de la traite, convenir que le tireur devra être discuté avant lui, etc... Avant 1867, il aurait pu stipuler qu'il ne serait pas contraignable par corps.

D. — *Du gage en matière de lettres de change et des traites documentaires.*

598. Le paiement d'une lettre de change est souvent garanti par un gage qui, constitué au profit du tireur, passe successivement aux différents porteurs avec le titre lui-même, c'est là ce qui a lieu dans les lettres de change appelées dans l'usage *traites documentaires*. On donne cette dénomination à des traites qui circulent accompagnées de *documents*, c'est-à-dire d'écrits qui sont un *connaissement* et une police d'*assurance maritime de marchandises*. La traite documentaire suppose des marchandises transportées par mer qui sont constituées en gage afin d'assurer le paiement de la traite.

Quand des marchandises doivent être transportées par mer, le contrat de transport qui est conclu à leur occasion est désigné sous le nom d'*affrétement* ou de *nolissement*. Le capitaine, auquel ces marchandises sont remises à fin et en exécution du contrat, doit en délivrer un récépissé, qui est le *connaissement* (art. 222, C. com.). Le connaissement indique les marchandises transportées, le prix du transport ou fret et toutes les autres conditions du contrat d'affrétement. Le capitaine doit délivrer les marchandises, lors de l'arrivée au port de destination, à la personne qui est alors régulièrement porteur du connaissement. Cette personne n'est pas nécessairement le destinataire primitif; car un connaissement peut se transmettre d'une personne à une autre. C'est un titre de créance contre le capitaine obligé à la délivrance des marchandises; comme tout titre de créance, le connaissement se transmet de façons différentes, selon

Source BIU Cujas

sa forme. L'art. 281, C. com., distingue le connaissement à personne dénommée, au porteur et à ordre. Quand il est à personne dénommée, la transmission en est soumise aux formalités de l'art. 1690, C. civ. Lorsqu'il est au porteur, il se transmet par la simple tradition. Enfin, quand il est à ordre, il se transmet par endossement. Dans la pratique, le connaissement se fait toujours *à ordre*.

Par cela même que le connaissement confère au porteur régulier le droit de se faire remettre les marchandises à destination et que le capitaine ne peut se libérer de son obligation qu'en les délivrant à ce porteur, celui auquel le connaissement a été régulièrement transmis les possède par l'entremise du capitaine qui n'en est que détenteur; on peut donc constituer en gage des marchandises en cours de transport maritime et satisfaire à la condition de mise en possession du créancier gagiste en transmettant à celui-ci le connaissement, en le lui endossant s'il est à ordre (art. 92, C. com. et ci-dessus, n° 412 *bis*).

Supposons que Paul, fabricant de New-York, ait vendu des marchandises à Pierre, marchand en gros du Havre. Paul tire une lettre de change sur l'acheteur Pierre et il va trouver un banquier (Jacques) pour lui demander de l'escompter. Jacques n'y consent qu'à la condition que les marchandises à l'occasion desquelles la traite a été tirée lui seront immédiatement constituées en gage. Il est impossible qu'elles lui soient remises matériellement, puisqu'elles sont en cours de transport. Que fait Paul? il endosse avec la lettre de change, au banquier Jacques, le *connaissement* relatif aux marchandises expédiées par mer en les lui constituant en gage. Jacques est par là mis en possession comme doit l'être tout créancier gagiste pour jouir de son privilège sur le gage. Ainsi, quand les marchandises arrivent à destination, le porteur de la traite, s'il n'est pas payé, peut faire vendre les marchandises et se faire payer par privilège sur le prix.

Le preneur de la traite accompagnée d'un connaissement peut craindre que, les marchandises périssant par suite d'un accident de mer, la garantie résultant pour lui de la constitution de gage ne disparaisse. Aussi souvent le banquier (Jacques) qui consent à escompter la traite, demande-t-il que le tireur (Paul) fasse assurer les marchandises et que la police d'assurance maritime soit jointe à la traite

Source BIU Cujas

et au connaissement, endossée à son ordre comme ceux-ci, de façon que le porteur puisse se faire payer par l'assureur l'indemnité d'assurance.

Nous avons supposé que le connaissement joint à la traite est endossé au tireur pour lui garantir le paiement; il y reste alors joint jusqu'à ce que la traite soit acquittée. Parfois le connaissement n'est joint à la traite et transmis avec elle au preneur que pour garantir l'acceptation. Alors, dès que l'acceptation du tiré est obtenue, le connaissement doit lui être remis en échange de cette acceptation. La garantie résultant de l'acceptation du tiré vient remplacer celle qui résultait de la constitution en gage des marchandises.

E. — *De la solidarité.*

599. De nombreuses personnes sont obligées en vertu de la lettre de change, le tireur, l'accepteur, les endosseurs, les donneurs d'aval, etc... Le porteur ou ceux qui sont subrogés à ses droits ne sont pas tenus de diviser leur action entre elles. Ces personnes sont obligées solidairement, de telle sorte que l'on peut s'adresser à l'une quelconque d'entre elles pour obtenir le paiement intégral de la traite (art. 140, C. com.); c'est un cas de solidarité légale. Cette solidarité n'a rien d'exceptionnel, si l'on admet avec nous qu'en matière commerciale la solidarité forme le droit commun (nos 314 et 359). On sait que certains auteurs distinguent deux expèces de solidarité légale qu'ils qualifient de *parfaite* et d'*imparfaite*. La *solidarité imparfaite* aurait pour unique effet d'obliger chaque codébiteur au paiement de la dette entière, tandis que la *solidarité parfaite* produirait, en outre, beaucoup d'autres effets indiqués par le Code civil, notamment celui de faire que l'interruption de la prescription contre un des débiteurs l'interrompt aussi contre les autres, art. 1206, V. aussi art. 1207, 2249, C. civ. La question de savoir s'il y a lieu d'admettre cette distinction n'offre pas ici d'intérêt. Le Code (art. 167 et 168) paraît bien admettre que le porteur non payé par le tiré doit se montrer diligent à l'égard de chacun de ceux contre lesquels il veut faire valoir ses droits et qu'il ne lui suffit pas d'agir contre l'un d'eux pour conserver ses droits contre les autres.

Du reste, si la solidarité est de la nature de la lettre de change,

Source BIU Cujas

elle n'est pas de son essence et, par suite, elle peut être supprimée par une clause formelle.

4° *Du paiement et de ses effets.*

600. En déterminant les diverses mentions que doit contenir la lettre de change, on a expliqué plus haut qu'elle doit mentionner l'échéance, et les différentes manières dont l'échéance peut être indiquée ont été exposées. V. n° 544. La fixation de l'échéance a ici une importance plus grande que pour une dette ordinaire à raison des devoirs spéciaux qui sont imposés au porteur lorsque l'échéance arrive. V. n°s 614 et suiv. et art. 161 et 162.

601. L'exactitude dans les paiements, qui est toujours désirable, a, en matière commerciale, surtout pour les lettres de change, une importance particulière. Ces lettres passent souvent avant l'échéance entre les mains d'un grand nombre de personnes; si le tiré paie, toutes sont libérées; dans le cas contraire, elles sont garantes du paiement et leur responsabilité est mise en jeu. Ces personnes ont un grand intérêt à être promptement fixées sur leur situation. Plusieurs dérogations au droit commun admises en matière de lettres de change s'expliquent par cette considération.

602. Le Code de commerce ne contient qu'un petit nombre de règles sur le paiement des lettres de change. Il y a lieu d'appliquer ici le principe général selon lequel le Code civil régit les matières commerciales en tant que le Code de commerce n'y déroge pas : on doit donc recourir aux art. 1235 et s., C. civ., pour compléter le Code de commerce (Cf. n° 13).

Les nombreuses dérogations apportées aux dispositions du Code civil relatives au paiement seront seules indiquées ici.

603. *Époque du paiement. Dérogations à l'art. 1244 et à l'article 1187, C. civ.* — Le tiré doit payer le jour même de l'échéance. Le Code de commerce (art. 135) supprime les délais de grâce que d'anciens usages accordaient de plein droit au tiré et qui sont encore admis en Angleterre. Il ne se borne pas là. Le Code civil (art. 1244) autorise les juges à accorder aux débiteurs malheureux et de bonne foi des délais modérés pour le paiement. Au contraire, en matière de lettre de change, les juges ne peuvent accorder aucun délai de

Source BIU Cujas

grâce (art. 157). Mais à Paris il est d'usage que les juges accordent un délai de 25 jours au tiré pour le paiement. L'art. 157, C. com., n'est pas violé, parce que ce délai est accordé du consentement du porteur. Celui-ci se trouve contraint de faire cette concession : en effet, s'il ne la fait pas, le tiré ne comparaissant pas se laisse condamner par défaut et forme ensuite opposition au jugement, ce qui lui permet de gagner un assez long délai.

En droit commun, le terme est réputé stipulé en faveur du débiteur, de telle sorte que le créancier ne peut pas exiger le paiement avant l'échéance de la dette, mais que le débiteur peut payer auparavant en renonçant au bénéfice du terme (art. 1187, C. civ.). Ici le terme est réputé stipulé dans l'intérêt du créancier comme du débiteur : par conséquent, le porteur ne peut pas réclamer le paiement, le tiré ne peut pas le contraindre à le recevoir, avant l'échéance. Il y a dérogation à cette règle dans le cas de défaut d'acceptation et de faillite du tireur ou de l'accepteur, art. 120 et 444, al. 2, C. com. V. nos 586 et 589. En outre, le tiré peut se réserver la faculté d'*escompter la lettre de change*, c'est-à-dire de l'acquitter par anticipation et moyennant la déduction d'un escompte déterminé.

604. *Validité du paiement. Dérogations aux art. 1239 et 1241, C. civ.* — D'après le Code civil, le paiement fait au créancier incapable n'est pas valable et il en est de même du paiement fait à une personne autre que le créancier ou son mandataire. Ces règles s'appliquent-elles à un porteur incapable de recevoir ou à une personne qui n'est ni le porteur lui-même ni le mandataire du porteur? Le Code de commerce résout cette question par une distinction entre le cas où le paiement est fait à l'échéance et le cas assez rare où il est fait avant le jour de l'échéance.

a. Quand le paiement est fait à l'échéance, il est dérogé aux règles du Code civil. Le tiré ne connaît pas le porteur et n'a pas même été averti de l'endossement en vertu duquel la traite a été transmise à celui-ci; il faut pourtant payer promptement, sous peine de voir le porteur faire dresser le lendemain de l'échéance un protêt pour constater le défaut de paiement. Il serait bien rigoureux d'obliger le tiré à payer une seconde fois sous le prétexte que le porteur était un incapable ou que le paiement n'a pas été fait au porteur lui-même. Aussi le Code de com-

Source BIU Cujas

merce, sans admettre d'une façon absolue que le paiement fait à l'échéance est toujours libératoire, présume-t-il la libération du tiré (art. 145). Cela signifie qu'il doit être considéré comme libéré malgré l'incapacité du porteur ou le défaut de qualité chez celui qui a reçu le paiement, dès que le tiré n'a pas été de mauvaise foi et n'a pas commis de faute grave. Ainsi le tiré doit se faire représenter la traite, vérifier les signatures qu'il connaît, constater si les endossements se suivent sans interruption, se faire remettre la traite dûment acquittée afin de contraindre celui qui aurait soustrait la traite à commettre un faux pour recevoir le paiement. C'est aux juges à apprécier dans chaque espèce si la présomption favorable de libération admise par la loi doit être appliquée.

b. Le droit commun reprend son empire lorsque le paiement a lieu avant l'échéance. Selon l'art. 144, *celui qui paie une lettre de change avant l'échéance est responsable de la validité du paiement.* Un paiement anticipé a un caractère tout exceptionnel et rien ne met obstacle, tant que le tiré n'est pas obligé de payer, à ce qu'il examine avec soin toutes les circonstances de l'acte qu'il fait.

605. *Consignation. Dérogation aux art. 1257 et suiv., C. civ.* — Dans les dettes ordinaires, quand le créancier ne se présente pas à l'échéance pour se faire payer, le débiteur qui tient à être libéré doit faire des offres réelles suivies de la consignation de la somme due, art. 1257 et s., C. civ. Ce procédé ne peut être appliqué en matière de lettre de change. Le tiré ne connaît pas le porteur, comment lui ferait-il des offres réelles ? Une loi du 6 thermidor an III a déterminé ce que doit faire le tiré qui veut se libérer, quand le porteur qu'il ne connaît pas ne se présente pas à l'échéance pour être payé. Cette loi supprime alors la nécessité des offres réelles. Si le porteur d'une lettre de change ne se présente pas dans les trois jours à partir de l'échéance, le tiré est autorisé à consigner la somme (1) ; il lui est délivré un acte de dépôt qu'il n'a qu'à remettre au porteur lorsqu'il se présente et celui-ci en représentant cet acte de dépôt touche la somme sans formalité.

606. *Opposition au paiement. Dérogation à l'art. 1242, C. civ.* —

(1) D'après l'Ordonnance du 3 juillet 1816 (art. 2-1°), la consignation est faite à la *Caisse des dépôts et consignations.*

Source BIU Cujas

En droit commun, un créancier peut former saisie-arrêt ou opposition entre les mains du débiteur de son débiteur (C. civ., art. 1242 et C. pr. civ., art. 557) et le tiers saisi ne peut plus dès lors payer valablement le débiteur saisi. La saisie-arrêt produit ses effets, que le débiteur saisi demeure créancier du tiers saisi ou qu'il cède, postérieurement à la saisie-arrêt, la créance existant contre ce dernier.

En matière de lettre de change, le principe général qui souffre seulement deux exceptions, est que l'opposition au paiement n'est pas admise. Il va de soi d'abord que le tiré ne peut refuser le paiement au porteur actuel en se fondant sur une opposition faite par un créancier d'un porteur antérieur. En effet, en vertu des règles de l'endossement, le porteur actuel n'est pas considéré comme un ayant-cause des porteurs antérieurs et le tiré ne peut opposer au porteur actuel les exceptions déduites du droit qu'aurait eu un porteur antérieur s'il avait conservé la traite (n° 559). Mais le législateur va plus loin ; il n'admet pas même l'opposition au paiement de la lettre de change formée par un créancier du porteur actuel. Deux motifs justifient cette exclusion de l'opposition : d'abord on pourrait craindre, si elle était admise, les saisies-arrêts de complaisance destinées à retarder le paiement dont l'exactitude est ici d'un intérêt capital ; en outre, il serait trop facile à un porteur se heurtant à une opposition, d'en détruire les effets en cédant le titre qui reprendrait toute sa force entre les mains du porteur nouveau.

Toutefois, dans deux cas exceptionnels, le Code (art. 149) permet une opposition ayant pour but d'empêcher que le paiement ne soit opéré entre les mains d'une personne sans qualité. 1° Celui qui a perdu une lettre de change peut faire opposition entre les mains du tiré, pour empêcher que celui-ci ne paie entre les mains de celui qui se présenterait avec la lettre perdue. Il y aura à déterminer plus loin ce que doit faire celui qui a perdu la traite pour en obtenir lui-même le paiement (n°s 610 et s.). 2° La faillite a pour effet de dessaisir le failli de l'administration de ses biens qui passe aux syndics représentant les créanciers. C'est à ceux-ci, quand le failli était porteur d'une lettre de change, à avertir le tiré par une opposition de ne pas payer le failli. Autrement le tiré payant le failli dans l'igno-

Source BIU Cujas

rance de la faillite se libèrerait valablement entre les mains du failli. Cf. nº 604.

L'opposition ne serait pas possible dans d'autres cas, spécialement dans le cas de faillite *du tireur*. V. nº 574. Mais il paraît difficile d'exclure l'opposition dans des cas analogues à celui de la faillite du porteur, où elle aurait pour but d'éviter un paiement fait par le tiré à un porteur incapable de recevoir, telle serait l'opposition motivée par l'interdiction du porteur ou son mariage, s'il s'agit d'une femme.

607. *Paiement partiel. Dérogation aux art. 1220, 1244, al. 1, C. civ.* — En droit commun, un débiteur ne peut forcer son créancier à recevoir un paiement partiel : entre le créancier et le débiteur, la dette est toujours considérée comme indivisible à cet égard. Le Code de commerce ne déroge pas expressément à cette règle en matière de lettre de change. Aussi des auteurs soutiennent-ils qu'un paiement partiel ne peut avoir lieu sans le consentement du porteur. Mais cette solution ne nous paraît pas en conformité avec plusieurs dispositions du Code de commerce qui semblent impliquer la possibilité d'un paiement partiel même sans le consentement du porteur. L'art. 156 déclare qu'en cas de paiement partiel, le protêt n'est dressé que pour l'excédent de la dette et il n'indique aucune restriction à la faculté pour le tiré de faire un paiement pour partie. Puis la loi admet une acceptation partielle (art. 124 et nº 579) par faveur pour les endosseurs et pour le tireur, afin de restreindre, autant que possible, le recours à exercer contre eux par le porteur; le même motif ne milite-t-il pas pour l'admission du paiement partiel ? Du reste, cette question ne peut être posée que dans le cas où le tiré, qui a accepté sans aucune restriction, veut ne payer que pour partie. Il va de soi que le tiré qui a accepté pour une partie peut payer seulement cette partie du montant de la traite; car il n'est obligé que dans cette mesure. De même, on ne comprendrait pas que le tiré qui n'a pas accepté, ne pût effectuer un paiement partiel comme il aurait pu accepter pour partie.

607 *bis. Comment se fait le paiement.* — Selon l'art. 143, C. com., *la lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique.* On peut, par exemple, stipuler que le paiement se fera en *or* ou en

Source BIU Cujas

argent, cela n'est pas indifférent, puisque, selon les cas, l'un ou l'autre de ces métaux fait prime. Il y a là simplement une application de deux principes généraux : les conventions font la loi des parties (art. 1134, C. civ.) et le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que la chose due (art. 1243, C. civ.).

En l'absence de toute indication spéciale, le paiement se fait dans la monnaie qui a cours légal au lieu où il est fait, ainsi, en France, en argent, en or, ou en billets de la Banque, en tenant compte de ce que les pièces d'argent inférieures à celle de 5 fr. n'ont cours forcé entre les particuliers que jusqu'à concurrence de 50 fr. (V. ci-après, sur les *billets de la Banque de France*, la section 2e consacrée aux *Opérations de banque*).

608. *Effets du paiement.* — Le paiement fait par le tiré le libère s'il était obligé par son acceptation et libère aussi les signataires de la lettre de change garants du paiement. Toutefois le tiré qui a payé à découvert a un recours contre le tireur. Contre les endosseurs, il a aussi un recours, mais seulement lorsqu'il a pris le soin d'accepter par intervention (n° 591).

Le paiement fait par un endosseur n'éteint pas, au contraire, toutes les obligations résultant de la lettre de change ; il a le droit de recourir contre ses garants ; les signataires envers lesquels il était tenu, sont seuls libérés.

609. *Modes d'extinction autres que le paiement.* — L'obligation résultant de la traite peut être éteinte par les modes de libération autres que le paiement. Ainsi le porteur peut accepter une *dation en paiement*, par exemple des pièces de monnaie autres que celles qu'indique le titre ou des marchandises. Il peut y avoir une *novation*, une *remise de dette*, une *compensation* à raison d'une créance du tiré contre le porteur actuel, non contre un porteur précédent (n° 559), etc.

610. Perte de la lettre de change. — En parlant jusqu'ici du paiement de la lettre de change, il a été toujours supposé que le titre est entre les mains du porteur qui reçoit le paiement et qui peut, par suite, le remettre au tiré. Mais les lettres de change, qui circulent beaucoup, sont exposées à des risques de perte. Le législateur a donc dû prévoir le cas de perte de la lettre de change, afin de

Source BIU Cujas

déterminer comment et à quelles conditions le porteur dépossédé peut empêcher le paiement entre les mains d'un détenteur indû et arriver à se faire payer. Pour empêcher que le tiré ne paie à celui qui se présenterait avec la traite perdue, le porteur doit se hâter de faire opposition entre les mains du tiré. V. art. 149, et n° 606. S'il se présente quelqu'un à l'échéance avec la traite, un débat sur la propriété du titre s'élèvera et le tiré paiera celui qui aura obtenu gain de cause. Mais il se peut que ce conflit ne se produise point, que la lettre perdue ou égarée ne soit pas présentée à l'échéance. Comment le bénéficiaire de la lettre perdue ou volée peut-il arriver à se faire payer, bien qu'il soit dans l'impossibilité de représenter le titre? Les art. 147, 148 et 150 à 155, C. com., répondent à cette question en distinguant trois hypothèses. *a*. La lettre de change a été tirée à plusieurs exemplaires, et l'exemplaire perdu n'était pas revêtu de l'acceptation du tiré. *b*. La lettre de change a été tirée à plusieurs exemplaires et l'exemplaire perdu était celui que le tiré avait revêtu de son acceptation. *c*. Il n'y avait qu'un seul exemplaire et il a été perdu ou, s'il a été tiré plusieurs exemplaires de la traite, tous ont été perdus. — Chacun de ces trois cas doit être examiné séparément.

611. A. *Un des exemplaires a été perdu, il n'était pas revêtu de l'acceptation du tiré.* — Le porteur peut alors se faire payer sur l'exemplaire qui lui reste entre les mains. D'après l'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.... Le paiement fait sur une seconde, troisième, quatrième, etc... est valable.* L'art. 147, qui contient cette dernière disposition, paraît exiger, pour la validité de ce paiement, que chaque exemplaire porte que le paiement fait sur l'un d'eux annule l'effet des autres exemplaires. Mais cela n'est pas en réalité nécessaire ; cela résulte de la nature des choses : il n'y a qu'une lettre de change représentée par chacun des exemplaires et l'on crée plusieurs exemplaires précisément afin qu'en cas de perte de l'un d'eux, le paiement puisse être obtenu sur les autres.

De ce que le paiement ainsi fait par le tiré sur un exemplaire est valable, il résulte qu'il est libératoire et pour le tiré et pour tous

Source BIU Cujas

les signataires de la traite. En conséquence, si après le paiement survenait un tiers démontrant qu'il est le porteur légitime, celui-ci n'aurait le droit d'agir que contre la personne qui serait parvenue à se faire indûment payer sur un des exemplaires. Cela se présente notamment: *a.* quand la lettre de change a été précisément trouvée ou volée par celui qui en a présenté le premier un exemplaire ; *b.* quand le porteur d'une traite créée à deux exemplaires en a endossé l'un et a gardé l'autre qu'il a présenté au tiré ; *c.* quand un des exemplaires endossé en blanc ayant été perdu ou volé est arrivé entre les mains d'un porteur de bonne foi sans qu'un faux ait été commis.

Comment expliquer que dans ces divers cas le nouvel arrivant, bien qu'il soit le porteur légitime, n'ait de recours que contre celui qui a été payé? Il y a une faute ou du moins une imprudence à reprocher au porteur légitime. S'il a perdu l'exemplaire avec lequel le paiement a été obtenu, il est naturel qu'il subisse les conséquences de sa négligence ; il aurait dû tout au moins se hâter de faire opposition entre les mains du tiré, comme l'art. 149, C. com., l'y autorise. Si le porteur légitime ne s'est fait remettre qu'un seul exemplaire, il y a lieu de lui reprocher de ne pas avoir exigé la remise de tous. Du reste, la pluralité des exemplaires ne rendrait aucun service, si l'on n'obtenait pas avec un seul exemplaire un paiement libératoire.

En reconnaissant la validité du paiement fait sur un seul exemplaire, le Code suppose évidemment: 1° qu'il a eu lieu à l'échéance et non avant (n° 604) ; 2° qu'il n'y avait pas d'opposition au paiement; 3° que les divers exemplaires étaient numérotés (art. 147).

612. B. *Il y avait pluralité d'exemplaires et l'exemplaire perdu était revêtu de l'acceptation du tiré.* — Quand il y a plusieurs exemplaires, chacun se suffit à lui-même, tant que le tiré n'a mis son acceptation sur aucun d'eux; mais, quand le tiré revêt l'un des exemplaires de son acceptation, toute la force de la lettre de change, comme titre permettant d'exiger le paiement, est concentrée dans l'exemplaire accepté. Par suite, le tiré ne se libère pas valablement en payant sur l'un des exemplaires non revêtu de son acceptation ; il demeure, ainsi que tous les signataires du titre, tenu de payer une seconde fois à la personne qui se présente avec l'exemplaire accepté.

Source BIU Cujas

Aux termes de l'art. 148, C. com., *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.* Le tiré doit donc, s'il ne veut pas courir le risque d'être obligé de faire un second paiement, refuser de payer entre les mains du porteur d'un exemplaire non revêtu de son acceptation. Ce n'est pas à dire que ce porteur soit dans l'impossibilité d'obtenir le paiement ; il peut l'exiger, mais à la charge de remplir des formalités et conditions spéciales. Selon l'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.* Deux conditions doivent donc être remplies pour que le porteur puisse exiger le paiement avec l'exemplaire non accepté. Il faut : 1° *obtenir une ordonnance du juge.* Le juge examine si, d'après les circonstances et en tenant compte de l'honorabilité de celui qui réclame le paiement, il y a lieu de présumer qu'il est porteur légitime. La célérité nécessaire en cette matière paraît devoir faire exiger une simple ordonnance du président du tribunal de commerce. Cependant, à Paris, une assignation est donnée devant le tribunal qui rend un jugement. — 2° *fournir caution.* Il s'agit là d'une caution légale à laquelle il faut, par suite, appliquer les art. 2018 et 2019, C. civ. Cette caution reste tenue pendant trois ans (art. 155).

Si une caution doit être ainsi donnée, c'est qu'il est possible qu'après le paiement obtenu sur l'ordre du juge, un tiers porteur légitime de l'exemplaire accepté se présente. Le tiers porteur n'a commis aucune imprudence par cela même qu'il avait entre les mains l'exemplaire accepté et que le droit d'agir contre l'accepteur ne se prescrit que par cinq ans (art. 189, C. com.). Mais le Code de commerce n'indique pas d'une manière expresse contre qui le porteur légitime survenant peut recourir et dans l'intérêt de qui la caution doit être donnée. Deux systèmes sont soutenus sur ce point.

D'après l'un, l'accepteur qui en vertu de l'ordre du juge a payé sur un exemplaire non accepté est libéré définitivement; le porteur légitime de l'exemplaire accepté qui survient n'a donc de recours

Source BIU Cujas

que contre celui qui s'est fait payer indûment et la caution garantit précisément l'obligation de ce dernier. On dit en ce sens que l'accepteur n'a rien à se reprocher quand il a eu le soin de ne payer que sur l'ordonnance du juge, que le paiement fait au possesseur de la créance, c'est-à-dire à celui qui est le créancier apparent, est valable (art. 1240, C. civ.), qu'il doit en être ainsi *a fortiori* du paiement fait à une personne désignée par le juge.

Il n'est pas douteux qu'au point de vue rationnel cette solution doive être admise. Est-elle celle du Code? On peut en douter et croire que le Code a consacré un second système plus rigoureux pour l'accepteur : l'accepteur reste obligé envers celui qui se présente avec l'exemplaire accepté ; la caution est fournie dans l'intérêt de l'accepteur obligé ainsi de payer. C'était là le système admis par l'Ordonnance de 1673 (art. 19) et l'art. 151, C. com., a été entendu de cette manière par les tribunaux auxquels le projet du Code a été soumis (1). Le législateur à tort a cru en l'adoptant concilier les divers intérêts en présence, il a sacrifié celui de l'accepteur. En effet, non seulement l'accepteur tenu de payer une seconde fois risque de n'avoir pas de recours efficace contre la caution à raison de l'insolvabilité de celle-ci, mais encore, l'accepteur étant obligé pendant cinq ans (art. 189, C. com.) tandis que la caution ne reste tenue que pendant trois ans, si le porteur survient après trois ans, l'accepteur paie sans avoir aucun recours contre la caution.

613. C. *Celui qui veut obtenir le paiement de la lettre de change ne peut pas en représenter un exemplaire. Il allégue que l'exemplaire unique ou tous les exemplaires ont été perdus ou volés.* — Ce que ce cas offre de particulier, c'est que la personne qui veut obtenir le paiement n'a pas un moyen facile de prouver qu'il est ou a été au moins le propriétaire de la traite.

Celui qui veut obtenir le paiement d'une lettre de change dont il n'a aucun exemplaire entre les mains, doit : 1° *obtenir une ordonnance du juge;* — 2° *donner caution.* Cette caution reste obligée pendant 3 ans (art. 152). Ici se présente la même question que dans la seconde hypothèse (n° 611) : le tiré fait-il un paiement valable qui le libère même à l'égard du tiers porteur survenant, lequel

(1) V. sur cette question, *Précis de Droit commercial*, t. I, n° 1216.

Source BIU Cujas

n'aurait de recours que contre celui qui a été payé indûment et contre la caution? Conformément à ce qui a été dit plus haut, il y a lieu d'admettre que, dans le système du Code, le tiers qui survient peut recourir contre le tiré (s'il a accepté) et que la caution est fournie dans l'intérêt de celui-ci. — 3° Il faut, en outre, que celui qui veut être payé justifie au juge de son droit sur la lettre de change. Il peut fournir cette preuve au moyen d'un *duplicata* (art. 154). Pour se le procurer, il doit 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 en remontant d'endosseur en endosseur, jusqu'au tireur de la lettre. Après qu'on est remonté jusqu'au tireur, celui-ci crée un *duplicata* sur lequel chaque endosseur rétablit à son tour son endossement. Le propriétaire de la lettre de change égarée supporte les frais. Mais il peut ne rester que trop peu de temps entre le moment de la perte de la lettre ou celui où on s'en aperçoit et l'échéance pour qu'on puisse se procurer un *duplicata*. Alors celui qui a perdu la lettre de change peut justifier de sa propriété par ses livres (art. 152). Il pourrait, du reste, aussi faire la preuve par tous autres moyens; c'est là une application de l'art. 1348, C. civ.

5° *Du refus de paiement et de ses conséquences. Des droits et devoirs du porteur et des endosseurs.*

614. Le porteur a le droit de réclamer le paiement au tiré et, quand il n'est pas payé, de recourir contre les différents signataires de la traite. La loi ne confère pas seulement des droits au porteur, elle lui impose aussi des devoirs assez rigoureux dont l'inobservation lui fait perdre tout ou partie de ses droits. Il sera traité dans cette section (5°, n°s 615 à 640) des devoirs et des droits du porteur. La section suivante (6°, n°s 641 à 648) sera consacrée à l'examen des déchéances que le porteur encourt quand il est *négligent*, c'est-à-dire quand il manque aux obligations que la loi lui impose.

615. *Droit et devoir de demander le paiement à l'échéance. Règles spéciales aux lettres de change payables à vue ou à un certain délai de vue.* — Quand la lettre de change est à échéance fixe, le porteur doit en exiger le paiement le jour de son échéance

Source BIU Cujas

(art. 161). La loi ne prononce aucune déchéance contre le porteur qui ne demande le paiement que le lendemain. Mais, d'après les principes généraux du droit (art. 1382, C. civ.), s'il était prouvé que, le porteur ne s'étant pas présenté le jour de l'échéance, sa négligence a été préjudiciable au tireur ou aux endosseurs, il serait passible de dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation légale. Il en serait ainsi si le porteur ne réclamait le paiement que le lendemain et si ce jour-là le tiré avait été déclaré en faillite et mis ainsi dans l'impossibilité de faire un paiement valable.

Quand la lettre de change est payable, non pas à un jour fixe, mais à vue ou à un certain délai de vue, le porteur qui peut réclamer le paiement ou présenter la lettre pour faire courir le délai de vue aussitôt que bon lui semble, ne jouit pas d'un délai illimité : il doit exiger le paiement ou présenter la lettre de change dans les trois mois de sa date. Ce délai, qui s'applique aux lettres de change tirées du continent et des îles de l'Europe ou de l'Algérie et payables dans les possessions européennes de la France ou dans l'Algérie, est augmenté à raison de la distance entre le lieu de la création de la traite et le lieu où elle est payable. V. sur ce point l'article 160, C. com.

616. *Défaut de paiement. Protêt. Quand il doit être fait.* — En cas de refus de paiement par le tiré, le porteur doit le faire constater authentiquement par un officier ministériel ; l'acte qui constate ce refus est le *protêt faute de paiement.*

Le protêt doit être fait *le lendemain* de l'échéance (art. 162) ; si ce jour est un jour férié légal (p. 368, note 2), le protêt est fait le jour suivant (art. 162). La règle est stricte, le protêt fait avant ou après le jour fixé serait irrégulier et partant nul.

Que décider pour la lettre de change payable à vue? On sait que le porteur a un délai de 3 mois au moins pour en exiger le paiement. Ainsi une lettre de change étant tirée le 25 juillet et payable à vue, le porteur peut la présenter, en principe, jusqu'au 25 octobre pour le paiement. S'il la présente le 1er août, doit-il faire dresser le protêt le 2 août ou ne peut-il pas le faire dresser seulement le lendemain de l'expiration du délai de 3 mois, soit le 26 octobre ? Nous croyons qu'en droit, la première solution est seule exacte, la présentation de

Source BIU Cujas

la lettre détermine ici l'échéance et par conséquent, en vertu de l'art. 162, le protêt doit être dressé le lendemain. Seulement on comprend qu'en fait, si le protêt n'a été dressé que le 26 octobre, il sera difficile de prouver que la lettre avait été présentée au tiré antérieurement au 25 octobre, et ainsi le porteur échappera presque toujours à la déchéance.

617. *Nécessité du protêt.* — La loi considère le protêt comme un acte nécessaire qui ne peut être remplacé par aucun autre, même dans les cas où il semble superflu : elle veut ainsi éviter toute contestation sur le fait du défaut de paiement. Cependant l'art. 175, qui pose cette règle, paraît indiquer qu'il en est autrement dans les cas prévus par les art. 150 et s., C. com., relatifs à la perte de la lettre de change ; il n'y a pas là une véritable dérogation à l'obligation de faire dresser le protêt. Voici à quoi se borne la prétendue exception visée. Comme cela sera dit plus loin (n° 618), le protêt doit, en principe, contenir en tête une copie de la lettre de change, des endossements et de l'acceptation, si elle a été acceptée. Il n'est pas possible d'observer cette disposition quand l'exemplaire de la lettre de change revêtu de l'acceptation ne se trouve pas entre les mains du porteur (n° 612) ou quand il ne peut en représenter aucun exemplaire (n° 618). Alors, si le porteur, ayant rempli toutes les formalités prescrites par la loi, n'obtient pas le paiement, il doit bien faire dresser un acte constatant authentiquement le refus de paiement. Cet acte est soumis aux mêmes règles que le protêt : la seule différence à signaler, c'est qu'il ne peut pas contenir la copie de la lettre de change et de l'acceptation ; il reçoit le nom d'*acte de protestation* (art. 153).

Afin de bien indiquer que le protêt est, en principe, toujours exigé, l'art. 163, al. 1, dispose que *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.* Il est naturel que le protêt faute d'acceptation ne dispense pas de faire constater le refus de paiement. Le tiré, qui avait des motifs pour ne pas accepter, peut ne pas en avoir pour refuser de payer : il peut, par exemple, avoir reçu la provision qui n'existait pas lors de la présentation à l'acceptation. — Dans le cas de *décès du tiré*, il est naturel que le paiement soit réclamé à ses héritiers ou autres

Source BIU Cujas

représentants et que leur refus de payer soit constaté. — En cas de faillite du tiré, le failli ne peut payer, puisqu'il est dessaisi de l'administration de ses biens et les syndics ne peuvent eux-mêmes acquitter la traite, parce qu'il ne leur est pas permis de payer en dehors des formes prescrites pour la liquidation des dettes du failli; il y a, par suite, nécessairement alors refus de paiement. Le protêt est néanmoins exigé : il est utile d'abord pour prouver le défaut de paiement par le tiré à l'encontre des signataires de la traite contre lesquels le porteur veut recourir ; il l'est aussi pour permettre à des tiers de payer par intervention, cette sorte de paiement n'étant possible qu'après protêt (n° 637).

Cependant il y a des cas exceptionnels dans lesquels le porteur est dispensé de faire dresser un protêt faute de paiement. Cela se présente : 1° lorsque la traite contient une clause de retour sans frais (V. sur cette clause, n° 627) ; 2° lorsqu'un événement de force majeure empêche le porteur de le faire dresser. Il suffit alors que le porteur fasse faire le protêt, dès que l'obstacle a disparu. Cette exception n'est pas indiquée dans la loi, mais elle doit être admise en vertu des principes généraux du droit. A diverses reprises, à la suite des bouleversements produits par une guerre civile ou par une guerre étrangère, des mesures générales ont été prises pour prolonger la durée accordée pour la confection des protêts ou pour proroger les échéances (1). On évite ainsi les questions d'espèces.

617. *Par qui est dresse le protêt.* — D'après l'art. 173, al. 1, C. com., les protêts faute d'acceptation ou de paiement devaient être faits par deux notaires ou par un notaire et deux témoins ou par un huissier et deux témoins. Pour éviter les frais et les complications, un décret du 23 mars 1848 a décidé que les actes de protêt seraient dressés sans assistance de témoins. En fait, sauf dans les campagnes, il est très rare que les notaires fassent des protêts.

618. *Formes et contenu du protêt.* — Le protêt doit naturellement être dressé en conformité des règles générales prescrites pour les exploits des huissiers ou pour les actes notariés. D'après l'art. 174, C. com., l'acte de protêt contient *la transcription littérale de la lettre de change, de l'acceptation, des endossements et des recom-*

(1) Il en a été ainsi en 1830, 1848, 1870-1871.

Source BIU Cujas

mandations qui y sont indiquées. La loi ne parle pas de la transcription de l'aval, sans doute à raison de ce qu'il peut être donné par acte séparé (n° 596); il n'est pas douteux qu'il devrait en être donné copie s'il se trouvait sur la traite. — Le protêt contient, en outre, *la sommation de payer le montant de la lettre de change.* Il doit enfin énoncer *la présence ou l'absence de celui qui doit payer, les motifs du refus de payer et l'impuissance ou le refus de signer.*

619. *Où le protêt doit être fait.* — Selon l'art. 173, C. com., le protêt doit être fait au domicile (ou au dernier domicile connu) : 1° du tiré ou du domiciliataire; 2° des personnes indiquées par la lettre de change pour la payer au besoin; 3° de l'accepteur par intervention. L'idée générale est que le protêt doit être fait au domicile de ceux qui sont chargés de payer.

Le protêt doit être fait au domicile du tiré, quand même il aurait refusé d'accepter et qu'il y aurait un accepteur par intervention. Il est toujours naturel que ce soit le tiré qui paie et, après avoir refusé d'accepter, il a pu se raviser; cela se conçoit notamment quand, après son refus d'acceptation, le tiré a reçu provision du tireur.

En ce qui concerne le protêt à faire au domicile des *besoins* ou *recommandataires*, une difficulté s'élève. Il est certain que le protêt doit être fait au domicile des *besoins indiqués par le tireur*, doit-il l'être aussi au domicile des *besoins indiqués par les endosseurs ?* La Cour de cassation a consacré la négative (1); on s'est appuyé en ce sens sur le texte de l'art. 173 qui déclare que le protêt doit être fait au domicile des *besoins indiqués par la lettre de change*, ce qui, dit-on, paraît exclure ceux qui sont désignés par chaque endosseur dans son endossement. On a ajouté qu'autrement la multiplicité des *besoins* donnerait lieu à des complications en rendant nécessaires de nombreuses significations du protêt. Mais l'opinion contraire adoptée généralement par les tribunaux de commerce semble préférable : les endossements font corps avec la traite sur laquelle ils se trouvent, les besoins y désignés sont en réalité indiqués dans la lettre de change et le porteur qui a connu tous les endossements a reçu la traite avec toutes les mentions qui y sont contenues; il n'y a pas de bonne raison

(1) Cass. 17 avril 1872, S. 1872. 1. 165.

Source BIU Cujas

pour le dispenser de faire dresser le protêt au domicile des besoins désignés par les endosseurs.

En général, les exploits d'huissier sont signifiés *à personne* ou *à domicile* (art. 68, C. proc. civ.). Au contraire, les protêts doivent être faits à domicile et non à personne ; la raison en est que l'huissier qui se présente réclame le paiement immédiat et que les signataires d'une lettre de change n'emportent pas avec eux, quand ils s'absentent, de quoi l'acquitter. Il faut entendre ici par domicile, non le lieu où les personnes dont il s'agit ont leur habitation personnelle, mais celui où ils ont leur caisse, où ils ont leur commerce, quand ce sont des commerçants.

620. En ce qui concerne la signification des protêts, plusieurs obligations spéciales sont imposées aux huissiers (ou aux notaires).

Ils doivent, à peine de destitution, dépens, dommages-intérêts envers les parties, laisser copie exacte des protêts aux personnes auxquelles ils sont signifiés (art. 176). Quant à l'original du protêt, il est remis au porteur qui s'en sert pour prouver que le protêt a été dressé en temps utile, lorsqu'il veut recourir contre les signataires de la traite. Quel que soit le nombre des personnes auxquelles le protêt doit être signifié, il n'est dressé qu'un seul original, (art. 173, avant-dern. al.), ce qui économise les frais, mais il est fait autant de copies qu'il y a de ces personnes.

Les huissiers (et les notaires) doivent inscrire les protêts en entier, jour par jour et par ordre de dates, dans un registre particulier, coté, paraphé et tenu dans les formes prescrites pour les répertoires (art. 176, C. com.). Cette formalité est utile spécialement dans le cas où l'original du protêt vient à être perdu. Cette perte est d'autant plus possible que l'original voyage d'un lieu dans un autre par cela même qu'il doit être signifié à toute personne contre laquelle un recours en paiement est exercé.

L'officier ministériel qui a dressé le protêt, doit le faire enregistrer dans les quatre jours de sa date (loi du 22 frimaire an VII, art. 20).

621. Il peut arriver que l'huissier ne trouve pas chez elle la personne à laquelle il doit signifier le protêt ni aucun de ses parents ou serviteurs, ou qu'il y ait une fausse indication dans le domicile. Dans le premier cas, il y a lieu de procéder comme dans le cas où

Source BIU Cujas

celui auquel un exploit d'ajournement doit être signifié, n'est pas chez lui (art. 68, C. pr. civ.), c'est-à-dire que la signification est faite à un voisin qui signe l'original ou, si le voisin ne peut ou ne veut signer, au maire ou adjoint de la commune.

Dans le second cas, qui est expressément prévu par le Code de commerce (art. 173), le protêt est précédé d'un *acte de perquisition;* ce n'est pas là un acte distinct du protêt, mais une partie du protêt dans laquelle l'huissier raconte les recherches auxquelles il s'est livré inutilement pour trouver le domicile de la personne dont il s'agit. Le protêt comprenant un acte de perquisition, étant plus long que le protêt pur et simple, donne lieu à la perception de droits plus élevés au profit de l'huissier. La copie du protêt est alors remise au procureur de la République. Analogie, art. 69-8°, C. proc. civ.

622. Les prescriptions de la loi relatives aux protêts ne sont pas exactement observées, en général, par les huissiers et en cette matière des abus assez graves sont commis. Dans les villes importantes, il y a un grand nombre d'effets de commerce ayant la même échéance, notamment le 1er, le 15, le dernier jour du mois. Les huissiers auraient difficilement le temps de dresser tous les protêts le lendemain de l'échéance. Que font-ils ? Ils se présentent chez celui auquel le protêt doit être signifié avant de l'avoir dressé et ils se bornent, s'ils ne le trouvent pas, à laisser leur carte, en violant ainsi l'art. 176, C. com., qui prescrit aux huissiers de laisser copie exacte des protêts. Puis les huissiers rédigent le protêt chez eux, à loisir, durant les quatre jours accordés pour le faire enregistrer. La remise d'une carte de l'huissier n'explique pas toujours suffisamment à celui chez lequel elle est remise ce dont il s'agit. En outre, le Trésor public éprouve un préjudice résultant de ce que, si l'on se présente chez l'huissier pour payer dans les 4 jours de l'échéance, il ne dresse pas de protêt ou déchire celui qu'il a rédigé et ainsi le droit d'enregistrement n'est pas perçu sur le protêt. Avant la loi du 29 décembre 1873, cet abus était une cause de bénéfice pour les huissiers : ils comptaient parmi leurs frais le droit de timbre des copies du protêt qu'ils étaient censés avoir remises au domicile des obligés. D'après la loi du 29 décembre 1873, les copies du protêt (ou d'autres actes) ne sont pas timbrées, mais le droit de timbre des

Source BIU Cujas

copies est acquitté au moyen de timbres mobiles apposés lors de l'enregistrement, sur l'original du protêt.

La loi ne charge les huissiers que de dresser et de signifier les protêts le lendemain de l'échéance. Mais, en fait, souvent les huissiers se chargent des recouvrements en présentant les effets de commerce pour le paiement le jour de l'échéance; ils sortent ainsi de leurs fonctions.

623. Une fois le protêt dressé, le porteur a trois moyens à sa disposition pour obtenir le paiement, il peut : 1° recourir contre les divers obligés, art. 164 et suiv.; 2° tirer une retraite; 3° procéder par voie de saisie conservatoire; chacun de ces moyens doit être examiné séparément. Il faut bien remarquer que leur emploi ne suit pas toujours nécessairement le protêt; en effet, le porteur s'adresse ordinairement à l'amiable à un ou plusieurs obligés et ne recourt à l'un de ces moyens qu'autant qu'il n'obtient pas d'eux le paiement.

624. Action en garantie contre les divers obligés. — Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement peut exercer son action en garantie individuellement ou collectivement contre le tireur et chacun des endosseurs. Il faut évidemment joindre à ces personnes contre lesquelles le porteur peut recourir, d'après l'art. 164, les donneurs d'aval et l'accepteur par intervention.

625. *Délai et formes de l'action en garantie.* — Quand le porteur veut se faire rembourser par un obligé, il doit lui faire notifier le protêt et, à défaut de remboursement, le faire assigner en justice (art. 165). En fait, c'est par un seul et même acte que le protêt est notifié et que l'assignation en justice est signifiée. On évite ainsi des frais et on échappe à des lenteurs inutiles : comme le porteur cherche d'ordinaire à se faire payer à l'amiable après le protêt, il serait bien improbable que le paiement, n'ayant pas eu lieu à ce moment, fût fait après la notification du protêt et avant l'assignation en justice.

La notification et l'assignation doivent être opérées dans la quinzaine de la date du protêt; ce délai est augmenté à raison de la distance existant entre le lieu où la lettre de change était payable et

Source BIU Cujas

le domicile de la personne contre laquelle l'action en garantie est exercée (art. 165). Le délai s'applique d'une manière distincte pour chacun des obligés, qu'il soit poursuivi seul ou compris dans une poursuite collective : *si le porteur exerce un recours collectivement contre les endosseurs et le tireur, il jouit à l'égard de chacun d'eux du délai déterminé par les articles précédents.* Ainsi le porteur n'est pas considéré comme ayant observé exactement, à l'égard de tous, les devoirs que la loi lui impose, par cela seul qu'il a rempli les formalités dont il s'agit dans les délais légaux à l'égard d'un des obligés. Comme cela a été dit plus haut (n° 599), les divers signataires d'une traite ne sont pas tenus d'une véritable solidarité à raison de laquelle les actes destinés à la conservation des droits du porteur, accomplis contre l'un des obligés, conserveraient ses droits à l'égard de tous.

Dans l'usage, entre maisons ayant ensemble de bonnes relations, on ne procède pas immédiatement à la notification par huissier du protêt et à l'assignation en justice. Le porteur avise préalablement à l'amiable son cédant du non paiement de la traite et lui envoie par la poste ou lui fait présenter celle-ci avec le protêt.

626. *Objet de l'action en garantie.* — La somme que le porteur peut réclamer du tireur ou des endosseurs se compose de différents éléments qui n'ont été expressément indiqués par le Code que pour le cas de *rechange* (n° 629); mais il n'est pas douteux qu'à cet égard les art. 181, 184 et 185 s'appliquent à l'action en garantie. Le porteur peut demander :

a. Le principal de la lettre de change.

b. Les intérêts du jour du protêt. Selon l'art. 184, *l'intérêt du principal de la lettre de change protestée faute de paiement est dû à compter du jour du protêt.* Il y a ici une dérogation à l'art. 1153, C. civ., d'après lequel les intérêts moratoires ne sont dus qu'à partir de la demande en justice. Ces intérêts sont tout ce que peut réclamer le porteur à raison du préjudice résultant pour lui du retard.

c. Les frais du protêt et les autres frais légitimes (par exemple, frais de correspondance) art. 181. Il va de soi que si une instance s'engage, la condamnation comprend nécessairement les frais du procès.

Source BIU Cujas

d. L'intérêt des frais du protêt et autres frais légitimes à compter de la demande en justice (art. 185).

627. *Clause de retour sans frais.* — La confection du protêt, la notification et l'assignation en justice occasionnent des frais, qui sont, quand le montant de la traite est minime, une lourde charge. Ce n'est pas tout : la confection du protêt paraît toujours révéler l'embarras du tiré et peut même être considérée comme un signe de la cessation des paiements qui autorise la déclaration de faillite. Aussi, pour éviter les frais et pour ménager le tiré, le tireur insère-t-il souvent dans la lettre de change la clause de *retour sans frais*. La validité de cette clause n'est pas douteuse, elle est reconnue implicitement par la loi du 5 juin 1850 (art. 8) qui la déclare nulle dans le cas où cette clause se trouve dans une traite non timbrée et par la loi du 5 avril 1879 qui n'admettait le recouvrement par la poste des lettres de change qu'autant qu'elles contenaient la clause *retour sans frais*.

Cette clause ne dispense pas le porteur de présenter la traite au tiré le jour de l'échéance, mais de faire dresser un protêt pour constater le refus de paiement et de remplir les formalités nécessaires pour assurer son recours en garantie. Non seulement le porteur est dispensé de remplir ces formalités, mais encore, s'il les remplissait, les frais en resteraient à sa charge. Par cela même que le porteur doit être traité comme si le protêt avait été fait, il peut réclamer à compter de l'échéance les intérêts du principal de la traite dus, en principe, à partir du protêt.

Le délai de quinzaine, dans lequel le porteur doit ordinairement exercer son recours, a pour point de départ le protêt (n° 625). Aussi ne paraît-il pas possible d'obliger le porteur à donner avis du non-paiement aux intéressés dans la quinzaine du non-paiement. Il doit seulement les aviser dans un délai tel que sa négligence ne cause pas préjudice aux intéressés. C'est aux tribunaux à apprécier les circonstances de chaque espèce.

La clause de *retour sans frais* produit-elle, en cas de refus d'acceptation, l'effet de supprimer le protêt faute d'acceptation ? La Cour de cassation a admis la négative en se fondant sur ce qu'il y a là une clause qui doit être interprétée restrictivement comme dérogeant au

Source BIU Cujas

droit commun. L'affirmative nous semble pourtant devoir être adoptée : l'intention du tireur qui a inséré cette clause dans la traite est d'éviter les formalités judiciaires ou extra-judiciaires qui entraînent des frais.

628. Quand la clause de *retour sans frais,* comme cela vient d'être supposé, a été insérée dans la traite par le tireur, elle est obligatoire pour tout le monde, c'est-à-dire que les endosseurs ne pourront pas plus que le tireur se plaindre de l'inobservation des art. 162, 165 et suiv., et que le porteur ne pourra réclamer à aucun d'eux les frais qu'il aurait faits en remplissant les formalités prescrites par ces articles.

Mais la clause de *retour sans frais* peut aussi être mise par un endosseur dans son endossement. Elle n'a pas alors d'effet à l'égard de tous les intéressés. Le droit commun reste applicable au tireur et aux endosseurs antérieurs qui ont créé et transmis la lettre de change sans clause dérogatoire; leur situation n'a pu être modifiée après coup. Au contraire, la clause produit ses effets à l'égard de celui qui l'a insérée et qui ne peut, par suite, reprocher au porteur le défaut de protêt. Il semble juste, bien qu'on ait soutenu le contraire, d'admettre qu'elle est opposable aussi aux endosseurs postérieurs.

— Il ne faut pas confondre avec *la clause de retour sans frais* celle par laquelle le porteur est dispensé de faire dresser le protêt et de remplir les formalités de l'art. 165, C. com. Cette dernière clause implique non pas interdiction de faire dresser le protêt, mais renonciation au droit de la part de celui qui l'a acceptée d'opposer la déchéance au porteur qui n'a pas fait le protêt en temps utile. Si le protêt est fait, les frais n'en restent pas à la charge du porteur. Cette convention peut, comme du reste la clause de retour sans frais, être insérée dans la lettre de change même, dans un endossement, ou être constatée de toute autre manière. Ainsi les banquiers stipulent souvent dans leurs tarifs imprimés, dans lesquels ils indiquent à quelles conditions ils se chargent du recouvrement des lettres de change, qu'ils ne s'engagent pas à faire dresser les protêts le lendemain de l'échéance, soit quand les traites sont payables dans de trop petites localités, soit quand elles ne sont pas remises assez longtemps avant

Source BIU Cujas

l'échéance. Il va de soi que, quand la traite ne porte pas trace de cette convention, elle ne produit d'effet qu'entre ceux entre lesquels elle est intervenue.

629. Rechange et retraite. — Le porteur non payé peut avoir besoin de se procurer immédiatement le montant de la lettre de change. Il n'y arriverait pas en actionnant en garantie le tireur et les endosseurs à raison des délais nécessaires pour les poursuivre et obtenir contre eux une condamnation. Pour y parvenir, il peut tirer une lettre de change sur le tireur ou sur l'un des endosseurs et la négocier dans le lieu où la lettre de change primitive non acquittée était payable. En ce cas, il intervient une nouvelle opération de change, c'est elle qu'on qualifie de *rechange*. La première opération s'était faite à l'aide d'une lettre de change ou *traite*, la seconde se fait à l'aide d'une seconde lettre de change ou *retraite* (art. 177, C. com.). La retraite est définie par l'art. 178, *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*. Ce nouveau change, qui est la somme payée à un banquier pour qu'il reçoive la retraite, est aussi appelé rechange.

La retraite ne diffère d'une lettre de change ordinaire que par la mention de la lettre impayée. Ainsi elle peut être ainsi conçue :

Bordeaux, 25 juillet 1886.

Au 30 courant (ou *à vue*) *payez par cette retraite à mon ordre la somme de... valeur en remboursement de l'effet non payé ci-annexé.*

(*Signé*) *Louis.*

A Paul, de Paris.

On applique à la retraite les règles générales de la lettre de change. Seulement le tiré, étant le tireur ou l'un des endosseurs de la lettre de change primitive non payée, est obligé d'en payer la retraite avant même de l'avoir acceptée. La provision est nécessairement faite par avance, puisque le tiré est débiteur du tireur de la retraite.

L'émission d'une retraite ne dispense pas le porteur de l'obligation de notifier le protêt et d'assigner en justice dans le délai fixé par la

Source BIU Cujas

loi. Aussi l'échéance de la retraite doit-elle être fixée de telle façon que, dans le cas où elle n'est pas payée, le porteur de la traite primitive soit encore dans le délai voulu pour la notification du protêt et l'assignation en justice.

630. La somme qui forme le montant de la retraite se compose de différents éléments constatés par un bordereau ou *compte de retour* annexé à la nouvelle lettre de change. Les comptes de retour avaient donné lieu avant 1848 à de graves abus : on imaginait des *rechanges* exagérés et des courtages ou droits de commission excessifs de manière à faire atteindre à la retraite un chiffre élevé. Le Code (art. 181 et 186) exigeait que le compte de retour fût certifié par un agent de change et par deux commerçants, ce qui augmentait les frais. Un décret du 24 mars 1848 a cherché à remédier à ses abus en s'occupant des retraites tirées d'une ville de France sur une autre ville française ; les dispositions de ce décret sont encore appliquées, bien qu'on ait parfois soutenu qu'il avait un caractère provisoire. Ce décret suspend l'exécution des art. 180, 181 et 186, C. com., et détermine les éléments du montant de la retraite. La retraite doit être accompagnée d'un bordereau détaillé signé du tireur seulement, ce qui signifie qu'il n'y a plus besoin d'un certificat d'un agent de change ou de deux commerçants constatant le cours du change. Ce qui rend ce certificat inutile, c'est que le décret fixe lui-même à forfait le cours du change. La retraite comprend : 1° *le principal de la lettre de change ;* — 2° *les frais du protêt et de la dénonciation du protêt, s'il y a lieu.* Il faut évidemment ajouter les frais de l'enregistrement de la traite primitive qui, depuis la loi du 28 février 1872, doit avoir lieu en même temps que le protêt. — 3° *les intérêts du principal à partir du jour du protêt et les intérêts des frais à partir de la demande en justice ;* — 4° *le rechange,* c'est-à-dire la perte subie pour la négociation de la retraite par le tireur. Si la retraite se fait sur un pays étranger ou sur des possessions françaises en dehors du continent, on a égard au cours du change et, par suite, la perte de change pour des retraites tirées sur le même lieu n'est pas toujours la même. Mais pour la France continentale le rechange est réglé uniformément comme suit : un quart pour cent (ou 25 centimes) pour les

Source BIU Cujas

retraites tirées sur les chefs-lieux de département ; demi pour cent (ou 50 centimes) pour les retraites tirées sur les chefs-lieux d'arrondissement ; trois quarts pour cent (ou 75 centimes) pour les retraites tirées sur toutes autres places. En aucun cas, il n'y a lieu à rechange sur le même département, ainsi il n'y aurait pas lieu à rechange pour une retraite tirée de Libourne sur Bordeaux. — 5° *Le timbre de la retraite.* D'après le décret du 24 mars 1848, le droit de timbre était fixe et s'élevait à 35 centimes ; depuis la loi du 5 juin 1850 (art. 1), le droit de timbre est le même pour les retraites que pour les lettres de change ordinaires ; c'est donc un droit proportionnel montant actuellement à 5 centimes par 100 francs.

Au sujet du rechange, il importe de considérer le cas où la retraite est tirée par le porteur sur le tireur et celui où elle l'est sur un endosseur. Supposons que la lettre de change impayée a été tirée de Paris sur Limoges, a été endossée notamment à Libourne à un porteur de Limoges. Si le porteur a tiré une retraite de Limoges sur Paris, le rechange se règle par la perte de change fixée à forfait du lieu où la traite était payable sur celui d'où elle a été tirée ; il est donc dans notre exemple de 1/4 (soit 25 centimes) par 100 francs. Quand, au contraire, la retraite est tirée sur un endosseur, on ne tient pas compte du lieu où cette retraite est payable, mais du lieu où la lettre de change impayée a été créée. Dans notre espèce, si la retraite est tirée de Limoges sur Libourne (chef-lieu d'arrondissement), le rechange sera non pas de 50 centimes, mais de 25 centimes par 100 francs, parce que le lieu de la création de la traite impayée était un chef-lieu de département (Paris). V. art. 179, 1er alin., C. com.

631. Saisie conservatoire — Le porteur d'une lettre de change protestée faute de paiement n'a pas seulement le droit d'agir en garantie contre le tireur et contre les endosseurs ou de tirer sur l'une de ces personnes une retraite, il peut aussi, en obtenant la permission du juge, saisir conservatoirement les effets mobiliers des tireur, accepteur et endosseurs (art. 172, C. com.). Il y a là une application de l'art. 417, C. proc. civ., selon lequel, dans les cas requérant célérité, le président du tribunal de commerce peut permettre la saisie des

Source BIU Cujas

effets mobiliers. Seulement l'art. 172 n'autorise pas le président, ainsi que le fait l'art. 417, C. proc. civ., à exiger une caution. Cette saisie, comme son nom l'indique, a seulement pour but d'empêcher le débiteur de soustraire ses biens mobiliers à l'action de son créancier; elle ne permet pas à celui-ci de faire procéder à la vente de ces biens, puisqu'il n'a pas de titre exécutoire.

La saisie conservatoire peut être pratiquée contre les personnes tenues en vertu de la lettre de change et seulement contre celles-ci. Elle est donc possible contre un donneur d'aval, bien que l'art. 172 n'en fasse pas mention; au contraire, elle n'est pas possible contre le tiré qui n'a pas accepté.

632. Actions récursoires des obligés. — Quand le porteur usant des droits divers qui lui appartiennent s'est fait payer par l'un des obligés, celui-ci doit-il supporter définitivement le fardeau de la dette ou a-t-il un recours? Contre qui ce recours existe-t-il et comment peut-il être exercé? Ces questions reçoivent une solution différente selon celui des obligés qui a acquitté la lettre de change.

Par cela même qu'il est question ici d'une lettre de change protestée faute de priement, il n'y aurait pas lieu de s'occuper du cas où le paiement a été fait par le tiré. Cependant, pour présenter un tableau complet, ce dernier cas même sera prévu.

Paiement fait par le tiré. — Si le tiré a payé ayant reçu une provision, il n'a fait qu'acquitter sa dette et n'a aucun recours. S'il a payé à découvert, il a un recours contre le tireur ou contre le donneur d'ordre, quand la traite a été tirée pour le compte d'autrui; ce recours ne dérive pas de la lettre de change, c'est l'action d'un mandataire contre son mandant. Le tiré n'a, au contraire, aucun recours contre les endosseurs. Il n'en est autrement que lorsque le tiré a accepté par intervention; il a dans ce cas tous les droits du porteur contre celui pour qui il est intervenu et contre les garants de celui-ci.

Paiement fait par le tireur. — Au cas où il n'y avait pas provision, le tireur en payant la traite n'a fait qu'acquitter une dette dont il était tenu principalement, il ne saurait donc avoir aucun recours; il n'en serait autrement que si le tireur avait agi pour le compte d'autrui. Au cas où il y avait provision, le tireur a toujours

Source BIU Cujas

une action contre le tiré qui a manqué d'exécuter son mandat ; si le tiré avait accepté, le tireur peut invoquer à sa charge une obligation résultant de la lettre de change. Si le tiré n'avait pas accepté, le tireur agit contre lui pour se faire rendre la provision et les frais que le défant de paiement par le tiré a entraînés; son action ne dérive pas de la lettre de change, elle est civile ou commerciale selon la nature de la dette qui constituait la provision.

Paiement fait par un endosseur. — L'endosseur qui a payé peut agir en garantie ou individuellement contre le tireur et chacun des endosseurs qui le précèdent ou collectivement contre tous (art. 164). L'endosseur, pour exercer ce recours, n'a plus à faire dresser le protêt, puisque le porteur l'a fait dresser; mais il doit notifier le protêt à ceux qu'il veut poursuivre et les assigner en justice dans le délai de quinzaine (sauf augmentation à raison des distances). Ce délai court à partir du lendemain du jour où l'endosseur qui exerce le recours a été lui-même assigné (art. 167) ou du lendemain du jour où cet endosseur a payé amiablement le porteur.

Chaque endosseur jouit des mêmes délais à l'égard de ceux qu'il veut actionner et ainsi, par suite des recours successifs, le tireur peut n'être averti du défaut de paiement qu'après un temps assez long.

Ce qui vient d'être dit s'applique sans difficulté au cas où le porteur a exercé un recours individuel contre un endosseur. Mais il se peut que le porteur exerce un recours collectif contre les endosseurs et contre le tireur. Faut-il alors, pour que chacun conserve ses droits contre ses garants, qu'il agisse dans le délai de quinzaine comme s'il avait été l'objet d'une poursuite individuelle? La loi semble exiger dans tous les cas des diligences personnelles de l'endosseur qui veut recourir (Cbn. art. 164, 167, 169); toutefois on comprend qu'au point de vue pratique, on ait considéré qu'il était suffisant que tous les obligés eussent été mis en cause par le porteur pour que les droits respectifs fussent sauvegardés (1).

Le recours des endosseurs les uns contre les autres et contre le tireur, quand ils ont payé, a lieu en vertu de la subrogation légale: l'endosseur qui a payé a acquitté une dette dont il était tenu avec les autres endosseurs et avec le tireur (art. 1251-3°, C. civ.). Mais

(1) Paris, 11 février 1880, S. 1881. 2. 241, note de L. Renault.

Source BIU Cujas

l'endosseur qui a payé ne saurait se prévaloir de sa subrogation légale au porteur qui a été diligent pour recourir contre les autres signataires de la traite alors que lui (endosseur) n'a pas agi dans la quinzaine.

Paiement fait par un donneur d'aval ou un accepteur par intervention. — Ils ont les mêmes droits et les mêmes obligations que celui pour qui ils sont intervenus.

633. L'endosseur qui a payé, (celui qui a payé pour un endosseur dont il avait avalisé la signature ou pour lequel il avait accepté par intervention) a tous les droits du porteur contre les endosseurs précédents et contre le tireur ; il peut donc tirer une retraite contre l'un d'eux et pratiquer une saisie conservatoire sur leurs biens mobiliers. Le Code de commerce a même prévu l'hypothèse de la retraite tirée par un endosseur sur le tireur ou sur l'un des endosseurs qui le précèdent.

Le droit de tirer une retraite appartient à un endosseur, qu'il ait remboursé directement le porteur ou qu'il ait acquitté lui-même une retraite tirée par ce dernier sur lui. C'est ce dernier cas visé par le Code (art. 179) qui doit être examiné.

On peut supposer que la lettre de change impayée a été tirée de Paris sur Bordeaux et qu'elle a été successivement endossée à Tourcoing et à Libourne. Si l'endosseur de Libourne pouvait se faire rembourser par l'endosseur de Tourcoing, outre le montant de la première retraite, les différents frais et droits de change afférents à la seconde, le montant de la dette se grossirait peu à peu et pourrait être beaucoup augmenté quand on s'adresserait au tireur. Pour éviter ce fâcheux résultat, le Code a posé les deux règles suivantes : 1° *Il ne peut être fait plusieurs comptes de retour sur une même lettre de change. Le compte de retour est remboursé d'endosseur à endosseur respectivement et définitivement par le tireur* (art. 182). — 2° *Les rechanges ne peuvent être cumulés. Chaque endosseur n'en supporte qu'un seul, ainsi que le tireur* (art. 183).

S'il n'y a qu'un rechange (perte de change) possible à raison d'une lettre de change impayée, quel est-il ? Il a été dit plus haut (n° 630) que le porteur tirant une retraite sur l'un des endosseurs, la perte de change se règle d'après le cours du change du lieu où la

Source BIU Cujas

lettre impayée était payable sur le lieu d'où elle a été tirée. Ainsi, dans l'exemple donné précédemment (n° 630), la perte de change sera pour une retraite tirée de Limoges sur l'endosseur de Libourne de 25 centimes par 100 francs, parce que le lieu de la création de la traite impayée était Paris, chef-lieu de département. Si l'endosseur de Libourne tire une retraite sur le tireur de Paris, il recouvrera le droit de change de 25 centimes par 100 francs payé pour la première retraite. Mais que décider quant au droit de change si l'endosseur de Libourne tire une retraite non sur le tireur (de Paris), mais sur l'endosseur de Tourcoing? Si l'on s'attachait à l'idée que l'endosseur qui paie le porteur est subrogé au droit de celui-ci contre les endosseurs précédents, il faudrait dire que, dans la seconde retraite tirée sur Tourcoing, la perte de change doit être celle qui a été supportée pour la première retraite, soit 25 centimes pour 100 francs; mais il paraît résulter de l'art. 179, 2e alin., que l'on doit tenir compte de la place sur laquelle est tirée la seconde retraite, de telle façon que le droit de change pour celle-ci serait de 75 centimes pour 100 francs. Au reste, le sens de l'art. 179, 2e alin., est obscur et a donné lieu à des interprétations diverses (1).

634. Paiement par intervention. — Le défaut de paiement d'une lettre de change est plus fâcheux que le non-paiement d'une dette ordinaire: il entraîne des recours successifs. Aussi, à défaut de paiement par le tiré, la loi favorise-t-elle le paiement fait par un tiers. En droit commun, une personne peut toujours payer la dette d'autrui, mais elle n'a contre le débiteur que l'action ordinaire de gestion d'affaires ou de mandat, selon qu'elle a payé spontanément ou en vertu d'un mandat; elle n'est pas subrogée légalement au créancier et ne peut pas non plus exiger de lui la subrogation conventionnelle (art. 1236, C. civ.). Dans le but d'encourager l'acquittement des traites, le Code de commerce subroge légalement à la personne qui est désintéressée celui qui intervient pour payer une lettre de change après qu'elle a été protestée faute de paiement par le tiré. Le *paiement par intervention*, appelé aussi *paiement après protêt* ou *sous protêt* ou *par honneur*, a beaucoup d'analogie avec

(1) V. *Précis de Droit commercial*, I, n° 1266; Bravard et Demangeat, III, p. 521 et suiv.

Source BIU Cujas

l'acceptation par intervention et est régi sous plusieurs rapports par les mêmes règles que celle-ci.

635. *Qui peut payer par intervention?* — Toute personne qui n'est pas obligée au paiement de la lettre de change; celui qui la paie, étant tenu de l'acquitter, fait sa propre affaire et n'intervient pas en réalité. L'intervenant peut agir de son propre mouvement dans l'intérêt d'un des signataires de la traite (c'est un *gérant d'affaires*) ou exécuter un mandat qui lui a été donné par l'un d'eux. Le tiré lui-même, pourvu qu'il n'ait pas accepté comme tel, peut, après avoir laissé protester la traite, la payer par intervention. Il a à agir ainsi le même intérêt qu'à accepter par intervention (n° 591). *a.* Le tiré qui paie à découvert n'a de recours que contre le tireur. En payant par intervention, il obtient un recours contre les endosseurs. *b.* Le tiré qui paie une lettre de change tirée pour le compte d'autrui n'a de recours que contre le donneur d'ordre. En payant pour l'un des endosseurs ou pour le tireur pour compte, il obtient un recours contre eux.

636. *Pour qui peut se faire le paiement par intervention?* — Il peut être fait non seulement pour le tireur ou pour l'un des endosseurs, comme le dit l'art. 158, al. 1, C. com., mais encore pour toute autre personne tenue au paiement de la traite, spécialement pour un donneur d'aval ou pour l'accepteur.

637. *Forme du paiement par intervention.* — Le paiement par le tiré est entré dans les prévisions des parties, c'est lui qui est le plus désirable. Aussi le Code n'admet-il le paiement par intervention qu'après qu'il y a eu un refus de paiement constaté par un protêt. D'après l'art. 158, al. 2, l'intervention et le paiement doivent même être constatés dans le protêt ou à la suite de cet acte.

L'intervenant doit déclarer pour qui il paie; en effet, ses droits varient selon qu'il est intervenu pour tel ou tel des obligés (art. 159, al. 1).

638. Le porteur ne peut pas plus refuser le paiement par intervention que le paiement ordinaire du tiré; pour lui, l'un et l'autre produisent les mêmes effets. Si donc le porteur refusait de recevoir le paiement par intervention, il y aurait lieu de procéder à des offres réelles suivies de consignation, conformément au droit commun

Source BIU Cujas

(art. 1257 et s., C. civ.). Il a été dit, au contraire, que le porteur n'est pas tenu de se contenter d'un accepteur par intervention quelconque (n° 593); cela tient à ce que l'accepteur se borne à s'obliger sans payer et peut être insolvable.

639. *Effets du paiement par intervention.* — Le payeur par intervention est subrogé aux droits du porteur (art. 159, al. 1). Le Code a dérogé au droit commun en accordant le bénéfice de la subrogation légale à une personne qui paie sans avoir un intérêt au paiement de la dette. L'intervenant n'acquiert pas tous les droits du porteur, mais les droits du porteur contre celui pour qui le paiement a eu lieu et contre ses garants. Ainsi, en cas de paiement par intervention fait pour le tireur, le payeur n'est subrogé que contre le tireur; en cas de paiement par intervention pour un des endosseurs, le payeur est subrogé contre cet endosseur et les endosseurs qui le précèdent, non pas contre ceux qui le suivent. A raison de cette subrogation, le payeur par intervention a les droits du porteur sur la provision, il peut tirer une retraite, pratiquer une saisie conservatoire; les personnes obligées ne peuvent pas réclamer un délai de grâce à son encontre.

Le payeur par intervention n'est pas substitué au porteur seulement au point de vue des droits de celui-ci, il l'est aussi au point de vue des devoirs relatifs aux formalités à remplir (art. 159, al. 1). Il doit donc avoir le soin de signifier le protêt à celui des signataires de la traite qu'il veut poursuivre et de l'assigner en justice dans la quinzaine du protêt. V. n° 625.

Quel profit celui pour qui le payeur est intervenu tire-t-il du paiement? On ne l'aperçoit pas bien, puisqu'il est tenu envers le payeur par intervention de la même manière qu'il l'était envers le porteur. Ce profit peut cependant exister. Le payeur par intervention est parfois débiteur de celui pour qui il intervient et se libère, par suite, envers lui par le paiement. En tout cas, c'est ordinairement un créancier moins rigoureux que le porteur.

640. *Concours de payeurs par intervention.* — Il peut se faire que plusieurs personnes se présentent pour payer par intervention pour plusieurs obligés. Dans ce cas peu pratique prévu par l'art. 159, al. 4, *celui qui opère le plus de libérations est préféré.*

Source BIU Cujas

Ainsi on doit préférer celui qui offre de payer pour le premier endosseur à celui qui veut payer pour le dernier, celui qui veut payer pour le tireur à celui qui se propose de payer pour l'un des endosseurs, etc... Cette règle doit être appliquée au cas où l'une des personnes qui offrent de payer par intervention est le tiré lui-même; en conséquence, s'il offre de payer pour le dernier endosseur, alors qu'une autre personne veut payer pour le tireur, celle-ci doit être préférée comme opérant le plus de libérations. L'art. 159, al. 5, semble indiquer que le tiré doit toujours être préféré comme payeur par intervention. Cela ne se concevrait pas; il n'y a aucune bonne raison pour déroger, en ce qui le concerne, à la règle générale. Il faut référer l'art. 159, al. 5, au cas où plusieurs personnes, parmi lesquelles se trouve le tiré, veulent payer par intervention pour le compte du même signataire de la traite. Dans ce cas seulement, le tiré doit être préféré; il avait reçu un mandat de payer, tandis que les autres intervenants sont des gérants d'affaires.

Si, en cas de concurrence de plusieurs payeurs par intervention, on laissait payer celui qui n'opérait pas le plus de libérations, il n'aurait de recours que contre ceux des signataires de la traite contre lesquels aurait pu recourir celui qui en payant en aurait opéré le plus.

6° *Des déchéances encourues par le porteur et par les endosseurs négligents.*

641. Le Code ne se borne pas à imposer des devoirs spéciaux au porteur d'une lettre de change, il le frappe encore, quand il y a manqué, de déchéances rigoureuses en le privant en tout ou en partie de son recours contre les divers obligés. Il faut déterminer les cas dans lesquels le porteur est considéré par la loi comme négligent et l'étendue des déchéances qu'il encourt.

642. *Cas où le porteur est considéré comme négligent.* — Les cas énumérés par l'art. 168 sont les suivants: 1° Violation de l'art. 160, c'est-à-dire non présentation dans le délai de trois mois augmenté, s'il y a lieu, selon les distances, d'une lettre de change payable à vue ou à un certain délai de vue; 2° Violation de l'art. 162, c'est-à-dire défaut de confection du protêt le lendemain de l'éché-

Source BIU Cujas

ance ; 3° Violation des art. 165 à 167, c'est-à-dire défaut de dénonciation du protêt régulièrement dressé ou d'assignation en justice dans les délais légaux.

643. *Nature et étendue des déchéances encourues.* — Le porteur négligent n'est pas déchu de ses droits à l'égard de tous les obligés, il y a des distinctions à faire. L'idée générale qui domine cette matière, c'est que ceux-là seuls parmi les obligés peuvent se soustraire à l'action du porteur en invoquant la déchéance qui ne sont pas obligés principaux et qui, en échappant à leur obligation, ne s'enrichissent pas sans cause au préjudice du porteur. Pour se rendre bien compte du système du Code à cet égard, il faut placer le porteur négligent successivement en face des divers obligés.

643. *Du porteur négligent dans ses rapports avec le tiré.* — Le tiré ne peut jamais opposer la déchéance au porteur négligent. Mais, pour bien déterminer sa situation, des distinctions doivent être faites. Quand le tiré a accepté, il est débiteur direct et principal de la lettre de change ; il ne peut alléguer qu'il la croyait acquittée (art. 170, al. 2). Quand, au contraire, la traite n'a pas été acceptée, s'il n'y a pas provision, le tiré n'est aucunement tenu envers le porteur ; s'il y a provision, il n'est pas tenu en vertu de la lettre de change et le porteur ne peut le poursuivre qu'à raison des droits qui lui appartiennent sur la provision.

644. *Du porteur négligent dans ses rapports avec le tireur.* — Le tireur étant garant du paiement à l'échéance peut, en principe, être actionné par le porteur non payé, qu'il y ait ou non provision. Mais la distinction entre ces deux cas est capitale quand il s'agit de savoir si le tireur, actionné par le porteur négligent, peut lui opposer la déchéance. *Quand le tireur a fait provision*, il peut opposer la déchéance au porteur négligent. Dans ce cas, en effet, le tireur ne s'enrichit pas au préjudice du porteur ; lors de la création de la lettre de change, le tireur a fourni quelque chose au preneur (art. 160 al. 1 et art. 170). Au contraire, *le tireur qui n'a pas fait provision*, ne peut pas opposer la déchéance au porteur négligent ; autrement il réaliserait un enrichissement injuste au préjudice du porteur, le tireur n'ayant rien fourni en retour de la somme qu'il a reçue lors de la création de la traite. Il va de soi qu'il faut assimiler au cas où

Source BIU Cujas

il n'y a jamais eu provision, celui où le tireur a repris la provision en se faisant payer par le tiré le montant de la créance qui la constituait.

De cette distinction il résulte que, dans le cas où le porteur négligent veut poursuivre le tireur, la question de savoir s'il y a ou non provision est décisive. C'est au tireur qui veut opposer la déchéance, à prouver l'existence de la provision; l'art. 170 est formel sur ce point. Le tireur n'est pas dispensé de faire cette preuve même quand la traite a été acceptée. La règle en vertu de laquelle l'acceptation suppose la provision, n'a pas d'application dans les rapports entre le porteur négligent et le tireur, art. 117, 3e al. V. plus haut, nº 583.

A propos du droit pour le tireur de se prévaloir de la déchéance contre le porteur négligent, une question grave s'élève. Quand un commerçant est déclaré en faillite, il est dessaisi de l'administration de ses biens et, en conséquence, il lui est interdit de payer ses dettes. Lors donc qu'au moment de l'échéance d'une lettre de change, le tiré a été déclaré en faillite, le paiement ne saurait avoir lieu. Si le porteur a été négligent, le tireur qui avait fait provision peut-il opposer la déchéance? La jurisprudence ne lui reconnaît pas ce droit. Elle s'appuie principalement sur l'art. 170 qui ne reconnaît au tireur le droit de se prévaloir de la déchéance qu'autant qu'il y a provision à l'échéance. Or, dit-on, il n'y a pas provision à l'échéance, dès que le tiré ne peut pas payer à raison de son état de faillite, qui a fait évanouir en quelque sorte la provision. Il paraîtrait plus juste et plus conforme aux dispositions du Code de commerce de permettre au tireur d'opposer au porteur négligent la déchéance, par cela seul que la provision a été faite, si elle n'a disparu que par suite de la faillite du tiré. D'abord, par cela même que le tireur a fourni la provision et ne l'a pas retirée, il ne s'enrichit pas injustement en échappant au recours du porteur négligent. Puis l'argument fondé sur ce que l'art. 170 suppose *qu'il y avait provision à l'échéance* est bien subtil. Les rédacteurs du Code ne semblent pas avoir attaché à ces expressions la grande importance qu'on leur attribue; ce qui le prouve, c'est que l'art. 160 parle simplement du tireur *qui a fait provision*. Enfin, avec le système de

Source BIU Cujas

la jurisprudence, le porteur ne devrait pas être tenu, dans ses rapports avec le tireur, de faire dresser un protêt en cas de faillite du tiré, puisque, même en l'absence de protêt, il aurait la plénitude de ses droits de recours. Or, comme cela a été dit plus haut, l'art. 163 indique expressément que le protêt est obligatoire même en cas de faillite du tiré lors de l'échéance.

645. *Du porteur négligent dans ses rapports avec les endosseurs.* — Les endosseurs peuvent toujours opposer la déchéance, qu'il y ait ou non provision (art. 168, C. com.). Cela se justifie aisément. D'abord les endosseurs ne sont toujours que des obligés subsidiaires. Ensuite, quand même il n'y a pas provision, l'endosseur qui oppose la déchéance au porteur négligent, ne s'enrichit pas à son préjudice; car l'endosseur en transmettant la traite n'a fait que rentrer dans la somme qu'il a dû débourser lorsqu'elle lui a été transmise. Du reste, l'obligation de fournir la provision n'incombe pas aux endosseurs et il leur serait très difficile de prouver qu'elle existait. Mais il n'en a pas toujours été ainsi et le Code de commerce contient des dispositions qui, explicables alors que les endosseurs étaient tenus comme le tireur de faire la provision, ne concordent plus avec le système actuel dans lequel cette obligation ne leur incombe point. Ainsi l'art. 117 dit que l'acceptation prouve la provision à l'égard des endosseurs. Cela ne signifie rien; car le porteur diligent a son recours contre eux, qu'il y ait ou non provision, et la déchéance est opposable dans l'un et l'autre cas au porteur négligent. De même, l'art. 171 déclare que les endosseurs comme le tireur ne peuvent pas opposer la déchéance au porteur négligent, lorsqu'ils ont retiré la provision. Autant cela s'explique pour le tireur (n° 644), autant cela semble sans portée pour les endosseurs : n'ayant pas fourni la provision, ils ne sauraient la retirer.

646. *Du porteur négligent dans ses rapports avec le donneur d'aval, avec la caution fournie en vertu des art. 120 et 444, 2e al., C. com., et avec l'accepteur par intervention.* — Il importe de rechercher pour qui l'aval a été donné. Le donneur d'aval qui a cautionné l'accepteur, ne peut pas opposer la déchéance. Au contraire, elle peut être opposée par celui qui a avalisé la signature de l'un des endosseurs ou celle du tireur lorsqu'il y a provision. Mais

Source BIU Cujas

que décider pour le donneur d'aval qui a cautionné le tireur quand il n'y a pas provision? On a soutenu qu'il peut opposer la déchéance, à la différence du tireur lui-même. En effet, a-t-on dit, le donneur d'aval n'est jamais qu'un obligé subsidiaire et on ne peut dire qu'en échappant au recours du porteur il s'enrichisse injustement à son préjudice. Cependant l'opinion dominante qu'ont consacrée des arrêts est que le donneur d'aval qui a cautionné le tireur, doit être traité comme celui-ci. Cela paraît conforme à la règle de l'art. 142 selon laquelle le donneur d'aval est tenu par les mêmes voies que le tireur et les endosseurs.

L'accepteur par intervention, la personne qui s'est obligée comme caution en vertu des art. 120 et 444, 2e al., C. com , sont traités comme le donneur d'aval.

Il faut remarquer que le porteur doit être considéré comme négligent par cela seul qu'il ne remplit pas les formalités de la dénonciation du protêt et de l'assignation en justice dans les délais légaux à l'égard de ces divers obligés. Il ne suffit pas qu'il les remplisse à l'égard des personnes pour lesquelles ces divers obligés sont intervenus.

647. *De l'endosseur négligent.* — L'endosseur qui paie le porteur ou un autre endosseur a à peu près les mêmes obligations que le porteur non payé (n° 632). S'il ne les remplit pas, il encourt les mêmes déchéances que le porteur, art. 169 et 170, C. com.

648. La déchéance ne touche en rien à l'ordre public. En conséquence, les tribunaux ne peuvent la prononcer d'office; les parties peuvent y renoncer soit après les faits de négligence à reprocher au porteur, soit même avant. Ce dernier cas se produit quand il y a *clause de retour sans frais*. V. sur cette clause, n° 627.

7° *De la prescription.*

649. Une prescription libératoire de 5 ans est établie au profit des personnes obligées par lettre de change (art. 189, C. com.). La loi veut que les opérations concernant les lettres de change se règlent promptement. Il y a là une atténuation apportée à la rigueur avec laquelle sont tenus les différents obligés.

Cette prescription de 5 ans suppose naturellement l'inaction du

Source BIU Cujas

porteur. Comment donc peut-elle trouver son application, alors qu'en vertu des dispositions sur les déchéances, le porteur est privé de son droit d'agir bien avant l'expiration de ce délai ? La prescription quinquennale est utile à ceux des signataires de la traite qui ne peuvent pas opposer la déchéance, spécialement à l'accepteur, au tireur qui n'a pas fait provision, etc....

650. Cette prescription repose sur une présomption de paiement, comme beaucoup de courtes prescriptions (art. 2275, C. civ.). Aussi le porteur peut-il déférer à celui qui la lui oppose le serment sur le point de savoir s'il est libéré. Le refus de prêter serment rend la prescription non-recevable, il y a là un aveu implicite de l'absence de libération. Un aveu exprès produirait *a fortiori* cet effet.

651. *Des actions éteintes par la prescription de 5 ans.* — L'art. 189 parle de *toutes actions relatives aux lettres de change.* Cette formule est très large, cependant elle ne comprend pas toutes les actions nées à l'occasion des lettres de change, mais seulement celles qui en dérivent directement. Ainsi sont certainement prescrites par 5 ans les actions du porteur ou de son subrogé (art. 158 et 159) contre l'accepteur, le tireur, les endosseurs; les actions récursoires des signataires de la lettre de change les uns contre les autres. Au contraire, celui qui a chargé un banquier de recouvrer une lettre de change ou qui a prêté de l'argent au tiré pour la payer a contre son mandataire ou contre l'emprunteur le droit d'agir pendant le temps de la prescription ordinaire (30 ans). De même le tireur qui a fait provision a une action contre le tiré qui a laissé protester la lettre de change; cette action ne dérive pas de la lettre de change, elle résulte de la créance qui constitue la provision; par suite, elle n'est soumise, en principe, qu'à la prescription trentenaire. Il paraît juste de décider aussi que l'action du tiré qui a payé à découvert ne dérivant pas de la lettre de change, mais du mandat que le tireur lui a donné, ne se prescrit pas par 5 ans; il en serait autrement, si le tiré se présentait seulement comme subrogé aux droits du porteur parce qu'il a payé par intervention.

652. *Point de départ de la prescription.* — L'art. 189 décide qu'elle court à *compter du jour du protêt ou de la dernière poursuite juridique.* Ainsi, dans le cas où la lettre de change est payable

Source BIU Cujas

le 31 juillet, si le protêt est fait le 1er août, la prescription court à compter de cette dernière date. La loi ne vise pas le cas où le protêt n'a pas été dressé le lendemain de l'échéance, il paraît rationnel de faire néanmoins courir la prescription de ce jour. Il n'est pas admissible que le porteur puisse, en retardant la confection du protêt, reculer le point de départ de la prescription. Cf. n° 654 *in fine*.

653. *Interruption de la prescription.* — Comme toutes les prescriptions, la prescription de 5 ans peut être interrompue, c'est-à-dire qu'il peut se produire des faits ou des actes à raison desquels, le temps qui a couru étant réputé non avenu, la prescription recommence alors à courir pour l'avenir. La prescription nouvelle qui court alors est, selon les cas, ou la prescription même de 5 ans ou la prescription de droit commun, celle de 30 ans.

L'art. 189 indique comme causes d'interruption : 1° *une assignation en justice ;* 2° *une reconnaissance de la part du débiteur.*

1° *Assignation en justice*, désignée par l'art. 189 sous le nom de *poursuite juridique.* — Pour se rendre compte de l'effet produit sur la prescription par une action en justice, il faut distinguer différents cas :

a. Si le procès se termine par un jugement de condamnation, il y a à la fois interruption de la prescription de 5 ans et, pour l'avenir, substitution à cette prescription de celle de 30 ans ; le jugement de condamnation forme un titre nouveau qui est substitué à la lettre de change. L'art. 189 indique cette solution par les mots : *s'il n'y a eu condamnation.*

b. L'instance ayant été interrompue pendant trois ans, la péremption a été demandée et prononcée. — L'instance, y compris l'assignation, est réputée non avenue. Le porteur est replacé dans la situation où il était avant d'avoir agi ; il peut donc intenter de nouveau la même action. Mais, par cela même qu'il est réputé n'avoir pas agi en justice dans le délai de quinzaine à partir du protêt, il doit être traité comme un porteur négligent et la déchéance lui est opposable.

c. Malgré le défaut d'actes de procédure pendant trois ans, la péremption n'a pas été demandée et il s'est écoulé cinq ans depuis l'assignation. — On discute dans ce cas le point de savoir si la pres-

Source BIU Cujas

cription de 5 ans peut encore être invoquée contre le demandeur qui veut continuer l'instance en faisant des actes de procédure. On a soutenu que la prescription de 5 ans ne peut pas alors être invoquée et que la prescription de 30 ans est la seule dont on puisse se prévaloir. L'action intentée dans les délais voulus conserve, dit-on, le droit du demandeur pendant toute la durée de l'instance. La jurisprudence admet avec raison que la prescription de 5 ans continue à pouvoir être invoquée. Cette solution est conforme au texte même de l'art. 189, C. com., qui n'exclut la prescription quinquennale en cas de poursuite en justice que lorsqu'il y a condamnation. De plus, cette solution est conforme à l'esprit de la loi et à son but ; elle empêche qu'une contestation relative à une lettre de change ne puisse être soulevée près de trente ans après le dernier acte de procédure.

Si l'on admet cette opinion, il faut constater que la prescription de 5 ans est parfois utile aux endosseurs, ce qui arrive lorsque le porteur diligent les a assignés en justice dans le délai de quinzaine, mais que le porteur a cessé pendant cinq ans de faire des actes de procédure. Dans tout autre cas, les endosseurs n'ont que faire de cette prescription par cela même qu'ils peuvent opposer la déchéance au porteur négligent.

2° *Reconnaissance.* — La reconnaissance de la dette faite par le débiteur est une cause d'interruption de la prescription d'après le droit commun (art. 2248, C. civ.); elle interrompt la prescription quinquennale. Mais, selon les cas, la nouvelle prescription qui commence à courir, est encore la prescription de 5 ans ou la prescription de 30 ans. Pour qu'il y ait substitution de la prescription trentenaire à la prescription quinquennale, il ne suffit pas qu'il y ait reconnaissance, il faut encore que la reconnaissance implique une novation remplaçant la dette qui résulte de la lettre de change par une dette nouvelle. C'est cette reconnaissance impliquant novation que l'art. 189, C. com., désigne sous le nom un peu obscur de *reconnaissance par acte séparé;* l'acte séparé est le titre nouveau qui remplace le titre ancien. Ainsi, quand le débiteur a demandé un délai, payé un à-compte, etc., la prescription de 5 ans est interrompue, mais sa durée n'est pas changée. Au contraire,

Source BIU Cujas

quand le porteur de la lettre de change a pour garant un endosseur avec lequel il est en compte-courant et que le montant de la lettre est porté au débit de l'endosseur, la prescription de 5 ans est interrompue et remplacée dorénavant par celle de 30 ans. Il sera expliqué plus loin que l'entrée d'une dette dans un compte-courant entraîne novation (n° 740).

Comment le porteur peut-il prouver qu'il y a eu une reconnaissance? On a soutenu que la preuve ne peut se faire que par écrit; des arrêts se sont fondés sur ce que l'art. 189 parle d'une reconnaissance par *acte séparé*. Cette solution rigoureuse est en contradiction avec le texte de l'art. 189 sainement entendu et avec les principes généraux du droit. D'abord, par acte séparé, l'art. 189 entend, comme cela a été expliqué dans les travaux préparatoires du Code de commerce, non pas une reconnaissance faite par écrit, mais une reconnaissance impliquant novation. De plus, on se trouve ici en matière commerciale et, par suite, à moins d'une disposition dérogatoire expresse, tous les moyens de preuve doivent être admis pour prouver l'existence d'une reconnaissance.

Il sera expliqué, dans la partie consacrée aux *Faillites*, que l'admission du porteur d'une traite à la faillite d'un des obligés équivaut à une reconnaissance qui interrompt la prescription de 5 ans, mais n'y substitue pas celle de 30 ans.

654. Le Code civil (art. 2244) admet parmi les causes d'interruption de la prescription le commandement fait au débiteur. L'art. 189 ne mentionne pas cet acte parmi les causes qui interrompent la prescription de 5 ans : cela tient à ce que le porteur d'une lettre de change, ou n'a pas le titre exécutoire essentiel pour qu'un commandement puisse être fait, ou a un titre exécutoire résultant d'un jugement de condamnation qui interrompt la prescription de 5 ans prévue par l'art. 189 et transforme cette prescription en prescription trentenaire.

Il ne faudrait pas, du reste, assimiler le protêt à un commandement et croire qu'un protêt tardif interrompt la prescription qui a couru du jour où le protêt aurait dû être dressé. Le protêt n'est pas comme le commandement fait en vertu d'un titre exécutoire et ne constitue pas, comme cet acte, le préliminaire de la saisie; il peut

Source BIU Cujas

être seulement assimilé à la sommation qui n'interrompt pas la prescription.

655. Comme cela a été dit plus haut (n° 599), les différentes personnes tenues en vertu de la lettre de change sont obligées solidairement. On sait qu'en principe la prescription interrompue contre l'un des débiteurs solidaires l'est contre les autres (art. 1206, C. com.). Faut-il appliquer cette règle à la prescription de 5 ans et décider, en conséquence, que la prescription interrompue contre l'un des obligés, l'est par cela même contre tous les autres? Le Code ne tranche pas expressément la question. Malgré son silence, il semble bien qu'on doive décider qu'en matière de lettre de change l'interruption de la prescription a des effets purement individuels. Quand il s'agit des déchéances encourues par le porteur négligent, le Code n'admet pas qu'il doit être réputé avoir rempli ses devoirs (notification du protêt, assignation en justice) à l'égard de tous les obligés par cela seul qu'il les a accomplis à l'égard de l'un d'eux. On ne voit pas pour quel motif un autre système serait admis pour l'interruption de la prescription.

656. *Suspension de la prescription.* — L'art. 189 ne parle pas de la suspension de la prescription de 5 ans. Par cela même qu'il s'agit d'une courte prescription, il va de soi qu'elle n'est pas suspendue au profit des mineurs et des interdits. Il n'y a là qu'une application de la règle générale contenue dans l'art. 2278, C. civ.

8° *Des lettres de change imparfaites (omissions, suppositions, incapacités).*

657. Des règles qui concernent les lettres de change, les unes s'y appliquent exclusivement, les autres leur sont communes avec les billets à ordre, Cf. n° 665.

Parmi les premières, on peut citer les suivantes : *a.* L'obligation de tout signataire est commerciale, alors même qu'il appose sa signature sur la traite à l'occasion d'une opération civile (art. 632 *in fine*). *b.* Tout signataire garantit l'acceptation au porteur et, à défaut d'acceptation, le porteur peut réclamer une caution (n° 577). *c.* Selon la jurisprudence, le porteur a un droit exclusif sur la provision (n° 574).

Source BIU Cujas

Des règles communes aux lettres de change et aux billets à ordre sont notamment les suivantes : *a*. Les titres se transmettent par endossement. *b*. Le donneur d'aval est obligé commercialement, si celui pour lequel il intervient est tenu d'une obligation commerciale. *c*. Une opposition au paiement n'est possible que dans les deux cas prévus par l'art. 149, C. com. *d*. Les juges ne peuvent pas accorder des délais de grâce pour le paiement. *e*. Le payeur par intervention est subrogé de plein droit au porteur contre celui pour qui il paie et contre les garants de celui-ci. *f*. Le porteur non payé a le droit de tirer une retraite. *g*. Les intérêts du principal courent, en cas de non paiement, à partir du protêt. *h*. Le porteur qui ne fait pas dresser le protêt le lendemain de l'échéance, encourt des déchéances graves. *i*. La prescription de 5 ans s'applique aux obligations relatives soit à la lettre de change, soit au billet à ordre, quand, pour celui-ci, elles se rattachent à un acte de commerce (n° 666).

Toutes ces règles régissent les lettres de change quand elles sont régulières en la forme et s'appliquent à leurs signataires quand ce sont des personnes capables. Mais des lettres de change peuvent être irrégulières en la forme ou des signataires peuvent être incapables de s'obliger par lettre de change. Quelles conséquences produit, soit l'irrégularité de la lettre de change, soit l'incapacité de l'un des signataires ? C'est ce que nous allons examiner.

658. *Lettres de change irrégulières en la forme.* — L'art. 110, C. com., énumère les diverses énonciations qu'une lettre de change doit contenir (n°s 538 et suiv.). L'inobservation de la loi peut se produire de deux manières, *par omission* ou *par supposition*. Il y a *omission*, quand une des énonciations exigées par la loi fait défaut, comme, par exemple, quand la date ou la valeur fournie n'a pas été indiquée. Il y a *supposition*, quand toutes les énonciations prescrites se trouvent dans la traite, mais que l'une ou plusieurs d'entre elles ne répondent pas à la réalité ; il en est ainsi, par exemple, lorsqu'on a indiqué la traite comme créée dans un lieu et payable dans un autre, alors qu'elle a été émise dans le lieu où elle est payable. Tout le monde peut constater l'omission en lisant la traite ; il n'en est pas de même de la supposition qui implique une traite régulière en apparence.

Source BIU Cujas

659. *Omission.* — Le Code n'indique pas les conséquences de l'omission ; mais il n'est pas douteux qu'elle ne rende la lettre de change nulle, sans qu'on puisse combler la lacune à l'aide d'une preuve étrangère à la lettre de change même : un titre destiné à circuler de main en main doit être pris pour ce qu'il paraît, sans que sa validité dépende de faits inconnus des intéressés.

Si, du reste, le titre ne contenant pas toutes les mentions exigées par l'art. 110 n'est pas une lettre de change, ce n'est pas à dire qu'il soit sans aucune valeur. Qu'est-il donc ? Cela dépend de la nature de l'omission. L'acte irrégulier comme lettre de change produit les effets dont il est susceptible d'après les principes généraux du droit. Ainsi, quand il y a défaut d'indication de la somme à payer ou de la personne par laquelle le paiement doit être fait, l'écrit est dénué de toute valeur. Si le titre n'est pas daté ou ne contient pas l'indication de la valeur fournie ou est stipulé payable dans le lieu de sa création, il y a bien un engagement valable de la part du tireur de faire payer la somme fixée aux lieu et jour indiqués, mais cet engagement ne dérive pas d'une lettre de change. Aussi n'est-il pas nécessairement commercial ; le tireur ne doit pas être considéré comme s'étant obligé à procurer l'acceptation du tiré et, à défaut d'acceptation, à fournir caution ; le porteur n'a pas de droit exclusif sur la provision, à moins que la créance qui la constitue ne lui ait été transmise expressément et dans les formes des art. 1689 et 1690, C. civ.

L'omission, étant un vice apparent, peut être invoquée *par toute personne contre toute personne*. En effet, celui qui en souffre ne peut se plaindre légitimement ; pour éviter le préjudice qu'il éprouve, il n'avait qu'à lire le titre avec soin et à le rapprocher de l'art. 110, C. com. ; il aurait alors constaté l'irrégularité.

660. *Supposition.* — Ici le titre est régulier en apparence ; il contient toutes les mentions exigées par la loi, seulement une ou plusieurs d'entre elles n'indiquent pas des faits vrais. Le plus souvent, on recourt à une supposition pour faire croire à l'existence d'une condition essentielle de la lettre de change qui, en réalité, fait défaut. Avant 1867, les suppositions étaient assez fréquentes ; la lettre de change, comme acte de commerce, entraînait la contrainte

Source BIU Cujas

par corps contre tous les signataires, dès que son montant atteignait 200 fr. Aussi parfois un prêteur, surtout un usurier, exigeait-il que son débiteur créât à son profit une lettre de change. On supposait dans le titre, pour lui donner toute l'apparence d'une lettre de change, des conditions, telles que la remise de place en place, qui n'existaient pas réellement. Aujourd'hui les suppositions sont rares. On pourrait encore en pratiquer notamment pour rendre compétents les tribunaux de commerce devant lesquels la procédure est plus prompte et moins coûteuse que devant les tribunaux civils ou faire produire à une dette des intérêts élevés, etc...

La supposition qui se conçoit le mieux est la *supposition de domicile* ou *de lieu* ; elle consiste à dater la lettre d'un lieu autre que celui de sa création ou à attribuer au tiré un domicile autre que le sien, afin de faire croire qu'il y a *remise de place en place.* L'article 112 vise aussi : la *supposition de nom* consistant à tirer une traite sur un individu imaginaire, et la *supposition de qualité* consistant à tirer une traite sur un individu qui existe, mais qui n'a aucun rapport avec le tireur.

Quelle est la conséquence de la supposition de lieu, de domicile, de nom ou de qualité? D'après l'art. 112, *la lettre est réputée simple promesse.* Cela signifie, non pas que le titre n'a aucune valeur, mais qu'il ne vaut pas comme lettre de change. Il résulte de là notamment que les signataires ne sont pas *ipso facto* obligés commercialement (1), que le tireur n'est pas tenu de procurer l'acceptation du tiré au porteur ou, à défaut d'acceptation, de donner caution, que le porteur n'a pas de droit exclusif sur la provision à l'encontre des tiers, etc...

L'art. 112 dispose en termes généraux que *sont réputées simples promesses* les lettres de change contenant les suppositions qu'il prévoit. Mais une distinction s'impose : la lettre de change circulerait difficilement si un porteur pouvait être arrêté dans l'exercice de ses droits à raison de la fausseté d'une énonciation. Aussi est-il admis que la supposition ne peut être invoquée que contre celui qui y a

(1) Au point de vue de la compétence, on applique aux lettres de change, ne valant que comme simples promesses, les mêmes règles qu'au billet à ordre art. 636 et 637, C. com.

Source BIU Cujas

participé ou qui l'a connue avant de recevoir la lettre. Au contraire, les tiers de bonne foi peuvent faire produire au titre tous ses effets comme lettre de change, quelle que soit la supposition alléguée. Du reste, l'art. 112 est fait pour les débiteurs du titre et non pour le porteur : celui-ci ne peut donc invoquer la supposition, notamment pour empêcher qu'on ne lui oppose soit la prescription de 5 ans de l'art. 189, soit les déchéances pour défaut de protêt.

Le Code n'a prévu ni la *supposition de valeur*, ni la *supposition de date*. En cas de supposition de valeur (par exemple, si le titre porte *valeur reçue comptant* et si le tireur n'a rien reçu), on doit appliquer les principes généraux : l'obligation du tireur est nulle faute de cause ; elle le serait pour cause illicite, si la cause véritable avait ce dernier caractère (Cf. art. 1134, C. civ.). En cas de *supposition de date*, la lettre de change n'est pas moins valable, à moins bien entendu que l'on n'ait eu recours à une dissimulation pour cacher une incapacité. Il a été dit plus haut (n° 556) que l'antidate de la traite elle-même ne peut pas être considérée comme un faux, à la différence de l'antidate de l'endossement.

661. *Incapacités.* — Le Code n'a posé aucune règle générale sur la capacité de s'obliger par lettre de change. Aussi y a-t-il lieu d'appliquer le principe de l'art. 1123, C. civ., d'après lequel *toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi*. Le Code s'est borné dans l'art. 114 à appliquer ce principe aux *mineurs*, et dans l'art. 113 a dérogé aux règles du droit commun en ce qui concerne les *femmes*.

Il va de soi, d'après les règles posées précédemment (n° 54 *bis*), qu'un mineur commerçant peut, pour les besoins de son commerce, apposer valablement sa signature sur une lettre de change à quelque titre que ce soit. Mais les lettres de change souscrites par des mineurs non commerçants *sont nulles à leur égard* (art. 114). Le mineur qui a apposé sa signature sur une lettre de change, peut invoquer la nullité contre tous ceux entre les mains de qui elle a pu parvenir (n° 54 *bis*). Si le mineur a reçu le montant de la traite comme tireur ou comme endosseur et en a profité, il est tenu dans la mesure de ce profit, en vertu de l'art. 1312, C. civ., auquel renvoie

Source BIU Cujas

la fin de l'art. 114, C. com. Seulement, comme il ne l'est pas en vertu de la lettre de change qui est nulle, son obligation est civile.

Les mêmes règles s'appliquent aux interdits, aux individus pourvus d'un conseil judiciaire qui ont apposé leur signature sur une lettre de change sans l'assistance de leur conseil.

662. *Des femmes.* — Ce qui vient d'être dit s'applique sans peine aux femmes mariées qui, sans y être dûment autorisées, ont apposé leur signature sur une lettre de change. Mais une femme mariée dûment autorisée, une fille ou une veuve majeure peut-elle s'obliger par lettre de change? S'il n'y avait en cette matière que les principes généraux, l'affirmative serait certaine. L'art. 113 y déroge en disposant que : *la signature des femmes et des filles non marchandes publiques sur lettres de change ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse.* Il y a donc ici une incapacité tenant au sexe et atteignant les femmes, mariées ou non, dès qu'elles ne sont pas commerçantes. Quelle est la sanction de cette incapacité? Quel est le sort de l'engagement d'une femme non commerçante résultant de sa signature mise sur une lettre de change? L'art. 113 ne prononce pas expressément la nullité comme pour le mineur. Si l'engagement n'est pas nul, qu'est-il donc? Deux systèmes principaux, entre lesquels la jurisprudence ne paraît pas avoir encore définitivement opté, ont été soutenus. D'après l'un, le législateur aurait eu pour but d'empêcher que la femme ne pût se soumettre trop facilement à la contrainte par corps en signant une lettre de change. En conséquence, l'art. 113 signifierait seulement que la contrainte par corps ne pouvait pas être pratiquée contre une femme non commerçante signataire d'une lettre de change; mais, à tous autres égards, une femme capable d'après le droit commun, ayant apposé sa signature sur une lettre de change, serait traitée comme une personne majeure et capable, elle serait donc obligée commercialement, tenue comme tireur ou endosseur de procurer l'acceptation au tiré, etc. En faveur de cette opinion, on fait remarquer que l'art. 636, C. com., qui indique que le tribunal de commerce peut être tenu de se déclarer incompétent, lorsqu'il est saisi d'une demande relative à une lettre de change ne valant que comme simple promesse, vise l'art. 112 relatif aux cas de supposition et non l'art. 113 concernant les signatures des femmes

Source BIU Cujas

non commerçantes. On ajoute que l'on s'explique que le législateur ait fait une profonde distinction entre le cas de l'art. 112 et le cas de l'art. 113 : dans le cas de l'art. 112, il n'y a pas lettre de change par suite d'une irrégularité de forme ; dans le second cas, tous les éléments de la lettre de change existent bien, mais il y a une personne que la loi voulait défendre contre un moyen rigoureux d'exécution. Si ce système était exact, il en résulterait que l'art. 113 aurait perdu toute portée depuis que la contrainte par corps a été supprimée et une lettre de change produirait actuellement tous ses effets ordinaires même à l'égard des femmes non commerçantes.—Ce système est assurément fort raisonnable et, au point de vue législatif, il y aurait lieu d'effacer l'art. 112 et de soumettre les femmes aux règles du droit commun, même en matière de lettre de change. Mais il excède les droits de l'interprète. Il paraît plus conforme aux règles d'une saine interprétation de traiter la lettre de change signée d'une femme non commerçante, en ce qui concerne celle-ci, comme l'est la lettre de change contenant une supposition. L'art. 113 ne contient aucune expression autorisant à en restreindre la portée à la contrainte par corps et il serait bien singulier que les mêmes expressions (la lettre de change ne vaut que comme simple promesse) eûssent dans l'art. 113 une tout autre signification que dans l'art. 112 (1).

B. — DES BILLETS A ORDRE.

663. Une idée générale du *billet à ordre* a déjà été donnée plus haut (n° 534). Le mot *billet* désigne ordinairement une reconnaissance sous seing privé d'une dette avec promesse de l'acquitter. Ce qu'il y a de spécial ici, c'est que le souscripteur du billet s'oblige à en payer le montant, non à une personne déterminée, mais au *bénéficiaire* ou *à son ordre*, c'est-à-dire à la personne qui, lors de l'échéance, en sera porteur en vertu d'un endossement.

664. *Forme du billet à ordre.* — Comme la lettre de change, le billet à ordre doit contenir certaines mentions que la loi énumère. D'après l'art. 188, C. com., *le billet à ordre est daté. — Il énonce:*

(1) V., sur une théorie défendue par M. Labbé à propos des lettres de change signées par des femmes non commerçantes, *Précis de Droit commercial*, t. I, page 582, note 3.

Source BIU Cujas

— *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*. Il faut évidemment ajouter *la signature du souscripteur*. L'utilité de ces diverses énonciations, qui se trouvent aussi dans la lettre de change, a été indiquée plus haut (nos 538 et s.). En matière de lettre de change, la date comprend le lieu de la création du titre (no 541). On indique presque toujours le lieu dans lequel le billet à ordre est souscrit, mais il n'y a là rien d'obligatoire; cette indication n'est pas nécessaire, par cela même qu'un billet à ordre peut être payable dans le lieu où il est souscrit. — Les motifs donnés plus haut (no 537) à propos de la lettre de change, doivent faire admettre que l'art. 1326, C. civ., est inapplicable au billet à ordre, c'est-à-dire que, lorsque le billet n'est pas écrit en entier de la main du souscripteur, il est pourtant inutile que la signature de celui-ci soit précédée des mots *bon pour* ou *approuvé* avec la mention du montant du billet.

De nombreuses règles sont communes à la lettre de change et aux billets à ordre; — il y a aussi des différences notables.

665. *Règles communes à la lettre de change et au billet à ordre.* — Ces règles sont énumérées dans l'art. 187, C. com. *S'appliquent aux billets à ordre toutes les dispositions relatives aux lettres de change, et concernant :*

L'échéance, V. no 544.

L'endossement, V. nos 554 et suiv.

La solidarité, V. no 599.

L'aval, V. nos 595 et suiv.

Le paiement, V. nos 601 et suiv. Lorsque le billet à ordre est perdu, il faut appliquer les mêmes règles qu'en cas de perte de l'exemplaire unique d'une lettre de change acceptée (no 613); car le souscripteur, en signant le billet, s'oblige à payer le porteur, comme le tiré en acceptant la traite et il n'y a jamais qu'un seul exemplaire pour un billet à ordre.

Le paiement par intervention, V. nos 634 et suiv.

Les devoirs et droits du porteur, le rechange et les intérêts, V. nos 614 et suiv. Le porteur d'un billet à ordre non payé a les mêmes

Source BIU Cujas

droits et les mêmes devoirs que le porteur d'une traite. Quand le porteur non payé ne remplit pas les formalités prescrites dans les délais fixés par la loi, il encourt des déchéances à l'égard des endosseurs; mais le souscripteur, étant dans la situation de l'accepteur d'une lettre de change, c'est-à-dire débiteur principal, ne peut pas invoquer la négligence du porteur. — Le porteur a le droit de faire une *retraite;* l'art. 187 parle du *rechange;* ces expressions ne sont pas très exactes dans le cas d'un billet à ordre non payé, puisqu'il n'y a eu ni une opération de change antérieure, ni une première traite.

666. *Différences entre le billet à ordre et la lettre de change.* — Il y a entre ces deux sortes d'effets de commerce des différences tenant à leur nature même et d'autres différences plus ou moins arbitraires créées par la loi.

La lettre de change met en jeu au moins trois personnes, *le tireur*, *le tiré* et *le preneur*, le premier donnant au second le mandat de payer au troisième ou à son ordre, tandis que le billet à ordre ne suppose que deux personnes, le souscripteur et le bénéficiaire, le premier s'engageant à payer lui-même. On peut dire que le souscripteur joue le double rôle du tireur et de l'accepteur.—Cette différence en entraîne d'autres : dans le billet à ordre, il ne peut être question de demander l'acceptation; le souscripteur prend l'engagement de payer en créant l'effet. Il y a lieu, pour la même raison, d'écarter, en matière de billet à ordre, tout ce qui est relatif à la provision.

Le législateur, qui exige dans la lettre de change la remise de place en place, admet que le billet à ordre soit payable dans le lieu où il a été souscrit. Toutefois un billet souscrit dans un lieu peut être payable dans un autre lieu; on l'appelle souvent alors *billet à domicile.* Enfin, tandis que la lettre de change est considérée comme engendrant pour tous les signataires des obligations commerciales, le billet à ordre n'est pas par lui-même un acte de commerce; les obligations qui en dérivent pour les signataires sont civiles ou commerciales, selon la nature de l'opération à l'occasion de laquelle ils ont souscrit ou endossé le billet. Ainsi le particulier qui a souscrit un billet à ordre à son tapissier, ne fait pas acte de commerce; mais le tapissier fait acte de commerce soit en souscrivant, soit en endossant un billet à ordre à un fabricant de meubles auquel il a acheté

Source BIU Cujas

des meubles pour les revendre. Cette distinction était importante au point de vue de la contrainte par corps ; elle l'est demeurée pour la compétence et pour la prescription de 5 ans. Les tribunaux de commerce ne sont compétents qu'à l'égard des signataires tenus d'une obligation commerciale (1) et eux seuls aussi peuvent invoquer, d'après l'art. 189, C. com., la prescription de 5 ans. De même, l'intérêt légal est de 6 ou de 5 0/0 selon que l'obligation est commerciale ou civile. De même, l'art. 172, C. com., qui, par application de l'art. 417, C. proc. civ., admet que le porteur non payé peut pratiquer une saisie conservatoire, ne semble pas pouvoir être étendu au cas où le billet n'a pas le caractère commercial. A tous autres égards le billet civil et le billet commercial sont soumis aux mêmes règles.

666 *bis*. Un billet qui ne contient pas toutes les mentions exigées par le Code (art. 188), ne vaut pas comme billet à ordre. Il faut appliquer les mêmes règles qu'en matière de lettres de change en cas d'*omission* ou de *supposition*, V. nos 659 et 660. En conséquence, le titre peut être valable, mais, comme ce n'est pas un billet à ordre, le porteur n'est pas tenu, sous peine de déchéance, de faire dresser le protêt et d'agir dans les délais légaux contre les endosseurs.

Il n'y a aucune règle spéciale à la capacité de s'obliger par billet à ordre (2) : toute personne capable de s'obliger peut donc souscrire ou endosser un billet.

667. Du billet a domicile. — Si le billet à ordre n'est pas essentiellement un acte de commerce, n'en est-il pas du moins autrement du *billet à domicile*, c'est-à-dire du billet souscrit dans un lieu et payable dans un autre? Pour la commercialité de cette variété du billet à ordre, on invoque notamment l'art. 632 *in fine*, qui range parmi les actes de commerce *la remise d'argent faite de place en place* et l'on fait remarquer qu'il y a une remise de cette sorte dans le billet à domicile. — Il semble plus juste de traiter le billet à domicile comme tout autre billet à ordre ; le Code ne contient

(1) Ce qui concerne la compétence en matière de billet à ordre sera examiné en détail, à propos des art. 636 et 637, dans la *cinquième partie* de ce volume, consacrée aux tribunaux de commerce.

(2) V. pour la lettre de change, no 662.

Source BIU Cujas

aucune disposition impliquant l'existence de deux billets à ordre, régis par des règles différentes. L'art. 632, en énumérant parmi les actes de commerce *les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place*, ne vise pas deux actes distincts, mais un seul; il ne fait qu'indiquer par ces derniers mots un des caractères essentiels qu'a conservés dans notre législation la lettre de change. La jurisprudence était depuis 1851 fixée dans ce dernier sens, quand en 1880 un arrêt de la Cour de cassation (1) a consacré la première opinion. Ce changement s'explique, sans se justifier, par la suppression de la contrainte par corps. Alors que la contrainte par corps existait en matière commerciale, la Cour de cassation, ne voulant pas qu'on pût trop facilement se soumettre à ce mode rigoureux d'exécution, répugnait à voir un acte essentiellement commercial dans le billet à domicile. Depuis que la contrainte par corps a été supprimée, la question relative à la nature du billet à domicile n'a plus guère d'intérêt qu'au point de vue de la compétence et de la prescription de 5 ans; la Cour suprême ne trouve plus d'inconvénient à reconnaître que le billet à domicile est un acte de commerce au même titre que la lettre de change.

(1) Req. 24 mai 1880, S. 1880. 1. 309.

Source BIU Cujas

1er APPENDICE.

DU TIMBRE ET DE L'ENREGISTREMENT DES LETTRES DE CHANGE ET DES BILLETS A ORDRE.

668. Les lettres de change et les billets à ordre sont soumis à certaines conditions fiscales, en ce sens qu'elles sont frappées de l'impôt du timbre et d'un droit d'enregistrement.

669. Du timbre. — Les lettres de change et les billets à ordre sont actuellement soumis à un droit de timbre proportionnel, qui est de 5 centimes par 100 francs (Lois du 22 décembre 1878, art. 1 et du 29 juillet 1881, art. 5, al. 2). En principe, quand il y a plusieurs exemplaires d'une traite, un seul droit de timbre est dû; toutefois, si la première lettre de change revêtue du timbre n'est pas jointe à celle mise en circulation et destinée à recevoir les endossements, le timbre doit toujours être apposé sur celle-ci (L. 5 juin 1850, art. 10). Du reste, les lettres de change et les billets à ordre peuvent être rédigés, soit sur du papier timbré, soit sur du papier libre sur lequel on appose ensuite un timbre mobile.

Les règles relatives au droit de timbre reçoivent deux sanctions; elles consistent: 1° dans des amendes; 2° dans des déchéances.

1° Le souscripteur, l'accepteur, le bénéficiaire ou premier endosseur de l'effet non timbré sont passibles d'une amende de 6 0/0. Si la contravention ne consiste que dans l'emploi d'un timbre inférieur à celui qui devait être employé, l'amende ne porte que sur la somme pour laquelle le droit de timbre n'a pas été payé. La même amende est aussi encourue par toute personne ayant encaissé ou fait encaisser un effet non timbré (L. 5 juin 1850, art. 4, al. 1 et 3, art. 7). Quatre ou cinq amendes, chacune de 6 0/0 du montant du titre, peuvent ainsi être encourues.

2° La loi fiscale n'a pas considéré ces amendes élevées comme suffisantes. Elle modifie les rapports des parties en prononçant des déchéances contre le porteur d'un effet non timbré. Ce porteur est considéré, en principe, comme un porteur négligent: le porteur

Source BIU Cujas

d'un billet à ordre non timbré ne peut agir que contre le souscripteur; le porteur d'une lettre de change non timbrée perd tout recours contre les endosseurs et même, s'il y a acceptation, contre le tireur, pourvu qu'il justifie avoir fait provision (L. 5 juin 1850, art. 5). La loi déclare même nulle toute convention par laquelle il serait entendu que les intéressés renoncent à se prévaloir de ces déchéances. En outre, comme la *clause de retour sans frais*, en permettant de ne pas exercer d'action en justice, peut empêcher la révélation d'une contravention à la loi du timbre, cette clause est aussi déclarée nulle dans le cas où elle concerne des effets non timbrés.

A quels titres s'applique le droit de 5 centimes par 100 fr. ? Aux lettres de change, aux billets à ordre, aux mandats, c'est-à-dire aux titres ayant la forme d'une lettre de change, mais payables dans le lieu de leur création, et généralement à tous les titres à ordre.

Ce droit de timbre frappe : 1° les effets tirés de la France sur la France; 2° les effets tirés de l'étranger sur la France; ils doivent être timbrés avant d'être négociés, achetés ou payés sur le territoire français; 3° les effets tirés de la France sur l'étranger. Les dispositions (art. 3 et 9, L. 5 juin 1850) qui soumettent au droit de timbre les deux dernières catégories d'effets, sont rigoureuses; une lettre de change circulant dans plusieurs Etats peut ainsi être soumise à plusieurs droits de timbre.

Quant aux effets tirés d'un pays étranger sur un autre pays étranger, et qui sont endossés, acceptés ou payés en France, la loi du 5 juin 1850 ne les soumettait pas à l'impôt du timbre. Cela donnait lieu à des fraudes; pour échapper à l'impôt, ceux qui tiraient des lettres de change d'une ville frontière française sur un pays étranger les dataient d'une ville étrangère. Pour y couper court, les lettres de change dont il s'agit ont été soumises au même droit de timbre que les autres en 1871 ; assailli de réclamations, le législateur a réduit le droit de timbre pour ces lettres de change en le fixant à 50 centimes par 2,000 francs (L. 20 décembre 1872).

670. Du droit d'enregistrement. — Les lettres de change et les billets à ordre sont soumis à un droit proportionnel d'enregistrement de 50 centimes p. 0/0. Ils peuvent n'être présentés à l'enregistrement

Source BIU Cujas

qu'avec les protêts qui en sont faits, de telle sorte que les effets non protestés échappent régulièrement a l'impôt (L. 28 février 1872, art. 10).

671. Les lettres de change et les billets à ordre sont dans une certaine mesure favorisés au point de vue fiscal. Non-seulement ils ne sont soumis à l'enregistrement qu'après le protêt, mais encore les endossements et les acquits dont sont revêtus ces effets de commerce en sont complétement dispensés. En outre, la loi du 23 août 1871 (art. 18), qui a soumis à un droit de timbre de 10 centimes les quittances de sommes supérieures à 10 francs, dispense de ce droit les acquits inscrits sur les effets de commerce (art. 20-1°).

Source BIU Cujas

2e APPENDICE.

DES CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE LETTRES DE CHANGE (1).

672. La lettre de change est un titre qui circule facilement, soit dans l'intérieur d'un même pays, soit dans des pays différents ; elle sert fréquemment à régler des opérations intervenues entre des négociants qui habitent des contrées fort éloignées (n° 531). Il y a ainsi des lettres tirées de la France sur l'étranger ou à l'inverse tirées de l'étranger et payables en France, ou encore des lettres émises et payables en pays étranger, mais endossées en France. Des difficultés peuvent surgir à cette occasion, parce que la matière est loin d'être réglée d'une manière uniforme par les diverses législations et que sur des points importants on peut signaler de graves différences entre notre législation et celle des pays avec lesquels nous entretenons des relations commerciales. Nous ne pouvons qu'indiquer les principes généraux du droit international privé, qui, dans le silence de notre Code de commerce, doivent servir à résoudre les plus importants conflits de lois en cette matière (2). Nous allons passer en revue ce qui concerne *la capacité des parties, la forme et les conditions fiscales, les obligations des parties.*

673. *Capacité des parties.* — Il y a lieu d'appliquer la règle générale du Code civil d'après laquelle *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger* (art. 3, al. 3). Qu'une lettre de change ait donc été tirée, endossée ou acceptée par un Français en pays étranger, que ce Français y soit de passage ou établi d'une manière permanente, les tribunaux français n'ont à tenir compte que de la législation française pour décider si ce Français était capable de s'obliger sous cette forme, Cf. n° 661. Nous admettrions par analogie qu'un étranger s'obligeant en France par lettre de change, nos tribunaux devraient

(1) Pour simplifier, nous ne parlons que des lettres de change. Les principes sont les mêmes pour les billets à ordre.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, I, nos 1310 et suiv.

Source BIU Cujas

consulter la loi nationale de cet étranger pour savoir s'il était ou non capable. La jurisprudence apporte à cette règle certains tempéraments que nous considérons comme arbitraires (1).

674. *Forme de la lettre.* — En ce qui touche la forme des actes, il y a une règle traditionnelle, *locus regit actum*, dont il faut faire ici l'application : cela offre un grand intérêt, parce que c'est notamment au point de vue de la forme que notre législation diffère des lois plus récentes. Pour cette application, il est essentiel de se rappeler que la lettre de change est un acte complexe constatant des opérations se rattachant les unes aux autres, mais néanmoins distinctes. Ainsi une lettre est tirée à Berlin sur un négociant de Paris à l'ordre d'un négociant de Londres qui l'endosse à un correspondant; nous avons autant d'opérations : création de la lettre, endossement, acceptation du tiré. La même lettre de change, qui constate ces trois opérations, est, au point de vue de la forme, régie par la législation de chacun des pays où elles sont intervenues. Nos tribunaux devront considérer comme valable cette lettre si elle est conforme à la loi allemande, encore qu'elle ne contienne pas les prescriptions exigées par notre Code, par exemple, si elle ne mentionne pas la valeur fournie. De même, l'endossement en blanc, étant considéré en Angleterre comme transférant la propriété, sera admis avec cet effet par nos tribunaux.

675. *Conditions fiscales de la lettre.* Que la lettre soit tirée de la France sur l'étranger ou de l'étranger sur la France, elle est soumise au même droit de timbre que si elle était à la fois émise et payable en France (Loi du 5 juin 1850, art. 923). V. ci-dessus, n° 669.

Pour l'enregistrement, la règle est très simple : les lettres pour lesquelles un protêt est dressé en France, doivent être présentées à l'enregistrement en même temps que le protêt (Loi du 28 février 1872, art. 10); quant aux autres, l'enregistrement n'est nécessaire que quand des poursuites sont exercées en France.

676. *Obligations des parties.* — Elles sont, en principe, déterminées pour chaque partie par la loi du lieu où elle a contracté. Ainsi la loi du pays où la lettre a été créée règle l'étendue des obligations du tireur, comme la loi du pays où elle a été endossée régit les obligations de l'endosseur. — Ce qui touche à l'exécution de l'obligation

(1) V. p. ex. Ch. req. 16 janvier 1861, D. 1861. 1. 193.

Source BIU Cujas

est naturellement réglé par la loi du pays où cette exécution doit se faire (application à la fixation de l'échéance, à l'existence d'un délai de grâce, au mode de paiement, à la constatation du non paiement, etc.). Les voies d'exécution dépendent nécessairement de la législation du pays où l'on veut agir; une question particulièrement délicate est celle de savoir quelle loi régit la prescription; nous croyons que c'est pour chaque débiteur la loi du lieu où il s'est obligé.

677. Le Code de commerce contient des dispositions spéciales en ce qui touche les devoirs du porteur d'une lettre de change à vue ou à un certain délai de vue. L'art. 160, al. 1-4, fixe le délai dans lequel la lettre *payable en France* doit être présentée au tiré sous peine de déchéance; le délai est de 3, de 4, de 6 mois ou d'un an suivant l'éloignement; ainsi la législation française est considérée comme compétente parce que le paiement doit avoir lieu en France. Le dernier alinéa de l'art. 160 (inséré par une loi du 19 mars 1817) ajoute: *la même déchéance aura lieu contre le porteur d'une lettre de change à vue, à un où 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 exigerait pas le paiement ou l'acceptation dans les délais ci-dessus prescrits pour chacune des distances respectives.* Ici la loi française est compétente, parce que c'est en France que la lettre a été créée, bien qu'elle soit payable en pays étranger. On comprend que pour les intéressés français, il est plus simple que la loi française soit applicable, qu'il s'agisse de lettres payables en France ou à l'étranger, mais au point de vue des principes, les deux dispositions ne s'expliquent pas, puisqu'elles sont contradictoires. — Notons encore l'art. 166 qui règle le délai du recours en ce qui touche *les tireurs et endosseurs résidant en France pour les lettres tirées de France et payables à l'étranger;* il ne dit rien du cas inverse.

C. — DES CHÈQUES.

678. Une troisième espèce d'effets de commerce est le *chèque,* qui a avec la lettre de change une grande analogie (n° 699). Il n'est pas régi par le Code de commerce, mais par une loi du 14 juin 1865 et par quelques dispositions contenues dans deux autres lois du

Source BIU Cujas

23 août 1871 (art. 18 et 20) et du 19 février 1874 (art. 5 à 9). — Pour se rendre compte de l'utilité que peut avoir le chèque, il faut connaître les usages de l'Angleterre où il s'est développé, s'il n'y est pas né; il importe aussi, pour comprendre les dispositions des lois françaises sur la matière, de connaître les buts divers que s'est proposés le législateur en s'en occupant.

679. Le chèque se lie intimement à l'existence des *Banques de dépôt*. En Angleterre, les commerçants et même les simples particuliers ne conservent que très peu de fonds dans leurs caisses; ils déposent leur argent chez des banquiers et chargent ceux-ci de recevoir et de payer pour eux. C'est ce qui fait qu'en Angleterre les lettres de change et les billets à ordre sont très souvent domiciliés chez des banquiers (n° 550). Cette pratique présente des avantages divers: ceux qui y recourent sont débarrassés des ennuis et des frais de conservation et de recouvrement, des risques de perte, de vol, d'incendie, d'infidélité de caissiers. De plus, le banquier dépositaire paie souvent au déposant un intérêt pour les sommes qu'il reçoit et dont il est autorisé à se servir (car il s'agit de dépôts irréguliers) à la charge de les restituer à première réquisition: le plus souvent le banquier dépositaire fait avec ces sommes des prêts à ses clients ou escompte des effets de commerce (Cf. n°s 704 et 707). Le bénéfice du banquier consiste dans la différence entre l'intérêt qu'il sert aux déposants et l'intérêt qu'il exige des personnes auxquelles il fait des avances. Ce ne sont pas seulement les déposants et les banquiers qui profitent de l'usage très répandu des dépôts en banque, c'est aussi le public: les capitaux déposés sont mis à sa disposition moyennant un intérêt, en général, peu élevé.

Celui qui a des fonds déposés chez un banquier peut avoir un paiement à faire. Au lieu de prendre l'argent nécessaire dans sa caisse ou d'aller le chercher chez son banquier pour le remettre à son créancier, le déposant remet à celui-ci un ordre de paiement à vue adressé à son banquier. Cet ordre est précisément un *chèque* (1); il

(1) En anglais le mot *check* ou *cheque* vient du verbe *to check* qui signifie *contrôler, vérifier*. L'émission et le paiement de ce titre supposent, en effet, une vérification; il faut que celui qui tire le chèque vérifie si son banquier a des sommes disponibles à son compte et que le banquier (tiré) vérifie s'il a entre les mains des sommes disponibles pour le tireur.

Source BIU Cujas

constitue un instrument de paiement représentant une somme disponible chez un banquier. Le créancier qui reçoit le chèque n'en touche généralement pas lui-même le montant, mais il le remet à son banquier, pour que celui-ci en opère le recouvrement.

Le chèque est régi actuellement en Angleterre par la loi sur les effets de commerce de 1882 (1) (art. 73 à 82), qui n'a fait que consacrer d'anciens usages et réunir des dispositions éparses dans plusieurs lois spéciales. Le chèque est considéré comme une lettre de change tirée à vue sur un banquier; il est depuis 1856 soumis à un droit de timbre d'un *penny* (10 centimes) identique au droit qui frappe les lettres de change payables à vue.

680. Les services rendus par les chèques se sont multipliés par suite de la manière dont se règlent les comptes entre banquiers et qui permet de faire un chiffre énorme d'affaires avec une quantité relativement restreinte d'espèces métalliques. D'après les usages décrits plus haut, chaque jour les banquiers anglais, spécialement les banquiers de Londres, ont un grand nombre de chèques à payer à leurs confrères ou à recevoir de ceux-ci pour leurs clients. Les paiements, pour être effectués matériellement, exigeraient une grande quantité de numéraire ; les banquiers simplifient les choses en compensant chaque jour entre eux leurs créances et leurs dettes respectives résultant de chèques ou d'autres effets de commerce à vue. Ces opérations de compensation se font dans des établissements appelés *Clearing Houses* (maisons ou chambres de compensation ou de liquidation); il y a un établissement de ce genre à Londres et il en existe aussi dans les grandes villes manufacturières de l'Angleterre. A Londres seulement, les compensations faites au *Clearing House* atteignent parfois 150 milliards de francs par an. Voici en résumé comment on procède : les commis des principaux banquiers se réunissent chaque jour à une heure fixée, chacun apportant les effets payables chez les autres banquiers et les remettant aux commis de ceux-ci. Après vérification, on connaît la somme totale que chaque banquier doit toucher et celle qu'il doit payer, il suffit que chacun reçoive ou paie la différence. Cette différence même n'est pas payée en numéraire. Les banquiers débiteurs d'une différence remettent à

(1) *Bills of Exchange Act.* (45-46 Victoria, chap. 61).

Source BIU Cujas

leurs confrères des mandats sur la Banque d'Angleterre où chaque banquier de la Cité a un compte ouvert, le montant de cette différence est porté au débit de celui qui la doit et au crédit de celui auquel elle est due.

681. En France, l'usage des dépôts dans les banques est moins répandu qu'en Angleterre, il l'était surtout moins il y a une vingtaine d'années. Les commerçants et surtout les simples particuliers conservent parfois dans leurs caisses d'importants capitaux qui y demeurent improductifs; les paiements se font très fréquemment en numéraire, ce qui nécessite une grande quantité d'espèces monnayées. Cependant, afin de mettre dans la circulation, au grand avantage du commerce et de l'industrie, les capitaux restés sans emploi dans les caisses, des établissements de crédit se fondèrent vers 1860 pour recevoir des fonds et importer ainsi en France l'usage des dépôts en banque. Il fallait créer des chèques ou titres permettant aux déposants de payer leurs créanciers en leur conférant le droit de retirer les sommes déposées. Quelle forme devait-on donner à ces titres? On fut fort embarrassé. La forme du *mandat* (ou ordre de paiement créé sur le banquier dépositaire) usitée en Angleterre dut être écartée; un titre ayant cette forme aurait été soumis au droit proportionel de timbre établi par la loi du 5 juin 1850. On adopta la forme du reçu ou *récépissé*, qui, en fait, n'était pas soumis au timbre (1). Au lieu de donner au banquier dépositaire l'ordre de payer, le déposant constatait qu'il avait reçu telle somme de ce banquier et remettait ce récépissé à la personne par laquelle il voulait faire toucher la somme. Ce procédé avait des inconvénients : le récépissé était forcément au porteur, rien n'y indiquait qu'il dût être présenté au banquier dépositaire par telle ou telle personne et celui qui le présentait n'avait pas de signature à donner, car à celui qui présente une quittance déjà signée on ne réclame pas un second reçu. La personne qui trouvait ou qui volait un récépissé, pouvait donc assez aisément tirer parti de sa fraude, elle n'avait pas besoin même pour cela de commettre un faux.

682. Le législateur voulut contribuer à répandre l'usage des dépôts en banque en faisant disparaître l'obstacle que la loi fiscale ap-

(1) Rigoureusement le *récépissé* devait être soumis au timbre de dimension.

Source BIU Cujas

portait à l'introduction en France des chèques ayant, comme en Angleterre, la forme de mandats. La loi du 14 juin 1865 (art. 7) déclara que les chèques ayant cette forme seraient pendant dix ans exemptés de tout droit de timbre. Mais, en accordant cette faveur, le législateur eut une préoccupation spéciale : il craignit que, pour échapper au droit de timbre, on n'employât le chèque au lieu des autres effets de commerce et spécialement de la lettre de change à vue, soumis au timbre proportionnel. Aussi prit-il le soin de délimiter le chèque d'une façon assez précise pour qu'on n'arrivât pas à se soustraire à l'impôt en présentant comme des chèques des titres qui n'en auraient pas les caractères. Ce point de vue fiscal explique encore la plupart des dispositions de nos lois sur la matière.

Depuis 1871, les chèques ne jouissent plus de la dispense du droit de timbre; du moins, ils sont encore favorisés par rapport aux autres effets de commerce, en ce que le droit de timbre auquel ils sont soumis, est fixe et non pas proportionnel. Actuellement les chèques sont frappés d'un droit fixe de dix centimes quand ils sont payables dans le lieu de leur création, et d'un droit de 20 centimes, quand ils sont tirés sur une autre place. La quittance donnée par celui qui reçoit le montant du chèque n'est pas soumise au droit de timbre de 10 centimes qui grève, en principe, toute quittance de plus de 10 fr. (L. 23 août 1871, art. 18 et 20 et loi du 19 février 1875, art. 5 à 6) (1).

Ces dispositions fiscales, comparées à celles qui régissent les lettres de change, ont des conséquences pratiques qu'il importe de signaler. Quand une personne se trouvant dans un lieu a un ordre de paiement à vue à donner sur une autre place, elle a, suivant le montant de la somme dont il s'agit, intérêt, au point de vue fiscal, à prendre la forme du chèque ou celle de la lettre de change. Elle prend la forme du chèque, lorsque la somme est supérieure à 400 fr., le droit de timbre n'étant que de 20 centimes, il serait de 5 centimes par 100 fr. pour une lettre de change; si, au contraire, la somme ne dépasse pas 300 fr., la forme de la lettre de change

(1) Quant au droit d'enregistrement, il n'y a rien de particulier pour le chèque. Il doit être enregistré, lorsqu'il est produit en justice. Le droit est de 50 centimes pour 100 fr., lorsque le chèque est à ordre ou au porteur et de 1 fr. pour 100 fr., quand il est à personne dénommée.

Source BIU Cujas

est préférée, le droit de timbre n'étant que de 5, 10 ou 15 centimes au lieu d'être de 20 centimes; si la somme dépasse 300 fr. sans excéder 400 fr., il n'y a pas intérêt, au point de vue fiscal, à prendre une forme plutôt que l'autre.

683. Sans prendre les développements qu'il a reçus en Angleterre et aux États-unis, le chèque s'est pourtant répandu beaucoup en France depuis 1865. Une chambre de compensation analogue aux *Clearing-Houses* anglais fonctionne à Paris depuis 1872. Les compensations qui s'y font sont beaucoup moins considérables que celles qui sont opérées dans l'établissement similaire de Londres. Le chiffre le plus élevé de ces compensations a été en 1881-1882 d'environ quatre milliards et demi de francs.

684. *Définition et nature du chèque.* — Selon la loi du 14 juin 1865 (art. 1, al. 1), le chèque est *l'écrit qui, sous forme d'un 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 et disponibles.* Il résulte de là que l'écrit se présentant sous la forme d'un *récépissé,* qui était très usitée avant la loi de 1865 (n° 681), n'est pas un *chèque* dans le sens légal du mot; nous déterminerons ci-après (n° 700) quelles règles sont applicables à ce titre qu'on appelle parfois *chèque-récépissé* par opposition au *chèque-mandat.* Une formule de *chèque* conforme aux prescriptions de la loi de 1865 a été donnée à la page 364.

685. *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* (art. 4, al. 1, loi de 1865). C'est une différence avec la lettre de change et une ressemblance avec le billet à ordre (n° 666). Le chèque n'est pas, comme la lettre de change, un acte essentiellement commercial, il est civil ou commercial selon le caractère de l'obligation à laquelle il se rattache; il est, d'après les principes généraux (n° 42), présumé commercial quand il est souscrit par un commerçant. Les règles de compétence des art. 636 et 637, C. com., faites pour le billet à ordre, régissent aussi le chèque.

686. *Mentions que doit contenir le chèque.* — L'art. 1 de la loi de 1865 énumère ces mentions. *Il* (le chèque) *est signé par le tireur et porte la date du jour où il est tiré. Il ne peut être tiré qu'à*

Source BIU Cujas

vue. Il peut être souscrit au porteur, ou au profit d'une personne dénommée. Il peut être souscrit à ordre et transmis même par voie d'endossement en blanc. — La loi de 1874 ajoute d'autres prescriptions : *le chèque indique le lieu d'où il est émis. La date du jour où il est tiré est inscrite en toutes lettres de la main de celui qui a écrit le chèque.* — Il va de soi que la somme à payer doit être indiquée, elle peut être écrite indifféremment en chiffres ou en toutes lettres. Il n'est pas besoin que la signature du tireur soit précédée des mots *bon* ou *approuvé* avec l'indication de la somme en toutes lettres quand le chèque est signé seulement par le tireur, sans être écrit par lui ; la loi spéciale ne parle pas de cette formalité prescrite par l'art. 1326, C. civ., et il s'agit ici d'un titre dont la loi règle les éléments d'une manière complète (analogie, nos 537 et 664). A la différence de ce qui a lieu pour la lettre de change et le billet à ordre (nos 515 et 516), aucune mention de la *valeur fournie*, c'est-à-dire de ce que le souscripteur a reçu du bénéficiaire, n'est exigée.

Ainsi le chèque est daté, il peut être tiré d'un lieu sur un autre, il est nécessairement à vue, il peut être à ordre, mais ne l'est pas de toute nécessité (no 689). Il sera dit aussi plus loin qu'il suppose une provision préalable existant lors de sa création (no 690) et qu'enfin il doit être présenté pour le paiement dans un très bref délai (no 688). Des explications sont nécessaires sur chacun de ces points.

687. *Date du chèque.* — La loi de 1865 (art. 1, al. 2) se contente de dire que le chèque porte la date du jour où il est tiré et punit d'une amende le chèque sans date ou portant une date fausse (art. 6, al. 1). La date a une importance particulière à raison du délai très bref, courant du jour de l'émission, dans lequel le chèque doit être présenté pour le paiement (no 688). Le chèque, qui est nécessairement payable à vue, peut être présenté aussitôt après son émission, il doit l'être au plus tard le cinquième ou le huitième jour à partir de sa création. Il résulte de là qu'on ne peut régulièrement créer un chèque quand la somme due par le tiré au tireur n'est pas exigible. Si l'on voulait pourtant bénéficier du droit de timbre réduit, on pourrait être tenté de laisser la date en blanc, en indiquant l'époque avant laquelle on n'en réclamera pas le paiement,

Source BIU Cujas

ou de le postdater. C'est pourquoi la loi de 1865 punit l'absence de date ou la postdate d'une amende.

La loi de 1874 a augmenté les exigences de la loi de 1865. D'abord, comme on établissait au point de vue fiscal une différence entre les chèques tirés sur le lieu même de leur création et les chèques tirés de place en place, la loi de 1874 veut que le lieu de la création du chèque y soit indiqué. Ce n'est pas tout : elle exige que la date du jour de l'émission soit inscrite *en toutes lettres* par celui qui a écrit le chèque; la date ainsi constatée est plus difficilement modifiée après coup que lorsqu'elle est en chiffres.

Il faut, du reste, remarquer que la loi de 1874 (art. 6) ne punit d'une amende l'absence de date et le défaut de constatation de cette date en toutes lettres qu'autant qu'il s'agit d'un chèque tiré de place en place. Une amende est aussi encourue par celui qui revêt un chèque d'une fausse date ou d'une fausse énonciation du lieu d'où il est tiré. L'amende est de 6 0/0 du montant du chèque sans pouvoir jamais être inférieure à 100 francs et, en outre, le droit de timbre proportionnel de 5 centimes par 100 fr. est dû. V. l'art. 6 de la loi du 19 février 1874 sur les personnes qui peuvent être condamnées à l'amende.

688. *Epoque du paiement.* — Le chèque ne peut être tiré qu'à vue (L. 1865, art. 1, al. 3). Cette prescription est conforme à la destination du titre, qui est de servir d'instrument de paiement; il ne peut remplacer les espèces monnayées qu'autant que celui qui l'a reçu peut se faire payer immédiatement par le tiré. Du reste, si le chèque pouvait être à une échéance plus ou moins éloignée, il se substituerait complètement dans la pratique à la lettre de change par cela même qu'avec lui on échappe au droit de timbre proportionnel. Afin d'éviter qu'un chèque étant tiré à vue, les parties ne conviennent pourtant qu'il ne sera pas payable à première réquisition, toute convention de ce genre est déclarée nulle de plein droit (L. 1874, art. 5, alin. 3).

De ce que le chèque est nécessairement payable à vue, il suit qu'il ne peut pas être question de le présenter à l'acceptation. Quand le porteur le présente, c'est pour en toucher le montant.

689. *Du bénéficiaire du chèque.* — A la différence de la lettre de

Source BIU Cujas

change, le chèque n'est pas nécessairement à ordre; la loi de 1865 (art. 1, al. 4 et 5) distingue le chèque *à personne dénommée*, le chèque *à ordre* et le chèque *au porteur*.

Quand le chèque est au profit d'une personne dénommée, celle-ci seule peut, en principe, en toucher le montant. Elle ne peut le transmettre à une autre personne que par une cession soumise aux formalités de l'art. 1690, C. civ.; ces formalités sont lentes et coûteuses, aussi un chèque n'est-il dans la pratique créé à personne dénommée que lorsque c'est le déposant lui-même qui veut se faire payer directement avec l'intention bien arrêtée de ne faire aucune cession.

Le chèque au *porteur* présente cet avantage qu'il se transmet de la main à la main par la simple tradition. Avec un chèque de cette sorte les dangers de la perte sont très grands, comme, du reste, avec tous les titres au porteur en général. Ce qui les atténue, c'est que celui qui touche un chèque, qu'il soit ou non au porteur, doit l'acquitter pour constater le paiement (L. 1874, art. 5, al. 2 et art. 7); il résulte de là qu'en cas de perte ou de vol, celui qui s'est approprié frauduleusement un chèque, doit donner son nom ou commettre un faux en falsifiant la signature d'une autre personne. On a essayé en Angleterre de corriger les inconvénients de la forme au porteur au moyen de ce qu'on appelle *crossed cheque* (le chèque croisé ou barré). Ce chèque est traversé par deux barres parallèles. Entre ces deux barres, le tireur ou un porteur quelconque inscrit, soit les mots *et Cie*, soit le nom d'un banquier. Dans le premier cas, le recouvrement ne peut être fait que par une maison de banque; dans le second, il doit l'être par le banquier désigné.

Le nom des personnes, autres que le tireur, qui transmettent un chèque au porteur, n'est pas connu, aussi ne peuvent-elles être garantes de la solvabilité du tireur et du tiré.

Le chèque *à ordre* est transmissible par endossement, mais on n'applique pas ici les exigences surannées du Code de commerce relatives aux énonciations que l'endossement doit contenir pour être translatif de propriété (art. 137 et 138, n° 556). Aucune mention spéciale n'est prescrite; la signature de l'endosseur suffit, la loi de 1865 disposant expressément *que le chèque peut être transmis par voie d'endossement en blanc*.

Source BIU Cujas

Les endosseurs d'un chèque sont, comme ceux d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, garants solidaires du paiement envers le porteur (L. 1865, art. 4, al. 2).

690. *De la provision.* — En matière de lettre de change, la provision n'est pas exigée lors de la création du titre ; il suffit qu'elle existe au moment de l'échéance, c'est-à-dire qu'à ce moment, le tiré se trouve être débiteur du tireur, de telle sorte que le tiré, en payant la traite, ne fasse qu'acquitter sa dette envers le tireur. Il en est autrement en matière de chèque : *le chèque ne peut être tiré que sur un tireur ayant provision préalable* (L. 1865, art. 2). Cette idée est, du reste, exprimée dans la définition que donne du chèque l'art. 1 de la même loi : *le chèque sert au tireur à effectuer le retrait de tout ou partie des fonds portés au crédit de son compte et disponibles.*

En quoi consiste la *provision* en matière de chèque, ou, ce qui revient au même, la *disponibilité* des fonds dont le chèque a pour but d'opérer le retrait? Il peut y avoir provision dans deux catégories de cas qu'il importe de distinguer.

a. Paul a un banquier auquel il remet des fonds en dépôt ou qu'il charge d'opérer pour lui des recouvrements; le banquier doit garder les sommes déposées ou recouvrées à la disposition de son client (Paul). Il y a certainement provision (disponibilité des fonds) pour les chèques tirés jusqu'à concurrence de la somme dont le banquier est redevable.

b. Paul est, à raison d'une cause quelconque, créancier d'une somme d'argent exigible. Cela suffit-il pour qu'il puisse tirer un chèque sur son débiteur? Certainement non. On ne peut dire que les fonds sont *disponibles* par cela seul que le tiré est débiteur du tireur, il faut de plus qu'il ait été entendu que les fonds étaient mis à la disposition du tireur, de telle sorte que l'émission d'un chèque suppose une convention en vertu de laquelle le créancier a été autorisé par son débiteur à le tirer. Dès que cette convention existe, le chèque peut être tiré, quelle que soit la profession des parties et quelle que soit la nature de l'opération motivant l'émission du chèque. Par exemple, en vertu d'une convention préalable, un fournisseur peut tirer un chèque sur son client, un vendeur d'immeuble sur l'acheteur demeuré débiteur du prix.

Source BIU Cujas

Ainsi le chèque comporte, d'après nos lois, une extension qu'il n'a jamais eue d'après les lois anglaises. En Angleterre, le chèque est par essence tiré sur un banquier dépositaire des fonds du tireur : c'est dans ce cas seulement, en effet, qu'il est un véritable instrument de paiement. Dans les autres cas, il ne sert guère qu'à remplacer la lettre de change par un titre moins coûteux.

691. Le fait de créer un titre auquel on donne le caractère de chèque, sans qu'il y ait une provision préalable, constitue une *contravention fiscale*. Celui qui émet un chèque sans provision préalable et disponible, non-seulement doit le droit de timbre proportionnel de 5 centimes par 100 fr., mais encore est passible d'une amende de 6 0/0 du montant du chèque (L. de 1874, art. 6). Le plus souvent la fraude contre le fisc se complique d'une fraude au préjudice du bénéficiaire du chèque auquel le tireur a fait faussement croire qu'il avait de l'argent disponible chez le tiré; ce mensonge peut être accompagné de manœuvres frauduleuses lui donnant le caractère d'une escroquerie; il y a lieu alors d'appliquer l'art. 405, C. pén. C'est à cela que fait allusion l'art. 6 *in fine* de la loi de 1874, en réservant l'application des peines correctionnelles. En fait, ces diverses sanctions ne sont appliquées que lorsque le défaut de paiement du chèque révèle l'irrégularité commise.

692. Lorsqu'un chèque est créé dans des conditions régulières, doit-on admettre que le porteur a un droit exclusif sur la provision, de telle sorte qu'il pourrait se faire payer par le tiré sur les fonds disponibles même au cas de faillite du tireur? Une question semblable a été examinée précédemment (nos 574 et suiv.) à propos de la lettre de change. Les lois sur les chèques ne se sont pas plus expliquées que le Code de commerce. Il a été dit que depuis longtemps la jurisprudence est fixée dans le sens du droit exclusif du porteur de la lettre de change sur la provision. La même solution doit être appliquée au chèque par *a fortiori*. Le chèque supposant, d'après la loi même, une provision préalable, il est naturel de faire résulter de l'émission du chèque la cession des droits du tireur contre le tiré. Du reste, la loi a pour but d'encourager l'emploi des chèques et cette solution est bien de nature à produire ce résultat.

693. *Droits et devoirs du porteur.* — Le premier devoir du por-

Source BIU Cujas

teur d'un chèque est d'en réclamer le paiement dans un délai très court. Ce délai est de 5 jours, *y compris le jour de la date*, si le chèque est tiré de la place sur laquelle il est payable, et de 8 jours, *y compris le jour de la date*, s'il est tiré d'un autre lieu (L. de 1865, art. 5, al. 1). La brièveté de ce délai donne, comme cela a été dit (n° 687), une grande importance à la date du chèque. Le délai fixé par la loi pour la présentation de la lettre de change à vue est beaucoup plus long; il est, en principe, de 3 mois (art. 160, C. com.) V. plus haut, n° 615.

Plusieurs raisons expliquent la brièveté du délai de présentation pour les chèques. D'abord elle marque la différence entre le chèque, instrument de paiement, et la lettre de change, instrument de crédit. Du reste, le tireur est intéressé à ce que le délai de la présentation soit très bref, il est garant du paiement du chèque, il faut que sa responsabilité soit promptement dégagée. Enfin l'intérêt des banques de dépôts serait compromis, si, dans un moment de crise, on leur présentait en même temps les chèques émis pendant plusieurs semaines ou même pendant plusieurs mois.

Le fait de la présentation du chèque dans le délai légal doit être constaté, qu'il y ait ou non paiement. Quand il y a paiement, le chèque doit être acquitté et l'acquit doit être daté (Loi de 1874, article 5, al. 2). Celui qui paie un chèque sans exiger qu'il soit acquitté, est passible personnellement et sans recours d'une amende de 50 francs (L. 1874, art. 7). Cela doit s'entendre non-seulement du défaut complet d'acquit, mais aussi de l'absence de date dans l'acquit. Quand il n'y a pas paiement, le fait de la présentation dans le délai légal se trouve constaté par le protêt.

694. La loi de 1865 (art. 4, al. 2) renvoie, pour le cas de non paiement, aux dispositions du Code de commerce relatives à la garantie solidaire du tireur et des endosseurs, au protêt et à l'exercice de l'action en garantie en matière de lettre de change.

La présentation et le refus de paiement doivent donc être constatés par un protêt dressé le lendemain de l'échéance, c'est-à-dire du jour où le chèque a été présenté (art. 162, C. com.). Puis, la notification du protêt et l'assignation en justice doivent suivre dans la quinzaine conformément à l'art. 165, C. com.

Source BIU Cujas

695. Le défaut de protêt en temps utile ou de signification de la demande en justice au tireur ou aux endosseurs dans les délais légaux a les mêmes conséquences qu'en matière de lettre de change (L. de 1865, art. 4, al. 2; nos 641 et suiv.) : le porteur du chèque est donc déchu de son droit de recours contre les endosseurs et contre le tireur. Quant au défaut de présentation dans le délai de 5 ou de 8 jours, la loi de 1865 (art. 5, al. 2) s'exprime ainsi : *Le porteur d'un chèque qui n'en réclame pas le paiement dans les délais 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.* Ainsi le recours contre les endosseurs est toujours perdu, sans qu'il y ait aucune justification à faire ; cela est d'accord avec la règle admise pour la lettre de change et le billet à ordre (art. 168, C. com.) et cela s'explique de la même manière (n° 645). Quant au tireur, la loi distingue: il ne peut opposer la déchéance qu'autant qu'il a fait provision et que la provision a péri par le fait du tiré après les délais accordés pour la présentation du chèque. Ainsi un chèque a été tiré de Paris sur Paris le 1er août et le tiré avait des fonds à la disposition du tireur ; le tiré, qui payait régulièrement du 1er au 5 août, a cessé ses paiements le 6 et le porteur ne s'est présenté que ce jour-là. C'est par la négligence du porteur que la provision a péri, il est juste qu'il subisse les conséquences de cette négligence. Si, au contraire, la cessation des paiements du tiré s'est produite le 4 ou le 5 août, le tireur ne pourrait pas opposer la déchéance au porteur en lui disant que, s'il s'était présenté le 2 ou le 3, il aurait été payé ; le délai de 5 jours appartenait tout entier au porteur et il n'est pas en faute d'en avoir usé.

696. Quand un créancier a reçu de son débiteur un chèque en paiement, on ne saurait voir là une novation, à moins qu'il n'y ait une volonté formellement exprimée à cet égard. La novation ne se présume pas (art. 1273, C. civ.), V. n° 360; il y a une simple indication de paiement, l'extinction de la dette est subordonnée à l'acquittement du chèque. Si donc le chèque n'est pas payé et si le créancier, porteur de ce chèque, a été diligent, il peut agir contre son débiteur en vertu du chèque ou en vertu de sa créance primi-

Source BIU Cujas

tive, à son choix. Si, au contraire, le créancier, porteur du chèque, a été négligent, peut-il, laissant de côté le chèque, agir contre son débiteur en vertu de sa créance primitive? La négative est certaine. Autrement le porteur du chèque aurait un moyen facile de se décharger des conséquences de sa négligence. La négligence doit produire des effets analogues à ceux du paiement : si les formalités prescrites par la loi n'ont pas été remplies en temps utile, les intéressés peuvent tenir le chèque pour payé.

697. Le chèque, à raison de la brièveté du délai donné pour le présenter, n'est pas, au même degré que la lettre de change, un titre pouvant circuler facilement dans plusieurs pays. Mais on peut tirer des chèques entre pays voisins, par exemple émettre un chèque de Paris sur Genève ou sur Bruxelles. La loi de 1874 (art. 9) s'est occupée spécialement des chèques tirés d'un pays étranger sur la France. A ces chèques on applique la loi française, par dérogation à la règle *locus regit actum*. Seulement ce n'est pas lors de leur création que ces chèques doivent être revêtus d'un timbre français, c'est lorsqu'ils pénètrent en France; ils doivent être timbrés avant tout endossement fait en France. Quel timbre doit être apposé? Le timbre fixe de 20 centimes. Il faut pour cela que l'effet soit conforme aux dispositions des lois de 1865 et de 1874; autrement il est soumis au timbre proportionnel de 5 centimes par 100 francs.

La loi ne s'est occupée ni des chèques tirés de la France sur l'étranger, ni des chèques tirés de l'étranger sur l'étranger et transitant seulement en France. Les premiers sont soumis à la loi française par cela même qu'ils sont créés en France. Quant aux seconds, le silence de la loi française implique qu'ils échappent à ses dispositions et qu'à la différence des lettres de change ne faisant que transiter en France, ils ne sont pas soumis au droit de timbre français. Cf. n° 669.

698. *Règles applicables aux chèques en dehors de celles contenues dans les lois de 1865 et de 1874.* — Les lois de 1865 et de 1874 ont déclaré formellement applicables aux chèques plusieurs dispositions du Code de commerce sur les lettres de change (art. 4, al. 2 et art. 5, al. 2, L. de 1865). Que décider pour les autres dispositions du Code résolvant des questions non touchées par les lois sur les

Source BIU Cujas

chèques? Il paraît juste de considérer les dispositions du Code de commerce sur les lettres de change comme formant le droit commun et d'y soumettre les chèques, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à la nature de ceux-ci. Par application de cette idée, il faut suivre les règles relatives au paiement des lettres de change (nos 602 et suiv.); en cas de perte du chèque, comme il n'y a jamais pluralité d'exemplaires, ni acceptation, on doit suivre les règles édictées par le Code de commerce pour le cas de perte de l'exemplaire unique d'une lettre de change non acceptée (n° 613). — La loi n'a rien dit de la prescription applicable aux chèques. La question de savoir quelle prescription doit être admise se présentera rarement, car les opérations dans lesquelles des chèques interviennent sont réglées promptement. Si elle se posait, il paraîtrait naturel d'appliquer la prescription de 5 ans de l'art. 189, C. com., au chèque à ordre ayant le caractère commercial. Cela paraît conforme à l'idée générale admise plus haut et selon laquelle les dispositions du Code de commerce doivent servir à compléter les lois sur les chèques.

699. *Comparaison de la lettre de change et du chèque.* — Entre le chèque tiré de place en place et la lettre de change payable à vue, il y a une analogie très grande. Cependant les règles applicables à ces deux sortes de titres diffèrent à d'assez nombreux points de vue. Les principales différences sont les suivantes :

1. La lettre de change est soumise à un droit de timbre proportionnel de 5 centimes par 100 francs, tandis que le chèque de place à place subit un droit de timbre fixe de 10 centimes.

2. La lettre de change à vue doit être présentée, en principe, dans les trois mois de sa date, le chèque dans les huit jours.

3. La lettre de change est un acte essentiellement commercial; selon les cas, le chèque est un acte de commerce ou un acte civil.

4. La mention de la *valeur fournie*, nécessaire dans la lettre de change, n'est pas exigée dans le chèque.

5. La lettre de change ne peut être qu'à ordre, tandis que le chèque peut être à ordre, au porteur ou à personne dénommée.

6. La date de la lettre de change peut être écrite en chiffres; celle du chèque doit l'être en toutes lettres sous peine d'amende.

7. Le chèque doit être acquitté lors du paiement et l'acquit doit

Source BIU Cujas

être daté; il n'y a aucune exigence analogue pour la lettre de change.

8. La lettre de change même à vue ne suppose pas nécessairement la provision lors de sa création. Un chèque ne peut être tiré régulièrement que s'il y a une provision préalable et disponible.

9. Pour être translatif de propriété, l'endossement d'une lettre de change doit, en principe, contenir un certain nombre de mentions énumérées par le Code de commerce. Pour le chèque, la loi n'indique pas les énonciations à insérer dans l'endossement, de telle sorte que l'endossement en blanc peut transférer la propriété du chèque.

699 *bis.* A raison des différences qui viennent d'être signalées entre le chèque et la lettre de change à vue, on comprend l'importance qu'il y a à déterminer le caractère d'un effet donné. Il peut n'y avoir pas de doute; par exemple, si le titre est au porteur ou à personne dénommée, ce ne peut être une lettre de change; ou encore le titre indique expresément ce qu'il est. Il peut en être autrement: ainsi on a employé le mot *mandat* qui est équivoque. Quel critérium admettre? On ne peut poser de règle absolue. Il est raisonnable de supposer que les parties ont voulu agir régulièrement; si le titre porte un timbre fixe ou s'il ne mentionne pas la valeur fournie, on présumera que c'est un chèque.

700. *Du récépissé.* — La loi de 1865 n'admet pas *le chèque* ayant la forme d'un récépissé. Assurément il n'est pas interdit à une personne ayant déposé des fonds chez un banquier de remettre à son créancier un reçu que celui-ci présente au banquier dépositaire; mais à des reçus de cette sorte on ne peut appliquer les règles spéciales aux chèques. A quelles règles sont-ils donc soumis?

Le récépissé ressemble à un titre au porteur; signé du déposant, il peut circuler de mains en mains sans aucune formalité. Mais quel est exactement le droit résultant pour le porteur de la délivrance d'un reçu? On sait que le porteur d'un chèque ne peut se voir enlever le droit d'exiger le paiement par une opposition du tireur. On sait aussi que le porteur d'un chèque a sur la provision un droit exclusif qui lui permet de se faire payer par le tiré à l'exclusion des créanciers du tireur en faillite. Faut-il donner les mêmes solutions pour le porteur d'un récépissé? La question est discutée (1).

(1) V. *Précis de Droit commercial*, I, n° 1366.

Source BIU Cujas

Nous pensons que le porteur du récépissé est simplement le mandataire du signataire, que dès lors son mandat peut être révoqué par la volonté du mandant ou par sa déclaration de faillite. Le porteur du récépissé, pour ne pas être dans cette situation précaire, n'avait qu'à exiger un véritable chèque.

Section II. — Des opérations de banque et des comptes-courants.

701. Le Code de commerce (art. 632) mentionne les opérations de banque parmi les actes de commerce (n° 33) ; mais il ne les énumère pas et ne pose pas les règles qui les régissent. L'importance de ces opérations et les difficultés juridiques auxquelles elles donnent lieu exigent qu'une étude spéciale en soit faite. Ces difficultés ont toutefois beaucoup diminué de nombre depuis que la liberté de l'intérêt a été admise en matière commerciale par la loi du 12 janvier 1886 (Cf. n°s 702, 713, 714). Des opérations de banque nous rapprocherons les *comptes-courants*. Le plus souvent, dans un compte-courant, l'une des deux parties est un banquier de profession et ce sont des opérations de banque qui viennent, en général, s'y résumer. Il sera donc traité dans deux parties distinctes : A. — *Des opérations de banque ;* B. — *Des comptes-courants.*

A. — Des opérations de banque.

702. Ces opérations sont faites le plus souvent par des individus ou des sociétés qui en font leur profession : les *banquiers* sont ceux qui font des opérations de banque à titre professionnel ; le nom de *banques* est souvent donné aux établissements des banquiers et l'on qualifie d'*institutions de crédit* les banques les plus importantes. Parmi elles, il en est que le Code de commerce (art. 632, al. 5) désigne sous le nom de *banques publiques* par opposition aux banques privées ; ce sont des sociétés établies sous l'autorité du gouvernement, régies par des statuts qu'il a approuvés et qui lui donnent dans leur organisation ou leur fonctionnement un certain droit d'intervention. Telles sont la Banque de France, la Banque de l'Algérie, les Banques coloniales.

703. Généralités. — Les opérations de banque sont d'une très grande variété et l'on ne peut guère, par suite, que mentionner leurs

Source BIU Cujas

caractères communs et indiquer les plus usuelles. Elles ont pour objet les monnaies, les métaux précieux, les titres qui les représentent, les valeurs de Bourse. Les banquiers sont utiles au commerce et à l'industrie en servant d'intermédiaires entre les capitalistes qui cherchent des placements et les travailleurs de tout ordre qui cherchent des capitaux. Ils procurent au commerce le crédit, l'une des conditions essentielles de son développement.

Le commerce de banque est libre, en principe ; une restriction est apportée à cette liberté pour l'émission des billets de banque qui est réservée, à titre de privilège, à la Banque de France (n° 710).

Les principales opérations de banque sont : *les dépôts, les virements, les recouvrements, la négociation des effets de commerce, l'escompte, le change, les avances ou prêts sur titres, les ventes et achats de valeurs de Bourse, les émissions directes soit d'actions, soit d'emprunts de sociétés ou d'États, la création de billets au porteur* dits *billets de banque.*

704. Les banquiers reçoivent en dépôt des sommes d'argent (n° 679), des métaux précieux, des valeurs de Bourse. Le dépôt des objets de ces deux dernières catégories est ordinairement un dépôt *régulier*, c'est-à-dire que les choses déposées elles-mêmes doivent être conservées et rendues; le banquier dépositaire perçoit un droit de garde. Le dépôt d'espèces est un *dépôt irrégulier;* le banquier doit restituer une somme égale à celle qu'il a reçue et non les pièces mêmes qui lui ont été remises. Selon les conventions, le déposant ne peut réclamer que le capital ou a droit à un intérêt. L'utilité des dépôts en banque a été expliquée plus haut (n° 679) à propos des *chèques* qui servent surtout à retirer les sommes déposées chez les banquiers. Ceux-ci, comme il a été dit, ne conservent pas ordinairement dans leurs caisses les sommes déposées; ils les emploient à faire des avances, à escompter des effets de commerce, etc... Les emplois de ces sommes déposées doivent, en général, consister dans des placements à court terme; car il faut que les banquiers puissent toujours être à même de restituer les sommes déposées qui viendraient à leur être réclamées; une grande prudence leur est nécessaire.

705. Aux dépôts se rattachent nécessairement des comptes ouverts

Source BIU Cujas

à chaque déposant pour indiquer les sommes déposées et les sommes retirées. L'existence de ces comptes de dépôt ouverts à différentes personnes donne lieu au *virement;* il consiste à transférer, selon la volonté des déposants, le crédit d'un compte à un autre compte, de façon à ce qu'un déposant devienne créancier du banquier dépositaire à la place d'un autre déposant. Par exemple, si Paul a fait un dépôt dans une maison de banque et est débiteur de 10,000 fr. envers Pierre, client du même banquier, Paul d'accord avec Pierre peut donner l'ordre à leur banquier commun de porter 10,000 fr. au crédit de Pierre et de le débiter (lui Paul) de pareille somme. A l'aide des virements, on peut économiser des espèces métalliques et arriver au même résultat à cet égard que par l'emploi de chèques. Les comptes ouverts par la Banque de France aux principaux commerçants et les virements qu'ils permettent d'opérer expliquent en partie comment l'usage des chèques a été si long à s'introduire en France (n° 681).

706. Les banquiers se chargent de recouvrer les effets de commerce que leur remettent leurs clients. Cela rend service à ceux-ci, quand ils n'ont pas le personnel nécessaire pour faire toucher leurs effets de commerce ou quand le paiement doit en être fait dans des localités éloignées. Les banquiers perçoivent un droit de commission variant avec le lieu où le paiement doit être opéré (1). Ils sont les mandataires de leur clients qui se bornent à revêtir l'effet à recouvrer d'un endossement irrégulier ou à le remettre au banquier après y avoir mis un acquit.

707. Les banquiers ne se bornent pas à se charger du recouvrement des effets de commerce, ils en font aussi *l'escompte.* Escompter des effets de commerce, c'est s'en rendre cessionnaire avant l'échéance en en remettant le montant au cédant, sous la déduction d'une somme proportionnée au temps à courir jusqu'à l'échéance. On appelle *escompte,* soit cette déduction, soit l'opération entière (2). Ce n'est

(1) Dans les localités où il n'y a qu'un ou deux banquiers, le droit de commission exigé par eux est souvent assez élevé. C'est pour réduire autant que possible cette charge pesant sur le commerce que le recouvrement par l'Administration des postes a été admis (n° 566).

(2) Le mot *escompte* a encore d'autres sens. On entend parfois par là la réduction que le vendeur consent sur le prix à l'acheteur à crédit, quand celui-ci

Source BIU Cujas

pas la seule déduction faite par les banquiers en cas d'escompte : ils déduisent aussi, d'ordinaire, une certaine somme soit pour droit de commission, soit pour le change, quand l'effet est payable dans un lieu autre que celui où il est escompté. Le client escompté peut, grâce à l'escompte, obtenir avant l'échéance les capitaux qui lui sont dus à terme et dont il a immédiatement besoin (n° 533). L'escompte fait courir un risque à l'escompteur, celui du non paiement à l'échéance de l'effet escompté. Pour se garantir contre ce risque, le banquier prudent n'admet à l'escompte que des effets déjà revêtus de plusieurs signatures. A raison de l'obligation de garantie incombant à chaque endosseur, le paiement est d'autant plus assuré que les signataires sont plus nombreux. C'est ainsi que la Banque de France n'admet à l'escompte que les effets revêtus de 3 signatures au moins. Aussi, quand des porteurs d'effets de commerce non revêtus de ce nombre de signatures veulent les faire escompter, ils s'adressent à des banquiers qui à leur tour les font escompter par la Banque de France.

C'est grâce à l'escompte que les banquiers peuvent parfois avoir en grand nombre des lettres de changes tirées sur des pays étrangers et sont à même de les transmettre à des personnes en ayant besoin pour payer des dettes dans ces pays. Ils jouent ainsi souvent le rôle d'intermédiaires entre ceux qui veulent céder des lettres de change et ceux qui veulent s'en rendre cessionnaires. Il a déjà été dit (n° 530) qu'ils font à cet égard des opérations que la loi (art. 76, C. com.) réserve aux agents de change et que ceux-ci leur abandonnent. Ce sont les banquiers qui se livrent aux opérations constituant des *arbitrages de change* (n° 531).

708. Les banquiers sont mis à même de connaître le crédit que méritent les sociétés ou les États. Aussi leur clients les chargent-ils souvent de vendre ou d'acheter des actions ou des obligations de sociétés, des titres d'États. Ils ne peuvent pas exécuter toujours eux-mêmes les ordres de vente ou d'achat qui leur sont donnés, il leur faut le plus souvent s'adresser à des agents de change sous

le paie avant le terme. On dit aussi qu'il y a *escompte* dans les marchés à terme portant sur des valeurs de Bourse, lorsque l'acheteur use de la faculté qui lui appartient, d'après l'usage, d'exiger la livraison avant le terme (n° 784).

Source BIU Cujas

peine de commettre le délit d'immixtion dans les fonctions de ces officiers publics (n° 769).

709. Quand il s'agit des souscriptions d'actions des sociétés ou des emprunts faits par les États, les provinces, les départements, les villes, les banquiers jouent souvent un rôle important. Ils souscrivent une grande partie des actions ou d'un emprunt. Ils écoulent ensuite les titres en les vendant en détail au public. Ils réalisent alors un bénéfice égal à la différence entre le taux de l'émission et le prix des ventes de titres opérées par eux. Souvent deux ou trois banquiers s'associent pour couvrir entièrement la souscription (*syndicat de banquiers*). Les syndicats ont sans doute le grand avantage de faciliter les souscriptions, mais en monopolisant entre les mains d'un petit nombre de banquiers des titres d'une certaine espèce, les syndicats rendent les banquiers syndiqués maîtres du marché et entraînent une surélévation artificielle des cours.

Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où une maison de banque prête seulement ses bureaux et, par suite, donne l'appui de son nom pour l'émission de titres nouveaux. Dans ce dernier cas, le banquier n'est pas lui-même souscripteur et n'a pas, en conséquence, à revendre des titres qui lui ont appartenu, il est simplement un intermédiaire rapprochant les souscripteurs de la société, de l'État, de la ville, etc... qui a ouvert la souscription. Quand des versements sont demandés sur les titres non libérés, on ne saurait s'adresser au banquier qui s'est borné à jouer ce dernier rôle.

710. En recevant des dépôts, les banquiers se procurent des capitaux, mais souvent ces capitaux sont peu importants et leur sont remis à des conditions onéreuses pour eux. Aussi ont-ils recours à un moyen de se procurer de l'argent plus commode et moins coûteux ; ils émettent des billets au porteur contenant promesse de payer une somme d'argent à vue et les remettent aux personnes dont ils escomptent les effets de commerce ou qui demandent des avances. Ces billets connus sous le nom de *billets de banque* (*Banknoten, Banknotes*) circulent comme de l'argent monnayé par cela même qu'ils sont convertibles en argent à tout instant ; cette circulation suppose naturellement une pleine confiance dans la solvabilité de la maison de banque qui a émis les billets.

Source BIU Cujas

Une longue expérience a démontré que, sauf dans des crises exceptionnelles, les porteurs de billets de banque n'en réclament pas tous le remboursement en argent. Aussi les banques qui émettent ces billets peuvent-elles sans inconvénient le faire pour une somme dépassant leurs ressources disponibles (capitaux déposés, effets de commerce escomptés dont les échéances se produisent successivement, etc...). De cette façon, les maisons de banque qui émettent des billets peuvent employer une partie des capitaux déposés à des opérations utiles au commerce et les services rendus par les banquiers aux commerçants se trouvent augmentés.

Du reste, en France, comme dans presque tous les Etats, le droit d'émettre des billets de banque n'appartient pas à tous les banquiers, mais est réservé à un établissement privilégié, la *Banque de France*. V. sur cet établissement, nos 718 et suiv.

711. Les opérations de banque sont trop variées pour que la même personne puisse se livrer à la fois à toutes ; le plus souvent les banquiers se spécialisent. On distingue parfois les *banques de commerce* et les *banques de spéculation :* les premières reçoivent des dépôts, font des prêts ou avances, escomptent les effets de commerce ; les secondes, qui forment ce qu'on appelle parfois la *haute banque,* émettent des emprunts pour le compte des États ou des sociétés, constituent des syndicats pour couvrir des émissions. Il va de soi que cette distinction n'a pas un caractère absolu et de grandes sociétés de banque se livrent à la fois à toutes ces opérations.

Après ces généralités, nous allons parler spécialement de quelques-unes des opérations de banque et, à propos de l'émission des billets de banque, donner des notions sommaires sur la Banque de France.

712. *Prêts, avances. Taux de l'intérêt.* — Les banquiers font à leurs clients des avances qui sont des prêts à intérêt ordinaires. Quel taux d'intérêt peuvent-ils stipuler ? D'après la loi du 3 septembre 1807, l'intérêt ne peut excéder 5 0/0 *en matière civile* et 6 0/0 *en matière de commerce.* La loi du 12 janvier 1886 (no 18, page 20) a, tout en laissant subsister la limitation de l'intérêt à 5 0/0 en matière civile, proclamé le principe de la liberté de l'intérêt *en matière de commerce.* A quel *criterium* doit-on s'attacher pour déter-

Source BIU Cujas

miner si l'on est en matière civile ou en matière de commerce ? L'importance de la question a augmenté depuis la loi du 12 janvier 1886. Pourtant ni cette loi ni la loi du 3 septembre 1807 ne contiennent de disposition sur ce point. On a même refusé d'insérer dans la loi nouvelle une définition ; il a été seulement entendu dans les Chambres qu'on se référait à la jurisprudence qui s'était formée sous l'empire de la loi de 1807 pour distinguer les matières commerciales des matières civiles au point de vue du taux de l'intérêt. La Cour de cassation et la plupart des Cours d'appel admettent qu'un prêt doit être considéré comme commercial quant au taux de l'intérêt, non seulement lorsqu'il est fait pour une opération commerciale, mais encore lorsque le prêteur est un commerçant et plus spécialement un banquier, l'emprunteur ne destinât-il pas les fonds prêtés à une opération de commerce. En faveur de cette jurisprudence, on allègue les raisons suivantes. D'abord il est juste que l'intérêt puisse être plus élevé quand les fonds empruntés doivent être employés dans des opérations commerciales ; car les risques sont plus grands pour le prêteur. Ce n'est pas tout, ces opérations étant plus lucratives que les opérations civiles, elles doivent permettre à l'emprunteur de payer un intérêt plus fort. Puis il est naturel qu'il en soit de même lorsque le prêteur est un commerçant, quelle que soit la destination des sommes empruntées. En effet, l'intérêt est une compensation de la privation de jouissance de ces sommes ; cette privation est plus onéreuse pour un commerçant par cela même qu'il tire ordinairement de son argent des profits plus grands qu'un non-commerçant. Cette jurisprudence est critiquable et l'on a soutenu sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 que la destination des fonds prêtés est le seul *criterium* auquel on doive s'attacher, de telle sorte que le prêt fait même par un banquier pour des opérations civiles ne devrait pas être considéré comme un prêt fait en matière de commerce. Mais cette opinion paraît difficilement soutenable depuis la loi du 12 janvier 1886 par cela même que, dans les discussions de cette loi, il a été déclaré à plusieurs reprises et de la façon la plus expresse que l'on entendait se référer à la jurisprudence établie sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 pour le *criterium* servant à distinguer les matières commerciales des matières civiles.

Source BIU Cujas

Il faut bien remarquer que la qualité de commerçant de l'emprunteur ne saurait rendre par elle-même le prêt commercial, en ce sens qu'un prêt fait même à un commerçant pour ses besoins personnels ou ceux de sa famille, est un prêt civil dans lequel, par suite, l'intérêt ne peut dépasser 5 p. 0/0. Seulement, en fait, le prêt fait à un commerçant est presque toujours commercial par cela même que le plus souvent c'est pour les besoins de son commerce qu'il emprunte. Du reste, il y a évidemment lieu d'appliquer ici la présomption de l'art. 638, 2e, al., C. com. (n° 42) et de considérer par suite, jusqu'à preuve du contraire, comme prêt commercial tout prêt fait à un commerçant.

713. Depuis longtemps des réclamations s'étaient élevées contre la restriction apportée par la loi de 1807 à la liberté du taux de l'intérêt; c'était en matière commerciale qu'elles étaient le plus vives. Les éléments du taux de l'intérêt (rareté ou abondance des capitaux, risques, etc.), puisés dans l'état général du marché ou dans la situation particulière des parties contractantes, sont essentiellement variables ; un maximum légal semble donc contraire à la nature des choses. En fait, dans bien des cas, les banquiers prêtaient à un taux supérieur à 6 0/0 sans que l'on pût, au point de vue économique ou moral, critiquer leur conduite. Restait à concilier cette conduite avec le texte de la loi. La jurisprudence, tenant compte des exigences du commerce, avait admis que les banquiers, rendant un service spécial à leurs clients en leur servant d'intermédiaires avec les capitalistes, pouvaient pour ce service exiger une rémunération appelée *droit de commission* et distincte de l'intérêt proprement dit. En droit, cette jurisprudence était très critiquable, puisqu'elle aboutissait à tolérer une perception usuraire en présence d'un texte légal ne comportant aucune distinction; en fait, elle était dangereuse et arbitraire, parce que les tribunaux s'attribuaient le droit de décider, suivant les circonstances, si le droit de commission était ou non exagéré. Aucune question de ce genre ne saurait se présenter aujourd'hui. La loi du 12 janvier 1886 ayant admis la liberté de l'intérêt en matière commerciale, les banquiers peuvent percevoir pour les capitaux avancés par eux telles rémunérations que bon leur semble.

Source BIU Cujas

714. *De l'escompte. Nature de l'opération.* — L'une des opérations les plus fréquentes des banquiers est l'escompte. On entend par là, comme cela a été dit (n° 707), l'acte par lequel un banquier reçoit un effet de commerce non encore échu qui lui est endossé par le porteur et remet en retour à celui-ci le montant de cet effet sous certaines déductions. Ces déductions sont ordinairement au nombre de trois : 1° l'escompte proprement dit ; 2° un droit de commission ; 3° un droit de change, quand l'effet est payable dans un lieu autre que celui où il est escompté.

Il n'est pas douteux que, depuis la loi du 12 janvier 1886, l'escompte est fixé librement par les parties, que le droit de commission et le droit de change sont licites. Mais, quand le taux de l'intérêt était fixé par la loi à 6 0/0 au maximum en matière de commerce, des difficultés graves s'élevaient sur la légalité de ces diverses déductions.

La légitimité de la déduction opérée à titre d'escompte ne pouvait pas être contestée en elle-même : il est juste que l'escompteur reçoive une rémunération, alors qu'il se prive jusqu'au jour de l'échéance de la somme qu'il débourse par anticipation et court le risque de ne pas être remboursé. L'escompte ne devait-il pas être limité à 6 0/0 en vertu de la loi du 3 septembre 1807 ? La solution à donner à cette question dépendait de la nature qu'on reconnaissait à l'opération. On avait soutenu que l'escompte était la vente d'une créance non exigible (contre l'accepteur ou le souscripteur) et que, par suite, le montant de la déduction à faire à titre d'escompte pouvait être fixé selon la volonté des parties, par cela même que, dans la vente, les parties peuvent déterminer librement le montant du prix. Cette doctrine n'était pas admissible : il y a là un prêt et l'escompte déduit est un intérêt. L'escompteur avance une somme qui doit lui être remboursée à une époque ultérieure ; c'est là ce que fait le prêteur. Il est vrai que l'escompteur doit recevoir cette somme d'une personne autre que l'escompté qui joue le rôle d'emprunteur, à savoir du tiré ou du souscripteur ; mais cette circonstance est secondaire. Du reste, par cela même qu'il est garant du paiement comme tireur ou endosseur, celui qui a fait escompter l'effet est tenu au remboursement au moins à titre subsidiaire.

Source BIU Cujas

La loi du 12 janvier 1886, en admettant la liberté du taux de l'intérêt, a fait disparaître cette question. Il est évident, même pour ceux qui voient avec nous dans l'escompte un prêt, qu'aucune limite n'est plus apportée au montant de la déduction faite à titre d'escompte.

Pour la facilité des calculs, en matière d'escompte, on est dans l'habitude de diviser l'année en 360 et non en 365 jours. Ainsi l'escompte d'un trimestre se déduit sur un effet payable dans 90 jours, quoique ce nombre de jours ne forme pas exactement le quart d'une année. Cette pratique est assurément licite. On pouvait la considérer comme illégale sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807 ; car elle conduisait à une stipulation usuraire quand l'escompte atteignait 6 0/0 pour 360 jours.

Ordinairement aussi l'escompte se calcule sur le montant de l'effet et non sur la somme réellement déboursée par l'escompteur. Ainsi un banquier remet 94 fr. seulement pour un effet de 100 fr. remis à l'escompté et l'intérêt est ainsi de 6 fr. pour une somme de 94 fr. déboursée. Cette pratique commode pour les calculs pouvait être considérée comme usuraire avant la loi du 12 janvier 1886; aujourd'hui elle est parfaitement licite.

De même, le droit de commission retenu par l'escompteur pouvait être considéré comme usuraire dès que l'escompte atteignait 6 0/0. Depuis la loi du 12 janvier 1886, cette perception est certainement licite; il n'y a plus d'usure en matière commerciale.

715. *Droit de change. Effets bancables et effets déplacés.* — L'argent n'ayant pas la même valeur sur toutes les places et le recouvrement d'une somme payable dans un lieu éloigné occasionnant des dépenses spéciales, il est légitime que l'escompteur déduise pour droit de change une certaine somme, quand l'effet escompté est payable dans un lieu autre que celui où l'escompte se fait. Pour les effets payables à l'étranger, le montant de ce droit varie avec le cours du change (n° 531); pour les effets payables en France, il est fixé par le tarif de chaque maison de banque. Le droit de change est moins élevé sur les effets payables dans les villes où la Banque de France a un établissement que sur les effets payables dans les autres villes. La raison en est que les banquiers escompteurs peuvent plus facilement encaisser le montant des premiers effets en re-

Source BIU Cujas

courant à la Banque de France. On appelle dans l'usage ces effets *effets bancables*, tandis qu'on qualifie les autres d'*effets déplacés*.

716. *Ouvertures de crédit.* — Afin d'être assurés d'avoir à leur disposition les sommes qui pourront leur être nécessaires, les clients d'un banquier se font faire par lui une *ouverture de crédit*. On entend par là une promesse de prêt, par laquelle une personne (*le créditeur*) s'oblige à tenir certaines sommes à la disposition d'une autre (*le crédité*). En général, le maximum de ces sommes et le délai dans lequel elles pourront être demandées au créditeur, sont fixés. Quand la réalisation de l'ouverture du crédit est réclamée par le crédité, il devient emprunteur du créditeur.

Selon les conventions des parties, le crédité peut réclamer des avances directes au créditeur, peut tirer sur celui-ci des lettres de change ou lui faire escompter des effets de commerce. Souvent l'ouverture de crédit est accompagnée d'un compte-courant. V. pour l'utilité de cette combinaison, n° 727.

Le crédité doit rembourser au créditeur les sommes avancées directement ou indirectement par celui-ci et en payer l'intérêt au taux convenu. Il paie d'ordinaire un premier droit de commission proportionnel aux sommes réellement avancées et un second droit de commission sur l'ouverture de crédit, qu'elle se réalise ou non, à raison du service que le créditeur rend au crédité en tenant des fonds à la disposition de celui-ci.

Le plus souvent le créditeur exige du crédité des garanties pour assurer le remboursement, un cautionnement, un gage, une hypothèque. La légalité de ces garanties est certaine, quoiqu'elles précèdent la naissance de la dette du crédité; car toutes peuvent être données pour des dettes futures.

Quand une hypothèque est constituée par le crédité, l'inscription est d'ordinaire prise immédiatement, c'est-à-dire avant même que l'ouverture de crédit ne soit réalisée. Il faut alors déterminer si l'hypothèque est opposable aux tiers du jour de son inscription ou seulement à compter de la date où le crédit est réalisé. La question présente un grand intérêt pratique dans le cas où le crédité a constitué sur l'immeuble hypothéqué au créditeur des hypothèques que des tiers ont inscrites depuis l'inscription prise en vertu de l'ouver-

Source BIU Cujas

ture de crédit, mais avant sa réalisation. On a soutenu anciennement que l'hypothèque ne peut prendre rang qu'à partir de la date des avances faites au crédité; on disait que l'hypothèque, droit accessoire, ne peut préexister à la dette qu'elle doit garantir et qu'il n'y a de dette du crédité envers le créditeur que du jour où des avances ont été faites. Cette opinion est aujourd'hui condamnée avec raison par la jurisprudence qui reconnaît que l'hypothèque prend rang du jour de son inscription. Il est vrai qu'alors elle préexiste à la dette garantie par elle; mais on ne saurait citer de disposition légale ou de principe empêchant la constitution d'une hypothèque destinée à garantir une dette future et prenant rang avant la naissance de celle-ci. L'art. 2135-1°, C. civ., implique, au contraire, qu'une hypothèque peut prendre rang à une date antérieure à la dette garantie, en décidant que l'hypothèque légale du mineur prend rang à la date du commencement de la tutelle pour toutes les dettes du tuteur envers son pupille, par conséquent, pour des dettes à naître postérieurement. Cette solution n'a aucun inconvénient et présente de grands avantages. D'abord les tiers, prévenus par l'inscription de l'existence de l'hypothèque, ne sont pas victimes d'une surprise. Puis le banquier créditeur a une sûreté sérieuse, grâce à laquelle il n'a pas à redouter que le crédité constitue des hypothèques à des tiers qui prendraient inscription avant la réalisation de l'ouverture de crédit.

717. La loi du 23 août 1871 a soumis à des règles spéciales, au point de vue des droits d'enregistrement, les ouvertures de crédit et les inscriptions d'hypothèques prises à leur occasion. D'après les principes généraux des lois fiscales, un droit proportionnel ne peut pas être perçu sur une obligation, tant qu'elle n'est pas encore née. Aussi, avant la loi du 23 août 1871, aucun droit proportionnel n'était-il perçu sur l'ouverture de crédit qui ne donnait lieu qu'à un droit fixe. Le droit proportionnel de 1 p. 0/0 était dû seulement sur les sommes effectivement avancées par le créditeur. Le plus souvent les parties ne faisaient pas connaître que l'ouverture de crédit était réalisée et, par suite, le droit proportionel était rarement perçu. La loi du 23 août 1871 (art. 5) a cherché à diminuer le préjudice ainsi causé au Trésor public en soumettant l'ouverture de crédit

Source BIU Cujas

à un droit proportionnel avant toute réalisation : l'acte d'ouverture de crédit est immédiatement passible d'un droit de 50 centimes par 100 fr. et la réalisation ultérieure du crédit est soumise à un droit proportionnel de 1 p. 0/0 dont on déduit les 50 centimes pour 100 fr. déjà payés. — Une innovation analogue a été admise en ce qui concerne le droit à percevoir sur l'inscription d'hypothèque prise à l'occasion d'une ouverture de crédit. Précédemment le droit d'inscription (de 1 fr. pour 1000 fr.) n'était pas dû, parce qu'il s'agissait d'une hypothèque garantissant une dette future; la loi du 23 août 1871 (art. 5) admet la perception immédiate du droit d'inscription. Pour justifier cette disposition, il a été dit à plusieurs reprises dans les travaux préparatoires de la loi de 1871 que l'inscription produit des effets immédiats, avant toute réalisation de l'ouverture de crédit. Il y a là une sorte de confirmation de la jurisprudence selon laquelle l'hypothèque prend rang à l'égard des tiers à la date de l'inscription (n° 716).

718. *Emission de billets de banque. Banque de France.* — En France, le droit d'émettre des billets de banque, c'est-à-dire des billets payables au porteur et à vue, est réservé à la Banque de France (n° 710), qui jouit à cet égard d'un monopole. Cet établissement de crédit fait, du reste, un grand nombre d'opérations pour lesquelles elle est soumise à la concurrence des banques privées. Il y a lieu de traiter ici de la Banque de France, de ses opérations, des caractères des billets qu'elle seule peut émettre et des conditions de leur émission.

719. *Création de la Banque de France. Origine et durée de son privilège.* — La Banque de France a été créée sous le Consulat, en 1800. Mais, jusqu'en l'an XI (1803), elle ne jouit d'aucun monopole. C'est la loi du 24 germinal an XI (14 avril 1803) qui lui conféra le droit exclusif d'émettre des billets de banque. Ce privilège a été, en vertu de lois successives dont la dernière est du 9 juin 1857, prolongé jusqu'au 31 décembre 1897. Il n'existe en principe qu'à Paris et dans les villes dans lesquelles la Banque de France a des succursales; mais il n'y a actuellement aucune banque autorisée à émettre des billets dans d'autres lieux, de telle sorte qu'en fait, la Banque de France exerce son privilège dans toute

Source BIU Cujas

l'étendue de la France continentale. *La Banque de l'Algérie* et diverses *banques coloniales* jouissent aussi du privilège d'émettre des billets de banque dans les pays où elles fonctionnent.

720. *Opérations diverses de la Banque de France.* — Elle fait, en général, toutes les opérations dont se chargent les banques de commerce.

Elle reçoit des dépôts d'argent. Ces dépôts ne sont pas productifs d'intérêts ; s'ils en produisaient, on pourrait craindre qu'à raison du grand crédit dont jouit la Banque de France, les sommes déposées n'atteignissent un chiffre très élevé, ce qui donnerait une trop grande importance aux dettes à vue de cet établissement. Du reste, l'émission des billets de banque permet à la Banque de France de se procurer les ressources que ne lui donnent pas les dépôts.

Les dépôts sont, en principe, faits par des personnes ayant des comptes ouverts à la Banque de France. Celles-ci peuvent faire des *virements* entre elles (n° 705), prendre domicile à la Banque de France pour le paiement de leurs effets, remettre à l'encaissement des effets n'ayant pas moins de cinq jours à courir. Enfin elles peuvent présenter à l'escompte des lettres de change, des billets à ordre, des warrants sur Paris, sur les villes où la Banque de France a des succursales, sur les villes rattachées aux succursales ou sur les villes ayant des bureaux auxiliaires. Les effets présentés à l'escompte ne doivent pas être à plus de 90 jours d'échéance, ils doivent être revêtus de trois signatures, mais pour les warrants deux suffisent (n° 432). La troisième signature peut aussi être remplacée par le transfert ou le dépôt en garantie, soit d'actions de la Banque de France, soit de valeurs sur lesquelles elle fait des avances (n° 418). Le taux de l'escompte est fixé par le Conseil général de la Banque de France. Même avant la loi du 12 janvier 1886, qui a admis la liberté de l'intérêt conventionel, la Banque de France était autorisée par la loi à élever l'escompte au dessus de 6 p. 0/0.

La Banque de France fait aussi des avances sur titres (n° 418), reçoit des dépôts de titres et de métaux précieux, délivre des billets à ordre sur ses comptoirs.

721. La Banque de France est tenue d'obligations multiples; elle

Source BIU Cujas

doit principalement rembourser les sommes qui lui sont déposées, payer le montant des billets de banque qui lui sont présentés, acquitter le solde des comptes-courants. Pour satisfaire à ces obligations, elle a des ressources diverses. Ce sont : *a*. Les sommes provenant de la libération de ses actionnaires qui forment le capital de la Banque (182,500,000 fr.). Ce capital est placé en rentes sur l'Etat. C'est un capital de garantie que la Banque ne doit pas employer dans ses opérations. *b*. Les réserves provenant de prélèvements annuels faits sur les bénéfices. *c*. Les créances contre les personnes auxquelles des avances ont été faites. *d*. Les bénéfices résultant des opérations. — On appelle *portefeuille* les effets escomptés et dont l'échéance n'est pas arrivée et *encaisse métallique* les espèces se trouvant en caisse. Cette encaisse est la seule ressource disponible de la Banque de France.

721 *bis. Limite de l'émission des billets de banque. Mécanisme de l'escompte.* — Il importe, sans aucun doute, pour la garantie du remboursement des billets de banque, que leur montant ne dépasse pas notablement celui de l'encaisse. Nos lois n'établissent pas de proportion entre l'encaisse et la quantité des billets dont l'émission est possible. Seulement, depuis 1870, le maximum des billets que la Banque de France peut émettre est fixé par la loi, il est actuellement de 3 milliards 500 millions. Du reste, pour maintenir une proportion raisonnable entre la quantité des billets émis et l'encaisse, la Banque de France peut faire varier le taux de l'escompte.

L'abaissement du taux de l'escompte a pour effet naturel d'augmenter le nombre des effets présentés pour être escomptés. La Banque abaisse le taux de l'escompte quand son encaisse métallique est très forte, que son portefeuille est faible et que, par suite, elle réalise peu de bénéfices ; cette situation se produit en cas de stagnation des affaires. Au contraire, l'élévation du taux de l'escompte a pour effet, en diminuant le nombre des effets présentés à l'escompte, de restreindre l'émission des billets de banque et de défendre l'encaisse métallique. Cela se produit notamment quand les changes sur les principales villes de l'étranger sont contraires à la place de Paris. Les débiteurs parisiens ayant intérêt alors à envoyer du numéraire à l'étranger, au lieu d'acheter des lettres de change, retirent le solde

Source BIU Cujas

de leurs comptes-courants, présentent des billets à l'escompte à la Banque et réclament le remboursement immédiat en espèces des billets de Banque. Sans l'élévation du taux de l'escompte, l'encaisse pourrait être réduite à rien et le portefeuille démesurément grossi.

722. *Nature du billet de banque. Cours légal. Cours forcé.* — Le billet de banque est une promesse écrite de payer une somme d'argent au porteur et à vue : il est essentiellement convertible en argent, la Banque de France doit remettre des espèces à toute personne qui présente ses billets ; il y a pour les particuliers obligation légale de les recevoir aussi bien que des pièces de monnaie ayant cours. A ces deux points de vue les règles applicables aux billets de banque n'ont pas été toujours les mêmes. Avant 1848, les billets de banque étaient essentiellement convertibles en argent et n'avaient pas cours obligatoire (*cours légal*). A la suite de la Révolution de 1848, la Banque de France a été dispensée provisoirement de rembourser ses billets, c'est là ce qui constitue le *cours forcé;* en même temps, il a été décidé qu'ils auraient cours légal. Le but de ces mesures était d'empêcher que le public, effrayé par les événements, ne réclamât en masse le remboursement des billets et que ceux-ci cessassent d'être admis dans les paiements entre particuliers comme du numéraire. Mais la loi du 6 août 1853 mit fin à ce régime et jusqu'en 1870 les billets de banque n'eurent plus, comme avant 1848, ni cours légal, ni cours forcé. Les désastres de 1870 obligèrent à établir, comme en 1848, le cours légal et le cours forcé. Le cours forcé a cessé à partir du 2 janvier 1878, c'est-à-dire qu'à compter de cette date la Banque de France a cessé d'être dispensée de rembourser ses billets en espèces ; mais les billets de banque ont conservé le cours légal et, par suite, ne peuvent pas être refusés dans les paiements.

723. Des billets de banque peuvent être perdus ou volés. Alors se présentent deux questions : 1° Le porteur dépouillé peut-il revendiquer les billets contre les tiers possesseurs? 2° A-t-il quelque droit à l'encontre de la Banque de France?

1° Le billet de banque se transmet comme titre au porteur par la simple tradition. Il est, dans l'usage, assimilé à du numéraire. Aussi la remise qui en est faite par un débiteur à son créancier éteint-elle la

Source BIU Cujas

dette avec tous ses accessoires, à la différence de la remise d'un effet de commerce. En vertu de cette même idée, la revendication d'un billet de banque contre un tiers possesseur de bonne foi n'est pas plus possible en vertu de l'art. 2280, C. civ., que celle d'espèces monnayées. La loi du 15 juin 1872 n'étant pas applicable aux billets de banque (n° 209), celui qui a été dépossédé d'un billet de banque ne peut recourir aux dispositions de cette loi pour se mettre à l'abri de tout préjudice.

2° Le porteur dépossédé ne peut pas non plus réclamer à la Banque de France le paiement du billet. Car le billet dont il s'agit peut être passé entre les mains d'un tiers porteur et la Banque est tenue de payer les billets à présentation sans pouvoir exiger aucune justification. Le porteur dépossédé ne pourrait pas former opposition au remboursement du billet perdu ou volé; autrement la circulation des billets de banque serait entravée.

Il ne faut pas confondre avec le cas de perte ou de vol celui où un billet a été détruit, a péri, par exemple, dans un incendie ou dans un naufrage. Si cet événement était prouvé, la Banque pourrait-elle être tenue de payer le montant du billet détruit? La Cour de cassation a admis la négative en se fondant sur ce que, le billet de banque équivalant à du numéraire, celui qui prouve la destruction d'un billet ne doit pas conserver plus de droit que la personne dont le numéraire a été détruit. On peut trouver qu'il y a là une exagération de l'idée de l'assimilation du billet de banque au numéraire. Le numéraire a toute sa valeur en lui-même. La valeur des billets de banque vient de ce qu'ils constatent l'existence d'une créance contre l'établissement qui les a émis. La destruction du titre ne doit-elle pas laisser la créance intacte?

724. DES BILLETS AU PORTEUR.—Les billets de banque ne peuvent être émis que par la Banque de France et il a été dit que ces billets ont pour caractères distinctifs d'avoir pour objet une somme d'argent payable au porteur et à vue. Mais la faculté d'émettre des billets au porteur, pourvu qu'ils ne soient pas à vue, existe au profit de toute personne. Rien n'empêche non plus de souscrire des billets en blanc, c'est-à-dire des billets contenant un blanc destiné à être rempli par le nom du créancier.

Source BIU Cujas

Nos lois ne se sont pas occupées des billets au porteur qui sont, du reste, rares. Il y a lieu de leur appliquer les règles du droit commun. Il n'est pas nécessaire qu'ils mentionnent la date qui d'ordinaire n'est pas exigée dans les actes sous seings privés, ni la cause de leur création (art. 1132, C. civ.). Ils ne sont pas soumis à la formalité du *bon pour* ou de l'*approuvé* de l'art 1326, C. civ., quand ils sont signés par un commerçant ou, selon notre doctrine, quand ils ont une cause commerciale (n° 365 *bis*). Ils ne sont des actes de commerce qu'autant qu'ils sont souscrits à l'occasion d'une opération commerciale, mais en vertu de l'art. 638, 2e al., C. com., leur commercialité se présume, s'ils sont signés par un commerçant. On peut du reste, comme pour le billet à ordre (n° 667), discuter sur le point de savoir si le billet au porteur est un acte de commerce par cela seul qu'il est payable dans un lieu autre que celui où il est souscrit. A raison de la forme même du billet au porteur, il se transmet par la simple tradition et aucune obligation de garantie n'existe pour le cédant. Par cela même, le défaut de paiement n'a pas besoin d'être constaté par un protêt. Le souscripteur est obligé directement envers celui qui sera porteur lors de l'échéance et, par suite, ne peut lui opposer les exceptions opposables à un des porteurs précédents, à moins qu'elles ne résultent des mentions contenues dans le titre (cause illicite, par exemple). Les droits du porteur contre le souscripteur se prescrivent seulement par 30 ans ou par un délai qui varie avec la cause de la dette constatée par le billet. — Les billets au porteur sont soumis aux art. 2279 et 2280, C. civ., en cas de dépossession; la loi du 15 juin 1872 suppose des titres négociables en Bourse et est, par suite, inapplicable à ces billets.

B. — Du compte-courant.

725. *Généralités.* — Un compte-courant suppose des opérations nombreuses et ordinairement très-variées entre les parties; mais une succession d'opérations entre deux personnes n'implique pas forcément l'existence d'un compte-courant. Ainsi Pierre vend des marchandises à Paul qui paie immédiatement le prix à Pierre ou endosse à son profit un effet de commerce; puis Paul reçoit de Pierre en

Source BIU Cujas

qualité de commissionnaire des marchandises à vendre, il les vend et en remet le prix à son commettant; plus tard Paul remet à Pierre des effets de commerce que celui-ci escompte, etc... Il n'y a pas là un compte-courant; chaque opération est indépendante et est réglée séparément. Parfois les opérations ne restent pas sans lien entre elles et ne sont pas chacune l'objet d'un règlement distinct; la partie qui remet à l'autre une valeur (effet de commerce, marchandises ou espèces) se borne à *débiter* celle-ci du montant de cette valeur, tandis que la partie qui reçoit la valeur crédite celle qui la lui remet. Aucune des deux parties ne peut réclamer à l'autre un paiement en se disant sa créancière; provisoirement au moins, les créances et les dettes des parties sont remplacées par des articles de crédit et de débit portés sur leurs livres. C'est seulement à une époque ultérieure, qu'en comparant ces articles de compte, on trouve un solde qui représente ce que l'une des parties doit à l'autre; ce solde seul et non le montant de chaque opération est exigible. On dit des personnes qui procèdent de cette manière qu'elles *travaillent en compte-courant*. L'expression de *compte-courant* paraît comprendre deux termes contradictoires : le mot *compte* faisant allusion à une situation fixe et réglée, le mot *courant* impliquant, au contraire, une situation mobile. Cependant le rapprochement de ces deux mots s'explique : le mot *compte* indique qu'on a les éléments nécessaires pour déterminer l'état des relations des parties et le mot *courant* vise la mobilité de cette situation qui est incessamment modifiée par des opérations nouvelles.

On qualifie de *remises* les opérations qui doivent figurer dans le compte, parce que toute opération implique la remise d'une valeur par l'une des parties à l'autre. Le *remettant* ou *envoyeur* est celui qui fournit la valeur et qui doit, par suite, en être crédité; le *récepteur* est celui à qui la remise est faite et qui doit en être débité. Les deux parties travaillant en compte-courant sont parfois appelées *correspondants* à raison de la continuité des relations qui les unissent.

En l'absence d'un compte-courant, une remise constituerait un prêt de la part du correspondant qui n'est pas débiteur de l'autre,

Source BIU Cujas

un paiement de la part de celui qui est déjà débiteur. L'existence d'un compte-courant entre les parties fait perdre aux remises tout caractère spécial : toute remise est considérée pour celui qui la reçoit comme une avance productive d'intérêts dès le jour qu'elle est opérée. Aussi emploie-t-on souvent dans l'usage la dénomination de *compte-courant et d'intérêts*.

726. *Compte-courant simple et réciproque.* — Le compte-courant est *réciproque*, quand, selon le hasard des opérations, l'une ou l'autre des parties indifféremment peut être en avance à l'égard de l'autre ; il a généralement ce caractère quand il existe entre deux banquiers. Au contraire, le compte-courant est *simple*, quand une seule des parties peut être en avance sur l'autre. Le compte-courant a souvent ce dernier caractère quand il existe entre un banquier et un particulier : c'est ce qui a lieu lorsque le banquier consent à recevoir des effets de commerce de son client et à le débiter des sommes encaissées pour son compte, mais sans jamais lui remettre de sommes à découvert.

727. *Avantages du compte-courant.* — Le compte-courant présente pour les correspondants des avantages multiples. Il restreint la quantité d'espèces métalliques nécessaire au règlement des opérations, évite les transports de numéraire, donne satisfaction au besoin de crédit qui est l'un des principaux besoins du commerce et simplifie les relations des parties. En effet, il n'est pas nécessaire qu'un correspondant remette à l'autre ce qu'il lui doit après chaque opération, le solde constaté après la clôture du compte est seul payé effectivement ; quand les parties habitent des localités différentes, les transports de numéraire sont donc évités avec les frais et les risques qu'ils entraînent. L'économie du numéraire résulte aussi de ce que deux personnes qui ont chacune un compte-courant ouvert chez une troisième, peuvent recourir à des virements en faisant transporter des sommes du crédit de l'une au crédit de l'autre (n° 705). Enfin, grâce au compte-courant, chaque correspondant peut employer les sommes ou les valeurs qui lui sont remises par l'autre, pourvu qu'il conserve de quoi payer le solde éventuel pouvant exister à sa charge lors de la clôture du compte ; la quantité des valeurs improductives est ainsi diminuée.

Source BIU Cujas

727 *bis. Compte-courant joint à une ouverture de crédit.* — Le compte-courant accompagne très souvent une ouverture de crédit. Il y a là une combinaison fort avantageuse pour le crédité. Quand il y a ouverture de crédit sans compte-courant, le crédité qui a obtenu le maximum de la somme pour laquelle le crédit a été ouvert, ne peut pas faire au créditeur des remboursements partiels (art. 1220, al. 1, C. civ.) et, une fois le remboursement total opéré, il ne peut réclamer des avances nouvelles. Au contraire, quand il y a compte-courant, le crédité peut faire des remboursements partiels au moyen de remises soit d'espèces, soit d'effets de commerce endossés au créditeur, et réclamer ensuite de nouvelles avances, pourvu que le maximum convenu ne soit jamais dépassé.

728. *Nécessité d'une comptabilité spéciale.* — Une comptabilité spéciale est nécessaire pour suivre et constater les fluctuations incessantes des relations des correspondants : grâce à elle, on peut déterminer à chaque moment les résultats des opérations et introduire commodément dans le compte les intérêts et les divers frais accessoires.

729. Malgré la fréquence et l'utilité du compte-courant, nos lois n'ont pas réglementé cette matière dans son ensemble; quelques rares dispositions y font seulement allusion (1). Aussi bien des questions sont-elles indécises et l'on doit recourir aux principes généraux du Code civil et aux usages qui y dérogent sur un grand nombre de points. La jurisprudence, à défaut de loi spéciale, a ici une importance considérable.

730. *Définition et nature du compte-courant.* — La nature du compte-courant a même été l'objet de discussions. Deux questions se posent à cet égard. 1° *Le compte-courant est-il un contrat ?* 2° *En admettant que ce soit un contrat, est-ce un des contrats prévus par le Code civil ou un contrat ayant sa nature propre ?*

Sur la première de ces questions, il a été soutenu que le compte-courant est seulement un tableau présentant par doit et avoir les opérations faites par deux personnes l'une avec l'autre. Cette doctrine paraît reposer sur une confusion. Il est vrai que, quand deux

(1) C. com., art. 575, al. 2; Loi du 24 germinal an XI, *sur la Banque de France*, art. 33.

Source BIU Cujas

personnes sont en compte-courant, une comptabilité spéciale est indispensable (n° 728) et souvent cette comptabilité même est appelée compte-courant. Mais elle n'est que la révélation extérieure d'un contrat intervenu précédemment entre les parties, le mode de constatation d'opérations se rattachant à ce contrat. On n'aurait pas à s'occuper du compte-courant au point de vue du droit, s'il n'y avait là qu'un cadre de comptabilité.

On reconnaît, en général, que le compte-courant est un contrat et c'est à ce titre que plusieurs Codes étrangers récents s'en occupent. Il reste à déterminer quelle est, dans notre législation, la nature de ce contrat. Sur ce point encore règne un grand désaccord : les uns y voient un contrat de prêt réciproque, les autres un prêt et un mandat réciproques, d'autres un composé des contrats de prêt, de mandat, de dépôt et de vente. Il nous semble préférable de voir dans le compte-courant un contrat *sui generis* pouvant avoir de l'analogie avec d'autres contrats, mais se distinguant, en réalité, de tous. En s'attachant aux effets essentiels de ce contrat, on peut en donner la définition suivante : *le compte-courant est un contrat par lequel deux personnes, en prévision des opérations qu'elles feront ensemble et qui les amèneront à se remettre des valeurs, s'engagent réciproquement à laisser perdre aux créances qui en résulteront leur individualité, en les transformant en articles de crédit et de débit, de façon à ce que le solde résultant de la compensation finale de ces articles soit seul exigible.* Ainsi le contrat de compte-courant modifie par avance les effets des contrats ou des autres opérations qui interviendront par la suite entre les correspondants.

731. Le contrat de compte-courant peut résulter d'une convention expresse ou tacite. Ainsi on peut l'induire de ce que deux correspondants se sont faits de nombreuses remises à l'occasion desquelles le remettant s'est borné à créditer le récepteur et le récepteur à créditer le remettant.

La convention des parties fixe le nombre et la nature des opérations devant entrer dans le compte-courant ; elles peuvent à leur gré y faire entrer toutes leurs opérations ou seulement certaines d'entre elles. Parfois deux personnes ont entre elles plusieurs comptes-courants, chacun comprenant des opérations d'un certain genre.

Source BIU Cujas

732. Le compte-courant existe presque toujours entre des commerçants et, comme il se rattache à l'exercice de leur commerce, il constitue certainement un contrat commercial en vertu de la théorie de l'accessoire (Cf. n° 37). Il faudrait reconnaître le même caractère au compte-courant entre non-commerçants, s'il devait s'appliquer à des opérations commerciales ; au contraire, le traiter comme un acte civil, s'il ne s'appliquait qu'à des opérations civiles. Il est naturel de faire dépendre le caractère civil ou commercial du compte-courant de celui des opérations auxquelles il se rattache.

Au surplus, quel que soit à cet égard le caractère d'un compte-courant, il produit toujours les mêmes effets ; c'est seulement au point de vue du taux de l'intérêt et du tribunal compétent pour connaître des procès relatifs au solde du compte, qu'il y a lieu de distinguer suivant que le compte est civil ou commercial.

733. *Effets du compte-courant.* — Le compte-courant est un contrat successif. Aussi les correspondants passent-ils nécessairement par deux phases : dans la première, le compte-courant est en activité, le contrat successif dure ; dans le second, le compte-courant a pris fin, les opérations que peuvent encore faire les parties ensemble n'y sont pas comprises et ne viennent pas le modifier. Il faut, par suite, examiner les effets du compte-courant pendant sa durée, puis traiter de la clôture de ce compte et des effets qui s'y rattachent.

734. *Effets du compte-courant pendant sa durée.* — Les effets multiples du compte-courant peuvent se résumer en quelques mots. Toutes les fois qu'une remise est faite, la propriété en est transmise au récepteur qui a, en conséquence, le droit de disposer librement de la valeur. En échange de toute remise, le récepteur doit en porter le montant au crédit du remettant ; ce crédit, en se substituant à la créance que le remettant devait avoir contre le récepteur, produit une sorte de novation. Toutes les créances et les dettes, remplacées par des articles de crédit et de débit, perdent leur individualité propre, pour produire, lors de la clôture du compte, au moyen d'une compensation unique opérée entre elles, un solde qui doit être exigible ; c'est là ce qu'on appelle l'indivisibilité du compte-courant. Enfin, d'ordinaire, toute remise produit de plein droit des intérêts,

Source BIU Cujas

et, à cet égard, des dérogations notables sont apportées à plusieurs règles du droit commun.

Il résulte de là qu'on peut ramener à quatre les effets du compte-courant : 1° transmission de propriété de l'envoyeur au récepteur ; 2° novation des créances entrant dans le compte ; 3° indivisibilité des opérations ; 4° intérêts courant de plein droit au profit du remettant. — Chacun de ces effets exige quelques explications.

735. *Transmission de propriété.* — Chaque opération contient une remise, c'est-à-dire qu'elle est accompagnée de la transmission d'espèces, de marchandises, d'effets, faite par l'un des correspondants à l'autre ; le récepteur doit avoir la libre disposition de ces choses ou de la somme qui en représente la valeur. Ce droit de libre disposition jusqu'à la clôture du compte est même l'un des principaux avantages que présente le compte-courant (n° 726). Il suppose naturellement que le récepteur est devenu propriétaire ; l'intention d'opérer ainsi des transmissions de propriété résulte du but des parties.

La transmission de propriété des remises a des conséquences nombreuses dont les principales sont les suivantes :

a. Le récepteur a, comme il a été dit, le droit de libre disposition des choses ou valeurs remises. Aussi, quand un correspondant donne une affectation spéciale à une valeur, n'entre-t-elle pas dans le compte-courant. Par exemple, un correspondant envoie des marchandises à l'autre en les affectant au paiement d'une traite tirée sur le destinataire, ou une traite est adressée à un correspondant pour qu'il en recouvre le montant et en rende compte à l'autre partie ; ces marchandises ou cette traite sont mises hors du compte-courant.

b. La revendication des marchandises ou des effets de commerce formant l'objet des remises ne peut plus être faite par l'envoyeur. Cela a une grande importance en cas de faillite du récepteur survenant après la remise : le remettant ne peut pas les revendiquer dans la faillite, bien qu'ils se trouvent encore entre les mains du récepteur. Arg. *a contrario* de l'art. 574, C. com.

c. Les risques de la perte sont pour le récepteur. Si les marchandises qui lui ont été adressées viennent à être détruites, il n'en doit pas moins créditer l'envoyeur.

Source BIU Cujas

736. *Crédit donné à l'envoyeur.* — En retour de la remise qui lui est faite, le récepteur doit créditer l'envoyeur, tandis que celui-ci débite le récepteur.

En principe, le remettant doit être crédité dès le moment où il deviendrait créancier sans le compte-courant, c'est-à-dire dès le jour de la remise opérée. Ainsi le crédit doit être porté au compte lors de la remise des espèces en cas d'avances, au moment du marché s'il y a vente par l'envoyeur au récepteur, au moment de l'endossement en cas de remise d'un effet de commerce, au moment de la vente faite par le récepteur, si celui-ci était consignataire.

Le crédit donné au remettant est, en principe, irrévocable, en ce sens que des faits postérieurs ne peuvent pas permettre aux parties de supprimer le crédit, à moins qu'elles n'en soient autrement convenues. A cet égard, une règle d'une grande importance pratique est suivie pour les remises portant sur des effets de commerce; elle résulte de ce qu'on appelle la *condition sauf encaissement.*

737. *Condition « sauf encaissement ».*— Lorsqu'un effet de commerce est endossé au profit de l'un des correspondants par l'autre, le crédit est donné à l'envoyeur dès le jour de la remise de l'effet, bien que l'échéance soit postérieure (n° 736). Dans le cas où le récepteur n'est pas payé de cet effet, peut-il supprimer le crédit donné de ce chef au remettant? Si cette suppression est possible, elle doit se faire au moyen d'une *contrepassation d'écritures,* c'est-à-dire d'un débit porté au compte du remettant pour une somme égale à celle du crédit; on sait, en effet, qu'aucune rature ne doit être faite sur les livres de commerce (n° 87). La question est posée souvent dans les termes suivants : en matière de compte-courant, le crédit correspondant à une remise en effets de commerce n'est-il donné que *sauf encaissement?* L'affirmative a prévalu dans la jurisprudence et dans la doctrine; on formule parfois cette solution ainsi : *entrée en compte-courant n'est donnée que sauf rentrée.* Cette solution est conforme à l'intention probable des parties. Elle peut aussi être rattachée aux principes généraux du droit; mais à cet égard les explications proposées sont assez variées (1). Pour nous, la solution peut être rattachée aux règles générales concer-

(1) V. *Précis de Droit commercial,* I, p. 803, note 2.

Source BIU Cujas

nant le défaut de cause dans les obligations. Dans le compte-courant, le crédit donné au remettant a pour cause la transmission d'une valeur faite au récepteur. Le défaut de paiement de l'effet vient prouver qu'en réalité aucune valeur n'est entrée dans le patrimoine du récepteur. Le crédit n'a donc pas de cause, il est nul comme le serait une obligation sans cause, il doit pouvoir être supprimé comme si l'effet remis était reconnu faux.

Lorsque le défaut d'encaissement amène une contrepassation d'écritures, l'effet non payé doit être rendu au remettant. Le récepteur ne doit évidemment pas conserver à sa charge les frais que le défaut de paiement de l'effet a occasionnés (frais de protêt et autres). Seulement, en ce qui concerne ces frais, il ne suffit pas d'annuler le crédit par une contrepassation d'écritures, il faut que le remettant soit débité de leur montant par le récepteur.

737 *bis*. Le droit de contrepasser les effets non payés existe-t-il au profit du récepteur même au cas de faillite du remettant ? C'est dans ce cas que la contrepassation d'écritures a une grande importance ; un exemple le fera comprendre. Paul et Pierre sont en compte-courant et leur compte se balance exactement à ce moment ; Paul remet à Pierre un effet de commerce de 20,000 fr. tiré sur un tiers. Paul tombe en faillite et, par suite, le compte est clos. L'effet reste impayé. S'il y a contrepassation d'écritures, le crédit de 20,000 fr. donné à Paul est annulé par un débit d'égale somme et la faillite du remettant (Paul) ne cause au récepteur (Pierre) aucun préjudice. Si la contrepassation n'est pas possible, Pierre devra payer à la faillite de Paul les 20,000 fr. qui forment le solde du compte-courant, puis il se présentera en qualité de porteur non payé à la faillite de Paul, son garant comme endosseur, et il n'en obtiendra peut-être qu'un faible dividende. Il est facile d'apercevoir que le syndic de la faillite du remettant a intérêt, comme représentant les créanciers, à empêcher la contrepassation d'écritures.

Pour soutenir en faveur des créanciers de la faillite du remettant que la contrepassation n'est pas possible, on a invoqué les principes généraux de la faillite. D'après ces principes, a-t-on dit, tous les créanciers doivent être placés dans une situation égale et, à moins qu'il ne s'agisse de créanciers hypothécaires ou privilégiés,

Source BIU Cujas

aucun créancier ne doit être payé de préférence aux autres; aussi toute compensation entre les créances et les dettes du failli est-elle prohibée après la déclaration de faillite. La contrepassation conférerait au récepteur un privilège par rapport aux autres créanciers de la faillite du remettant et impliquerait une compensation à son profit.

La jurisprudence écarte avec raison cette opinion. Il n'y a ni privilège ni compensation en cas de contrepassation. L'annulation du crédit n'est que l'application de la convention des parties, antérieure à la faillite, dont celle-ci ne peut empêcher l'exécution. Il n'y a pas compensation, mais seulement annulation d'un crédit; c'est en la forme seulement qu'il est procédé sur les livres comme s'il y avait compensation (1).

738. Il résulte de ce qui vient d'être exposé que le défaut d'encaissement peut être invoqué par le récepteur pour arriver à la contrepassation d'écritures. Le remettant peut-il lui-même se prévaloir dans ce but du défaut d'encaissement? Il y a des cas dans lesquels le récepteur (ou ses créanciers en son nom) a plus d'avantage à agir en garantie contre le remettant qu'à faire considérer la remise comme non avenue; c'est alors que se pose la question. Ainsi l'on peut supposer l'espèce suivante : Paul et Pierre sont en compte-courant et le compte se balance exactement. Paul remet à Pierre des traites tirées sur un tiers pour 20,000 fr.; elles ne sont pas payées à l'échéance. Les deux correspondants sont déclarés en faillite. Si les deux faillites donnent le même dividende ou si la faillite du remettant donne un dividende plus faible que celle du récepteur, le syndic de la faillite de celui-ci a avantage, pour les créanciers qu'il représente, à faire la contrepassation; aussi la question ne s'élève-t-elle pas. Elle se pose au contraire, quand le dividende de la faillite du remettant est le plus élevé. Supposons que la faillite du remettant donne un dividende de 50 p. 0/0, tandis que celle du récepteur ne donne que 10 p. 0/0. Les créanciers du récepteur ont avantage à ne pas contrepasser; en produisant au nom de leur débiteur comme porteur à la faillite du remettant, ils toucheront 10,000 fr. et n'auront à subir le concours du récepteur que pour 2,000 fr. Au contraire, s'il

(1) Poitiers, 28 janvier 1878, *J. Pal.* 1878. 1250.

Source BIU Cujas

y a contrepassation d'écritures, le crédit de 20,000 fr. sera annulé et la faillite du récepteur ne réalisera pas ce bénéfice de 8,000 fr. On admet généralement que le remettant (ou ses créanciers) ne peut exiger la contrepassation. La condition résolutoire de l'encaissement, dit-on, n'est admise qu'au profit du récepteur. Le remettant est en faute d'avoir remis au récepteur un effet qui n'a pas été payé. Du reste, si le remettant pouvait exiger l'annulation du crédit, l'effet pourrait être revendiqué par lui dans la faillite du récepteur. On violerait ainsi l'art. 574, C. com., duquel il résulte que les effets remis en compte-courant, avant la faillite du récepteur, ne peuvent plus être revendiqués (1).

739. La condition *sauf encaissement* n'a été admise dans l'usage que par interprétation de la volonté des parties. Aussi peut-elle être écartée par elles; leur volonté à cet égard peut être expresse ou résulter des circonstances (2).

740. Effet novatoire du compte-courant. — A toute remise correspond pour le remettant une créance. Cette créance est novée par suite de son entrée dans le compte, c'est-à-dire qu'elle est considérée comme éteinte et comme remplacée par un crédit donné au remettant, crédit qui plus tard entrera comme élément dans la créance du solde. L'intention de nover n'est pas douteuse chez les parties; il est impossible que le remettant conserve sa créance et obtienne en même temps un crédit du récepteur. Pour que la novation se produise, il faut évidemment qu'il s'agisse d'une dette susceptible d'être novée; une dette de jeu portée dans un compte-courant conserverait son caractère vicieux et le perdant aurait toujours le droit de se soustraire à toute condamnation en opposant au gagnant l'exception de jeu de l'art. 1965, C. civ.

Les conséquences de la novation produite par l'entrée d'une créance dans un compte-courant sont multiples. Les principales sont les suivantes :

a. Les diverses sûretés attachées à la créance s'éteignent, à moins

(1) Nous avons soutenu, dans notre *Précis de Droit commercial*, t. I, n° 1438, p. 806, que la contrepassation peut être exigée par le remettant, en nous fondant sur ce qu'il y a là une nullité de la remise pour défaut de cause.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, I, n° 1442. — V. aussi sur les difficultés relatives à la condition *sauf encaissement*, n°s 1434 à 1442.

Source BIU Cujas

que les correspondants ne conviennent de les réserver pour garantir le paiement du solde (art. 1278, C. civ.).

b. La prescription spéciale applicable à la créance est interrompue et est remplacée par la prescription trentenaire qui s'applique au solde définitif. Ainsi l'entrée d'un effet de commerce non payé dans un compte-courant équivaut à une reconnaissance par acte séparé dans le sens de l'art. 189, C. com. (n° 653 *in fine*).

c. Les créances civiles sont commercialisées par leur entrée dans un compte-courant commercial.

d. A l'effet novatoire du compte-courant se rapporte la disposition de l'art. 575, al. 2, C. com. déjà visée à propos de la commission (n° 454) et dont l'explication sera donnée à l'occasion de l'indivisibilité du compte-courant (n° 741).

741. *Unité et indivisibilité du compte-courant.* — Les créances entrées dans le compte-courant perdent leur individualité; elles forment dorénavant un ensemble d'articles de crédit et de débit dont la comparaison permettra, lors de la clôture du compte, de fixer le solde dû par l'une des parties. Ce solde exigible constitue seul une dette véritable; jusqu'au moment de sa fixation, il n'y a que des articles de débit et de crédit formant un tout compacte. On exprime souvent cette idée en disant qu'il y a confusion ou que le compte-courant est indivisible.

L'indivisibilité du compte-courant produit des conséquences nombreuses dont les principales sont les suivantes :

a. Un correspondant ne peut pas détacher un article de crédit pour en réclamer le paiement; cela serait contradictoire avec l'existence du compte-courant.

b. Le droit ainsi refusé à chaque correspondant n'appartient pas non plus à ses créanciers. Par suite, les créanciers d'un correspondant ne peuvent pratiquer une saisie-arrêt sur une somme dont leur débiteur a été crédité (Cf. Loi du 24 germinal an XI, art. 33). La saisie-arrêt n'est possible que sur le solde du compte.

c. Tant que le compte-courant dure, il n'y a pas de créance pouvant être prescrite. La prescription est seulement possible pour le solde après la clôture du compte.

d. A l'indivisibilité du compte-courant on peut rattacher la dispo-

Source BIU Cujas

sition contenue dans l'art. 575, al. 2, qui s'explique aussi par l'effet novatoire du compte-courant.

Quand un commissionnaire a vendu en son nom des marchandises qui lui ont été consignées et que, lors de la déclaration de faillite de ce commissionnaire, le prix est encore dû par l'acheteur, ce prix, au lieu d'être versé dans la masse pour être réparti entre tous les créanciers du commissionnaire failli, est attribué au commettant, tout comme s'il avait traité directement avec l'acheteur; on dit que le commettant peut *revendiquer* le prix. Son droit à cet égard dérive de ce que, dans les rapports entre le commettant et le commissionnaire, même ayant agi en son propre nom, les choses doivent se passer comme si celui-ci avait opéré au nom du commettant, pourvu que les tiers ayant contracté avec le commissionnaire n'aient pas d'intérêt à n'avoir de rapport qu'avec lui; les créanciers du commissionnaire failli ne peuvent pas avoir plus de droit que leur débiteur (n° 454). Toutefois, d'après l'art. 575, al. 2, C. com., pour que la revendication du prix soit admise, il faut que le prix n'ait été *ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé en compte-courant entre le failli et l'acheteur.* On comprend facilement les deux premiers cas visés, celui du paiement et du règlement en valeurs, c'est-à-dire à l'aide d'effets de commerce. Mais le troisième cas est moins clair; il y a lieu de se demander quand on peut dire, dans le sens de l'art. 575, al. 2, que *le prix est compensé en compte-courant.* Plusieurs hypothèses sont possibles, lorsqu'un compte-courant existe entre le commissionnaire et l'acheteur. Il y a lieu de les examiner et de rechercher dans chacune d'elles si le droit de revendication du prix est éteint ou non pour le commettant.

a. Lors du crédit donné par l'acheteur au commissionnaire, aucune somme n'était portée au débit de ce dernier qui est resté exclusivement créditeur jusqu'à sa faillite. On pourrait être tenté de dire que le prix ne peut plus être revendiqué à raison de ce que la créance du prix est éteinte par la novation résultant de ce compte-courant. Cette solution ne peut pas être admise. C'est pour l'écarter que, lors de la révision du livre III du Code de commerce en 1838, l'on a substitué les mots *compensé en compte-courant* dans l'art. 575, al. 2, aux mots *passé en compte-courant* que renfermait l'art. 581.

Source BIU Cujas

b. Lors de l'entrée du prix de vente dans le compte-courant, le commissionnaire avait été débité d'une somme égale ou supérieure par l'acheteur : il est certain qu'alors le droit de revendiquer le prix est éteint. Peu importe que, par suite d'une opération postérieure, le commissionnaire demeure, en définitive, créancier de l'acheteur; car la créance du prix a perdu son individualité, elle se trouve absorbée dans le solde du compte.

c. Le compte-courant contenait des articles de crédit et de débit se balançant exactement lorsque le prix a été porté au crédit du commissionnaire. Aucune opération n'a été faite après la vente entre le commissionnaire et l'acheteur, de telle sorte que, lors de la clôture du compte, le solde au profit du commissionnaire est d'une somme égale à ce prix. — Sur le point de savoir si l'on peut dire en pareil cas que le prix a été compensé en compte-courant dans le sens de l'art. 575, al. 2, et ne peut plus, par suite, être revendiqué, les avis sont très partagés. On a soutenu qu'alors la revendication du prix est possible, parce qu'il est reconnaissable. Mais il paraît plus conforme aux principes généraux du compte-courant d'admettre la solution opposée. En effet, par suite de l'indivisibilité du compte, la compensation s'opère entre la masse des crédits et la masse des débits, sans qu'on puisse dire que telles créances ont été compensées et que telles autres n'ont pas été éteintes par la compensation. On méconnaîtrait cette indivisibilité, en considérant la créance du prix comme subsistant toujours alors que les autres sont éteintes.

742. Toutefois le principe de l'indivisibilité du compte-courant n'est pas absolu, diverses restrictions doivent y être apportées. Cette indivisibilité est admise pour faire produire au contrat tous ses effets; elle ne peut être invoquée dès qu'on ne modifie en rien les rapports entre les correspondants. De là découlent notamment les conséquences suivantes :

a. Si pendant la durée du compte l'un des correspondants se rend insolvable par des actes frauduleux, la partie lésée ou menacée de l'être peut, si elle est créditrice de l'auteur de la fraude, faire révoquer ces actes. Le compte-courant qui, à un moment donné, constitue un correspondant créditeur, contient au moins au profit de celui-ci le germe d'une créance et il serait très dangereux d'écarter l'appli-

Source BIU Cujas

cation de l'art. 1167, C. civ., sous le prétexte que, lors de l'acte frauduleux, le compte-courant n'étant pas encore clos, il n'y avait pas une véritable créance.

b. Les donations de biens présents et à venir doivent comprendre un état des dettes du donateur existant lors de la donation (art. 1084, C. civ.); autrement le donataire ne peut pas s'en tenir aux biens présents, il faut qu'il accepte ou qu'il répudie la donation pour le tout (art. 1085, C civ.). Le donateur, qui a un compte-courant en cours au moment de la donation, doit prendre soin de comprendre dans l'état dont il s'agit le solde dont il serait débiteur, si le compte était clos à la date de la donation (1).

743. Cours des intérêts. Anatocisme.—D'après les usages, des règles spéciales sont admises pour le cours et la capitalisation des intérêts produits par les remises. Quelques-unes de ces règles pouvaient être considérées comme contraires à la limitation de l'intérêt conventionnel. Les discussions qui s'élevaient sur ces points n'ont plus d'objet depuis que la liberté du taux de l'intérêt a été admise en matière de commerce par la loi du 12 janvier 1886; il en est ainsi du moins dans le cas très fréquent où le compte-courant constitue un acte commercial.

744. *Intérêts de plein droit.* — Toute remise est considérée comme produisant de plein droit des intérêts au profit de l'envoyeur. Dans le commerce, on ne laisse pas volontiers les capitaux improductifs et il est naturel de supposer que l'envoyeur n'a pas voulu se priver de la jouissance de la valeur remise sans rien recevoir en retour. Cette solution est d'autant plus juste que le remettant ne peut pas, à raison de l'indivisibilité du compte, agir en justice contre le récepteur et faire courir à sa charge des intérêts moratoires.

En principe, les intérêts courent du jour où le récepteur a la jouissance des valeurs portées au compte-courant. Ils courent donc immédiatement pour les remises en espèces ou en marchandises, à partir de l'échéance pour les remises en effets de commerce, à compter des déboursés faits par un correspondant qui a payé une

(1) V. Sur la question de savoir s'il peut y avoir provision quand l'un des correspondants tire sur l'autre une lettre de change, *Précis de droit commercial*, I, n° 1447, p. 816.

Source BIU Cujas

dette pour le compte de l'autre. Mais il n'y a là rien d'absolu. Les parties peuvent convenir que les remises ne porteront pas d'intérêts ou n'en produiront qu'un certain temps après qu'elles ont été faites ou en produiront au profit de chacun d'eux à partir d'époques différentes. Cette dernière convention se rencontre assez souvent dans les comptes-courants existant entre un banquier et un de ses clients non banquier. Les remises faites par le banquier produisent immédiatement intérêts, tandis que les remises du client ne produisent intérêts que quelques jours après. Cela s'explique, parce que le client vient chercher de l'argent quand il en a l'emploi et que le banquier ne peut toujours utiliser immédiatement l'argent qui lui rentre inopinément.

745. *Taux de l'intérêt.* — Quand le compte-courant est commercial, le taux de l'intérêt est fixé librement par les parties (Loi du 12 janvier 1886). Du reste, il peut n'être pas le même pour les deux correspondants ; c'est ainsi que souvent le banquier stipule à son profit un intérêt plus fort que celui qui sera compté à son client.

746. *Anatocisme.* — Par cela même que, ordinairement, les remises sont productives d'intérêts, le solde obtenu lors de la clôture du compte comprend pour partie des sommes provenant des capitaux entrés en compte, pour partie des sommes représentant les intérêts produits par les remises. Ce solde peut être exigé immédiatement ou, au contraire, être reporté au crédit du créancier dans un nouveau compte-courant ouvert, si les parties veulent continuer à travailler en compte-courant.

Le solde, s'il est reporté à nouveau, est-il productif d'intérêts? L'affirmative n'est pas douteuse pour les capitaux qui y sont compris. En est-il de même pour les intérêts qui y sont contenus? La difficulté provient de l'art. 1154, C. civ., qui n'admet l'anatocisme ou capitalisation des intérêts qu'à deux conditions. Il faut: 1° qu'ils soient dus pour une année au moins; 2° qu'il y ait une convention formelle ou une demande en justice tendant au paiement des intérêts formée par le créancier. La jurisprudence admet que ces conditions restrictives doivent être mises de côté en matière de compte-courant et que les intérêts compris dans le solde produisent eux-mêmes des intérêts, sans qu'il y ait à rechercher pour quel laps de temps ils sont dus : cela s'applique quand le compte-courant est arrêté tous

Source BIU Cujas

les trois mois ou tous les six mois. Cette jurisprudence a été critiquée. On a dit pour la combattre que l'art. 1154, C. civ., consacre relativement à la capitalisation des intérêts une disposition prohibitive et que contre des dispositions légales ayant ce caractère les usages du commerce ne peuvent rien (n° 13). Mais la nature du compte-courant et les effets spéciaux qui y sont attachés paraissent justifier la jurisprudence. L'application de l'art. 1154, C. civ., impliquerait qu'on considère séparément chaque remise pour rechercher la date à laquelle elle a été faite. A raison de l'indivisibilité du compte-courant, le solde doit être traité comme une créance unique et non comme une réunion de créances diverses. On ne peut pas distinguer dans le solde un capital et des intérêts. Il n'y a pas, du reste, grave inconvénient à s'écarter ici des règles restrictives de la capitalisation des intérêts; elles ont été admises pour empêcher que l'accumulation insensible des intérêts résultant de la capitalisation ne mît à la charge du débiteur une dette énorme dont la formation graduelle lui aurait pour ainsi dire échappé. Cela n'est guère à craindre en matière de compte-courant : les arrêtés de compte, dont chaque partie est prévenue, sont trop fréquents pour que le débiteur ne s'aperçoive par de la progression de sa dette.

747. *Droit de commission.* — La jurisprudence a toujours reconnu aux banquiers, qui ont ouvert des comptes-courants à leurs clients, la faculté d'exiger un droit de commission en sus de l'intérêt. La légalité du droit de commission était reconnue par les tribunaux, alors même qu'il venait s'ajouter à l'intérêt atteignant le taux maximum de 6 0/0 (1). Depuis la loi du 12 janvier 1886, cette jurisprudence est à l'abri de toute critique.

748. Clôture du compte-courant. — *Ses causes.* — Le compte-courant, étant un contrat successif, ne doit avoir qu'une durée limitée. Quand il prend fin, on dit qu'il y a *clôture* du compte. Cette clôture peut résulter de différentes causes. D'abord les parties peuvent avoir fixé elles-mêmes la durée du compte-courant, par conséquent la date de sa clôture. Elles ne peuvent alors y mettre fin avant l'époque convenue que d'un commun accord. A défaut de convention sur la durée du compte-courant, chaque partie peut y mettre

(1) V. *Précis de Droit commercial*, I, n°s 1454 et 1455.

Source BIU Cujas

fin par sa volonté; ce contrat repose sur la confiance réciproque et ne peut lui survivre. Des faits indépendants de la volonté des parties, la faillite, la mort, l'interdiction de l'un des correspondants entraînent aussi la clôture du compte-courant.

749. *Effets de la clôture du compte.* — La clôture du compte-courant, quelle qu'en soit la cause, fixe la situation des parties, en ce sens qu'après elle aucune opération nouvelle ne peut plus être portée dans le compte. Puis la clôture du compte donne lieu à un règlement permettant, en arrêtant le compte, d'en déterminer le résultat définitif. Pour le connaître, il faut balancer le débit et le crédit, c'est-à-dire les comparer et déduire, s'il y a lieu, l'un de l'autre. La compensation suspendue jusque-là est opérée entre les divers articles de compte. On constate alors ou que le crédit et le débit se compensent exactement ou que l'un d'eux l'emporte sur l'autre et que, par suite, il y a un solde à la charge de l'une des parties.

750. *Du solde du compte-courant.* — La créance du solde, que fait connaître le règlement du compte, remplace tous les articles de crédit et de débit. Cette créance, à moins qu'en vertu de la convention des parties elle ne soit reportée dans un nouveau compte-courant, est exigible. Aussi y a-t-il lieu d'admettre, pour la créance du solde, des solutions tout opposées à celles qui sont admises pour les créances transformées en articles de crédit ou de débit pendant la durée du compte. Ainsi les créanciers de celui au profit duquel existe le solde, peuvent former une saisie-arrêt; le solde peut être l'objet d'une compensation; il est soumis à la prescription qui s'accomplit par 30 ans à partir de la clôture du compte.

D'après les usages du commerce, le solde produit des intérêts de plein droit.

Quand le solde est reporté à nouveau, le compte-courant doit être considéré comme n'ayant pas pris fin : le solde reporté forme le premier article du nouveau compte; il y a, en ce qui le concerne, une novation; il devient l'un des éléments du solde futur et produit immédiatement des intérêts.

Source BIU Cujas

CHAPITRE VII.

DES BOURSES DE COMMERCE ET DES OPÉRATIONS DE BOURSE.

751. On donne le nom de *Bourses de commerce* à des réunions de commerçants se tenant à des époques fréquentes et dans lesquelles se concluent des achats et ventes de rentes sur l'État français, d'actions et d'obligations de sociétés, de rentes et d'obligations émises par les villes, par les départements, par les États étrangers, des achats et ventes de marchandises, des affrétements de navires, des assurances maritimes (1).

Les Bourses ne sont pas en France des établissements privés que les intéressés peuvent créer à leur gré. Elles se tiennent, d'après l'art. 71, C. com., sous l'autorité du gouvernement. C'est à lui qu'il appartient de créer des Bourses là où il le juge utile ou de les supprimer. Du reste, l'autorité publique n'intervient pas seulement dans la création et dans la suppression des Bourses, elle exerce aussi sur elles un droit de police ou de surveillance.

752. *Utilité des Bourses de commerce.* — Les Bourses de commerce sont utiles à plusieurs points de vue. *a*. Elles favorisent la célérité dans la conclusion des opérations. Sans se chercher, ceux qui ont des opérations à faire, grâce aux Bourses, savent en quel lieu et à quelle heure ils pourront se rencontrer. *b*. Les opérations qui se font dans les Bourses sont assez nombreuses pour qu'elles puissent servir à déterminer le cours des marchandises, des actions, des obligations, du fret des navires et des primes d'assurances maritimes. Le Code de commerce même (art. 76) prescrit la constatation officielle des cours. Cette constatation est utile sous des rapports divers. Elle sert de guide aux personnes qui ont à faire des opérations. — Pour opérer la liquidation et le partage

(1) Le mot *Bourse* n'est pas toujours employé dans le sens de réunion de commerçants (art. 71, C. com.). On désigne parfois sous ce nom le local où se tient la Bourse (art. 613, C. com.), ou le temps durant lequel elle a lieu (comme dans l'expression *à la fin de la Bourse* d'hier), ou l'ensemble des opérations qui y sont traitées (comme lorsqu'on dit : *la Bourse d'aujourd'hui a été mauvaise*).

Source BIU Cujas

d'une succession ou d'une communauté entre époux, il faut connaître la valeur des rentes, actions, obligations, etc... qui y sont comprises; — il faut la connaître aussi pour la fixation de la quotité de la taxe annuelle qui remplace pour les titres au porteur le droit de transmission (n° 213), pour la perception des droits de mutation en cas de décès établis sur le cours moyen du jour du décès, etc...

752 *bis. Textes légaux concernant les Bourses.* — Les art. 71 à 90, C. com. (titre V, livre I), auxquels la loi du 2 juillet 1862 a ajouté quelques dispositions, sont consacrés aux Bourses. De plus, beaucoup de dispositions antérieures au Code de 1807 sont encore en vigueur. Tels sont : l'arrêt du Conseil d'État du Roi du 24 septembre 1724 *portant établissement d'une Bourse à Paris;* les arrêts du Conseil d'État du Roi des 7 août 1785, 2 octobre 1785, 22 septembre 1786, la loi du 28 ventôse an IX, l'arrêté du 27 prairial an X. En outre, une loi du 28 mars 1885 *sur les marchés à terme* a abrogé plusieurs dispositions du Code de commerce et des lois antérieures.

753. Les opérations qui se font dans les Bourses de commerce peuvent être divisées en deux grandes classes. La première comprend les opérations portant sur des effets publics et sur les valeurs mobilières en général (actions, obligations, etc...). La seconde comprend toutes les autres opérations (ventes de marchandises, affrétements de navires, assurances maritimes). Cette distinction est importante à plusieurs points de vue. *a.* Afin de faciliter la conclusion des opérations, on recourt le plus souvent à des intermédiaires qui ont connaissance des offres et des demandes. Ces intermédiaires sont différents pour les deux classes d'opérations : il y a pour les opérations de la première classe des *agents de change*, pour celles de la seconde des *courtiers*. Ces intermédiaires ne jouent pas le même rôle et ne sont pas soumis aux mêmes obligations. *b.* Les réunions dans lesquelles se font les deux catégories d'opérations ne se tiennent pas aux mêmes heures ni parfois dans le même local. Aussi distingue-t-on parfois les *Bourses d'effets publics et autres* et les *Bourses de marchandises*. En créant une Bourse dans une ville, le gouvernement détermine si l'on y fera les deux classes d'opérations ou seulement l'une d'elles.

L'accroissement considérable de la dette des États et l'augmenta-

Source BIU Cujas

tion énorme du nombre des sociétés par actions depuis 40 ans ont donné une grande importance aux Bourses d'effets publics ou autres. Aussi, dans le langage usuel, on ne qualifie guère d'*opérations de Bourse* que celles qui se font sur les effets publics ou autres.

D'après l'art. 74, C. com., il y a des agents de change et des courtiers dans *toutes* les villes où il y a des Bourses. Cela n'est pas exact. Il y a des Bourses dans des villes où le nombre des opérations a été jugé insuffisant pour rendre utile l'établissement de courtiers ou d'agents de change. A l'inverse, il y a beaucoup de villes où il existe des agents de change ou des courtiers, bien qu'il n'y ait point de Bourse.

Il sera traité séparément ci-après : — A. *Des Bourses d'effets publics et autres ;* — B. *Des Bourses de marchandises.* A propos des unes et des autres, il sera parlé des opérations qui s'y font et des intermédiaires qui y fonctionnent.

A. — Des bourses d'effets publics et autres : des opérations qui s'y font, des agents de change.

754. Les opérations faites dans ces Bourses, quand elles ne sont pas conclues directement entre les intéressés, doivent se conclure, en principe, par l'intermédiaire des agents de change. Aussi est-il impossible de comprendre les règles qui régissent ces opérations sans connaître celles qui concernent les agents de change.

755. Les agents de change sont des officiers ministériels ayant pour fonction principale de faire, pour le compte de leurs clients, les négociations des effets publics et autres qui se vendent dans les Bourses.

Pour pouvoir être nommé agent de change, il faut : 1° être Français ; 2° avoir 25 ans accomplis ; 3° produire un certificat d'aptitude et d'honorabilité signé par les chefs de plusieurs maisons de Banque et de commerce ; 4° n'être frappé d'aucune des causes d'exclusion édictées par les lois.

Les agents de change doivent, comme tous les officiers ministériels, fournir un cautionnement qui est affecté par privilège à la réparation des dommages qu'ils peuvent causer dans l'exercice de leurs fonctions (art. 2102-7°, C. civ.). Le montant du cautionnement

Source BIU Cujas

diffère selon les villes; il est à Paris de 250,000 fr. (Décret du 1er octobre 1862).

Les agents de change peuvent, en vertu de la loi du 28 avril 1816 (art. 91), présenter leurs successeurs à l'agrément du Chef de l'État.

756. On distingue deux classes de Bourses d'effets publics et autres, celles qui sont pourvues et celles qui ne sont pas pourvues d'un *parquet*. On appelle *parquet* un lieu séparé et placé en vue du public dans lequel les agents de change se tiennent pendant la durée de la Bourse. Il n'y a de parquet que dans les Bourses importantes; dans les autres les agents de change sont mêlés au public. Ce n'est pas à ce seul point de vue qu'il importe de distinguer les Bourses pourvues d'un parquet des autres. Dans les Bourses pourvues d'un parquet seules, les agents de change peuvent faire des offres de vente ou d'achat à haute voix et les cours sont rendus publics. En outre, les agents de change près de ces Bourses relèvent du ministre des finances sur la proposition duquel ils sont nommés, tandis que les autres relèvent du ministre du commerce et de l'industrie et sont nommés sur sa proposition. Enfin les agents de change près les Bourses pourvues d'un parquet sont seuls autorisés par la loi à former une société pour l'acquisition et l'exploitation de leurs charges. V. n° 757.

757. *Sociétés constituées pour l'acquisition et l'exploitation des charges d'agent de change.* — Il faut, pour devenir agent de change, disposer de capitaux importants; car on doit payer le prix de la charge souvent très élevé et déposer un cautionnement qui dans les grandes villes est considérable. Une seule personne ne peut toujours disposer de sommes suffisantes pour subvenir à ces deux obligations. Aussi depuis longtemps l'habitude s'est-elle établie de recourir à l'association. Plusieurs personnes apportent des fonds au titulaire de la charge et partagent les bénéfices avec lui dans la proportion de leurs mises sans être tenues des dettes au-delà de ces mises. Ces associés sont appelés dans l'usage *quart, cinquième, dixième, etc... d'agent de change*, selon l'importance de leur part dans les bénéfices. La jurisprudence admettait la nullité de ces sociétés en se fondant sur ce qu'une fonction publique comme celle d'agent de change n'est pas dans le commerce, sauf dans la mesure

Source BIU Cujas

déterminée par la loi du 28 avril 1816, et ne peut pas, par suite, être mise en société. La loi du 2 juillet 1862, dont les dispositions ont été insérées dans l'art. 75 du Code de commerce, a dérogé à cette jurisprudence; sous certaines conditions elle a autorisé les agents de change à s'associer des bailleurs de fonds. L'augmentation du prix des charges et des cautionnements rendait cette innovation presque nécessaire.

Ces sociétés ne sont admises que pour les agents de change exerçant leurs fonctions près des Bourses pourvues d'un parquet (n° 756); ces Bourses sont les plus importantes et c'est seulement auprès d'elles que les charges et les cautionnements atteignent des chiffres énormes. Même auprès des Bourses pourvues d'un parquet, la validité de ses sociétés est subordonnée à des conditions spéciales. Il faut: 1° qu'il y ait un titulaire unique de l'office; 2° que les autres associés soient de simples bailleurs de fonds tenus des pertes seulement jusqu'à concurrence de leurs mises; 3° que le titulaire de l'office soit propriétaire en son nom personnel du quart au moins de la somme représentant le prix de l'office et le montant du cautionnement. — La société doit être rendue publique à peine de nullité (art. 75, dern. al.).

Ces sociétés sont des sociétés d'un genre spécial. Elles ont beaucoup d'analogie avec les commandites, en ce qu'il y a deux classes d'associés, l'un (le titulaire de l'office tenu *in infinitum* des pertes), les autres (les bailleurs de fonds tenus seulement jusqu'à concurrence de leurs mises). Mais ces sociétés diffèrent de la commandite à plusieurs points de vue. Non seulement la part *minima* du commandité (titulaire de l'office) est fixée par la loi, mais encore il n'y a pas de raison sociale, le titulaire fait les opérations en son nom, qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de bailleurs de fonds (1).

Ces sociétés constituent des personnes morales, et, par suite, les créanciers sociaux ont le droit de se faire payer sur le fonds social à l'exclusion des créanciers personnels des associés (n° 122,7°). La publicité même à laquelle ces sociétés sont soumises, implique leur personnalité.

(1) V. sur la question de savoir si, conformément aux art. 27 et 28, C. com., les bailleurs de fonds ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion, *Précis de Droit commercial*, t. 1, n° 1474.

Source BIU Cujas

758. *Chambres syndicales. Règlement.* — Les agents de change forment dans chacune des villes où il en existe une sorte de compagnie, à la tête de laquelle est placée une *chambre syndicale* composée d'agents de change élus par leurs confrères. Les chambres syndicales ont deux catégories d'attributions. Les unes, ayant un caractère purement intérieur, ont pour but de maintenir l'ordre et la discipline parmi les agents de change. La chambre syndicale, comme chambre de discipline, doit veiller à ce que chaque agent de change se renferme dans les limites légales de ses fonctions ; elle peut infliger des peines disciplinaires (censure, suspension) et provoquer auprès du ministre compétent la destitution. Les autres attributions des chambres syndicales ont un caractère extérieur, en ce sens qu'elles se rattachent aux rapports des agents de change avec le public : ces chambres constatent les cours (n° 759), président aux liquidations (n° 787), statuent sur l'admission des valeurs à la cote officielle (n° 761), dénoncent les tiers qui s'immiscent dans les fonctions d'agent de change et ceux qui, en recourant à eux, se rendent complices de leur délit (arrêté du 27 prairial an X, art. 4 à 6). Les chambres syndicales font des règlements ; mais ceux-ci, n'ayant point été jusqu'ici revêtus de l'approbation du gouvernement, ne tiennent leur force obligatoire que de l'engagement de s'y conformer pris par chaque titulaire d'office lors de sa nomination.

759. *Attributions des agents de change.* — Les attributions conférées par les lois aux agents de change sont multiples (art. 76, C. com.) : 1° ils font pour le compte d'autrui la négociation des effets publics et de tous les autres effets susceptibles d'être cotés ; 2° ils ont le droit de négocier les lettres de change et les billets de commerce ; 3° ils constatent officiellement le cours de ces divers effets et valeurs ; 4° ils font la négociation des matières métalliques (lingots et espèces monnayées) ; 5° ils en constatent officiellement le cours. Parmi ces attributions, les unes (1°, 2°, 3°, 5°) appartiennent exclusivement aux agents de change, les autres (4°) leur sont communes avec les courtiers de marchandises. D'après l'art. 76, C. com., les agents de change sont chargés, en concurrence avec les courtiers, de faire le courtage et la négociation des matières métalliques. Depuis la suppression du courtage des marchandises par la loi du 18 juillet

Source BIU Cujas

1866 (n° 885), toute personne peut faire le courtage des matières métalliques comme des autres marchandises. Mais les cours des matières métalliques ne peuvent être constatés officiellement que par les agents de change. — Il a été dit plus haut (n°s 530 et 531) qu'en fait, la négociation des effets de commerce est abandonnée par les agents de change aux banquiers, mais que les agents de change seuls constatent le cours du change.

La principale attribution des agents de change est de faire les négociations des effets publics et autres susceptibles d'être cotés (art. 76, 1er alin., C. com.) et d'en constater le cours.

760. *Négociation des valeurs mobilières. Effets publics et autres.* — Il s'agit de valeurs mobilières, c'est-à-dire de rentes sur l'Etat français et sur les Etats étrangers, des obligations, des actions des sociétés, etc... Le Code de commerce (art. 76) distingue les effets publics et les autres effets qu'on peut appeler effets privés, particuliers ou non publics. Cette distinction n'a plus grand intérêt pratique. Elle a perdu celui qui résultait des art. 421 et 422, C. pén., abrogés par la loi du 28 mars 1885; ces articles ne punissaient les paris sur les cours qu'autant qu'il s'agissait d'effets publics. Mais, d'après la jurisprudence actuelle qui, du reste, est fort contestable, la distinction aurait conservé de l'utilité au point de vue de l'application de l'art. 419, C. pén. : cet article punit ceux qui par des moyens frauduleux ont opéré la hausse ou la baisse du prix des *denrées, marchandises et* EFFETS PUBLICS. Plusieurs décisions judiciaires récentes (1) ont admis que l'art. 419, C. pén., ne s'applique pas au cas où des manœuvres frauduleuses sont employées pour faire varier les cours d'effets privés.

La classification des valeurs mobilières en effets publics et effets privés n'est faite par aucun texte de loi. On range ordinairement parmi les effets publics les titres émis par les personnes morales ayant un caractère public (spécialement les rentes sur l'Etat français ou les Etats étrangers, les bons du Trésor public français, les titres émis par les départements et les villes ou avec l'autorisation des pouvoirs publics (actions et obligations des compagnies de chemins de

(1) Ch. crim., 30 juillet 1885, *Journ. du Pal.* 1885. 1205; Sirey, 1885. 1. 514.

Source BIU Cujas

fer, actions et obligations des sociétés anonymes créées avec l'autorisation du gouvernement). Au contraire, les mêmes valeurs émises par des sociétés non soumises à l'autorisation préalable sont des effets privés.

761. *Admission à la cote officielle.* — Tous les effets publics et privés peuvent, en principe, être négociés dans les Bourses. Mais tous, à l'exception des fonds d'Etat français, ne sont pas nécessairement cotés, c'est-à-dire que le cours de tous n'est pas officiellement constaté. La chambre syndicale des agents de change détermine quelles valeurs sont admises à la cote officielle, soit sur la demande des intéressés, soit d'office, si l'intérêt général paraît l'exiger. Généralement la chambre syndicale examine s'il y a une quantité de négociations assez grande sur les valeurs dont il s'agit pour que leur admission à la cote soit d'un intérêt général (quand ce sont des valeurs émises par une société constituée régulièrement) et si ces valeurs sont dignes de quelque confiance. Mais il y a des valeurs dont, en vertu de dispositions légales prohibitives, l'admission à la cote n'est pas possible. La négociabilité de certains titres français est soumise à des conditions particulières; il va de soi qu'en l'absence d'une de ces conditions ils ne sauraient être admis à la cote. Ainsi la loi du 24 juillet 1867 (art. 2) prohibe la négociation des actions avant la constitution définitive des sociétés (n° 238).

762. *Etendue du monopole des agents de change.* — Il importe de déterminer exactement l'étendue du monopole conféré par la loi aux agents de change. En effet, l'empiétement sur les fonctions exclusives des agents de change constitue un délit pénal et, en outre, les opérations faites par une personne s'immisçant dans ces fonctions sont nulles et ne peuvent donner lieu à aucune action en justice (n° 767). Des difficultés nombreuses s'élèvent au sujet, soit des valeurs auxquelles le monopole s'applique, soit des opérations pour lesquelles il existe.

763. En ce qui concerne les valeurs pour lesquelles les agents de change ont le droit exclusif de négociation, une grave question se pose. Les agents de change n'ont-ils ce droit exclusif que pour les valeurs admises à la cote ou s'étend-il à toutes les valeurs réunissant les conditions légales voulues pour y être admises, quand même elles ne le seraient pas? On pourrait être tenté d'adopter la seconde

Source BIU Cujas

solution (1). En sa faveur, on peut faire remarquer que l'art. 76, C. com., déclare que les agents de change ont seuls le droit de faire les négociations *d'effets publics et autres* SUSCEPTIBLES D'ÊTRE COTÉS, et que cette dernière expression ne peut pas être prise comme synonyme d'effets *admis* à la cote officielle. Avec ce système le monopole existerait au profit des agents de change pour tous les titres dont la négociation n'est prohibée par aucune loi et qui sont de la nature des valeurs négociées dans les Bourses (actions, obligations, rentes, etc...). Il paraît préférable de ne reconnaître le monopole que pour les valeurs effectivement admises à la cote. Cette opinion, consacrée par la Cour de cassation (2), a l'avantage de bien délimiter le droit exclusif des agents de change et elle n'est point contraire aux expressions de l'art. 76. Quand une valeur est admise à la cote officielle, elle n'est pas par cela même cotée; pour qu'elle le soit, il faut qu'elle donne lieu à des négociations. On peut dire ainsi que les valeurs admises à la cote sont, selon les expressions de l'art. 76, *susceptibles d'être cotées*.

764. Le droit exclusif des agents de change implique que, pour la négociation des valeurs mobilières susceptibles d'être cotées, l'on ne doit pas s'adresser à d'autres intermédiaires, mais il ne met nullement obstacle à ce que qu'une personne puisse vendre directement à une autre. Au surplus, lors même qu'il s'agit d'une opération conclue directement entre les intéressés, l'intervention d'un agent de change est toujours nécessaire, quand il s'agit de titres nominatifs, pour l'accomplissement de la formalité du transfert. Il importe qu'un officier public certifie que celui qui fait une déclaration de transfert est bien la personne dont le nom figure sur les titres. Pour les titres nominatifs de rente française, le transfert n'a lieu qu'autant qu'un agent de change certifie l'identité du propriétaire, la vérité de sa signature et des pièces produites (Arrêté du 27 prairial an X, art. 15). La même règle a été appliquée aux actions de la Banque de France (L. 16 janvier 1808, art. 8) et est suivie généralement pour les autres valeurs mobilières.

(1) Nous l'avions nous-mêmes admise dans le *Précis de Droit commercial*, I, n° 1481.

(2) Cass. 1er juillet 1885, S. 1885. 1. 257.

Source BIU Cujas

765. Les notaires ne peuvent-ils pas parfois procéder à la vente des valeurs mobilières? La question se pose lorsque des valeurs de cette nature font partie de successions bénéficiaires ou vacantes. On sait que les effets mobiliers dépendant de ces successions sont vendus, avec l'autorisation du président du tribunal civil, aux enchères et après les affiches et insertions prescrites par la loi (art. 986 et 989, C. proc. civ.). Quand il s'agit de valeurs mobilières pour lesquelles les agents de change ont un droit exclusif de négociation, eux seuls ont-ils le droit de procéder à la vente de ces valeurs comprises dans une succession vacante ou bénéficiaire, ou bien peut-il être procédé à cette vente par un notaire avec l'autorisation du président du tribunal civil? La jurisprudence admet que pour ces sortes de ventes le monopole des agents de change n'existe pas (1). Ce monopole ne comprend, dit-on, d'après les termes mêmes de l'art. 76, C. com., que les *négociations*. Or, négocier, c'est s'interposer entre un vendeur et un acheteur qu'on cherche; une vente aux enchères n'est pas une négociation.

La même question pouvait être discutée pour les valeurs mobilières des mineurs et des interdits. Elle est tranchée par la loi du 27 février 1880 (art. 3) qui admet que l'aliénation est opérée par les agents de change au cours moyen du jour.

766. *Immixtion dans les fonctions d'agent de change.* — Cette immixtion constitue un délit correctionnel réprimé par d'anciennes lois : une amende, qui est au plus du sixième et au moins du douzième du cautionnement des agents de change, peut être prononcée (art. 8, loi du 28 ventôse an IX). Mais, pour déterminer le maximum et le minimum de cette amende, faut-il s'attacher aux cautionnements tels qu'ils étaient fixés en l'an IX ou aux cautionnements beaucoup plus considérables tels qu'ils ont été fixés en dernier lieu en 1862 (2)? La jurisprudence admet qu'on doit s'attacher aux cautionnements actuels et que, par suite, l'amende a augmenté avec eux (3).

(1) Cass. 7 décembre 1853, S. 1854. 1. 177.

(2) A Paris, en l'an IX, le cautionnement d'un agent de change était de 60,000 fr. il est actuellement de 250,000 francs.

(3) Cass. 19 janvier 1860, S. 1860. 1. 481. — V., en sens contraire, *Précis de Droit commercial*, I, n° 1485.

Source BIU Cujas

La même peine frappe les *banquiers et négociants* qui s'adressent pour des négociations à d'autres personnes qu'à des agents de change (art. 6, arrêté du 27 prairial an X), mais non les simples particuliers.

Il va de soi qu'en vertu des art. 1382 et 1383, C. civ., des dommages-intérêts peuvent être réclamés à toute personne coupable d'un fait d'immixtion. Seulement, comme il n'est pas possible de dire à quel agent de change les opérations eussent été confiées sans le délit d'immixtion, ce n'est pas un agent de change, c'est la chambre syndicale qui exerce l'action en dommages-intérêts au nom de la corporation.

767. Le monopole des agents de change n'est pas protégé seulement par une sanction pénale, il l'est aussi par une sanction civile consistant dans la nullité des opérations faites par des intermédiaires sans qualité. Cette nullité est prononcée par des textes du droit ancien ou intermédiaire qui ne paraissent pas avoir été abrogés (Arrêté du 27 prairial, art. 2 et arrêt du Conseil d'État du 24 septembre 1724, art. 18). Cette nullité a des conséquences pratiques graves; celui qui a fait l'acte d'imixtion illicite n'a pas d'action contre son client pour l'obliger à lui rembourser le prix d'achat payé pour lui; le client n'a pas le droit d'agir contre l'intermédiaire irrégulier pour l'obliger à lui livrer les titres achetés ou à lui remettre le prix des titres vendus. Il s'agit là assurément d'une nullité d'ordre public et, en conséquence, aucune ratification émanant des intéressés ne peut enlever le droit de l'invoquer. Mais faut-il aller jusqu'à reconnaître le droit de répétition à la personne qui, sans invoquer la nullité, aurait exécuté l'opération en livrant des titres ou en payant une somme d'argent? Les principes généraux du droit sembleraient devoir faire admettre l'affirmative: ce qui a été payé en exécution d'un acte entaché d'une nullité d'ordre public est sujet à répétition. Mais la Cour de cassation (1) a reculé devant cette conséquence extrême et elle écarte la répétition en se fondant sur les termes de l'arrêt du Conseil d'État du 25 septembre 1724, qui semble refuser toute action à l'occasion des opérations faites par des intermédiaires usurpant les fonctions d'agent de

(1) Cass. 22 avril et 29 juin 1885, S. 1885. 1. 251.

Source BIU Cujas

change, de telle sorte qu'il n'y aurait d'action, ni pour obtenir l'exécution de ces opérations, ni pour revenir sur l'exécution qui en aurait été faite.

768. Malgré les sanctions rigoureuses qui les protègent, les fonctions d'agent de change sont l'objet d'usurpations fréquentes. A Paris, il y a des personnes (souvent des banquiers) qui font profession de servir d'intermédiaires pour les négociations de valeurs mobilières. On les désigne souvent sous le nom de *coulissiers*; ce nom vient de ce qu'anciennement ces intermédiaires irréguliers se tenaient à la Bourse de Paris dans une sorte de corridor désigné dans l'usage sous le nom de *coulisse*. On dit que des opérations sont *faites dans la coulisse* ou que des valeurs sont négociées *en banque*, pour indiquer qu'elles sont faites par ces intermédiaires. Les *coulissiers* s'occupent surtout, soit des valeurs dont la négociation est défendue par la loi (actions non revêtues du timbre, actions de sociétés non constituées), soit de valeurs non admises à la cote; mais ils négocient aussi des valeurs cotées, spécialement des rentes sur l'État. En 1859, la chambre syndicale des agents de change de Paris poursuivit des coulissiers et les fit condamner pour usurpation de fonctions (1). Mais depuis lors les agents de change tolèrent les coulissiers sans se plaindre. Les négociations faites par ces intermédiaires sont devenues si nombreuses qu'on dit qu'il existe un *marché libre* à côté du marché officiel.

769. Des conflits se sont parfois élevés entre les agents de change et des banquiers ou des trésoriers payeurs-généraux. Dans les départements surtout, des particuliers donnent des ordres de Bourse à des banquiers. Ceux-ci, en exécutant ces ordres, commettent-ils le délit d'immixtion dans les fonctions d'agent de change? Il est justement admis que cela dépend de la manière dont ces ordres sont exécutés. Il n'y a pas délit, si le banquier transmet les ordres à un agent de change qui les exécute en vendant ou en achetant les titres; le banquier alors sert seulement d'intermédiaire entre son client et un agent de change, ce qui est très licite. Mais le délit existe quand le banquier applique à l'un de ses clients qui lui a donné l'ordre

(1) Paris, 2 août 1859, Cass. 19 janvier 1860, S. 1860, 1. 481; *J. Pal.* 1860, p. 452.

Source BIU Cujas

d'acheter des titres qu'un autre client l'a chargé de vendre ; le banquier se substitue alors à un agent de change.

Les trésoriers payeurs-généraux sont autorisés par le ministre des finances à se charger, moyennant un droit de commission, de faire opérer pour les particuliers des ventes et des achats de fonds d'État français. Il est évident qu'il n'y a pas délit d'immixtion quand, pour l'exécution des ordres qu'ils reçoivent, les trésoriers payeurs-généraux s'adressent à un agent de change ; le délit existerait, au contraire, si les trésoriers procédaient par voie d'application.

770. *Question de preuve.* — La nullité des opérations faites par des intermédaires irréguliers et la non recevabilité de toute action de leur part contre leurs clients, font naître une question de preuve. Quand le client actionné allègue que la personne à laquelle il s'est adressé a commis un acte d'immixtion illicite, est-ce à lui à prouver que cette personne n'a pas eu recours à un agent de change? N'est-ce pas, au contraire, à elle à prouver qu'elle a recouru à un agent de change? La jurisprudence, après quelque hésitation, met la preuve à la charge de l'intermédiaire qui agit contre son client (1). Elle se fonde sur ce que, d'après l'art. 1993, C. civ., tout mandataire doit rendre compte de sa gestion, ce qui, dit-on, implique que le mandataire doit prouver qu'il a exécuté, conformément à la loi, l'opération dont il a été chargé. On ajoute que la preuve est très facile ; il suffit à l'intermédiaire de produire le bordereau que l'agent de change a dû lui délivrer pour constater l'opération (n° 774). Il est bien douteux que cette solution soit conforme aux principes généraux du droit : celui qui allègue qu'on n'a pas recouru à un agent de change, oppose, en réalité, une exception. Ne devrait-ce pas être, par suite, à lui à prouver qu'elle est bien fondée?

771. *Prohibitions. Obligations spéciales des agents de change.* — Des dispositions légales nombreuses, insérées dans le Code de commerce ou dans des lois anciennes, interdisent certains actes aux agents de change ou leur imposent des obligations spéciales. Toutefois plusieurs de ces dispositions, déjà tombées en partie en désuétude, ont été abrogées par la loi du 28 mars 1885.

772. En leur qualité d'officiers ministériels, les agents de change

(1) Cass. 29 mai 1883, S. 1884. 1. 120; *J. Pal.* 1884, p. 264; D. 1883. 1. 418.

Source BIU Cujas

ne peuvent pas, en principe, refuser leurs services aux personnes qui leur donnent des ordres d'achat ou de vente. Cependant la loi même leur interdit de refuser leur ministère aux faillis (Arr. 27 prairial an X, art. 18); les faillis sont dessaisis de l'administration de leurs biens.

773. *Obligation au secret.* — L'agent de change doit garder le secret à ses clients, c'est-à-dire qu'il est tenu de ne pas faire connaître le nom de la personne qui l'a chargé de vendre ou d'acheter (Arrêté du 27 prairial an X, art. 19). Cette obligation a été admise à raison de ce que le secret est souvent une condition indispensable du succès des opérations de Bourse. C'est à cause de cette obligation au secret que les agents de change agissent en leur nom pour le compte de leurs clients, comme le font d'ordinaire les commissionnaires. L'agent de change, chargé de vendre ou d'acheter des titres, les vend à un de ses confrères qui a reçu l'ordre d'acheter ou les achète d'un de ses confrères qui a reçu l'ordre de vendre, sans que les clients de l'un ou de l'autre interviennent, sans même que leurs noms soient prononcés. En conséquence, l'opération de Bourse, qui consiste toujours dans une vente ou dans un achat, ne fait naître directement d'obligations qu'entre les agents de change; celles qui prennent naissance entre chaque client et son agent de change, dérivent du mandat donné à celui-ci et non pas de l'opération qu'il a exécutée. Chaque client n'a d'action que contre son agent de change pour lui faire rendre compte de son mandat, lui faire livrer les titres (en cas d'ordre d'achat) ou lui faire payer le prix (en cas d'ordre de vente). Mais le client qui a fait vendre ou acheter des titres par un agent de change, n'a pas d'action contre la personne qui les a fait acheter ou vendre par un autre agent.

L'obligation au secret n'est sanctionnée par aucune peine. L'agent de change qui y contrevient peut seulement, en vertu des principes généraux du droit, être condamné à des dommages-intérêts envers la partie lésée et être frappé de peines disciplinaires par la chambre syndicale.

Au reste, l'obligation au secret n'est pas absolue. L'arrêté du 27 prairial an X (art. 19) indique qu'elle n'existe point quand les parties consentent à être nommées ou que la nature des opérations exige la révélation des noms des clients.

Source BIU Cujas

774. *Obligation concernant la constatation des opérations. Bordereaux. Récépissés.* — Les agents de change sont tenus de remettre à leurs clients un bordereau, c'est-à-dire un écrit constatant les opérations faites pour le compte de ceux-ci. Les bordereaux indiquent la nature de l'opération et le prix; ils doivent de plus, en vertu de la loi du 15 juin 1872 (art. 13), mentionner les numéros des titres au porteur achetés et livrés qui sont aussi inscrits sur les livres des agents de change (n° 198). Les bordereaux sont signés des agents de change; ils ne le sont pas des clients, quoique l'art. 109, C. com., suppose le contraire; l'obligation du secret empêche que les clients donnent leur signature (n° 737, aj. n° 367).

Les bordereaux ne sont pas les seuls moyens de preuve des opérations faites par les agents de change; il y a encore leurs livres. D'après l'art. 84, C. com., ils doivent tenir un livre revêtu des formalités de l'art. 11, C. com., dans lequel ils marquent, jour par jour et par ordre de date, sans rature, interlignes ni transpositions, et sans abréviations ni chiffres, toutes les conditions des négociations faites par leur ministère. Ce livre n'est autre chose qu'un *livre-journal* (cf. n° 81). Du reste, par cela même que les agents de change sont des commerçants (n° 42), ils doivent tenir aussi un livre copie-de-lettres (cf. n° 82). Enfin, d'après l'arrêté du 27 prairial an X (art. 11 et 12), les opérations doivent être consignées d'abord sur un carnet lors de leur conclusion.

Les agents de change reçoivent des titres et des sommes d'argent de leurs clients, ils sont tenus d'en délivrer des récépissés (Décret du 1er octobre 1862, art. 6).

775. Avant la loi du 28 mars 1885, les agents de change ne devaient pas faire crédit à leurs clients : ils étaient tenus de se faire remettre par eux, avant l'opération, les titres à vendre ou le montant du prix de l'achat à faire (Arrêté du 27 prairial an X, art. 13). On voulait ainsi éviter des pertes aux agents de change, donner une grande sécurité aux clients par une sorte d'exécution anticipée du marché. Mais la loi du 28 mars 1885 (art. 2) a supprimé cette obligation pour des motifs qui seront donnés plus loin (n° 792).

776. Prohibitions. — Les lois édictent pour les agents de change diverses prohibitions.

Source BIU Cujas

a. Ils ne peuvent, dans aucun cas ou sous aucun prétexte, faire des opérations de commerce ou de banque pour leur propre compte, art. 85, al. 1, C. com. On a craint que, mandataires infidèles, les agents de change ne fissent pour eux-mêmes des opérations dont un client les aurait chargés, parce qu'ils les estimeraient avantageuses.

Les actes que ferait un agent de change contrairement à cette prohibition, ne seraient pas nuls; il s'agit là d'une interdiction et non d'une incapacité (n° 5). Mais l'agent de change contrevenant peut être destitué; s'il l'est, une amende de 3,000 fr. peut être prononcée contre lui; en outre, il ne peut être réintégré dans ses fonctions (art. 87 et 88, C. com.).

b. Il est interdit aux agents de change d'avoir, soit en France sur une place autre que celle pour laquelle ils ont été nommés, soit à l'étranger, des délégués chargés de les représenter ou de leur transmettre directement des ordres (art. 7, décret du 1er octobre 1862).

Il va de soi que les agents de change ont des employés qui tiennent les livres, reçoivent et paient, remettent et reçoivent les titres, etc. Ces employés ont des fonctions intérieures et aucune disposition légale ne s'occupe d'eux. Mais, en outre, les agents de change de Paris sont autorisés par un décret du 13 octobre 1857 à avoir, sous le nom de *commis principaux*, des employés investis du droit de conclure des opérations, soit entre eux, soit avec d'autres agents de change.

777. Le législateur veut que les agents de change soient d'une grande circonspection dans les opérations dont ils se chargent. Aussi la loi considère-t-elle comme banqueroutier tout agent de change déclaré en faillite, alors même que, dans des circonstances semblables, tout autre commerçant ne le serait pas (art. 89, C. com.). En outre, en règle générale, la banqueroute simple entraîne la peine d'emprisonnement et la banqueroute frauduleuse, les travaux forcés à temps (art. 402, C. pénal). Les agents de change faillis encourent, comme banqueroutiers simples, les travaux forcés à temps et ils sont punis des travaux forcés à perpétuité en cas de banqueroute frauduleuse (C. pén., art. 404). A raison même de ces dispositions sévères, il est fort rare que les tribunaux se décident à déclarer des agents de change en faillite.

Source BIU Cujas

778. Des opérations faites par les agents de change. — Ce sont toutes des achats et des ventes. Seulement elles affectent des modalités spéciales et sont régies par des règles particulières consacrées par les usages, dont beaucoup sont constatés par les règlements des compagnies d'agents de change ; on leur donne ordinairement le nom de *marchés*.

779. *Des cours. Causes de leurs variations.* — C'est en se référant au prix de ces opérations que la chambre syndicale des agents de change constate officiellement le cours des valeurs admises à la cote (art. 76, al. 1, C. com.). Le prix des valeurs de Bourse est, comme celui de toutes les marchandises, soumis à la loi de l'offre et de la demande : quand une valeur est très demandée, il y a hausse ; quand elle est très offerte, sans être très demandée, la baisse se produit. Des causes multiples font, en matière de valeurs de Bourse, varier le rapport entre l'offre et la demande.

Au premier rang de ces causes on peut placer les événements politiques. Une révolution, une guerre civile ou étrangère, en faisant craindre pour le crédit de l'État et pour la prospérité des sociétés commerciales, déterminent un grand nombre de personnes à vendre leurs titres et font, par suite, baisser les cours. Il faut ajouter, pour les valeurs d'un revenu variable, telles que les actions, que l'accroissement des dividendes augmente le nombre des acheteurs et entraîne la hausse.

En dehors de ces causes, en quelque sorte purement naturelles, des manœuvres plus ou moins frauduleuses sont trop souvent pratiquées pour amener des offres ou des demandes nombreuses destinées à produire la baisse ou la hausse. Ainsi des individus, qui veulent vendre des actions pour un prix élevé, répandent des bruits exagérés sur la prospérité actuelle et sur l'avenir d'une société ; d'autres, qui désirent acheter des actions pour un prix réduit, la décrient, au contraire, dans le public. De faux bruits relatifs à des événements politiques sont aussi parfois répandus dans des buts semblables.

Au point de vue des cours, les valeurs de Bourse sont *au pair*, *au-dessus du pair* ou *au-dessous du pair*. Le pair est le *capital nominal* d'une action, d'une obligation, d'une rente. Une valeur de Bourse est au pair quand son prix est précisément égal à son capital

Source BIU Cujas

nominal ; elle est *au-dessous* ou *au-dessus du pair*, quand ce prix est inférieur ou supérieur au capital nominal.

On peut dire que quatre classes principales de personnes font des opérations de Bourse : celles qui veulent faire des placements, les spéculateurs, les joueurs et les agioteurs. Les premières se proposent, en achetant des valeurs de Bourse, de tirer de leurs capitaux un certain revenu, elles ne revendent guère les titres qu'elles ont achetés que lorsqu'elles ont besoin d'argent. Les *spéculateurs* se proposent, après avoir acheté des titres, de les revendre à un plus haut prix ou, après en avoir vendu dont la livraison n'est pas immédiate, d'en acheter à un prix moins élevé pour les livrer. Les *joueurs* sont des personnes qui ne se font pas livrer et qui ne livrent pas des titres, mais qui cherchent à réaliser des bénéfices sur les différences des cours. Ainsi un joueur achètera 3,000 fr. de rente 3 0/0 perpétuel à 82 (soit 82,000 fr.) pour la fin du mois ; si à cette date les cours ont baissé, sont, par exemple, à 81 fr., il ne se fera pas livrer les titres qu'il revendrait à perte, il paiera la différence, soit 1,000 fr. ; si, au contraire, les cours ont haussé à la fin du mois, sont par exemple à 83 fr., il recevra la différence, soit 1,000 fr., du vendeur qui ferait une perte égale à cette somme, s'il devait se procurer les titres qu'il n'a pas pour les livrer. Le nom d'*agioteurs* est souvent donné aux joueurs qui emploient des manœuvres frauduleuses pour produire, selon leur intérêt, la hausse ou la baisse. Mais le mot *agioteurs* désigne aussi souvent les *joueurs*, qu'ils usent ou non de manœuvres pour faire varier les cours.

780. Différentes sortes de marchés de bourse. — Les opérations de Bourse se divisent en deux grandes catégories : *les ventes* ou *marchés au comptant* et *les ventes* ou *marchés à terme*.

781. *Marchés au comptant.* — Ces marchés sont les ventes dans lesquelles il n'est stipulé aucun terme ni pour le paiement du prix, ni pour la livraison des titres. Ils doivent s'exécuter immédiatement sauf les délais nécessaires pour que les titres soient livrés de l'agent vendeur à l'agent acheteur et de celui-ci à son client et, en outre, quand il s'agit de titres nominatifs, pour que le transfert soit opéré. Ils se font à un cours fixe, au cours du jour ou au cours moyen. Ils se font à un cours fixe, quand le client (acheteur ou vendeur) a dé-

Source BIU Cujas

terminé d'une manière invariable le prix auquel doit être fait la négociation. Ils se font au cours du jour, quand le client, en laissant toute latitude à son agent de change, s'est borné à lui donner l'ordre de vendre ou d'acheter à l'un des cours de tel jour déterminé. Enfin ils se font au cours moyen, quand le client a donné l'ordre de traiter pour lui à un prix également distant du cours le plus haut et du cours le plus bas d'un certain jour.

Les marchés au comptant sont des opérations sérieuses, dans lesquelles les parties ont l'intention de faire et de recevoir la livraison des titres vendus. Le plus souvent l'acheteur s'y propose de faire un placement; mais il peut aussi avoir un but de spéculation, c'est-à-dire acheter avec l'intention de revendre, si la hausse se produit. L'acheteur ne fait un acte de commerce que lorsqu'il a cette intention et le vendeur ne fait un acte de commerce que lorsqu'il revend des titres achetés avec l'intention de les revendre, art. 632. V. nos 21 et suiv.

782. *Marchés à terme. Usages de la Bourse de Paris.* — On appelle *marchés à terme* les ventes dans lesquelles un délai est expressément stipulé pour la livraison des titres et pour le paiement du prix.

Des questions de droit très délicates se sont élevées à propos des marchés à terme; pendant longtemps, la validité en a même été contestée. Ces questions sont aujourd'hui tranchées par la loi du 28 mars 1885. Mais, pour comprendre quelles étaient ces questions et pour saisir la portée de la loi nouvelle, il est indispensable de connaître les usages principaux des Bourses, spécialement ceux de la Bourse de Paris.

Presque toujours les ventes à terme ont lieu *à découvert*, c'est-à-dire que, lors de la conclusion du marché, le vendeur n'a pas entre les mains les titres. C'est seulement dans des cas exceptionnels qu'une personne qui possède des titres, les vend à terme et non au comptant. Ainsi l'on peut supposer qu'une personne se trouvant éloignée de son domicile où se trouvent ses titres et voulant profiter d'un cours favorable, donne un ordre de vente, elle ne peut vendre qu'à terme, il lui faut, en effet, un délai pour opérer la livraison. Comme cela sera expliqué, le prix des marchés à terme est, en général, pour une même valeur plus élevé que le prix des marchés au

Source BIU Cujas

comptant (n° 786). Aussi conçoit-on qu'une personne n'ayant pas un besoin immédiat d'argent, vende à terme les titres qu'elle possède pour les vendre plus cher.

Les marchés à terme sont toujours des actes de spéculation et souvent même ils n'impliquent aucunement chez les parties la volonté d'arriver à la livraison des titres. Quand il y a seulement spéculation, le vendeur qui vend *à découvert*, espère qu'avant l'arrivée du terme il pourra, grâce à la baisse, acheter des titres à un prix inférieur à celui de sa vente et, en les livrant à son acheteur, réaliser un bénéfice égal à la différence des prix. L'acheteur à terme, au contraire, espère qu'avant l'échéance du terme, la hausse se produira et qu'il pourra revendre les titres pour un prix supérieur à celui qu'il doit payer. Quand les parties ne se soucient pas des titres, mais que spéculant seulement sur la variation des cours, elles veulent que tout se réduise à un paiement de *différences*, le vendeur à terme paie, en cas de hausse, une somme équivalente à celle qu'il perdrait s'il devait acheter des titres pour en opérer la livraison, tandis qu'en cas de baisse, l'acheteur paie au vendeur une somme égale à la perte qu'il éprouverait s'il devait revendre les titres à l'échéance du terme pour se procurer le prix qu'il doit payer. Le vendeur spécule donc toujours à la baisse dans les marchés à terme. Au surplus, on peut reproduire ici ce qui a été dit à propos des *marchés à livrer* (n° 399), qui sont pour les marchandises ce que sont les marchés à terme pour les valeurs mobilières.

783. Plusieurs règles restrictives régissent à la Bourse de Paris les marchés à terme.

1. Toutes les valeurs ne peuvent pas être négociées à terme. En admettant une valeur à la cote officielle, la chambre syndicale décide si elle pourra être négociée à terme.

2. On peut vendre ou acheter au comptant une seule action ou une seule obligation. Au contraire, on ne peut opérer à terme que sur des quantités assez élevées et sur leurs multiples. Ainsi les marchés à terme se font pour 1,500 francs de rentes françaises, 3 p. 0/0, pour 2,000 francs de rente française 4 p. 0 0, pour 25 obligations françaises et les multiples.

3. Le terme fixé pour la livraison des titres et pour le paiement

Source BIU Cujas

du prix ne peut pas être choisi librement par les parties. On doit nécessairement prendre pour terme l'une des époques choisies pour les *liquidations* (nº 787), c'est-à-dire le dernier jour du mois pour les fonds d'Etat français, les actions de la Banque de France, du Crédit foncier de France et des chemins de fer français et le dernier jour ou le quinze du mois pour toutes les autres valeurs.

4. Les marchés à terme ne peuvent être conclus pour un terme plus éloigné que la fin du mois suivant (*fin prochain*).

784. Les marchés à terme se divisent en deux catégories : les *marchés fermes* et les *marchés libres* ou *à prime*. V. ce qui a été déjà dit à cet égard à propos de marchés à livrer sur marchandises, nº 399.

785. *Marchés fermes.* — On appelle ainsi les ventes qui obligent définitivement l'acheteur et le vendeur, de telle sorte que ni l'un ni l'autre n'a la faculté de se libérer de son engagement, même en payant un dédit.

Selon l'usage consacré par le règlement de la Bourse de Paris, l'acheteur a toujours la faculté d'exiger la livraison des titres avant le terme fixé, sans que le vendeur puisse le contraindre à les recevoir antérieurement. Cette faculté est appelée *escompte*. Elle est exercée en fait dans des buts variés. D'abord l'acheteur peut avoir un intérêt spécial à obtenir une livraison immédiate ; il est possible qu'il ait besoin des titres parce qu'il va faire un voyage ou parce qu'il veut vendre les titres dans une Bourse étrangère où les cours sont élevés. Mais le plus souvent les acheteurs usent de la faculté d'escompte dans un but de spéculation : ils escomptent, afin d'amener la hausse qui se produit nécessairement quand les vendeurs à terme, ayant vendu à découvert, sont obligés de se procurer tout à coup des titres pour les livrer.

786. *Marchés à prime.* — Ces marchés, appelés parfois aussi marchés *libres*, sont des marchés à terme dans lesquels il est stipulé que l'acheteur pourra, selon sa volonté, ou exiger la livraison au terme convenu ou renoncer au marché en payant une somme fixée à l'avance, sorte de dédit qu'on appelle une *prime*. Ces marchés présentent cet avantage pour l'acheteur qu'en cas de baisse il peut limiter sa perte au montant de la prime qu'il abandonne au vendeur. Par contre,

Source BIU Cujas

ce marché offre ce désavantage pour le vendeur que son bénéfice ne peut pas excéder le montant de la prime, tandis que sa perte possible n'y est pas limitée. Des exemples font aisément saisir ces idées. Supposons que Paul charge son agent de change de vendre pour fin courant 3,000 fr. de rente 3 p. 0/0 au cours de 82 fr., soit 82,000 fr. avec une prime de 50 centimes par 3 fr. de rente (en tout de 500 fr.). Si, à la fin du mois, le cours est à 81 fr., l'acheteur fera abandon de la prime. Sans doute, il perdra ainsi 500 fr., mais il en perdrait 1,000 en recevant les titres et en les revendant 81,000 fr. seulement. Si la baisse n'atteint pas le montant de la prime ou s'il y a hausse, l'acheteur préférera naturellement réclamer l'exécution du marché et la perte du vendeur sera égale au montant de la hausse.

A raison même du désavantage que les marchés à prime présentent pour le vendeur, le prix en est plus élevé que celui des marchés au comptant. Pour le montant de la prime, il varie beaucoup. En général, il est de 1 fr. ou de 50 cent. à raison de 4 fr. 50 cent. ou de 3 fr. de rente sur l'Etat français. On dit dans le langage de la Bourse que la prime est *dont un, dont cinquante,* etc... Pour les actions, on stipule des primes de 10 fr., parfois même de 20 fr. par action.

Les acheteurs à prime ont une option à exercer lors de l'arrivée du terme. Ils la font connaître par une déclaration appelée dans le langage de la Bourse *la réponse des primes.* Quand l'acheteur renonce au marché, on dit qu'il *abandonne la prime;* quand il réclame l'exécution, on dit qu'il *lève,* c'est-à-dire qu'il se fait livrer les titres. La réponse des primes a lieu à Paris lors des liquidations des 1er et 15 de chaque mois. Le sens dans lequel se fait cette réponse exerce sur les cours une grande influence. Les vendeurs à prime, comme le plus grand nombre des vendeurs à terme, opèrent *à découvert,* c'est-à-dire sans avoir les titres lors de la conclusion du marché (n° 782). Quand les acheteurs en grand nombre lèvent, il faut, par suite, que les vendeurs se procurent les titres ; cela détermine des demandes de titres, ce qui entraîne naturellement la hausse. Quand, au contraire, beaucoup d'acheteurs abandonnent les primes, les vendeurs qui ont eu le soin de se procurer les titres par avance, s'en défont et alors il y a baisse.

Dans l'usage des Bourses françaises, le droit d'abandon du marché

Source BIU Cujas

moyennant une prime n'est stipulé qu'au profit de l'acheteur. Pour les marchés à livrer de marchandises et non de valeurs mobilières, il y a parfois aussi des primes stipulées au profit du vendeur (nos 399 et 887).

786 *bis. Des reports.* — Ces opérations consistent dans la combinaison d'un marché au comptant et d'un marché à terme ou de deux marchés à deux termes différents.

Le mot *report* a deux sens. Parfois on désigne sous ce nom une certaine situation de Bourse. Le plus souvent une valeur a un cours plus élevé à terme qu'au comptant; cela tient surtout à ce que l'acheteur a l'avantage de conserver jusqu'à l'arrivée du terme la jouissance de la somme formant le prix, bien qu'il ait droit aux intérêts, arrérages et dividendes du titre à échoir avant le terme. On dit qu'il y a report, lorsque le cours du terme est supérieur à celui du comptant pour la même valeur de Bourse. Quand, au contraire, le prix du terme est inférieur à celui du comptant, on dit qu'il y a *déport*. Le *déport* deut être produit par des causes variées. Il l'est quelquefois notamment par un grand nombre d'escomptes : lorsque beaucoup d'acheteurs à terme usent de la faculté d'escompte (no 784), les *escomptés*, qui sont *vendeurs à découvert*, ont besoin de titres et leurs demandes font hausser subitement les cours. Il peut se faire aussi que les cours d'une même valeur au comptant et à terme soient égaux, on dit alors que le *report est au pair*.

Le mot *report* a un autre sens qui est celui où on le prend, lorsque, comme nous le faisons ici, on entend par là une opération de Bourse d'un certain genre : il désigne l'opération consistant à acheter des titres au comptant (ou à un certain terme) en les revendant à terme (ou à un terme plus éloigné). On appelle *reporteur* celui qui achète au comptant et revend à terme, *reporté* celui qui achète à terme les titres qu'il avait vendus au comptant. Il arrive sans doute souvent qu'une même personne achète et revend *successivement* les mêmes valeurs, c'est là ce que font les spéculateurs, pour bénéficier des différences des cours. Mais, par cela même qu'il y a succession d'un achat et d'une revente, il n'y a pas report. Pour qu'il y ait report, il faut qu'il y ait simultanéité des deux opérations, c'est-à-dire que ce soit au même moment qu'une personne achète au

Source BIU Cujas

comptant (ou à terme) des titres qu'elle revend tout de suite à terme (ou à un autre terme). Ainsi, fin février, Paul vend au comptant à Pierre 3,000 fr. de rente perpétuelle 3 p. 0/0 sur l'Etat français à raison de 80 fr par 3 fr. de rente soit 80,000 fr., puis en même temps Paul rachète de Pierre 3,000 fr. de rente, mais pour fin mars à raison de 81 fr. par 3 fr. de rente, soit pour 81,000 fr. Au premier abord, on ne voit pas bien l'utilité d'une pareille opération dont la seconde partie paraît détruire la première. Cependant ces reports sont très utiles à divers points de vue et l'on a pu dire qu'ils sont la clef du système des opérations de Bourse. Ils donnent aux spéculateurs trompés dans leurs espérances le moyen d'éviter une perte certaine en prolongeant leurs opérations au-delà du terme d'abord fixé pour l'exécution d'un marché; le mot *report* est même un mot anglais qui signifie littéralement prolongation. Les reports fournissent aussi aux capitalistes un moyen de placer très fructueusement leur argent pour une courte durée. Ils permettent également à des propriétaires de titres, qui ne veulent pas s'en défaire définitivement et ont besoin d'argent, de se procurer la somme qui leur est nécessaire, sans se dépouiller pour toujours de leurs titres.

Des exemples feront connaître l'utilité des reports à ces divers points de vue:

Paul a acheté 3,000 fr. de rente perpétuelle sur l'État français au cours de 80 fr. par 3 fr. de rente (soit 80,000 fr.) pour fin janvier. C'est un spéculateur à la hausse. La fin du mois arrive et la hausse espérée par Paul ne se produit pas; il y a même une baisse, la rente 3 p. 0/0 descend à 78 fr. Si Paul se faisait livrer les titres et les revendait simplement, il ferait une perte de 2,000 fr., le prix de la vente n'étant que de 78,000 fr. Que fera Paul, s'il croit à une hausse prochaine, afin d'éviter cette perte? Il cherchera un capitaliste (Pierre) qui se mettra à sa place pendant un mois, c'est-à-dire qui achètera les 3,000 fr. de rente au comptant pour 78,000 fr., mais qui en même temps vendra à Paul, pour 79,000 fr. par exemple, pour fin février le même chiffre de rente 3 p. 0/0. Paul, par deux opérations simultanées, a conclu un contrat de report; il a prolongé sa spéculation à la hausse; si la hausse se produit, si, par exemple, le cours est fin février de 79 fr., il évitera toute perte; si le cours dépasse ce

Source BIU Cujas

chiffre, Paul fera même un bénéfice. On dit que Paul *s'est fait reporter*. Paul reçoit le nom de *reporté* et Pierre celui de *reporteur*. Il y a des personnes qui se font ainsi reporter pendant plusieurs mois et même pendant plusieurs années de suite. On appelle *prix du report* la différence entre le prix du marché au comptant et le prix du marché à terme.

Parfois le reporté n'est pas un spéculateur voulant prolonger une opération à terme précédemment conclue, mais un propriétaire de titres ayant besoin d'argent pour un certain laps de temps ; que fait-il ? Il met ses titres en report, c'est-à-dire qu'il les vend au comptant et les achète pour la fin du mois courant ou du mois suivant. De grandes banques recourent parfois au report pour se procurer ainsi les espèces qui leur sont nécessaires. Dans des cas de ce genre, il n'y a pas prolongation d'une opération antérieurement conclue ; on emploie cependant toujours la dénomination de *report*.

Le reporteur est ordinairement un capitaliste ayant des fonds qu'il désire placer pour un temps très court. Il réalise un bénéfice consistant dans la différence entre le prix de l'achat qu'il fait au comptant et le prix de la revente qu'il fait à terme à son vendeur au comptant. Ainsi celui qui achète au comptant pour 80,000 fr. 3,000 fr. de rente 3 p. 0/0 et qui les revend à terme pour la fin du mois moyennant 81,000 fr., réalise un bénéfice de 1,000 fr. Le reporteur ne fait pas seulement une opération avantageuse; sa spéculation présente, en général, des garanties multiples. Il a d'abord la garantie résultant de ce que les titres qui lui sont vendus au comptant lui sont remis et peuvent être conservés par lui tant que le prix de la vente à terme ne lui est pas payé par le reporté. Puis, si l'opération est faite par l'intermédiaire d'un agent de change, le reporteur a pour garant son agent de change auquel il a remis ses fonds pour les placer en report.

Il arrive souvent que le reporteur n'est pas, comme cela vient d'être supposé, un capitaliste voulant placer fructueusement ses capitaux pour un ou deux mois, c'est parfois un spéculateur à la baisse qui, trompé dans ses prévisions, veut prolonger son opération, parce qu'il persiste à croire à la baisse des cours. Ainsi Jacques a vendu à terme et à découvert, au cours de 80 fr., 3,000 fr. de

Source BIU Cujas

rente française, soit 80,000 fr. pour fin janvier. A cette époque, la rente 3 0/0 est au cours de 81 fr. Si Jacques se procurait ces titres pour les livrer à son acheteur, il perdrait 1,000 fr. Il persiste à prévoir la baisse pour fin février. Que fait-il? Il achète à Jules au comptant 3,000 fr. de rente 3 p. 0/0 à 80 fr. et lui revend pour fin février la même quantité de rente 3 p. 0/0 pour 82 fr. Jacques évitera toute perte et réalisera même un bénéfice si la baisse se produit pour la fin de février, de telle sorte qu'il puisse se procurer les titres à livrer à Jules pour un prix peu élevé, 78 ou 77 fr., par exemple.

Quand il y a en même temps un nombre égal ou à peu près égal d'acheteurs à terme voulant se faire reporter et de vendeurs à terme voulant aussi recourir au report, ils peuvent s'entendre facilement ensemble. Comme les premiers ont besoin d'argent et les seconds de titres, le plus souvent ils ne se montrent pas très exigeants et le prix du report est peu élevé. Mais, quand la croyance à la baisse pour le mois suivant domine, un très grand nombre de vendeurs veulent prolonger leurs opérations et ont alors besoin de titres pendant un mois; ils ne trouvent pas d'acheteurs à terme croyant à la hausse et ayant besoin d'argent; ils ne parviennent à se procurer des titres qu'en les revendant à terme moins cher qu'ils ne les achètent au comptant; la différence des prix constitue un *déport*. Ainsi les vendeurs à terme ayant besoin de titres de rente 3 0/0 les achètent à raison de 81 fr. et les revendent à terme au cours de 80 fr. 50 c.

787. *Mode d'exécution des marchés à terme. — Liquidations. — Cours de compensation.* — On appelle *liquidations*, dans le langage de la Bourse, les règlements auxquels donnent lieu les marchés à terme. Les époques de liquidation sont fixées par le règlement de la compagnie des agents de change (n° 783) et elles peuvent seules être prises comme termes dans les marchés faits en Bourse. Il faut distinguer la liquidation qui s'opère entre les agents de change, appelée *liquidation centrale*, et celle qui a lieu entre chaque agent de change et ses clients : comme les agents de change opèrent en leur nom, toute opération donne lieu à un premier règlement entre les agents qui sont personnellement obligés les uns envers les autres, puis à un autre règlement entre chaque agent et son client.

Les liquidations d'agent à client sont régies par les principes

Source BIU Cujas

généraux qui s'appliquent au règlement entre le commissionnaire et le commettant. Au contraire, la *liquidation centrale* (ou entre agents de change) est soumise à des règles spéciales que pose le règlement de la compagnie des agents de change. Les opérations en sont centralisées au syndicat des agents de change. Elles impliquent de nombreuses compensations; c'est pour les faciliter que le syndicat des agents de change fixe à chaque liquidation un cours appelé *cours de compensation*. Que désigne-t-on sous ce dernier nom? Il arrive souvent qu'un client charge d'opérations différentes plusieurs agents de change. Quand un client est vendeur de certains titres chez un agent de change et acheteur chez un autre de titres de la même espèce, il faudrait rigoureusement que ce client prît livraison des titres contre paiement du prix chez l'agent de change acheteur et les livrât à l'agent vendeur contre réception du prix. On peut arriver au même résultat si le client consent, en les prévenant, à ce que ses deux agents de change compensent entre eux. Les titres et le prix peuvent alors passer directement des mains d'un agent dans celles d'un autre.

Il n'y a aucune règle spéciale pour la compensation en titres. Mais la compensation en sommes est moins simple à raison même de ce que les prix des achats et des ventes de titres identiques sont différents. C'est afin de faciliter la compensation des sommes que l'on a imaginé le *cours de compensation*. Ce cours est fixé lors de chaque liquidation par le syndic des agents de change assisté de deux membres de la chambre syndicale. Toutes les opérations se liquident au cours de compensation; mais, quand un client a vendu ou acheté en réalité pour un prix inférieur ou supérieur à ce cours, il est débiteur ou créancier de la différence envers son agent de change. *Exemples :* — Un spéculateur a acheté 4,500 fr. de rentes 4 1/2 p. 0/0 au cours de 105 fr. chez un agent de change et il a vendu la même quantité de rentes à 106 fr. chez un autre agent de change. Le cours de compensation est fixé à 105 fr. 50 c. Le spéculateur est censé avoir acheté et vendu à ce dernier cours, soit pour 105,500 fr.; mais comme, en réalité, il a acheté au cours de 105 fr., il recevra 500 fr. de l'agent acheteur et, comme il a vendu au cours de 106 fr., il recevra 500 fr. de l'agent vendeur, soit en

Source BIU Cujas

tout 1,000 fr. Il faut bien remarquer que le cours de compensation ne modifie point la situation du client : il reçoit la différence entière qui constitue son bénéfice, mais il la touche pour partie de deux agents de change différents, au lieu de la toucher de l'agent acheteur. Le principe général est, du reste, que les clients doivent faire le même bénéfice ou éprouver la même perte que s'il n'y avait pas de cours de compensation. Seulement l'admission de ce cours peut rendre un client débiteur d'un agent de change dont sans ce cours il aurait été créancier ou à l'inverse. Aussi un client n'est jamais tenu de faire opérer la compensation, lorsqu'il est vendeur et acheteur chez deux agents de change différents, et les agents de change ne sont pas tenus non plus d'accepter la compensation.

788. *Couvertures. Exécution. Caisse commune.* — Si, dans les marchés à terme, les agents de change qui ne reçoivent pas, lors de la conclusion du marché, les titres ou les sommes, ne réclamaient de leurs clients aucune garantie, ils courraient de très gros risques. Ils auraient à craindre, après avoir exécuté ces marchés, d'avoir un recours inefficace contre leurs clients insolvables. Afin de restreindre ces risques, les agents de change se font d'ordinaire remettre par leurs clients une *couverture*, c'est-à-dire des titres ou des sommes. Le montant de la couverture est fixé en tenant compte des variations probables ou possibles des cours entre le jour de la conclusion du marché et le jour de la liquidation. Mais des circonstances imprévues peuvent amener des variations extraordinaires dans les cours : alors les couvertures sont insuffisantes et l'agent de change éprouve une perte, si son client est insolvable.

Une fois le terme arrivé, le client doit donner à son agent de change le moyen d'exécuter le marché en remettant les titres ou le prix. Si cela n'a point lieu, l'agent de change *exécute* son client, c'est-à-dire qu'il se procure lui-même le moyen d'exécuter le marché en rachetant des titres aux risques de son client vendeur ou en revendant les titres achetés aux risques de son client acheteur. Si l'achat se fait à un prix plus élevé que la vente ou si la revente se fait à un prix inférieur à celui de l'achat, il y a une perte que l'agent de change couvre en gardant les espèces ou en faisant vendre jusqu'à due concurrence les titres formant la couverture.

Source BIU Cujas

Les pertes qu'éprouvent les agents de change par suite de la variation subite des cours et de l'insuffisance des couvertures, peuvent amener leur ruine et causer, par suite, à leurs clients, qui sont leurs créanciers, de grands dommages. Cela peut nuire à la considération de la compagnie des agents de change. Aussi les agents de change ont-ils une *caisse commune*, dont les réserves sont parfois employées à venir au secours de ceux d'entre eux qui sont hors d'état de payer les dettes provenant de leurs opérations. Il y a là une avance dont la caisse commune peut se faire rembourser.

789. *Questions de droit concernant les marchés à terme. Historique. Suppression de l'exception de jeu. Loi du 28 mars 1885.* — De nombreuses questions de droit s'élèvent et s'élevaient surtout avant 1885 à propos soit des marchés à terme, soit de quelques-uns d'entre eux et de leur exécution. Les principales, qui sont relatives à la validité des marchés à terme et à l'admission de l'exception de jeu à leur occasion, ont été tranchées par la loi du 28 mars 1885 déjà mentionnée à plusieurs reprises (nos 752 *bis* et 775). Pour comprendre la portée de cette loi, il est indispensable de connaître et la législation sur la matière antérieure au Code de commerce et les termes des discussions qui s'élevaient sous son empire jusqu'à la loi de 1885.

L'ancien régime, à partir du commencement du XVIIIe siècle, se montra très défavorable aux marchés à terme. A la suite de l'effondement du système de Law, qui avait donné lieu à des spéculations désordonnées, un arrêt du Conseil du Roi du 24 septembre 1724 prohibait tous les marchés à terme à couvert ou à découvert, en obligeant les agents de change à exécuter leurs opérations dans le jour de la conclusion. Un autre arrêt du Conseil du 5 août 1785 (art. 7) atténua les précédentes prohibitions, en autorisant soit les achats à terme, soit les ventes à terme faites à couvert, de telle sorte que les *ventes à terme faites à découvert* étaient seules prohibées et déclarées nulles. On voyait ces marchés avec défaveur à raison de ce qu'ils favorisent la baisse (1).

La législation intermédiaire s'occupa aussi des marchés à terme. Elle paraît en être revenue à la prohibition complète des marchés à terme (Loi du 28 vendémiaire an IV, art. 4) (2).

(1-2) V. *Précis de Droit commercial*, t. I, n° 1520.

Source BIU Cujas

Le Code de commerce ne contient sur les marchés à terme aucune disposition expresse. Aussi discuta-t-on beaucoup jusqu'en 1885 sur le point de savoir comment les marchés à terme devaient être traités. Trois systèmes étaient soutenus. L'un admettait sans distinction la nullité des marchés à terme. D'après l'autre, ces marchés n'étaient plus interdits par la loi, mais, en vertu des principes généraux du droit, toute action devait être refusée à leur occasion, quand il était reconnu que c'étaient de simples jeux ou paris sur la différence des cours. Enfin, selon le troisième système, non seulement les marchés à terme étaient valables, mais encore jamais l'exception de jeu ne pouvait être opposée aux actions exercées pour les faire exécuter. Voici quels étaient les principaux arguments produits en faveur de chacune de ces opinions, dont les deux premières avaient été successivement admises par la jurisprudence.

Pour soutenir que, sous l'empire du Code de commerce, les marchés à terme étaient prohibés et partant nuls, on disait que le silence du Code au sujet de ces marchés impliquait le maintien des règles de la législation intermédiaire en vigueur en 1807. On ajoutait que, du reste, la prohibition des marchés à terme résultait, sinon expressément, du moins implicitement de plusieurs règles posées par le Code de commerce avec lesquelles ces marchés sont inconciliables. L'art. 86, C. com., défendait aux agents de change de se rendre garants des marchés dans lesquels ils s'entremettent. Ce qui pouvait leur permettre d'échapper à toute garantie, c'est qu'ils devaient ne conclure des marchés qu'après avoir reçu les titres à livrer ou la somme à payer. Cela n'a pas lieu dans les marchés à terme ; alors, par cela même que les clients auxquels le secret est dû ne sont pas obligés l'un envers l'autre, il faut bien que les agents de change soient eux-mêmes garants de l'exécution des marchés. Les marchés à terme faits à découvert étaient donc inconciliables avec l'art. 86, C. com.

Dans la seconde doctrine, que consacrait la jurisprudence lorsqu'intervint la loi du 28 mars 1885, on disait que deux sortes de marchés à terme existent. Les uns sont des opérations sérieuses qui, dans l'intention des parties, doivent être suivies de la livraison des titres et du paiement du prix. Les autres ne sont des ventes que de nom ; d'après l'intention des parties, dès le moment même où ils

Source BIU Cujas

sont conclus, ils ne doivent jamais être exécutés; ils doivent simplement se résoudre par un paiement de différences d'après les variations survenues dans les cours entre le jour de la conclusion du marché et l'arrivée du terme. On prétendait que, ces dernières opérations déguisant de véritables jeux ou paris, il y avait lieu de leur appliquer l'art. 1965, C. civ., qui refuse toute action en justice pour le paiement des dettes de jeu. Quant aux marchés à terme sérieux, on soutenait qu'ils étaient licites. L'art. 86, C. com., disait-on, signifiait seulement que les agents de change ne pourraient pas se rendre volontairement garants d'une opération, par exemple, donner leur aval sur une lettre de change, mais il ne mettait nullement obstacle à ce qu'ils fussent garants à raison de la nature même des opérarations faites par eux. Or, dans les marchés faits à découvert, la nature même de l'opération implique que les agents de change, opérant en leur nom et tenus au secret, sont garants. On pouvait trouver dans l'art. 422 du Code pénal une confirmation de cette solution. L'art. 421 de ce Code punissait les paris sur la hausse ou la baisse des *effets publics*. L'art. 422 déclarait réputer pari de ce genre « toute convention de vendre ou de livrer des effets publics « qui ne sont pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposi- « tion au temps de la convention, ou *avoir dû s'y trouver au temps « de la livraison.* » Cet article impliquait bien, disait-on, que les marchés à terme faits même à découvert n'étaient pas prohibés, par cela même qu'il n'assimilait au jeu la vente d'effets publics qu'autant qu'il était prouvé que les titres ne devaient pas être à la disposition du vendenr même au temps fixé pour la livraison.

Enfin, dans la troisième doctrine que la jurisprudence repoussait comme la première, on invoquait les arguments du système précédent pour soutenir que les marchés à terme n'étaient plus prohibés. En outre, pour écarter l'exception de jeu, on disait que ces marchés ne cachaient jamais des paris véritables, mais étaient toujours des opérations sérieuses susceptibles d'être exécutées par la livraison des titres et par le paiement du prix, que de plus, en vertu de la faculté d'escompte (n° 785), la livraison des titres pouvait être exigée même avant l'arrivée du terme.

790. Ainsi que cela a été dit précédemment, la jurisprudence,

Source BIU Cujas

après de grandes variations, admit le second système. Les principales conséquences qui en résultaient, quand il était constaté que le marché à terme constituait un jeu, étaient les suivantes : *a*. Un agent de change pouvait opposer, à l'occasion d'une opération de ce genre, l'exception de jeu à l'action en paiement exercée contre lui par son confrère. *b*. Cette exception pouvait aussi être opposée par un agent de change à son client. *c*. Enfin elle était opposable par chaque client à son agent de change. En fait, à raison des obligations que leur imposait leur qualité d'officiers ministériels, les agents de change n'opposaient jamais l'exception de jeu, les clients seuls s'en prévalaient. Toutefois, comme les agents de change peuvent ignorer que les marchés qu'ils sont chargés de conclure, sont des opérations fictives, les tribunaux n'admettaient contre eux l'exception de jeu qu'autant qu'il était prouvé qu'ils avaient connu ou dû connaître la nature des opérations. Du reste, une fois que le paiement des différences dues par suite des variations des cours avait eu lieu, la répétition n'était pas possible, l'art. 1967, C. civ., excluant la répétition des sommes payées en vertu d'une dette de jeu.

791. La jurisprudence relative aux marchés à terme, en tant qu'elle admettait l'exception de jeu, avait été l'objet de vives réclations. Elle offrait, quelle qu'en pût être la valeur au point de vue purement juridique, le grave inconvénient de favoriser les gens de mauvaise foi en leur offrant un moyen de se soustraire à leurs engagements. Elle plaçait les agents de change dans une situation très difficile; en cas de gain, certains de leurs clients les obligeaient à payer les différences et ne manquaient pas de leur opposer l'exception de jeu en cas de perte. Ce n'est pas tout: avec cette jurisprudence, les juges avaient à résoudre une question très délicate, souvent insoluble; ils avaient à rechercher, quand l'exception de jeu était opposée, s'il y avait eu un marché sérieux ou un pari. On ne pouvait assurément admettre qu'il y avait jeu dès que les titres n'étaient pas livrés. En effet, une vente à terme sérieuse peut ne pas aboutir à une livraison de titres; l'acheteur peut laisser revendre les titres à ses risques par son vendeur et ne payer que la différence en cas de baisse des cours. Dans la rigueur des principes, on aurait dû dire qu'il y avait jeu ou pari seulement dans le cas où il y avait

Source BIU Cujas

eu, dès le principe, convention de ne jamais arriver à une livraison et de se borner à régler par le paiement de différences. Mais une convention expresse de cette nature ne se rencontre guère. Du reste, comme elle n'est jamais constatée par écrit, les juges étaient réduits à rechercher dans les circonstances de l'espèce la nature de l'opération. Le plus souvent ils comparaient l'importance du marché litigieux à la fortune de celui qui opposait l'exception de jeu et admettaient cette exception quand le marché dépassait notablement les moyens du client. Il était impossible qu'ils ne commissent pas les plus graves erreurs et que souvent ils n'admissent pas l'exception de jeu pour des opérations qui, en réalité, n'étaient point des paris. Avec cette jurisprudence, le développement même des marchés à terme sérieux pouvait être entravé; ces marchés sont cependant sous plusieurs rapports d'une incontestable utilité. Sans les marchés à terme qui alimentent la spéculation, les emprunts de l'État ne se couvriraient pas avec une grande facilité. Bien des personnes ne se décident à souscrire à ces emprunts que parce qu'elles espèrent réaliser des bénéfices en vendant à terme. Sans ces marchés, les entreprises industrielles n'attireraient pas à elles les énormes capitaux nécessaires à leur création. Sans doute, par ces marchés, des personnes peuvent faire fortune sans travailler, mais c'est là l'inconvénient, au point de vue moral, de tous les actes de spéculation. Du reste, l'espoir de pouvoir, en cas de perte, opposer l'exception de jeu, peut exciter bien des personnes à se livrer à des opérations de Bourse qu'elles ne feraient que dans une mesure plus restreinte si elles avaient la certitude d'être tenues d'exécuter leurs engagements.

792. Les inconvénients de l'incertitude qui régnait sur la validité des marchés à terme et surtout de la jurisprudence relative à l'exception de jeu, se révélèrent avec une force exceptionnelle à la suite des spéculations effrénées qui aboutirent à la crise financière de 1882. Alors des spéculateurs en grand nombre se trouvant en perte ne craignirent pas d'opposer l'exception de jeu. Afin d'empêcher, au moins pour l'avenir, le renouvellement des scandales de cette époque, la loi du 28 mars 1885 a réglé le sort des marchés à terme.

Cette loi proclame la validité des marchés à terme (art. 1). Elle confirme sur ce point la jurisprudence antérieure, pour éviter que,

Source BIU Cujas

dans l'avenir, on puisse la contester. En conséquence, l'art. 2 de la loi nouvelle abroge, soit les textes législatifs anciens prohibant les marchés à terme, qui, d'après une opinion défendue, étaient encore en vigueur, soit les textes divers dont on avait cherché à déduire cette prohibition. Du nombre de ces derniers textes abrogés sont : l'art. 13 de l'arrêté du 27 prairial an X qui obligeait les agents de change à se faire remettre à l'avance par leurs clients les titres ou les sommes ; — l'art. 85, alin. 3, C. com., qui défendait aux agents de change de recevoir ou de payer pour le compte de leurs clients ; — l'art. 86, C. com., qui défendait aux agents de change de se rendre garants des marchés dans lesquels ils s'entremettent ; — les art. 421 et 422 du Code pénal qui paraissaient bien impliquer qu'en certains cas un marché à terme n'était qu'un pari sur la variation des cours.

La loi de 1885 ne se borne pas à reconnaître la validité des marchés à terme ; elle exclut l'exception de jeu admise précédemment par la jurisprudence. L'art. 1, 2e alin., de la loi nouvelle est sur ce point ainsi conçu : *Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent* (des marchés à terme), *se prévaloir de l'art. 1965, C. civ., lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence.* D'après les explications données dans les rapports relatifs à la loi, le législateur a voulu établir en présomption légale que les opérations se produisant sous la forme de marchés à terme sont des ventes sérieuses et non des paris sur la variation des cours. Cette présomption légale ne peut pas être détruite par la preuve contraire. Il n'en serait autrement que dans le cas très extraordinaire où un écrit constaterait la convention des parties concomitante au marché, de ne jamais arriver à une livraison de titres, et de se borner à un paiement de différences.

793. *Controverse sur la nature du report.* — Les questions résolues par la loi du 28 mars 1885 étaient communes à tous les marchés à terme et, par suite, elles se posaient pour les reports qui renferment notamment un marché de cette sorte (n° 786). Mais, en outre, il y a une difficulté sur les reports qui n'a pas même été touchée par la loi, elle est relative à la nature juridique du report. Y a-t-il véritablement dans cette opération deux ventes, l'une au comptant, l'autre à terme, ou n'y a-t-il pas un prêt sur gage dans lequel

Source BIU Cujas

le reporteur jouerait le rôle de prêteur et le reporté celui d'emprunteur, les titres formant le gage, le prix du marché au comptant la somme à rembourser et la différence entre les deux prix le montant de l'intérêt ?

On ne saurait contester que le report a pour le reporté les avantage d'un prêt sur gage. Mais il n'en résulte pas qu'il doive être qualifié de prêt; c'est bien la réunion d'un achat au comptant et d'une vente à terme. Dans le prêt sur gage, le prêteur doit conserver les titres mêmes qui lui ont été remis pour les restituer à l'emprunteur après le remboursement. En cas de report, le reporté devient propriétaire des titres, il peut en disposer et doit rendre au reporteur, non les titres mêmes qu'il a reçus, mais un nombre égal de titres semblables.

794. *Des changeurs.* — On ne peut traiter des opérations de Bourse sans dire quelques mots des changeurs.

Les changeurs font des opérations variées. Ils échangent les pièces de monnaie des différents États, les billets des banques françaises ou étrangères contre des espèces métalliques ou à l'inverse, ils escomptent et négocient des effets de commerce, font des prêts sur titres, achètent et vendent des titres au porteur. Leur commerce a reçu, par suite du développement de la fortune mobilière, une extension très grande. Les changeurs sont commerçants ; car l'art. 632 range parmi les actes de commerce les opérations de change (n° 34). A la différence des agents de change, les changeurs ne sont pas des officiers ministériels, leur profession est libre ; ils sont soumis à toutes les obligations de ceux qui font le commerce et, en outre, à quelques obligations spéciales.

Les changeurs doivent : 1° porter sur un double registre tous les articles de leur recette et les noms des propriétaires des espèces et matières (loi du 27 mai 1791) ; 2° n'acheter que de personne connues ou ayant des répondants à eux connus (loi du 19 brumaire an VI, art. 74). Ces obligations n'incombent aux changeurs que pour les achats de matières métalliques et non de titres ; à l'époque à laquelle elles ont été établies, le commerce des titres au porteur était peu développé. En conséquence le changeur qui aurait acheté un titre au porteur d'un voleur ne serait responsable envers le propriétaire

Source BIU Cujas

de ce titre qu'autant que ce changeur aurait été complice du voleur ou aurait commis une faute en négligeant de s'attacher à des circonstances qui auraient dû éveiller ses soupçons. Il y a là une application des principes généraux contenus dans les art. 1382 et 1383, C. civ. L'art. 12 de la loi du 25 juin 1872, qui détermine les cas de responsabilité de l'agent de change ayant participé à la vente d'un titre perdu ou volé, concerne les agents de change et non les changeurs. En conséquence, un changeur peut être déclaré responsable alors même qu'aucune opposition ne lui a été notifiée et que les numéros des titres perdus ou volés n'ont pas été publiés dans le *Bulletin des oppositions*.

Il arrive assez souvent que les changeurs achètent et qu'ils revendent des titres perdus ou volés. Quand ces négociations sont postérieures à l'insertion des numéros des titres au *Bulletin des oppositions*, elles sont nulles et les titres peuvent être librement revendiqués par le propriétaire dépossédé. Mais, quand ces négociations sont antérieures à cette insertion, une difficulté s'élève. Les art. 2279 et 2280, C. civ., qui autorisent la revendication pendant 3 ans seulement en cas de perte ou de vol contre les tiers possesseurs de bonne foi, exigent que, pour se faire rendre les choses revendiquées, le propriétaire rembourse le prix, quand l'achat a été fait *dans une foire ou dans un marché ou d'un marchand vendant des choses pareilles*. Le changeur soumis ainsi à une revendication ne peut réclamer le remboursement du prix, il n'a pas acheté d'un marchand vendant des choses pareilles et sa boutique n'est pas un marché (1). Au contraire, le tiers auquel le changeur a vendu les titres, quand il est évincé, peut réclamer le remboursement du prix au propriétaire revendiquant (2); pour ce tiers acheteur, le changeur est bien un marchand vendant des choses pareilles.

B. — Des bourses de marchandises, des opérations qui s'y font, des courtiers.

795. Dans les Bourses de marchandises, on fait des opérations diverses : 1° des achats et ventes de marchandises; 2° des achats et

(1) Paris, 11 avril 1874, S. 1874. 2. 148.
(2) Paris, 7 mai 1876, S. 1877. 2. 171. Il y a des arrêts en sens opposé.

Source BIU Cujas

ventes de matières d'or et d'argent; 3° des contrats d'assurances maritimes; 4° des affrétements de navires.

Pour la conclusion de ces opérations, il y a des intermédiaires qu'on désigne sous le nom de *courtiers*. Leur rôle correspond à celui des agents de change; toutefois, ils ne le remplissent pas de la même façon. Les agents de change agissent en leur nom pour le compte de leurs clients. Les courtiers se bornent à rapprocher les vendeurs des acheteurs, les armateurs ou les capitaines des affréteurs, les assureurs des assurés. Les intéressés, étant ainsi mis en rapport, contractent ensemble et sont seuls obligés les uns envers les autres, les courtiers disparaissent pour ainsi dire.

796. Le courtage n'est pas libre pour toutes les opérations. Pour quelques-unes, il ne peut être fait que par des officiers ministériels nommés en nombre limité par le gouvernement. Le Code de commerce (art. 72) distingue quatre classes de courtiers privilégiés: 1° les courtiers de marchandises; 2° les courtiers d'assurances maritimes; 3° les courtiers-interprètes-conducteurs de navires, appelés dans l'usage courtiers maritimes; 4° les courtiers de transport par terre ou par eau (1). En outre, un décret du 15 décembre 1813 a institué à Paris des courtiers-gourmets-piqueurs de vins. En dehors des opérations dont ces cinq espèces de courtiers ont le monopole, le courtage a toujours été libre; ainsi toute personne a toujours pu s'entremettre comme courtier dans les assurances sur la vie et contre l'incendie. Une loi du 18 juillet 1866 a réalisé une importante innovation en admettant la liberté du courtage des marchandises. Il y a ainsi des courtiers jouissant d'un privilège et ayant la qualité d'officiers ministériels comme les agents de change, puis des courtiers libres. Parmi les courtiers libres, les uns (ce sont les courtiers de marchandises), sont soumis à quelques règles spéciales par la loi du 18 juillet 1866, les autres (tels que les courtiers d'assurances terrestres) n'ont été l'objet d'aucune disposition légale particulière. Du reste, ces derniers ne font pas d'opérations dans les Bourses. Aussi ne doit-il être traité ici que des courtiers privilégiés et,

(1) Ces courtiers devaient avoir le droit exclusif de faire le courtage des transports par terre et par eau. Le gouvernement n'a jamais usé du droit de nommer des courtiers de ce genre.

Source BIU Cujas

parmi les courtiers libres, que des courtiers de marchandises.

797. RÈGLES COMMUNES A TOUS LES COURTIERS PRIVILÉGIÉS. — Il y a quelques règles communes à tous les courtiers privilégiés (1); il n'est utile de distinguer entre eux qu'au point de vue de leurs attributions.

La nomination des courtiers privilégiés est faite par le Président de la République, sur la proposition du ministre du commerce et de l'industrie. Pour être nommé courtier, il faut : 1° jouir des droits de citoyen français, par conséquent être âgé de 21 ans; 2° justifier qu'on a exercé la profession d'agent de change ou de négociant, ou avoir travaillé dans une maison de banque, de commerce ou chez un notaire pendant quatre ans au moins; 3° ne se trouver dans aucun des cas d'exclusion prévus par les lois.

Les courtiers doivent fournir un cautionnement. Ils ont le droit de présenter leur successeur à l'agrément du gouvernement, comme les autres officiers ministériels (L. 28 avril 1816, art. 91). A la différence des agents de change près des Bourses pourvues d'un parquet, ils n'ont pas la faculté de former des sociétés pour l'acquisition de leurs charges : ils ont, en effet, besoin de moins de capitaux par cela même que le montant de leurs cautionnements et le prix de leurs charges sont moins élevés (2).

798. L'existence de courtiers privilégiés enlève aux intéressés le droit de s'adresser à d'autres personnes faisant le courtage, mais laisse intact leur droit de faire en personne leurs opérations ou de recourir à des commissionnaires ou à des représentants de commerce. Du reste, le monopole des courtiers ne s'étend qu'à la place pour laquelle ils sont institués, de telle sorte que des actes de courtage peuvent toujours être faits par qui que ce soit dans les villes où il n'y a pas de courtiers privilégiés.

L'immixtion dans les fonctions de courtiers privilégiés constitue un délit correctionnel qu'on appelle souvent *marronnage* ou *courtage clandestin*, en donnant le nom de courtiers-marrons aux auteurs

(1) Nous laissons de côté les courtiers-gourmets-piqueurs de vins dont il sera seulement dit quelques mots ci-après, n° 881.

(2) V., sur les chambres syndicales de courtiers, *Précis de droit commercial*, I, n° 1540.

Source BIU Cujas

de ce délit. Ce délit est frappé des mêmes peines que l'immixtion dans les fonctions d'agents de change (n° 776) et ces peines s'appliquent aussi aux commerçants qui confient leurs opérations à d'autres qu'aux courtiers privilégiés. En outre, les négociations faites par des intermédiaires sans qualité sont nulles, de telle sorte que ces intermédiaires n'ont pas d'action contre leurs clients pour les obliger à payer le droit de courtage et les parties mêmes ne peuvent pas agir utilement l'une contre l'autre.

Les courtiers privilégiés sont tenus d'obligations diverses que la loi leur impose et doivent se soumettre à plusieurs prohibitions légales. Les unes et les autres sont presque semblables à celles qui concernent les agents de change (n°s 771 et suiv.). La différence la plus importante est que le secret n'est pas imposé aux courtiers; il ne pourrait même pas l'être, puisque le rôle des courtiers consiste à rapprocher les intéressés pour qu'ils contractent ensemble.

Comme les agents de change, les courtiers privilégiés ne peuvent: 1° faire des opérations de commerce ou de banque pour leur compte (art. 85, 1er al., C. com.); 2° s'intéresser directement ou indirectement, sous leur nom ou sous un nom supposé, dans une entreprise commerciale (art. 85, 2e al., C. com.). La violation de ces prohibitions est punie pour les courtiers de la même manière que pour les agents de change (n°s 776 et 777).

799. Courtiers d'assurances maritimes. — Ces courtiers ont trois fonctions (art. 79, C. com.):

1° Ils font le courtage des assurances maritimes, c'est-à-dire qu'ils s'entremettent entre les assurés et les assureurs pour les rapprocher. Leur rôle sous ce rapport est très utile. Souvent la valeur d'une cargaison d'un navire excède la somme *maxima* qu'une seule compagnie assure sur un même bâtiment de mer. Il faut alors s'adresser à plusieurs compagnies d'assurances pour faire couvrir l'assurance entière; les courtiers se chargent des démarches nécessaires pour trouver ces différentes compagnies.

2° Ils dressent les polices d'assurances. Les contrats d'assurance maritime doivent être constatés par écrit (art. 332, C. com.); on appelle *police* l'écrit qui contient les différentes clauses du contrat d'assurance. Les courtiers rédigent les polices et en attestent la vérité

Source BIU Cujas

par leur signature. Du reste, les polices ne sont soumises à aucune forme spéciale. Dans l'usage, la police est transcrite sur un livre que les courtiers doivent tenir en vertu de l'art. 84, C. com.; puis l'acte signé de l'assureur est remis à l'assuré. L'assureur recourt au livre du courtier, quand, à l'occasion d'un procès, il a à se prévaloir de quelque clause de l'assurance.

Les courtiers d'assurances maritimes ne jouissent pas d'un droit exclusif pour la rédaction des polices; l'art. 79, C. com., ne leur accorde le droit de les dresser que *concurremment avec les notaires*. Ce droit de concurrence n'existe pas seulement pour la rédaction des polices, mais aussi pour le courtage même des assurances maritimes. Il est vrai que l'art. 79, C. com., ne parle que de la rédaction des polices. Mais, comme la personne qui sert d'intermédiaire est aussi chargée de rédiger la police, le droit des notaires se réduirait à rien, s'ils ne pouvaient pas faire le courtage proprement dit. Au reste, c'est seulement à Marseille que les notaires exercent ces attributions.

3° Ils constatent le cours des primes d'assurances. Cette fonction est certainement réservée aux courtiers, à l'exclusion des notaires. A Paris, le cours des primes n'est constaté que deux fois par an, à l'ouverture de la saison d'été (15 avril) et à celle de la saison d'hiver (15 octobre).

800. Courtiers interprètes et conducteurs de navires. — La désignation complète de ces courtiers serait *courtiers conducteurs et interprètes de capitaines de navires*. — Ces courtiers sont connus dans l'usage sous le nom plus bref de *courtiers maritimes*.

Les capitaines de bâtiments de mer ont à remplir, lors de l'arrivée ou du départ de leurs navires, de nombreuses formalités, notamment à l'administration des douanes, à l'octroi, au greffe du tribunal de commerce, etc... (n°s 854 et suiv.). Les capitaines étrangers ne connaissent pas toujours ces formalités qui varient selon les pays et dont l'omission constitue souvent une contravention punissable. Il est utile qu'il y ait dans les ports de quelque importance des personnes au courant de la législation française faisant pour les capitaines toutes les démarches exigées. En outre, les documents à soumettre aux différentes administrations publiques ou aux tribunaux par les capitaines

Source BIU Cujas

étrangers sont souvent rédigés dans une langue étrangère; il est utile que des personnes dignes de confiance soient chargées d'en faire la traduction. Les courtiers maritimes ont des attributions destinées à donner satisfaction aux intérêts qui viennent d'être indiqués. L'article 80 les énumère ainsi :

1° Dans les affaires contentieuses de commerce et pour le service des douanes, ils servent seuls de truchement à tous étrangers, maîtres de navire, marchands, équipages de vaisseaux et autres personnes de mer (art. 80, 2e alin.). Les courtiers maritimes remplissent le même rôle auprès de toutes les administrations publiques avec lesquelles les gens de mer sont en relations.

2° Ils ont 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 (art. 80, 1er al.). Ce droit de traduction existe, même en dehors de tout procès, pour les pièces dont le dépôt aux diverses administrations publiques est prescrit.

Chaque courtier n'est pas autorisé à interpréter et à traduire toutes les langues. Le décret de nomination détermine pour chacun la langue ou les langues dont l'interprétation est réservée au nouveau titulaire. Quand dans un port il n'existe pas de courtier pour l'interprétation d'une langue, le droit de traduction appartient, en ce qui la concerne, à toute personne.

3° Ils font seuls le courtage des affrétements, c'est-à-dire des contrats de louage des navires (nos 861 et suiv.). Ils évitent ainsi aux capitaines de longues recherches pour savoir à qui ils peuvent louer leurs navires et aux négociants des démarches pour trouver des bâtiments qui transportent leurs marchandises.

4° Ils ont seuls le droit de constater le cours du fret ou nolis. On entend par là le prix du transport des marchandises par mer. La constatation officielle est utile à divers points de vue, notamment pour l'application de l'art. 293, C. com. (1).

801. COURTIERS-GOURMETS-PIQUEURS DE VINS. — Ces courtiers n'existent qu'à Paris pour le service de l'entrepôt des vins. Ils sont

(1) V., sur les difficultés relatives à l'étendue du monopole des courtiers maritimes, *Précis de droit commercial*, t. I, nos 1554 et 1555.

Source BIU Cujas

nommés par le ministre du commerce. 1° Ils servent dans l'entrepôt, exclusivement à tous autres, d'intermédiaires entre les vendeurs et les acheteurs de boissons; 2° ils sont chargés de déguster à cet effet les boissons et d'en indiquer le crû et la qualité; 3° ils servent, exclusivement à tous autres, d'experts en cas de contestation sur la qualité des vins et d'allégation contre les voituriers ou bateliers arrivant sur les ports ou à l'entrepôt, que les vins ont été altérés ou falsifiés.

802. Les fonctions des différentes sortes de courtiers, celles de courtier et d'agent de change, ne sont pas nécessairement divisées. D'après l'art. 82, C. com., le même individu pouvait être autorisé, par le décret qui le nommait, à cumuler les fonctions d'agent de change, de courtier de marchandises, de courtier d'assurances maritimes ou de courtier maritime. Cette disposition toujours en vigueur a subi une notable restriction depuis que la loi du 18 juillet 1866 a admis la liberté du courtage des marchandises. Depuis lors, les courtiers privilégiés, qui ne peuvent faire des actes de commerce en dehors de leur profession (art. 85, C. com.), ne sauraient faire le courtage des marchandises.

803. Courtiers de marchandises. — Ces courtiers, qui sont nombreux, sont parfois désignés sous le nom de courtiers de commerce. Depuis la loi du 18 juillet 1866, ce ne sont plus des officiers ministériels, mais des commerçants ordinaires exerçant librement leur profession. Pour comprendre la portée exacte de la loi du 18 juillet 1866, qui a admis la liberté du courtage des marchandises, il faut connaître le régime légal du courtage des marchandises avant cette loi.

804. *Du courtage des marchandises avant la loi du 18 juillet 1866. Inconvénients du monopole.* — Les courtiers de marchandises étaient nommés, comme les autres courtiers privilégiés, par décret sur la proposition du ministre du commerce. Leurs attributions étaient au nombre de quatre : 1° ils faisaient le courtage des marchandises; 2° ils en constataient le cours; 3° ils procédaient aux ventes aux enchères de marchandises dans les cas fixés par les lois (n°s 406 et 414); 4° ils faisaient, avec les agents de change, le courtage des matières métalliques (n° 759).

Source BIU Cujas

Les courtiers de marchandises étaient tenus des mêmes obligations que les autres courtiers privilégiés, les mêmes prohibitions et interdictions leur étaient aussi applicables. Ainsi ils devaient avoir un livre spécial pour constater les opérations dans lesquelles ils s'entremettaient, ils devaient les mentionner aussi sur un carnet, ils ne pouvaient faire des actes de commerce étrangers à leur profession, ni s'intéresser dans les opérations conclues par leur entremise, ni former des sociétés pour l'exploitation de leurs charges.

Le monopole des courtiers de marchandises avait soulevé des plaintes très-vives; il entraînait de graves inconvénients. Les courtiers se spécialisant, il y avait parfois, même sur des places importantes, un nombre très restreint de courtiers s'occupant des ventes de certaines marchandises; ainsi le choix des commerçants ayant à recourir à un courtier était fort limité. La spécialisation des courtiers donnait, en outre, lieu à un abus choquant. Souvent les courtiers privilégiés d'une place ne s'occupaient pas de certaines marchandises et toléraient que des courtiers-marrons en fissent le courtage; puis quand, grâce aux efforts de ces derniers, le commerce de ces marchandises avait pris un grand développement, les courtiers privilégiés se prévalaient de leur monopole et exerçaient des poursuites correctionnelles contre les courtiers-marrons qui avaient contribué à étendre cette branche de commerce. Ce n'est pas tout. Les négociants habitant la même ville avaient beaucoup pris l'habitude de contracter directement ensemble et il n'y avait guère que les négociants habitant des villes différentes qui recouraient aux courtiers. Les courtiers, mécontents de voir leurs affaires se réduire, avaient souvent intenté des procès contre des commissionnaires ou des représentants de commerce, prétendant que ceux-ci portaient atteinte à leur monopole. La jurisprudence s'était montrée d'une très grande rigueur; elle admettait qu'il y avait usurpation des fonctions de courtiers de marchandises quand un commissionnaire ou un représentant de commerce, au lieu de vendre ou d'acheter pour le compte de son commettant sans lui en référer, demandait à celui-ci de consentir à quelques conditions proposées par l'autre contractant et que le commissionnaire ne croyait pas pouvoir accepter de sa seule autorité. Ainsi le commissionnaire ou le représentant de commerce était placé dans la situation la plus

Source BIU Cujas

difficile, quand il ne trouvait à contracter qu'à des conditions moins bonnes que celles fixées par son commettant. En référait-il à ce dernier? Il pouvait craindre d'être accusé de courtage illicite. Concluait-il l'opération de sa seule autorité? Il pouvait redouter qu'elle ne fût laissée à sa charge. Enfin ne la concluait-il pas? Il avait à craindre que son commettant ne lui reprochât de lui avoir fait manquer une bonne opération. — Du reste, en théorie même, les seules professions qui doivent être l'objet d'un monopole sont celles qui tiennent par quelque côté de la fonction publique; autrement le monopole porte une atteinte illégitime et souvent nuisible au principe de la liberté du travail. Il n'y a rien de la fonction publique dans le fait de s'entremettre pour faire conclure des ventes de marchandises (1).

805. *Liberté du courtage des marchandises; ses conséquences.* — La loi du 18 juillet 1866 a reconnu, à partir du 1er janvier 1867, à toute personne le droit d'exercer la profession de courtier de marchandises et a abrogé, par suite, les dispositions contraires de nos lois. La liberté de ce courtage a eu pour conséquence de faire disparaître les obligations spéciales et les prohibitions consacrées par les lois relatives aux courtiers de marchandises. Aujourd'hui, tout individu capable de faire le commerce peut faire le courtage des marchandises; plusieurs courtiers ont le droit de s'associer ensemble ou avec d'autres personnes; un courtier de marchandises peut faire des opérations de commerce de toute sorte. Aussi maintenant les mêmes personnes jouent-elles indifféremment, selon les circonstances, le rôle de courtiers ou celui de commissionnaires. Le courtier peut aussi s'entremettre pour des opérations dans lesquelles il a un intérêt personnel. La loi de 1866 prend seulement des précautions pour empêcher les abus auxquels cette faculté laissée au courtier peut donner lieu; il est toujours à craindre qu'intéressé dans l'opération, il ne soit tenté de sacrifier à son intérêt celui des parties, aussi est-il utile qu'elles soient prévenues de la situation. Aux termes de l'art. 6 de la loi de 1866, tout courtier qui ne prévient pas les parties de l'intérêt qu'il a dans une opération dont il est chargé, peut être poursuivi cor-

(1) V., sur le privilège des autres courtiers, *Précis de droit commercial*, I, note 1 de la page 901.

Source BIU Cujas

rectionnellement et puni d'une amende de 500 fr. à 3000 fr., sans préjudice de l'action en dommages-intérêts.

Il y a lieu aussi d'admettre que les courtiers de marchandises n'ont plus à tenir un carnet pour y inscrire leurs opérations dès qu'elles sont faites.

806. *Courtiers assermentés ou inscrits.* — Malgré l'admission de la liberté du courtage des marchandises, la loi de 1866 ne laisse pas à tous les courtiers les attributions conférées antérieurement aux courtiers de marchandises privilégiés. Il a pensé que parmi elles il en est qui ne doivent appartenir qu'à des hommes dignes d'une confiance particulière. — Il peut être dressé par le tribunal de commerce une liste des courtiers de marchandises qui auront demandé à y être inscrits (art. 2, L. 18 juillet 1866). Ces courtiers doivent prêter serment devant le tribunal de remplir avec honneur et probité les devoirs de leur profession. De là vient le nom de *courtiers inscrits* ou *assermentés*. Ces courtiers ont les attributions suivantes :

1° Ils constatent les cours des marchandises (art. 9, L. 18 juillet 1866) dans les formes déterminées par le décret du 28 décembre 1866 (art. 5 et 11). La Chambre de commerce peut du reste décider que, pour la constatation des cours, des courtiers non inscrits ou d'autres commerçants se réuniront aux courtiers inscrits. — Le cours des marchandises, à la différence de celui des valeurs mobilières, n'est qu'un cours moyen ; car beaucoup de ventes se font, même par l'entremise des courtiers, en dehors de la Bourse, de sorte qu'il est impossible d'en connaître les prix.

2° Quand le déposant veut faire évaluer dans le récépissé ou le warrant les marchandises déposées par lui dans un magasin général, les courtiers inscrits ont seuls qualité pour procéder à cette estimation.

3° Les courtiers inscrits sont chargés de procéder aux ventes publiques de marchandises dans les cas où, avant 1866, le droit de procéder à ces ventes appartenait aux courtiers de marchandises privilégiés. Il en est ainsi des ventes publiques volontaires de marchandises neuves en gros, des ventes de marchandises après faillite, des ventes de marchandises déposées dans les magasins généraux

Source BIU Cujas

ou qui ont été l'objet d'un gage commercial et, d'une façon générale, de toutes les ventes autorisées ou ordonnées par le tribunal de commerce (art. 93, 106, 234, 305, C. com.). Du reste, dans tous les cas, le tribunal de commerce peut, s'il le juge convenable, confier la vente à d'autres officiers publics. Il résulte de là que toutes les ventes d'objets mobiliers n'entrent pas dans les attributions des courtiers inscrits. Les ventes après saisie sont toujours soumises aux règles du Code de procédure civile (L. 25 juin 1851, art. 2 et 3). Les ventes publiques et volontaires de marchandises qui ne sont pas neuves sont faites par des commissaires-priseurs, notaires, huissiers, greffiers de justice de paix (C. proc. civ., art. 625 et 945; L. 25 juin 1841, art. 3) et il en est de même de la vente de marchandises formant l'objet d'un gage civil.

Les courtiers doivent être d'une complète impartialité quand ils procèdent à une évaluation de marchandises déposées dans des magasins généraux ou quand ils procèdent à des ventes publiques de marchandises. Pour assurer cette impartialité, la loi de 1866 (art. 6) leur interdit de se rendre acquéreurs de marchandises dont la vente ou l'estimation leur est confiée. Le courtier, qui contrevient à cette défense, est rayé de la liste des courtiers inscrits et ne peut plus y être porté à nouveau, sans préjudice de l'action en dommages-intérêts (1).

807. Différentes espèces de ventes opérées par l'intermédiaire des courtiers. — Les ventes opérées par l'entremise des courtiers, comme les ventes faites sans leur entremise, sont tantôt au comptant, tantôt à terme. Comme cela a été dit plus haut (n° 399), les ventes à terme portant sur des marchandises reçoivent ordinairement le nom *de marchés à livrer*. Ces ventes sont faites à des délais souvent très longs (il n'y a jamais eu sur ce point les mêmes restrictions que pour les ventes à terme de valeurs mobilières, n° 783): ainsi souvent une vente conclue au printemps ou en été porte sur des marchandises à livrer en automne ou en hiver. Les marchés à livrer se font surtout sur les huiles, les blés, les farines, les trois-six et les sucres. D'après l'usage, le vendeur (et non l'acheteur comme

(1) L'achat est-il nul? V., sur cette question, *Précis de Droit commercial*, t. I, n° 1561.

Source BIU Cujas

dans les marchés à terme, n° 785) a la faculté d'escompte qui lui permet de livrer avant le terme.

Il y a, pour les marchandises comme pour les valeurs mobilières, des marchés fermes, des marchés à prime et des reports (n°s 780 et suiv.). Les marchés à prime sur marchandises se font, dans les usages, à des conditions bien plus variées que les marchés à prime sur des valeurs mobilières; ainsi il y a notamment des marchés de marchandises à prime pour le vendeur, c'est-à-dire dans lesquelles le vendeur a le droit ou d'exécuter le marché en livrant les marchandises ou d'abandonner à l'acheteur la prime fixée.

A la différence des *marchés à terme*, les *marchés à livrer* n'ont jamais été prohibés par aucune loi. Mais, jusqu'à la loi du 28 mars 1885, la jurisprudence admettait que l'exception de jeu était opposable à l'occasion d'opérations qualifiées par les parties de marchés à livrer, quand il était reconnu qu'elles constituaient, en réalité, de simples paris sur la différence des cours. Cf. n° 399. Il a été expliqué qu'en vertu de la loi du 28 mars 1885 l'exception de jeu ne peut plus être admise, en principe, à propos des marchés à livrer, cette loi s'appliquant à ces marchés comme aux marchés à terme sur valeurs mobilières. V. n° 399.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

TROISIÈME PARTIE

DU COMMERCE MARITIME

(NOTIONS GÉNÉRALES)

INTRODUCTION.

808. Le Livre II du Code de commerce (art. 190 à 436) est consacré tout entier au commerce de mer, mais il s'en faut qu'il renferme tous les textes relatifs aux matières maritimes.

Les matières comprises dans le droit maritime sont si nombreuses et si variées qu'on peut faire de cette branche du droit une division qu'en général, on n'applique qu'au droit considéré dans son ensemble. On peut distinguer : 1° *Le droit maritime international*, qui comprend les règles concernant les rapports maritimes des nations entre elles en temps de paix ou de guerre; telles sont les règles concernant la liberté des mers, les prises, les blocus, etc... 2° *Le droit maritime public* ou *administratif*, qui est l'ensemble des règles sur les rapports de la marine marchande avec l'État et les différentes administrations publiques; parmi elles sont les règles concernant la police de la navigation. 3° Enfin *le droit maritime privé* ou *droit commercial maritime*, qui contient toutes les règles concernant les rapports que les expéditions maritimes créent entre les particuliers; de ce nombre sont les principes régissant les contrats maritimes (affrétements, assurances maritimes, etc.).

809. *Sources anciennes et actuelles du droit maritime.* — Avant le XVIIe siècle, les règles du droit maritime se puisaient presque exclusivement dans les usages qui avaient été en grande partie constatés dans des recueils spéciaux, les *Jugements* ou *Rôles d'Oléron*, *le Consulat de la mer*, *le Guidon de la mer*. V. sur ces recueils, ci-

Source BIU Cujas

dessus n° 8. Afin d'unifier le droit maritime français et de le préciser, Colbert fit composer la grande Ordonnance sur la marine de 1681 (1). Elle est devenue le modèle de toutes les législations modernes et a été en grande partie reproduite dans le livre II du Code de commerce. Celui-ci n'a subi que peu de changements : il a été modifié ou complété par la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime et par la loi du 12 août 1885 qui touche à diverses parties du droit maritime (engagement des gens de mer, assurance, prêt à la grosse, etc.).

Toutefois l'objet du livre II du Code de commerce ne correspond pas exactement à celui de l'Ordonnance de 1681. Elle traitait des trois grandes branches du droit maritime. Le livre II du Code est relatif seulement au droit maritime privé qui est aujourd'hui en France le seul codifié. Aussi, sur un grand nombre de points, l'Ordonnance de 1681 et beaucoup de dispositions légales complémentaires datant, soit de l'ancienne monarchie soit de l'époque intermédiaire, sont-elles encore en vigueur. Cette absence de codification fait que parfois il est assez difficile de savoir quels textes doivent être appliqués. Afin de remédier au mal, le gouvernement a pris deux mesures différentes.

1° Les ordonnances, déclarations, édits, etc., de nos anciens Rois n'avaient force de lois qu'autant qu'ils avaient été enregistrés par le Parlement. Aussi celui qui invoque un acte législatif de l'ancienne monarchie peut-il à la rigueur être contraint de prouver que cet acte a été enregistré. Afin d'éviter les recherches compliquées et longues auxquelles cela peut donner lieu, un décret-loi des 4-22 mars 1852 a décidé que la production d'une copie authentique par le Ministre de la marine dispenserait de la preuve de l'enregistrement.

2° En 1866, le Ministre de la marine a fait composer un recueil comprenant sous une seule série de 314 articles les dispositions de droit administratif maritime concernant la police de la navigation et l'inscription maritime (2). Les articles composant ce recueil ou règlement sont tous empruntés à des lois, à des décrets, à des actes législatifs antérieurs.

(1) V., sur les commentateurs de l'Ordonnance : Valin, Emérigon et Pothier, n° 9.

(2) Ce recueil a pour titre : *Règlement 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.*

Source BIU Cujas

Il faut encore citer parmi les lois maritimes en vigueur le *décret-loi disciplinaire et pénal sur la marine marchande du 24 mars 1852, qui a organisé les juridictions chargées de connaître des délits maritimes et déterminé les peines à appliquer à ces délits.*

810. Sous l'ancienne monarchie, on avait concentré dans une seule administration tout ce qui concernait la marine. A la tête de cette administration se trouvait le *Grand Amiral;* il s'occupait de la marine au point de vue politique, militaire, judiciaire et administratif. Il rendait notamment la justice par l'organe de tribunaux appelés *amirautés,* dont il nommait les membres, sauf ratification du Roi. Les amirautés non seulement connaissaient de tous les procès civils et criminels se rattachant à la navigation maritime, mais encore elles avaient un rôle administratif, en s'occupant de la surveillance des ports, des formalités relatives à la transmission de la propriété des navires et, en général, de toutes les personnes et de toutes les choses concernant la navigation maritime. Les attributions judiciaires des amirautés, au point de vue du droit commercial privé, leur ont été retirées par la loi des 16-24 août 1790, pour être conférées aux tribunaux de commerce. En 1791, les amirautés, réduites à des fonctions administratives, ont été supprimées avec la dignité de Grand Amiral de France.

Aujourd'hui on peut dire qu'il y a des lambeaux de l'Amirauté dans presque tous les ministères. Tout ce qui touche au personnel de la marine marchande ressortit au ministère de la marine. La construction et l'entretien des ports sont dans le ressort du ministère des travaux publics. L'administration des douanes, qui est chargée de l'accomplissement des formalités de publicité en matière de transmission de propriété de navires et d'hypothèque maritime, relève du ministère des finances. Les tribunaux de commerce, qui jugent les procès en matière de droit commercial maritime, sont placés sous le contrôle du ministre de la justice. Enfin les tribunaux commerciaux maritimes, qui jugent les délits et contraventions se rattachant à la marine marchande, ressortissent au ministère de la marine.

811. PLAN. — Nous nous occuperons presque exclusivement du *droit commercial maritime* et nous ne donnerons même à ce sujet

Source BIU Cujas

que des notions générales. Ce livre est surtout destiné aux étudiants en droit et, dans nos facultés, le droit maritime est à peu près complétement laissé de côté (1).

On peut dire que les règles du droit maritime privé ont quatre objets principaux : elles concernent les navires, les personnes intéressées dans les expéditions maritimes, le personnel des navires, les contrats maritimes. Aussi divisons-nous notre étude sommaire du droit maritime en sept chapitres. Le *premier chapitre* est consacré aux navires et aux manières d'en acquérir la propriété ; le *second* aux personnes intéressées dans les expéditions maritimes (propriétaires ou copropriétaires de navires, armateurs, etc...) ; le *troisième* est relatif au personnel des navires (capitaine et gens de l'équipage). Le *quatrième* chapitre renferme les règles de l'affrétement ou nolissement, c'est-à-dire du contrat de transport de marchandises par mer. Le *chapitre cinquième* est consacré aux risques maritimes et à la détermination des personnes qui les supportent. Le *chapitre sixième* traite du contrat d'assurance maritime, qui a pour but de mettre les intéressés à l'abri du préjudice pécuniaire que leur cause la réalisation de ces risques. — Pour se procurer les sommes considérables dont ils ont besoin pour la construction des navires, l'organisation des expéditions maritimes, les réparations à faire aux bâtiments, etc..., des moyens de crédit spéciaux, le prêt à la grosse et l'hypothèque maritime, sont mis à la disposition des propriétaires de navires, des capitaines et des constructeurs. Du reste, par faveur pour certains créanciers, la loi leur accorde des privilèges spéciaux sur les navires. Les droits des créanciers, même chirographaires, sont plus étendus sur les navires que sur les autres biens; ils ont un droit de suite spécial. Le *septième chapitre* traite des moyens de crédit maritime (prêt à la grosse et hypothèque maritime), des privilèges sur les navires et des droits particuliers des créanciers chirographaires.

(1) Nous renvoyons ceux qui voudraient étudier complétement le droit maritime à notre *Précis de droit commercial :* nous avons consacré, dans le tome II, plus de 500 pages à cette branche du droit qui, dans la pratique des affaires, prend une importance de plus en plus grande.

Source BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

DES NAVIRES ET DES MOYENS D'EN ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ (1).

812. Les règles concernant les navires ont une grande importance; car, s'ils ne sont pas, comme les marchandises, l'objet du commerce de mer, ils en sont, du moins, l'instrument.

En droit, le navire est un bien qui, sous beaucoup de rapports, est régi par des principes tout spéciaux. A certains égards les navires sont en quelque sorte traités comme des personnes : ils ont une nationalité (il y a des *navires français* et des *navires étrangers*); chaque navire a un nom, une sorte de domicile désigné sous la dénomination de *port d'attache* ou de *port d'immatricule*, une espèce d'acte de naissance destiné surtout à prouver sa nationalité, l'*acte de francisation*.

813. Deux questions doivent être examinées : A. à quelles conditions un navire est français; B. quelles différences il y a entre un navire français et un navire étranger.

A. D'après la législation actuelle, il faut pour qu'un navire soit français : 1° que le navire appartienne au moins pour moitié à des Français; 2° que le capitaine, les officiers et les trois quarts au moins de l'équipage soient Français. — Ces deux conditions se justifient aisément. Le gouvernement français est appelé souvent à intervenir pour la protection du pavillon et du commerce national auprès des autorités étrangères; on veut que cette protection s'applique à des intérêts vraiment français. La seconde condition s'explique par le désir de favoriser les gens de mer Français en obligeant à choisir parmi eux la plus grande partie du personnel des navires. Du reste, le capitaine et les officiers ont parfois avec les autorités étrangères des démêlés graves, il ne faut pas que les intérêts de la France puissent être compromis par des étrangers (2).

(1) Code de commerce, art. 190 et 195.

(2) Ces deux conditions n'ont pas toujours été les seules exigées pour qu'un navire fût français. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 1596.

Source BIU Cujas

B. L'intérêt de la distinction entre les navires français et les navires étrangers a diminué par suite de l'application à la marine marchande des principes du libre échange. Les navires français seuls sont admis à faire la navigation (ou *cabotage*) entre ports français, qui est appelée pour cette raison *navigation réservée*. Avant les lois du 3 juillet 1861 et du 29 mai 1866, l'*intercourse coloniale*, c'est-à-dire la navigation entre la métropole et les colonies était réservée aux navires français; puis les navires étrangers entrant dans nos ports étaient soumis à des droits spéciaux appelés *droits de tonnage* et les marchandises importées par ces navires étaient soumises à des droits de douane supplémentaires appelés *surtaxes de pavillon* (1).

En temps de guerre maritime, il est très important de savoir si un navire de commerce appartient à une nation neutre ou à l'une des nations belligérantes. En effet, la propriété privée n'est pas respectée sur mer, les vaisseaux de guerre de l'un des belligérants ont le *droit de prise* ou droit de capturer les navires appartenant aux sujets de l'autre belligérant et les marchandises chargées sur ces navires appartenant aussi à l'un de ces sujets; mais le droit de prise ne s'applique ni aux navires neutres, ni aux marchandises ennemies qui y sont chargées (*le pavillon couvre la marchandise*) ni aux marchandises neutres chargées sur des navires ennemis.

814. A raison même de l'intérêt que présente la distinction entre les navires français et les navires étrangers, il est fort utile que le propriétaire ou le capitaine d'un navire puisse prouver facilement la nationalité française de son bâtiment. L'acte qui sert à faire cette preuve est l'*acte de francisation* qui doit toujours se trouver à bord du navire (art. 225, C. com.). Du reste, cet acte ne sert par seulement à prouver la nationalité : on y mentionne, pour les faire connaître aux tiers, les mutations survenant dans la propriété du navire (n° 820).

La délivrance d'un acte de francisation suppose un navire dont l'identité est bien déterminée. Aussi chaque navire doit-il avoir un nom qu'il est même défendu de changer (loi du 5 juillet 1836). En outre, chaque navire doit être *jaugé*, c'est-à-dire que son tonnage

(1) Pour protéger la marine nationale, la loi du 29 janvier 1881 a établi un système de primes accordées aux armateurs. V. *Précis de Droit commercial*, II, n° 1584.

Source BIU Cujas

(sa capacité) doit être fixé par l'administration des douanes. La jauge officielle détermine le nombre de *tonneaux de jauge* que peut contenir un navire vide (le tonneau de jauge est actuellement de 2 mètres cubes 83 cent.). Il ne faut pas confondre avec le tonneau de jauge le tonneau de poids; celui-ci est une mesure conventionnelle d'après laquelle se fixe souvent le fret à payer pour le transport de marchandises par mer (n° 862).

815. *Port d'attache ou d'immatricule. Délivrance de l'acte de francisation.* — Le propriétaire d'un navire, après lui avoir donné un nom et l'avoir fait jauger, doit le faire inscrire sur des registres spéciaux tenus au bureau de l'inscription maritime d'un *quartier* (circonscription maritime, V. n° 832); on appelle ce quartier *port d'attache* ou *d'immatricule* du navire. En outre, le navire est inscrit par son nom, avec indication de son jaugeage et du nom du propriétaire, sur un registre spécial tenu à la recette principale des douanes. L'acte de francisation est délivré au nom du chef de l'État à la recette des douanes et est signé du ministre des finances.

L'acte de francisation constate sans doute la nationalité française du navire lors de sa délivrance. Mais cette nationalité peut être perdue soit par suite d'une aliénation faite au profit d'étrangers pour plus de moitié, soit par le choix fait d'étrangers pour composer le personnel du navire (Cf. n° 893). Pour éviter qu'un navire puisse continuer à porter le pavillon français quand il ne réunit plus les conditions requises pour être français, les lois ont prescrit la formalité de la *mutation en douane* en cas de changement de propriétaire (n° 820), la délivrance d'un congé (n° 856) et la mention sur le rôle d'équipage de la nationalité du capitaine, des officiers et des gens de l'équipage.

816. *Nature mobilière des navires. Conséquences.* — Les navires sont expressément rangés par nos lois dans la catégorie des biens mobiliers (art. 190, al. 1, C. com. et art. 531, C. civ.). Ainsi ils tombent dans la communauté légale; pour les aliéner, il est nécessaire et il suffit d'être capable d'aliéner les meubles, etc... Mais, sous plusieurs rapports, on ne leur applique pas les règles qui régissent les meubles; on leur applique même parfois des principes qui ne régissent aucune espèce de biens.

Source BIU Cujas

1. Depuis le 1er mai 1875, les navires, à la différence des autres meubles, sont susceptibles d'hypothèque.

2. La règle, *en matière de meubles possession vaut titre* (art. 2279, C. civ.) ne s'applique point aux navires. Aucun texte sans doute n'écarte expressément l'application de cette règle, mais les motifs mêmes qui la justifient doivent la faire écarter pour les navires. Il serait rigoureux et nuisible aux transactions d'admettre que l'acquéreur de bonne foi d'un bien mobilier peut être évincé par le véritable propriétaire. La transmission des meubles ne se constate pas d'ordinaire par écrit et, par suite, les acquéreurs sont à peu près dans l'impossibilité d'obtenir des aliénateurs la preuve de leur droit de propriété. Au contraire, les aliénations de navires se constatent par écrit; l'art. 195, C. com., exige même un écrit pour la vente d'un navire. Par suite, l'acquéreur, qui n'a pas exigé de l'aliénateur du navire la preuve de son droit de propriété, est aussi coupable de négligence que l'acquéreur d'un immeuble qui a traité avec un non-propriétaire; son éviction n'est pas d'une rigueur excessive (1).

3. Il n'y a pas de droit de suite sur les meubles (art. 2119, C. civ.). Les privilèges mobiliers (art. 2101 et 2102, C. civ.) s'éteignent quand les meubles passent entre les mains d'un tiers acquéreur, *a fortiori* le droit de gage général appartenant aux créanciers chirographaires (art. 2092, 2093, C. civ.) s'éteint-il en cas d'aliénation faite par le débiteur. Quant au droit de suite sur les immeubles, il n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires ou privilégiés. Au contraire, quand il s'agit de navires, les créanciers, même chirographaires, jouissent d'un droit de suite qui seulement s'éteint plus facilement que celui des créanciers hypothécaires (2).

817. Les dispositions du livre II du Code de commerce s'appliquent, non pas à tous les navires, mais exclusivement aux navires de mer. Aussi est-il important, en droit, de déterminer le criterium pouvant servir à distinguer les bâtiments de mer des autres.

(1) V., sur la prescription applicable aux navires, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 1634.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, n° 1604, pour d'autres points de vue auxquels les navires sont traités autrement que les biens mobiliers en général.

Source BIU Cujas

Malheureusement les lois sont muettes sur ce point. Il est certain qu'il n'y a pas à considérer la capacité des navires ; des bâtiments d'un fort tonnage se bornent à parcourir les fleuves. Il semble rationnel de s'attacher à la destination que les navires reçoivent en les rangeant ou non parmi les bâtiments de mer selon qu'ils font ou non la navigation maritime.

818. *Différentes espèces de navigations maritimes.* — En général, les mêmes règles s'appliquent à tous les bâtiments de mer, quelle que soit la navigation maritime à laquelle ils se livrent. Cependant, à divers points de vue, nos lois distinguent la navigation *au long cours* et la navigation *au cabotage*. L'art. 377, C. com., définit les voyages au long cours; tous autres constituent la navigation au cabotage. Il importe de distinguer ces deux sortes de navigations maritimes aux points de vue suivants: *a.* les conditions de capacité exigées chez le capitaine ne sont pas les mêmes; *b.* les navires ne sont pas dans les deux cas soumis à la visite aux mêmes époques; *c.* le délai qui doit s'être écoulé sans nouvelles pour que le navire ou la cargaison puisse être délaissé à l'assureur, sont plus longs en cas de navigation au long cours; *d.* la loi du 29 janvier 1881 n'accorde de primes à l'armement que pour la navigationau long cours.

Afin de faciliter les relations entre les ports rapprochés, un décret-loi du 20 mars 1852 a distingué du *cabotage*, sous le nom de navigation *au bornage*, la navigation faite par une embarcation de 25 tonneaux au plus à une distance maxima de 15 lieues marines : les conditions exigées des capitaines pour le bornage sont simplifiées. V. n° 848. Jusqu'à la loi du 25 novembre 1827, on distinguait deux espèces de cabotages : le grand et le petit cabotage. La distinction était importante en ce que les conditions de capacité exigées des capitaines n'étaient pas les mêmes pour ces deux navigations. Elles ont été assimilées et l'on ne distingue plus guère ces deux cabotages que dans les tableaux statistiques des douanes. La navigation au petit cabotage est celle qui se fait entre les ports de la même mer; la navigation au grand cabotage se fait entre des ports situés sur des mers différentes.

819. *Modes d'acquisition des navires. Vente.* — La propriété des navires s'acquiert par les modes d'acquisition ordinaires et, en outre,

Source BIU Cujas

par certains modes spéciaux au droit maritime. Les modes d'acquisition du droit commun sont soumis à quelques règles spéciales quand ils portent sur des navires; il en est ainsi de la vente. La vente volontaire d'un navire doit être faite par écrit (acte authentique ou sous-seings privés), art. 195, C. com. Le Code exige, du reste, généralement un écrit pour la preuve de tous les contrats concernant le commerce de mer, par dérogation à l'art. 109, C. com. V. n° 364. Comme l'écrit n'est exigé que pour la preuve, afin d'exclure la preuve testimoniale, une vente de navire pourrait être prouvée par l'aveu ou par le serment (1).

820. *Mutation en douane.* — Des lois antérieures au Code civil et toujours en vigueur prescrivent des formalités spéciales pour les cas où il y a transmission de la propriété d'un navire. D'abord, d'après la loi du 27 vendémiaire an II (art. 18), l'acte de vente doit contenir une copie de l'acte de francisation. Aucune sanction n'est attachée à cette prescription dont le but est de bien individualiser le navire vendu. D'ailleurs, la formalité la plus importante est celle de la *mutation en douane.* D'après la loi du 27 vendémiaire an II (art. 17), il faut qu'il soit fait mention de toutes les transmissions de propriété de navires : 1° sur le registre de la recette principale des douanes (n° 815); 2° au dos de l'acte de francisation. Ce sont ces deux formalités réunies qui constituent ce qu'on appelle la *mutation en douane.*

La mutation en douane a certainement avant tout pour but d'empêcher que des étrangers ayant acquis des navires français ne continuent à leur faire porter indûment le pavillon national. Mais la jurisprudence reconnaît à la mutation en douane une autre portée: c'est une formalité de publicité, sans laquelle la propriété des navires n'est pas transmise à l'égard des tiers. Le registre des douanes est une sorte de grand-livre de la propriété des navires ; l'examen de ce registre permet de savoir à qui un bâtiment appartient et celui-là seul dont le nom est porté sur ce registre est considéré comme propriétaire à l'égard des tiers. En conséquence, de deux acquéreurs d'un même navire celui-là l'emporte qui a le premier fait opérer la mutation en douane et les créanciers de l'aliénateur peuvent mécon-

(1) V. *Précis de Droit commercial,* n°s 1613 et suiv.

Source BIU Cujas

naître une aliénation pour laquelle la mutation en douane n'a pas été opérée (1).

821. *Construction à forfait et par économie.* — Souvent une personne est propriétaire d'un navire parce qu'elle l'a fait construire. Il y a deux procédés principaux de construction : la *construction par économie*, et la *construction à forfait*.

Il y a *construction par économie*, quand une personne, traitant directement avec les vendeurs de matériaux et les ouvriers, fait elle-même construire un navire; il n'y a guère que les constructeurs de profession qui construisent par économie. Il va de soi que la propriété du bâtiment avant son achèvement appartient à celui qui achète les matériaux et qui traite avec les ouvriers. C'est lui, par suite, qui court les risques de la perte et des détériorations.

Il y a construction *à forfait, pour compte* ou à *l'entreprise*, quand une personne charge un constructeur de faire construire un navire moyennant un prix ferme. Le plus souvent, le constructeur fournit les matériaux en même temps que la main d'œuvre (2).

822. Modes d'acquisition spéciaux au droit maritime. — Deux modes spéciaux d'acquisition sont admis par le droit maritime : l'abandon (nos 826 et suiv.) et le délaissement (nos 932 et suiv.). En outre, le droit international maritime reconnaît comme mode d'acquisition au profit de l'État la prise des navires ennemis et celle des navires même neutres qui cherchent à violer un blocus effectif.

(1) V., pour les détails, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 1616 à 1622.

(2) Sur les difficultés qui se présentent alors pour déterminer qui est propriétaire du navire avant son achèvement, *Précis de Droit commercial*, II, no 1633.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

DES PERSONNES INTÉRESSÉES DANS LES EXPÉDITIONS MARITIMES. (PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES ET ARMATEURS. COPROPRIÉTÉ DES NAVIRES) (1).

823. Beaucoup de personnes sont intéressées dans les expéditions maritimes. Comme ces expéditions ont, en général, pour objet le transport de marchandises, on peut dire que certaines personnes ont un intérêt se rattachant au navire, d'autres un intérêt se rapportant à la cargaison.

824. *De l'armateur et du propriétaire du navire.* — On appelle *armateur* celui qui arme un navire, c'est-à-dire qui le pourvoit de tout ce qui est nécessaire pour la navigation et qui organise celle-ci en choisissant le capitaine. L'armateur se propose de réaliser des bénéfices en affectant le navire, soit au transport des marchandises ou des personnes, soit à la pêche. Le propriétaire en est souvent aussi l'armateur; mais il s'en faut que ces deux qualités soient toujours réunies dans la même personne. Elles sont divisées notamment dans le cas où une personne, ayant pris à loyer un navire désarmé, le fait naviguer pour son compte ou dans le cas où plusieurs copropriétaires d'un navire chargent l'un d'eux de jouer le rôle d'armateur. Quoi qu'il en soit, le Code de commerce suppose toujours que les deux qualités de propriétaire et d'armateur sont réunies sur la même tête. Pour plus de simplicité, nous entendrons aussi par propriétaire ou par armateur celui qui a à la fois ces deux qualités.

825. *Personnes intéressées dans la cargaison.* — A la cargaison se rattachent *les chargeurs, les affréteurs, les consignataires.* Les *chargeurs* ou *affréteurs* sont les personnes qui font transporter par mer des marchandises en vertu du contrat appelé *affrétement*, conclu avec l'armateur ou le capitaine (nos 861 et suiv.). Les marchandises sont le plus souvent adressées à des individus qu'on appelle *destinataires*, comme dans le transport par terre (no 473), ou *réclamateurs*.

(1) C. de com., art. 216, 217 et 220.

Source BIU Cujas

Ceux-ci peuvent, selon les cas, soit les recevoir pour leur propre compte, soit être chargés de les vendre ou de les répartir entre des personnes désignées à l'avance, ce sont alors des *consignataires*. Il faut distinguer du *consignataire de la cargaison* le *consignataire du navire*. Ce dernier est chargé par le propriétaire du navire de remplir au port de destination les nombreuses formalités auxquelles donne lieu l'arrivée du navire dans ce port, de payer les frais de port, de faire opérer le déchargement, de livrer les marchandises aux destinataires et de recevoir d'eux le montant du fret.

825 *bis*. *Copropriété des navires. Quirats.*—Il est fréquent qu'un navire appartienne à plusieurs personnes par indivis. Cela se produit à raison soit de ce que plusieurs personnes ont acheté ou fait construire un navire en commun, soit de ce qu'un propriétaire unique a aliéné des portions du navire ou a laissé plusieurs héritiers. Le prix élevé des navires et l'importance des frais d'armement expliquent la fréquence de la copropriété indivise. Les parts de copropriété sont désignées parfois sous l'ancien nom de *quirats* et les copropriétaires sont appelés *quirataires*. Dans l'intérêt de la navigation, la copropriété des navires est soumise à des règles spéciales pour l'administration des navires indivis et pour les causes pouvant faire cesser l'indivision.

1. En général, quand plusieurs copropriétaires sont en désaccord sur un acte à faire, l'opinion des partisans de l'abstention doit prévaloir. Quand il s'agit de navires, l'avis de la majorité est suivi pour tout ce qui concerne l'intérêt commun et la majorité se détermine par une portion d'intérêt dans le navire excédant la moitié de sa valeur (art. 220, al. 1 et 2, C. com.).

2. En droit commun, nul n'étant tenu de rester dans l'indivision, (art. 815, C. civ.), chaque copropriétaire peut exiger le partage ou la licitation. La faculté pour chaque copropriétaire de réclamer la licitation du navire aurait eu de graves inconvénients. En exerçant cette faculté, un copropriétaire aurait pu faire manquer une entreprise importante. Aussi la licitation ne peut-elle être accordée que sur la demande des propriétaires formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire.

Le plus souvent, quand il y plusieurs copropriétaires, l'un d'eux

Source BIU Cujas

(ou un étranger) est chargé de jouer le rôle d'armateur (armateur-gérant) (1).

826. RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE DU NAVIRE QUANT AUX ACTES ET FAITS DU CAPITAINE. — ABANDON DU NAVIRE ET DU FRET. — Généralement le propriétaire d'un navire ne le dirige pas; il prépose à la direction de l'expédition un chef appelé le plus ordinairement *capitaine*. Le capitaine est lié envers le propriétaire par un contrat tenant à la fois de la nature du louage de services et du mandat. — Chargé de diriger le navire, il doit employer ses soins pour assurer la réussite du voyage : dans ce but il fait de nombreux actes pour l'armateur, il engage les gens de l'équipage, il fréte le navire, il le fait réparer et contracte avec les ouvriers et vendeurs de matériaux. Le capitaine peut, dans le cours du voyage, commettre des délits ou des quasi-délits faisant naître l'obligation de réparer le dommage en résultant (par exemple, il cause un abordage par une fausse manœuvre). Conformément aux principes du droit commun, le propriétaire du navire est tenu, en qualité de mandant, des obligations contractées par le capitaine pour les besoins de l'expédition (art. 1998, C. civ.) et il est responsable des délits ou des quasi-délits commis par le capitaine dans l'exercice de ses fonctions (art. 1384, C. civ.). D'après les règles ordinaires, le propriétaire devrait être tenu sur tous ses biens. Mais le Code de commerce restreint la responsabilité du propriétaire de navire en faisant une distinction entre sa fortune de mer (ou fortune flottante) et sa fortune de terre; d'après l'art. 216, 2e al., le propriétaire n'est tenu que sur la première à raison des actes ou faits du capitaine. Cette dérogation aux principes généraux s'explique par diverses raisons. Le propriétaire du navire ne peut pas, à raison même de l'éloignement, surveiller le capitaine. Le choix du capitaine n'est même pas entièrement libre pour lui, puisqu'il ne peut le prendre que parmi les personnes réunissant certaines conditions déterminées par les lois (n° 848). Puis, la responsabilité illimitée du propriétaire pourrait détourner beaucoup de personnes de se consacrer au commerce des armements. Le nombre des navires serait diminué, ce qui entraînerait une élévation du taux du fret.

(1) V., pour plus de détails, *Précis de Droit commercial*, II, nos 1643 à 1651.

Source BIU Cujas

827. Le propriétaire n'étant tenu que sur sa fortune de mer, peut se libérer en abandonnant aux créanciers le navire tel qu'il est et le fret du dernier voyage. Mais il n'a pas à comprendre dans l'abandon l'indemnité qu'il touche de la compagnie d'assurances quand le navire a été assuré. Le propriétaire du navire a pris sur sa fortune de terre les primes d'assurance en retour desquelles l'indemnité a été payée. Sa fortune de terre serait atteinte, s'il était tenu de comprendre cette indemnité dans l'abandon.

La faculté d'abandon du navire et du fret existe pour le propriétaire du navire, qu'il s'agisse de la responsabilité encourue par lui à raison des délits ou des quasi-délits du capitaine ou même d'obligations provenant de contrats conclus par le capitaine pour les besoins de l'expédition et dont le propriétaire du navire est tenu en qualité de mandant. Une loi du 14 juin 1841, qui a modifié le texte de l'art. 216, C. com., a fait disparaître la controverse qui s'était élevée sur ce dernier point. Mais, quelque généraux que soient les termes de l'art. 216, il est certain que l'abandon du navire et du fret n'est pas admis quand le propriétaire a concouru aux actes du capitaine ou a participé à ses fautes; il n'y a alors aucune raison pour restreindre sa responsabilité. Bien plus, l'art. 216 suppose des actes faits par le capitaine en vertu du mandat général qui lui a été donné par cela même qu'il a été chargé de la direction du navire; il est étranger aux actes que le capitaine fait en vertu d'un mandat spécial et formel. Par exemple, si un capitaine fait assurer le navire en vertu du mandat du propriétaire, celui-ci ne peut faire l'abandon pour se libérer de l'obligation de payer les primes d'assurance. Un mandat de ce genre n'ayant rien de nécessaire, il n'y a pas de motif de traiter les choses autrement que si le mandataire était une personne autre qu'un capitaine.

Des principes qui viennent d'être rappelés le législateur lui-même (art. 216, al. 3) a tiré des conséquences logiques pour les cas assez fréquents où le capitaine, est soit propriétaire unique, soit copropriétaire du navire qu'il commande. S'il est seul propriétaire, il est tenu indéfiniment, sans pouvoir se libérer par l'abandon du navire et du fret; s'il est copropriétaire, l'abandon est admis, mais le laisse obligé personnellement à raison des engagements contractés par lui

Source BIU Cujas

pour une part proportionnelle à son intérêt et ne le libère que pour l'excédent. Ainsi supposons un emprunt de 100,000 francs contracté par un capitaine qui est copropriétaire pour un quart du navire; en abandonnant le navire et le fret, le capitaine se libère des 3/4 de la dette, mais pour l'autre quart (25,000 fr.) il sera tenu même sur sa fortune de terre.

827 *bis. Clauses d'irresponsabilité.* — Le propriétaire, responsable, en principe, des fautes du capitaine, ne peut-il pas se décharger de cette responsabilité par une clause formelle? On l'a nié en disant qu'une pareille clause est contraire à l'ordre public comme encourageant la fraude ou la négligence. Cette doctrine est avec juste raison condamnée par la Cour de cassation. Assurément on ne peut s'exonérer par avance de la responsabilité de ses fraudes ou de ses fautes lourdes. Mais en quoi l'exonération de fautes non intentionnelles est-elle contraire à l'ordre public? Il nous est impossible de l'apercevoir. Du reste, il n'est pas douteux qu'en contractant une assurance, le propriétaire d'un navire peut se décharger de la responsabilité des fautes du capitaine. Pourquoi ne pourrait-il pas atteindre d'une façon directe par une clause expresse le but qu'il atteint indirectement par l'assurance?

828. *Effets de l'abandon.* — Par suite du principe de l'abandon, on peut dire que le propriétaire d'un navire se trouve tenu d'une obligation facultative à raison des faits et actes du capitaine : il doit une somme d'argent et il a la faculté de se libérer en abandonnant le navire et le fret. L'abandon libère donc le propriétaire. Selon l'opinion commune, les créanciers auxquels l'abandon du navire est fait en deviennent propriétaires, de telle sorte qu'ils pourraient conserver le prix de la vente du navire si, par hasard, il dépassait le montant des créances. C'est ce qui a fait indiquer plus haut (n° 822) l'abandon parmi les modes spéciaux d'acquisition de la propriété des navires.

Il ne faut pas confondre avec l'abandon le *délaissement*, qui suppose un navire assuré.

829. L'art. 216, qui consacre la faculté d'abandon, ne parle que du propriétaire du navire. Cependant le capitaine agit parfois aussi pour d'autres personnes, ainsi pour les propriétaires des marchan-

Source BIU Cujas

dises transportées. Il doit faire tout ce qui est nécessaire pour les amener en bon état au port de destination et, dans ce but, il peut arriver qu'il contracte des obligations. Les propriétaires des marchandises en sont-ils tenus sur tous leurs biens ou seulement sur leur fortune de mer, c'est-à-dire sur les marchandises, de telle façon qu'ils puissent se libérer en les abandonnant aux créanciers ? La question peut se poser notamment quant le capitaine a emprunté pour les besoins du chargement ou a fait des dépenses de sauvetage. Assurément on peut invoquer, pour admettre l'obligation illimitée des propriétaires des marchandises, le principe général de l'art. 2092, C. civ.; mais il nous semble plus rationnel d'admettre la faculté d'abandon. Il serait singulier que les propriétaires des marchandises, qui sont les chargeurs ou les destinataires, fussent traités plus rigoureusement, quand il s'agit des obligations du capitaine, que les propriétaires du navire, alors que les premiers ne participent pas d'ordinaire au choix du capitaine.

Source BIU Cujas

CHAPITRE III.

DU PERSONNEL DES NAVIRES. DES GENS DE MER EN GÉNÉRAL. DU CAPITAINE (1).

830. La navigation maritime exige l'emploi d'un personnel nombreux qui remplit à bord des fonctions très variées. A la tête de ce personnel est le *capitaine* (appelé plus rarement *maître* ou *patron*), qui est préposé par l'armateur à la direction du navire. Au dessous de lui sont les *officiers* chargés de l'assister, spécialement le *second* qui le remplace en cas d'empêchement. Enfin il y a les *matelots* chargés, sous les ordres du capitaine et des officiers, d'exécuter les manœuvres nécessaires pour la marche du navire. Les officiers et les matelots forment *l'équipage* et sont souvent opposés dans la loi même, sous le nom de *gens de l'équipage*, au capitaine. On peut ranger sous la dénomination collective de *gens de mer* tous ceux qui participent à un titre quelconque à la conduite du navire. Quelles que soient leurs fonctions, les gens de mer sont soumis à un grand nombre de règles communes (art. 272, C. com.). Toutefois, parmi eux, le capitaine, à raison de la grande importance de ses fonctions, a une situation à part. Aussi sera-t-il traité ci-après séparément : 1° *Des gens de mer, en général;* 2° *Du capitaine.*

I. — DES GENS DE MER, EN GÉNÉRAL.

831. Les gens de mer sont attachés au navire par un contrat qui est une variété du louage de services ; il est désigné par le Code sous le nom d'*engagement des gens de mer.* — Les gens de mer sont soumis à *l'inscription maritime :* ils sont exposés pendant une grande partie de leur vie à être appelés au service de l'État sur les vaisseaux de guerre. En retour de ces charges assez lourdes que l'inscription maritime fait peser sur les gens de mer, et pour qu'elles ne détournent pas les populations du littoral de se vouer à la navi-

(1) C. com. art. 218, 219, 221 à 278.

Source BIU Cujas

gation, des avantages multiples ont été accordés par nos lois aux gens de mer. Des notions vont être données sur l'inscription maritime et il sera traité ensuite de l'engagement des gens de mer.

A. — *De l'inscription maritime.*

832. *L'inscription maritime* fut introduite par Colbert sous le nom de *régime des classes*. Après des modifications nombreuses, l'inscription maritime fonctionne aujourd'hui de la façon suivante (1).

Le littoral de la France est divisé en cinq arrondissements maritimes (2) subdivisés en douze sous-arrondissements dont chacun comprend un certain nombre de quartiers se subdivisant à leur tour en syndicats. A la tête de chaque arrondissement est un préfet maritime; chaque sous-arrondissement est dirigé par un officier supérieur de l'administration, chaque quartier par un commissaire de la marine qui prend le nom de *commissaire de l'inscription maritime;* enfin les syndicats sont dirigés par des *syndics des gens de mer*.

Les commissaires de l'inscription maritime tiennent les matricules ou registres des gens de mer de tout le quartier. Sur ces matricules sont portés les marins de tous grades et de toutes professions ainsi que les mécaniciens et chauffeurs faisant la navigation maritime.

L'inscription maritime entraîne pour les marins l'obligation de servir sur les vaisseaux de l'État, toutes les fois qu'ils en sont requis, de 20 à 50 ans. En fait, ils ne servent guère que 36 mois. Du reste, les équipages de la flotte de l'Etat ne comprennent pas exclusivement des inscrits maritimes, il y a aussi des volontaires et des hommes pris sur le contingent annuel.

833. Les charges résultant de l'inscription maritime pouvaient sembler lourdes, surtout à l'époque à laquelle une partie des hommes tirant au sort échappaient à tout service militaire dans l'armée de terre. Aussi, en retour de ces charges, de nombreux avantages ont été accordés aux gens de mer et à leurs familles. Ces avantages s'expliquent, du reste, abstraction faite de l'inscription

(1) V., sur l'historique et l'état actuel de la législation, *Précis de Droit commercial*, II, nos 1682 à 1690.

(2) Dont les chefs-lieux sont Cherbourg, Brest, Lorient, Rochefort et Toulon.

Source BIU Cujas

maritime, par le désir d'encourager les populations à se vouer à la navigation malgré les dangers et les privations que cette profession entraîne avec elle. Voici les principaux de ces avantages :

a. Les gens de mer français ont la certitude d'être assez facilement engagés par cela même que les capitaines, les officiers et les trois quarts au moins de l'équipage doivent être de nationalité française, pour qu'un navire soit français (n° 813).

b. Ils sont dispensés de tout service public autre que celui de l'armée navale.

c. Les gens de mer délaissés en pays étranger doivent être *rapatriés* et le plus souvent les frais de rapatriement sont à la charge de l'armateur (n° 843). Ils ont même droit à leur *conduite de retour*, c'est-à-dire qu'ils doivent être reconduits du port français où ils débarquent dans leur quartier d'inscription.

d. Après 50 ans d'âge et 25 ans de service, ils ont droit à une pension appelée demi-solde qui est reversible pour partie au profit de leurs veuves et de leurs orphelins mineurs. Cette pension est due même aux gens de mer qui en fait n'ont pas été appelés au service sur les vaisseaux de l'État. Le service des demi-soldes est fait par la *Caisse des invalides de la marine* créée sous le règne de Louis XIV et qui ressortit au ministère de la marine. Cette caisse subvient au paiement de ces pensions à l'aide de ressources diverses, notamment à l'aide d'une retenue de 3 0/0 opérée sur les salaires des marins du commerce (1).

B. — *De l'engagement des gens de mer.*

834. Le contrat par lequel les gens de mer s'engagent à servir sur un navire est soumis à la fois aux dispositions du Code civil relatives au louage de services et aux règles particulières contenues dans le Code de commerce et dans des lois spéciales.

835. *Différentes sortes d'engagements.* — On distingue les engagements *à salaire fixe* et les engagements *à profit éventuel*. Dans les premiers, le salaire est indépendant des bénéfices que pourra pro-

(1) V., sur la Caisse des invalides de la marine, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 1692 à 1696.

Source BIU Cujas

curer la navigation, dans les seconds il est proportionnel à ces bénéfices. Les engagements *à salaire fixe* sont *au voyage* ou *au mois*, selon que le salaire est fixé pour toute la durée du voyage ou qu'il est de tant par moi. Les engagements *à profit éventuel* sont *au fret* ou *à la part*, c'est-à-dire que les gens de mer y reçoivent une part du fret ou une part des bénéfices à réaliser dans l'expédition, par exemple des bénéfices procurés par la pêche. Ces différentes espèces d'engagements ne sont pas traitées par la loi de la même manière. V. art. 252 à 260 et art. 265.

Entre les gens de mer engagés *à profit éventuel* et l'armateur il y a une sorte de société en participation; mais le contrat n'en est pas moins un contrat d'engagement. Aussi les gens de mer engagés *à profit éventuel* peuvent-ils, comme les autres, invoquer le privilège attaché par l'art. 191-6°, C. com., à la créance des salaires.

835 *bis*. *Formation du contrat. Preuve.* — L'autorité publique intervient lors de la formation du contrat. Les gens de mer engagés doivent être présentés par le capitaine au commissaire de l'inscription maritime (1); les conventions intervenues doivent être portées à la connaissance de ce fonctionnaire qui en fait lecture en présence des intéressés. Ces formalités constituent ce qu'on appelle la *Revue de départ*. Les noms des gens de mer engagés doivent être portés par le commissaire sur le *rôle d'équipage* dressé par lui avec indication de leur nationalité et des salaires convenus. Le commissaire doit empêcher l'insertion dans les engagements de clauses contraires à l'ordre public. Un décret-loi du 4 mai 1852 a énuméré les dispositions légales qui, à ce titre, ne peuvent recevoir de dérogations. Du reste, à raison des retenues à opérer au profit de la Caisse des invalides de la Marine sur les salaires des gens de mer, il est indispensable que l'autorité maritime connaisse les engagements conclus et le montant des salaires stipulés. — C'est le rôle d'équipage qui, en cas de constestations, sert ordinairement à prouver les conventions des parties.

836. Comme tout louage de services, le contrat d'engagement est synallagmatique, il crée des obligations à la charge de l'armateur et à celle des gens de mer.

(1) Au consul ou au vice-consul en pays étranger.

Source BIU Cujas

837. Obligations de l'armateur. — L'armateur est tenu de trois obligations principales : Il doit : 1° pourvoir à la subsistance des gens de mer pendant toute la durée de l'engagement ; 2° payer leurs salaires ou loyers ; 3° les rapatrier, c'est-à-dire les ramener au port d'armement ou payer les frais de rapatriement.

838. *Obligation de pourvoir à la subsistance des gens de mer.* — Les lois spéciales déterminent le maximum de l'alimentation à fournir et des peines sont prononcées contre les armateurs contrevenants (*décret disciplinaire et pénal* du 24 mars 1852, art. 76).

839. *Obligation de payer les loyers.* — Les parties fixent librement le montant des loyers ; au contraire, elles ne peuvent pas régler comme elles l'entendent l'époque et le lieu du paiement.

Il va de soi que l'armateur n'est pas tenu de payer d'avance ; mais les gens de mer ne peuvent pas même être payés à la fin du voyage et à l'expiration du temps pour lequel l'engagement a eu lieu. Les loyers ne doivent être acquittés que lors du désarmement (1), à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le commissaire de l'inscription maritime en France ou par le consul en pays étranger. Des avances en cours de route ou au départ ne peuvent être faites qu'avec l'autorisation de ces fonctionnaires. Ces dispositions restrictives ont pour but d'empêcher que les marins éloignés de leurs familles ne se laissent entraîner à dissiper leurs salaires et de permettre à l'autorité compétente d'opérer au moment même du paiement les retenues à faire au profit de la Caisse des invalides de la Marine.

Les loyers ne sont pas toujours réclamés par les gens de mer eux-mêmes ; l'administration de la marine peut agir en justice pour en demander le paiement. Elle a un double intérêt à exercer ce droit : il faut d'abord que les loyers soient payés pour que la Caisse des invalides puisse opérer les retenues ; en outre, les loyers non touchés par les marins appartiennent au bout de deux ans à cette caisse. En agissant en paiement des loyers des gens de mer, l'administration de la marine n'exerce pas un droit personnel, elle ne fait qu'exercer les droits des marins dans l'intérêt desquels elle agit. Il résulte de là

(1) Il y a *désarmement* quand le rôle d'équipage est renouvelé. Le commissaire de l'inscription maritime passe la revue de l'équipage, contrôle les faits qui se sont passés durant la campagne, assiste au paiement des loyers, etc.

Source BIU Cujas

que les fins de non-recevoir et moyens de défense opposables aux gens de mer, le sont également à l'administration de la marine; il en est notamment ainsi de la prescription annale à laquelle est soumise la créance des loyers en vertu de l'art. 433, C. com.

840. *Privilège des gens de mer.* — Afin d'assurer le paiement des loyers, l'art. 191-1° déclare privilégiés *les gages et loyers du capitaine et des autres gens de l'équipage employés au dernier voyage*. V. aussi, art. 271, C. com. Ce privilège garantit, outre les loyers, tout ce qui peut en être considéré comme l'accessoire, par exemple, les frais de rapatriement, les frais de maladie des marins, l'indemnité qui leur est due en cas de congédiement non justifié. Il porte à la fois sur le navire et sur le fret. Il n'existe que *pour le dernier voyage;* ici, le voyage comprend l'ensemble des traversées effectuées par le navire depuis son départ du port d'armement jusqu'à sa rentrée au port de désarmement.

841. *Incessibilité et insaisissabilité des loyers.* — La loi ne se borne pas à attacher un privilège aux loyers des gens de mer, elle les déclare, en outre, incessibles et insaisissables (Ordonnance du 1er novembre 1745), sauf pour certaines dettes énumérées limitativement.

842. *Prescription des loyers.* — La créance des loyers est, comme toutes les créances nées de contrats maritimes, soumise à une courte prescription. D'après l'art. 433, C. com., les loyers sont prescrits un an après le voyage fini. En cette matière, le voyage est considéré comme fini lors de la confection du rôle de désarmement dans lequel les loyers sont liquidés. Cette prescription a pour but d'arriver à un prompt règlement; elle n'est pas fondée sur une présomption de paiement. Par suite, le marin auquel elle est opposée, ne peut pas déférer le serment sur le point de savoir si les loyers ont été acquittés.

843. *Obligation du rapatriement.* — Par suite de causes variées, les gens de mer peuvent être débarqués en pays étranger. Il peut se faire que le voyage soit rompu par le fait de l'armateur, qu'un matelot tombe malade et doive être laissé à terre, que le navire fasse naufrage, qu'un matelot soit débarqué à raison de sa mauvaise conduite, etc... Dans tous ces cas, les gens de mer doivent être rapa-

Source BIU Cujas

triés, c'est-à-dire ramenés en France. Les consuls, en pays étranger, et les commissaires, dans les colonies, doivent veiller à ce que le rapatriement ait lieu.

Les frais de rapatriement sont, en principe, à la charge de l'armateur, que le débarquement ait sa cause dans un cas fortuit, tel qu'un naufrage, ou dans le fait de l'armateur. Exceptionnellement, le rapatriement est fait aux frais de l'État, quand il s'agit de déserteurs ou de marins débarqués, soit pour passer en jugement, soit pour subir une peine; il faut une décision formelle de l'autorité compétente pour que les gens de mer soient rapatriés à leurs frais. La mise des frais de rapatriement à la charge de l'armateur se justifie aisément quand le voyage cesse par son fait; elle s'explique même aussi quand le rapatriement est rendu nécessaire par un événement fortuit. Il faut que l'armateur rende à l'État les inscrits maritimes dont il peut avoir besoin sur les vaisseaux de guerre et que l'État ne fait en quelque sorte que prêter à la marine marchande. Du reste, il n'est pas présumable que les gens de mer consentent, moyennant un faible salaire, à courir le risque d'être délaissés dans un pays lointain où peut-être ils ne trouveraient pas à s'engager de nouveau et d'où il leur faudrait, par suite, revenir à leurs frais.

En général, les frais de rapatriement ne sont pas réclamés à l'armateur par les gens de mer eux-mêmes. En effet, le plus souvent, l'avance de ces frais est faite par l'État et l'administration de la marine en poursuit le recouvrement contre l'armateur. L'administration de la marine agit alors contre l'armateur en vertu d'un droit propre et né dans sa personne, elle n'agit pas au nom des gens de mer comme elle le fait quand elle réclame à l'armateur le paiement de leurs loyers (Cf. n° 839).

L'obligation de payer les frais de rapatriement pèse sur la fortune de l'armateur qui ne peut s'en libérer par l'abandon du navire et du fret : il ne s'agit pas là d'une obligation contractée par le capitaine pour le compte de l'armateur, mais d'une dette mise directement par la loi à la charge de celui-ci. C'est seulement en cas de naufrage que l'obligation de l'armateur est restreinte au navire et au fret des marchandises sauvées (art. 258 *in fine*, modifié par la loi du 12 août 1885).

Source BIU Cujas

844. De l'influence des événements de mer sur l'obligation de l'armateur de payer les loyers. — Des événements variés peuvent se produire durant le voyage et empêcher les gens de mer de rendre les services promis. Quelle influence ces événements ont-ils sur la créance des loyers ? Le Code de commerce s'est occupé à cet égard des événements suivants : *a.* la rupture du voyage par le fait des propriétaires, capitaines ou affréteurs ; *b.* l'interdiction de commerce ; *c.* l'arrêt du navire par ordre du gouvernement ; *d.* les prise, bris, naufrage ; *e.* le congédiement ; *f.* l'abréviation du voyage ; *g.* la maladie du matelot ou ses blessures ; *h.* la mort du matelot ; *i.* sa réduction en esclavage. L'influence de ces événements sur la créance des loyers varie selon leur nature et selon celle de l'engagement ; c'est à ce point de vue surtout qu'il importe de distinguer les engagements au mois, au voyage, à la part ou au fret (n° 835). La loi a dû tenir compte de ce que, dans les engagements à profits éventuels, il y a une sorte d'association et de ce que, dans l'engagement au voyage, il y a une sorte de forfait, à la différence de ce qui a lieu dans l'engagement au mois. — En renvoyant aux dispositions du Code de commerce (art. 257 à 270) sur ce point et aux explications que nous en avons données dans le *Précis de Droit commercial* (II, nos 1735 à 1773), nous parlerons seulement de l'effet de la prise, du bris ou du naufrage sur l'obligation de payer les loyers.

En cas de prise, bris ou naufrage avec perte entière des navires et des marchandises, les gens de mer étaient traités très durement par le Code de 1807 : aux termes de l'art. 258 de ce Code, ils ne pouvaient prétendre aucun loyer, même pour le temps antérieur à l'événement. Cette décision empruntée à l'Ordonnance de 1681 avait pour but d'intéresser les gens de mer au salut du navire et de la cargaison. On disait aussi pour l'expliquer qu'en cas de perte des marchandises, l'armateur ne touchant aucun fret, il serait trop rigoureux de le contraindre à payer les loyers que d'ordinaire il acquitte sur le fret. Malgré ces raisons, l'art. 258 était unanimement condamné. Il était exorbitant de présumer en quelque sorte la faute des gens de mer. Du reste, ils sont intéressés au salut du navire et de la cargaison à la fois parce que leur vie en dépend en grande partie et parce que le Code (art. 259 et 260) leur reconnaît certains

Source BIU Cujas

droits sur les choses sauvées. Aussi la loi du 12 août 1885, qui a modifié plusieurs dispositions du Code de commerce, a-t-elle changé notamment la règle posée dans l'art. 258. Selon l'art. 258 (nouveau), en cas de prise, naufrage ou déclaration d'innavigabilité, les matelots engagés au voyage ou au mois sont payés de leurs loyers jusqu'au jour de la cessation de leurs services. Seulement, quand il est prouvé soit que la perte du navire est le résultat de leur faute, soit qu'ils n'ont pas fait tout ce qui était en leur pouvoir pour sauver le navire, les passagers et les marchandises, ou pour recueillir les débris, les tribunaux peuvent réduire leurs loyers ou même les supprimer. Du reste, les gens de mer ne sont jamais tenus de rembourser ce qui leur a été avancé sur les loyers.

845. Obligations des gens de mer envers l'armateur. — Les gens de mer sont tenus de fournir leurs services pendant la durée du voyage en vue duquel ils ont été engagés et qui doit être mentionné sur le rôle d'équipage (art. 238, C. com.). Un cas de force majeure, telle qu'une maladie, les dispenserait seul de leur service. A défaut par eux de satisfaire à cette obligation, ils perdent leurs salaires, dont une moitié reste à titre d'indemnité à l'armateur et dont l'autre moitié est dévolue à la Caisse des invalides de la marine; en outre, ils sont punis comme déserteurs (décret du 24 mars 1852, art. 55 et 66).

846. *Prohibitions spéciales de l'art. 251.* — A l'obligation des gens de mer de consacrer tous leurs soins au service du navire se rattache la disposition de l'art. 251 qui défend au capitaine et aux gens de l'équipage de charger, sous aucun prétexte, 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 (c'est là ce qu'on appelle le *port permis*). En dehors de cela, les marins n'ont droit qu'à une place pour leur *coffre*.

II. — Du capitaine.

847. *Importance et variété des rôles du capitaine.* — Le capitaine est placé à la tête de l'équipage. Il joue des rôles très divers et a, par suite, des droits et des devoirs nombreux et variés. Il est d'a-

Source BIU Cujas

bord préposé par l'armateur à la conduite du navire et chargé de faire toutes les opérations nécessaires ou utiles à la réussite de l'expédition. Il est, en second lieu, une sorte de voiturier se chargeant du transport des marchandises, car parfois c'est lui qui fréte le bâtiment pour le compte de l'armateur. Le rôle du capitaine a même à plusieurs points de vue un caractère public. La loi lui impose des obligations multiples dans l'intérêt de la police de la navigation. Il est investi à bord d'un pouvoir disciplinaire lui permettant d'infliger des peines aux gens de l'équipage et parfois même aux passagers. Il remplit pour les crimes et délits commis à bord le rôle d'un juge d'instruction. En cas de naissance d'un enfant ou d'un décès survenant en mer, il remplit les fonctions d'officier de l'état civil (art. 59, 60, 61, 86 et 87, C. civ.). Il est investi des attributions de notaire pour recevoir les testaments authentiques faits en mer par les gens de l'équipage ou par les passagers (art. 994, C. civ.).

Dans ce chapitre il ne sera parlé du capitaine qu'au point de vue de ses droits et de ses obligations comme préposé de l'armateur et comme chargé par la loi de remplir les formalités prescrites dans l'intérêt de la police de la navigation. Les droits et les obligations du capitaine à l'égard des chargeurs de marchandises seront examinés dans le chapitre suivant consacré au contrat d'affrétement, dont ses droits et ses obligations dérivent.

848. L'armateur n'est pas entièrement libre dans le choix du capitaine : l'inhabileté ou la malhonnêteté du capitaine pouvant faire courir de graves dangers à la vie et à la fortune des hommes, le législateur a cru devoir exiger du capitaine des garanties spéciales. Non seulement il doit être Français, mais encore il doit réunir des conditions d'aptitude variant avec la nature de la navigation qu'il entreprend. On distingue à cet égard le *long cours*, le *cabotage* et le *bornage*.

La navigation au *long cours*, qui est la plus étendue et la plus dangereuse, est celle qui s'exerce au delà des limites fixées par l'art. 377, C. com. Pour être capitaine au long cours, il faut être âgé de 24 ans au moins, avoir navigué pendant 60 mois et avoir reçu, après un examen spécial, des lettres de commandement délivrées

Source BIU Cujas

par le chef de l'État. Pour commander au bornage, il suffit d'avoir 24 ans au moins et d'avoir navigué pendant 60 mois. Enfin les capitaines doivent, pour commander des navires faisant le cabotage, réunir les mêmes conditions que les capitaines commandant au long cours, sauf que l'examen qu'ils ont à subir est plus simple.

849. Le capitaine est, en général, traité comme les autres gens de mer au point de vue de ses loyers et des différentes mesures de protection admises au profit de ceux qui se vouent à la profession de marin, art. 272, C. com. Cependant le capitaine est traité d'une façon spéciale au point de vue du congédiement. Les gens de mer ne peuvent être congédiés en cours de voyage sans l'approbation du commissaire de l'inscription maritime ou du consul. En outre, quand ils ont été congédiés sans cause valable, ils ont droit à une indemnité (art. 270). Au contraire, le capitaine peut être congédié en tous lieux sans que l'armateur ait à donner de motifs; il suffit que le congé soit porté à la connaissance de l'autorité maritime ou consulaire, pour empêcher la désertion du capitaine au préjudice de l'État. En outre, quelle que soit la cause du congé, le capitaine ne peut réclamer aucune indemnité à l'armateur (art. 218). A raison de l'importance de la mission du capitaine, la loi veut que l'armateur puisse le révoquer librement dès qu'il n'a plus confiance en lui. L'armateur ne pourrait même pas renoncer par avance à la faculté de congédier à son gré le capitaine, mais il peut être valablement convenu qu'en cas de congé non justifié, le capitaine pourra réclamer une indemnité, art. 218, al. 2.

850. Le capitaine n'est pas commerçant. Il est vrai que le contrat d'engagement, comme tous les contrats se rattachant au commerce de mer, est un acte de commerce (art. 633 *in fine*). Mais on ne saurait dire que le capitaine fait sa profession habituelle de faire des actes de commerce; s'il en fait, c'est au nom de l'armateur. Seulement la loi admet que les capitaines sont électeurs et éligibles aux tribunaux de commerce (L. 8 décembre 1883, art. 1 et 8).

851. *De la responsabilité du capitaine.* — Le capitaine est responsable envers l'armateur des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions, art. 221, C. com. Il y a là une application des principes du mandat (art. 1992, C. civ.). Il est aussi responsable en-

Source BIU Cujas

vers les tiers du dommage qu'il peut leur causer par sa faute, notamment en cas d'abordage, en vertu de l'art. 1382, C. civ. Dans le langage du droit maritime, la faute du capitaine est ordinairement appelée *baraterie de patron;* mais souvent cette expression est réservée pour les fraudes du capitaine ou pour les fautes tellement lourdes qu'elles sont assimilées au dol.

852. Le capitaine contracte souvent pour les besoins de la navigation. Alors, comme tout autre mandataire, il n'est tenu d'aucune obligation, c'est l'armateur qui est, en qualité de mandant, obligé envers les tiers. D'après une ancienne tradition, une exception est admise, en ce qui concerne le capitaine, à la règle: *nul ne plaide en France par procureur*, de telle façon que les procès concernant le navire peuvent être intentés par le capitaine ou contre lui, sans que l'armateur figure en nom dans les actes de la procédure. Mais les condamnations prononcées ne peuvent être exécutées que sur les biens de l'armateur.

853. Les droits et les obligations du capitaine varient selon qu'on se place avant le départ du navire, en cours de voyage ou lors de l'arrivée à destination.

854. Droits et devoirs du capitaine avant le départ. — Les pouvoirs conférés au capitaine, les obligations qui lui sont imposées par la loi avant le départ du navire, ont pour but principal d'assurer que le navire part dans toutes les conditions voulues pour assurer son heureuse arrivée au port de destination.

Dans ce but, le capitaine peut engager les gens de l'équipage, faire travailler au radoub (c'est-à-dire aux réparations) du navire, acheter des voiles, des cordages et autres choses pour le bâtiment, emprunter, fréter le navire et généralement faire tout ce qui est nécessaire pour assurer au navire une heureuse navigation. Toutefois, pour que le capitaine ait ces pouvoirs, il faut qu'il ne se trouve pas dans le lieu de la demeure de l'armateur. Si le capitaine se trouve dans le lieu de la demeure de l'armateur, il ne doit faire ces actes que de concert avec l'armateur, c'est-à-dire après avoir obtenu son assentiment, art. 232 et 223. Si le capitaine ne consultait pas l'armateur, sans doute les actes n'en seraient pas moins valables à l'égard des tiers de bonne foi ignorant le lieu de la demeure de l'ar-

Source BIU Cujas

mateur, mais le capitaine serait responsable envers celui-ci du dommage qu'il lui aurait causé en agissant sans son assentiment.

855. *Obligations du capitaine avant le départ.* — Avant de prendre charge, le capitaine doit faire opérer la visite de son navire aux termes et dans les formes prescrites par les règlements. La visite est opérée par d'anciens navigateurs ou charpentiers désignés annuellement par le tribunal de commerce. Elle a pour but de constater si le navire est en état de tenir la mer et pourvu de tous les instruments nécessaires à une bonne navigation. Un procès-verbal est dressé pour chaque visite et déposé au greffe du tribunal de commerce; un extrait doit toujours se trouver à bord du navire (art. 225 et 226, C. com.). — Pour les navires naviguant au long cours, elle doit être faite à chaque voyage, s'il s'est écoulé 6 mois depuis la visite précédente, à moins que le navire n'ait subi des avaries (L. 29 janvier 1881, art. 2). Les navires destinés au cabotage sont soumis à la visite une fois par an (1).

La visite a même au point de vue des intérêts privés une certaine importance. Quand une difficulté s'élève sur la cause d'un accident de mer, la visite fait présumer que le navire est parti en bon état de navigabilité, tandis que l'absence de visite fait présumer que le navire n'était pas au départ en état de tenir la mer. Ces présomptions ne sont pas, du reste, absolues, elles peuvent être combattues par la preuve contraire.

856. Le capitaine ne doit pas partir sans avoir à bord différentes pièces qu'on désigne sous le nom collectif de *pièces de bord*. Ces pièces de bord sont :

a. L'acte francisation (art. 226, C. com.).

b. Le rôle d'équipage. — C'est un état dressé par le commissaire de l'inscription maritime; il contient le nom du navire, de son port d'attache, du propriétaire et de l'armateur, le genre de navigation que doit effectuer le navire, les noms et prénoms, la filiation, le lieu et la date de naissance, le domicile, le signalement, le quartier, les folio et numéro d'inscription, le grade au service, la qualité à bord du bâtiment les conditions d'engagement de toutes les personnes

(1) V., sur les difficultés qui s'élèvent à cet égard, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 1803.

Source BIU Cujas

composant l'équipage. On y porte aussi les noms des passagers. Enfin on y mentionne les avances faites en cours de voyage sur les salaires et autorisées par le fonctionnaire compétent. — Le rôle d'équipage est renouvelé à chaque voyage pour les bâtiments de long cours et tous les ans pour les autres.

Le rôle d'équipage est utile à plusieurs points de vue. Il sert d'abord à prouver les conventions intervenues entre l'armateur ou le capitaine et les gens de mer (C. com., art. 250); il constate la nationalité du capitaine et des hommes de l'équipage; il sert de base aux retenues à opérer au profit de la Caisse des invalides de la marine.

c. Les connaissements et *chartes-parties.* — La *charte-partie* est l'écrit constatant l'affrétement du navire; le *connaissement* est l'écrit qui constate que le capitaine a reçu les marchandises sur le navire. V. le chapitre suivant.

d. Les procès-verbaux de visite. V. n° 855.

e. Les acquits de paiement ou *les acquits à caution* des douanes. — Les acquits de paiement sont des quittances délivrées par l'administration des douanes. Les acquits à caution sont des certificats délivrés par la même administration et constatant que, moyennant l'engagement d'une caution, des marchandises peuvent circuler librement entre le lieu de départ et le lieu de destination.

f. Le congé. — C'est une sorte de passeport délivré par l'administration des douanes et sans lequel un navire ne peut sortir de son port d'attache. Le congé constate que le navire est toujours français et permet d'affirmer l'identité du bâtiment pour lequel il est délivré avec celui auquel s'applique l'acte de francisation. Le congé est valable pour un an ou pour la durée du voyage, s'il dure plus d'un an.

g. Le manifeste. — C'est une nomenclature de toutes les marchandises formant la cargaison; il résume pour ainsi dire les différents connaissements délivrés par le capitaine. Les manifestes facilitent la perception des droits de douane, empêchent la contrebande et aident à la confection des tableaux statistiques des douanes qui font connaître le mouvement de l'importation et de l'exportation.

h. Le certificat ou *patente de santé.* — C'est un acte qui constate l'état sanitaire des pays de provenance et celui du navire lors du

Source BIU Cujas

départ. Il indique spécialement l'existence ou l'absence des maladies contagieuses en vue desquelles la police sanitaire maritime a été organisée. On distingue la *patente nette*, la *patente suspecte* et la *patente brute*. Elle est dite *nette*, quand elle constate l'absence de maladies contagieuses dans le port de provenance; *suspecte*, quand elle laisse planer le doute sur l'état sanitaire de ce port, enfin *brute*, quand elle signale l'existence d'une maladie contagieuse. Quand la patente est nette, le navire est admis, lors de son arrivée à destination, *en libre pratique;* quand elle est *brute* ou *suspecte*, il subit une quarantaine dont la durée varie selon les circonstances.

i. Le livre de bord. — Le capitaine doit tenir un *livre* ou *registre de bord* conformément à la loi; c'est une sorte de journal de l'administration du capitaine. D'aprés l'art. 224, C. com., il doit contenir les résolutions prises pendant le voyage, la recette et la dépense relatives au navire et généralement tout ce qui concerne le fait de la charge du capitaine et tout ce qui peut donner lieu à un compte à rendre ou à une demande à former. — Ce registre joue un rôle important au point de vue de la preuve. Il peut servir soit au capitaine à se justifier quand quelque faute est alléguée à sa charge soit à l'armateur et aux assureurs à prouver la faute du capitaine. Il corrobore le *rapport de mer* que le capitaine doit faire en arrivant à destination (n° 860). Du reste, la preuve est naturellement admise contre les énonciations du livre de bord.

856 *bis*. Le capitaine qui contrevient aux art. 224 à 227, C. com., c'est-à-dire qui ne tient pas de livre de bord ou ne fait pas opérer les visites ou n'a pas les pièces de bord prescrites ou qui ne se tient pas à bord de son navire, est présumé en faute; quand un accident se produit, c'est à lui à prouver, s'il y a lieu, la force majeure ou le cas fortuit.

857. Obligations et pouvoirs du capitaine en cours de voyage. — Le capitaine doit conduire le navire au port de destination en suivant le chemin indiqué par l'armateur, ou, en l'absence d'indication, le chemin le plus direct et le plus ordinairement suivi. Il ne peut relâcher, c'est-à-dire s'arrêter dans un port intermédiaire, qu'autant que l'armateur l'y a autorisé. S'il *relâche volontairement*, il est responsable du dommage causé par le retard en résultant à

Source BIU Cujas

tous les intéressés. Mais il n'y a évidemment pas lieu à cette responsabilité quand le capitaine a fait une *relâche forcée*, c'est-à-dire a fait entrer son navire dans un port intermédiaire pour le faire réparer, pour échapper à la tempête ou à la poursuite de l'ennemi. Il y a donc grand intérêt à connaître la cause d'une relâche. Afin d'éclairer les intéressés et de leur fournir ainsi qu'au capitaine un moyen de preuve, la loi prescrit au capitaine de faire au président du tribunal de commerce, ou, à défaut, au juge de paix en France, au consul en pays étranger, un rapport (souvent appelé *petit consulat*) dans lequel sont déclarées les causes de la relâche (art. 245, C. com.). V. n° 860.

858. Le capitaine doit être en personne à bord de son navire, spécialement à l'entrée ou à la sortie des ports, hâvres ou rivières, art. 227, C. com. En principe, tout capitaine doit, à l'entrée ou à la sortie d'un port, prendre un pilote, c'est-à-dire un navigateur spécialement chargé de diriger le navire (D. 12 décembre 1806, art. 34). Les pilotes institués par l'administration de la marine jouissent d'un monopole. Des décrets fixent les droits de pilotage à percevoir dans l'étendue de chaque arrondissement maritime. Le pilotage est obligatoire, en ce sens que tout capitaine doit payer ces droits, qu'il reçoive ou non un pilote à bord. Du reste, la présence d'un pilote à bord ne dispense pas le capitaine de l'obligation de rester lui-même sur son navire. Le pilote ne commande pas, il donne seulement des conseils au capitaine en lui indiquant les écueils; le capitaine peut ne pas suivre les avis du pilote. Aussi est-il admis que le capitaine est responsable de ses fautes, malgré la présence du pilote.

859. En cours de voyage, le capitaine a des pouvoirs très étendus, il peut, pour continuer le voyage, faire tous les actes que des circonstances extraordinaires rendent nécessaires. Mais il ne peut, sans mandat spécial, ni vendre le navire, à moins qu'il ne soit innavigable (art. 237, C. com.), ni l'hypothéquer (L. 10 juillet 1885, art. 3). En outre, pour les actes les plus graves que des besoins urgents peuvent rendre nécessaires, la loi prend des précautions afin d'éviter qu'ils ne soient faits sans nécessité réelle et d'une façon dommageable pour l'armateur; tel est le but de l'art. 234, C. com.

Source BIU Cujas

Parfois des avaries qu'il importe de réparer se produisent en cours de voyage, les vivres s'épuisent et le capitaine n'a pas les sommes nécessaires pour payer les frais des réparations ou pour acheter des vivres supplémentaires (1). Le capitaine peut se procurer ces sommes à l'aide de plusieurs opérations. D'après l'art. 234, il peut emprunter sur le corps et quille du vaisseau, c'est-à-dire emprunter à la grosse en affectant le navire au prêteur, emprunter en donnant en gage des marchandises, vendre une partie de la cargaison. Il pourrait aussi faire un emprunt à la grosse sur les marchandises. Le capitaine, qui veut faire une de ces opérations, doit remplir différentes formalités destinées à assurer qu'il existe un besoin réel. D'après l'art. 234, il faut : 1° qu'un procès-verbal signé des principaux de l'équipage constate la nécessité des dépenses à faire; 2° que le capitaine se fasse autoriser en France par le tribunal de commerce ou, à défaut, par le juge de paix; à l'étranger, par le consul, ou, à défaut, par le magistrat du lieu.

En vertu de l'art. 234, le capitaine peut avoir vendu des marchandises appartenant à des chargeurs pour subvenir à des dépenses que doit, en définitive, supporter l'armateur. Que peuvent lui réclamer les chargeurs? Une distinction est faite à cet égard selon que le navire arrive ou non à bon port. Si le navire parvient à bon port, il est tenu compte au propriétaire de ses marchandises vendues d'après le cours des marchandises de même nature et qualité au lieu de la décharge du navire au moment de son arrivée. Le capitaine pressé vend souvent à bas prix et il serait injuste de faire supporter la perte en résultant par les chargeurs, art. 234, al. 7 et art. 298, al. 1. Mais si le navire se perd, c'est du prix de vente des marchandises qu'il doit être tenu compte art. 298, al. 2. Du reste, l'armateur a la faculté d'abandonner le navire et le fret à ceux dont les marchandises ont été vendues, art. 260, al. 3. Il peut y avoir là pour les chargeurs une cause de préjudice assez grave, aussi ceux d'entre eux qui sont avertis ont le droit de s'opposer à la vente de leurs marchandises et de demander qu'elles soient débarquées (art. 234, al. 3) (2).

860. Obligations et pouvoirs du capitaine a l'arrivée. — Le

(1) Ou pour subvenir à toutes autres dépenses urgentes et imprévues.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 1824.

Source BIU Cujas

port de destination est d'ordinaire déterminé avant le départ. Cependant, dans les usages commerciaux actuels, il n'est souvent fixé qu'en cours de voyage; il y a des navires qui ont une *destination alternative :* ils sont expédiés pour un port où le capitaine apprendra d'un correspondant de l'armateur ou du chargeur de la cargaison vers quel port il doit se diriger définitivement pour opérer le déchargement.

Le capitaine doit constater le moment précis de son arrivée au port de destination. Cette constatation sert à déterminer le point de départ du délai de 24 heures dans lequel le capitaine doit faire viser son livre de bord par l'autorité compétente et déposer son rapport de mer.

Dans les 24 heures de son arrivée le capitaine doit faire viser son registre ou livre de bord. Le visa est donné en France par l'un des juges du tribunal de commerce, par le maire ou son adjoint dans les lieux ou il n'y a pas de tribunal de commerce, en pays étranger par le consul (art. 242, C. com.). Cette mesure est prescrite afin que le capitaine ne modifie pas les énonciations du livre de bord selon l'intérêt qu'il croirait y avoir après coup pour justifier sa conduite.

Le capitaine doit aussi faire son *rapport de mer*. Il est exigé dans les cas d'arrivée à destination, de naufrage, et, comme il a été dit plus haut, de relâche forcée (n° 857). Les énonciations à insérer dans le rapport de mer varient selon ces cas. En cas d'arrivée à destination, le rapport doit énoncer le lieu et le temps du départ, la route qu'a suivie le navire, les hasards qu'il a courus, les désordres arrivés dans le navire et toutes les circonstances de la navigation, art. 241, C. com. et art. 10, Ord. du 29 octobre 1833. Le rapport doit être fait dans les 24 heures de l'arrivée; il faut que le capitaine n'ait pas le temps de chercher les moyens de dissimuler la vérité et de tromper par de fausses énonciations du rapport. Du reste, le capitaine a intérêt à se presser; car, sauf dans le cas de péril imminent, il ne peut décharger des marchandises avant d'avoir fait son rapport. Ainsi le capitaine ne peut pas rédiger son rapport de façon à expliquer à sa décharge des avaries provenant de sa faute et dont il ne s'apercevrait qu'après leur mise à terre. A l'appui du rapport de

Source BIU Cujas

mer le capitaine doit remettre différentes pièces (art. 11, Ord. 29 octobre 1833).

Le rapport doit être fait en France et dans les colonies françaises devant le président du tribunal de commerce, ou, dans les lieux où il n'y a pas de tribunal de commerce, devant le juge de paix du canton (art. 245 et 246, C. com.). En pays étranger, le rapport est fait au consul, et, à défaut de consul, au juge du lieu ou à toute autre autorité civile. De là vient le nom de *consulat* donné à ce rapport.

En cas de relâche, le rapport est plus abrégé (art. 245). Aussi l'appelle-t-on alors petit rapport ou petit consulat.

En cas de naufrage ou d'échouement avec bris, le rapport doit indiquer le lieu du sinistre, donner les noms des marins ou passagers qui auraient péri, fournir des explications sur l'état du navire, sur les effets, papiers et sommes sauvés, Ord. 29 octobre 1833, art. 55.

Le rapport doit être affirmé par le capitaine. Mais cela ne suffit pas. Par cela même que le rapport émane du capitaine, on peut craindre qu'il ne présente les événements de la navigation sous un jour favorable pour lui et peu conforme à la vérité. Aussi le rapport est-il l'objet d'une vérification qui se fait au moyen de l'interrogatoire des gens de l'équipage et des passagers, art. 246 et 247, C. com. La force probante du rapport varie selon que la vérification en a eu ou n'en a pas eu lieu.

Le rapport vérifié fait preuve des faits qu'il constate soit pour soit contre le capitaine, sauf aux intéressés à faire la preuve contraire par tous les moyens (art. 249). Quand le rapport n'a pas été vérifié, il ne peut être invoqué à la décharge du capitaine, mais il fait preuve contre lui. Toutefois on ne peut exiger l'impossible et quand le capitaine s'est sauvé seul en cas de naufrage ou quand les passagers et les gens de l'équipage refusent de répondre à l'interrogatoire, le rapport non vérifié a la même force probante que si la vérification avait été faite, art. 247, C. com.

Quand le capitaine ne fait pas de rapport de mer, fait un rapport irrégulier ou ne le fait que plus de 24 heures après l'arrivée, il est présumé avoir causé par sa faute les accidents survenus pendant le voyage. Mais cette présomption peut être détruite par la preuve contraire.

Source BIU Cujas

CHAPITRE IV.

DE L'AFFRÉTEMENT OU NOLISSEMENT (1).

861. Le propriétaire d'un navire, comme celui de tout autre bien, peut en user lui-même ; par exemple, il peut remettre des marchandises au capitaine et le charger de les transporter au port de destination pour les y vendre, il peut consacrer son bâtiment à la pêche, lui faire faire des voyages ayant un but scientifique ou d'agrément. Mais le plus souvent le propriétaire d'un navire en tire profit en le louant à d'autres personnes pour que leurs marchandises y soient transportées. Le louage des navires est appelés *affrétement* ou *nolissement* ou *charte-partie*.

Le nom d'affrétement est de beaucoup le plus usité. La dénomination de *nolissement*, qui ne paraît jamais avoir eu cours que dans la Méditerranée, est à peu près abandonnée. Quant à celle de *charte-partie*, elle est amphibologique, cette expression désigne plutôt l'écrit destiné à constater le contrat d'affrétement que ce contrat lui-même (n° 864). En se servant du mot *affrétement*, on entend par *fret* le loyer du navire, celui qui donne le navire à loyer est le *fréteur* et on appelle *affréteur* celui auquel il est loué.

En réalité, le Code de commerce range sous le nom d'affrétement deux contrats différents. Le propriétaire d'un navire convient parfois qu'il mettra, moyennant un loyer, la totalité ou une quote-part de son navire à la disposition d'une personne qui en fera un usage déterminé. Il y a là un louage de choses. Mais fréquemment aussi le propriétaire d'un navire s'engage envers un certain nombre de personnes à faire transporter leurs marchandises sur son bâtiment. Il y a alors un contrat analogue au contrat de transport par terre, c'est un louage d'ouvrage, qui ne tient guère du louage de choses qu'en ce que l'affréteur prend en considération le bâtiment, par cela même que les risques de navigation varient avec l'âge et le mode de

(1) C. com., art. 273 à 310.

Source BIU Cujas

construction du navire. Le Code de commerce n'a fait entre ces deux sortes d'affrétement que des différences peu nombreuses.

Un navire peut aussi être employé au transport des personnes. Mais nos lois ont gardé le silence sur le contrat intervenant entre le propriétaire du bâtiment et chaque passager (1).

862. *Différentes espèces d'affrétement.* — L'affrétement est total ou partiel, selon qu'il a pour objet le navire entier ou une partie du navire. A d'autres points de vue, il peut être fait au voyage, pour un temps limité, au mois, au tonneau, au quintal, à forfait (art. 273, 275 et 286, C. com.). L'affrétement est *au voyage*, quand les parties conviennent d'un fret pour tout le voyage, quelle qu'en puisse être la durée. Le voyage peut comprendre, soit l'aller ou le retour, soit à la fois l'un et l'autre. Dans ce dernier cas, il y a tantôt un fret unique payable sur le chargement de retour, tantôt deux frets distincts. — Il est *pour un temps déterminé*, quand le fret est fixé pour l'emploi du navire jusqu'à telle époque. Il est *au mois*, quand le fret est stipulé à raison de tant par mois. Il est à *forfait*, quand le fret est fixé pour le transport des marchandises en bloc, sans qu'il soit établi une proportion entre le montant du fret et soit la durée du voyage soit le poids ou le volume des marchandises. L'affrétement est *au quintal* ou *au tonneau*, lorsque le fret est de tant par quintal ou par tonneau de marchandises. — Il faut distinguer le *tonneau de jauge* du *tonneau d'affrétement*. Le tonneau de jauge est une mesure de capacité servant à fixer la capacité (ou tonnage) des navires (n° 814). Le tonneau d'affrétement dont il s'agit ici, est une mesure de poids et de volume. Un navire ne peut transporter des marchandises au-delà d'un certain poids et d'un certain volume. On comprend donc que pour la fixation du fret on tienne compte à la fois du poids ou du volume. C'est ce qu'on fait dans l'affrétement au tonneau. Le tonneau est, en principe, le poids d'un mètre cube d'eau soit 1,000 kilogrammes. Jamais le tonneau ne représente un poids plus élevé. Mais certaines marchandises pèsent moins de 1,000 kilogammes sous le volume d'un mètre cube; il ne ne serait pas juste que ces marchandises encombrantes payassent aussi peu que des

(1) V., sur le transport des passagers par mer, *Précis de Droit commercial*, II, nos 1934 à 1942.

Source BIU Cujas

choses d'un poids égal sous un volume inférieur. Il y a, par suite, des marchandises pour lesquelles le tonneau représente moins de 1000 kilogrammes. Jusqu'en 1861, la composition en kilogrammes du tonneau pour chaque sorte de marchandises variait selon les ports. Un décret du 25 août 1861 a fixé uniformément pour tous les ports la composition du tonneau d'affrétement ; selon la nature des marchandises, il est d'un poids variant de 150 à 1,000 kilogrammes.

L'affrétement se fait aussi purement et simplement ou *à cueillette*. Il est pur et simple, quand le contrat doit subsister, alors même que l'armateur ne parviendrait pas à compléter le chargement. Il est dit *à cueillette*, quand il est convenu que le contrat sera résolu, si le fréteur ne trouve pas, dans un délai fixé par la convention ou par l'usage, à compléter le chargement. En général, le chargement est réputé complet par celà seul que les marchandises à transporter forment les trois quarts du plein du navire.

863. *Qui peut fréter un navire.* — Un navire peut être frété par le propriétaire. Il peut l'être aussi soit par le capitaine de concert avec le propriétaire dans le lieu de la demeure de celui-ci, soit par le capitaine seul hors de ce lieu (art. 232, C. com). L'affrétement conclu par le capitaine au nom du propriétaire oblige celui-ci d'après les principes du mandat. Le capitaine n'est obligé envers les affréteurs qu'en cas de faute commise par lui.

Il résulte de là que le mot *fréteur*, que nous emploierons, désigne le propriétaire du navire. Lui seul est obligé comme tel, le capitaine n'est que son agent.

Le fréteur et les affréteurs peuvent sans doute se mettre directement en rapport les uns avec les autres, mais ils sont souvent rapprochés par des courtiers maritimes (n° 800); il en est surtout ainsi pour les affrétements à cueillette.

Le capitaine peut faire mettre à terre les marchandises chargées dans le navire sans qu'il y ait eu contrat d'affrétement. S'il n'use pas de cette faculté, il a le droit de réclamer le fret de ces marchandises au plus haut prix payé dans le même lieu pour des marchandises de la même nature, art. 292, C. com.

L'affrétement est un acte de commerce comme tous les contrats maritimes (n° 35). Il a été admis (p. 41, n° 35) qu'il a ce caractère

Source BIU Cujas

pour l'affréteur alors même que celui-ci fait transporter des objets à son usage personnel.

864. *Preuve de l'affrétement. Charte-partie.* — Le Code exige un écrit pour la preuve de l'affrétement comme pour celle de tous les contrats maritimes (art. 273, C. com.). Cet écrit peut être un acte anthentique ou sous-seing privé. Mais, comme l'écrit n'est pas exigé pour la validité même du contrat, la preuve peut se faire par l'aveu ou le serment. La preuve testimoniale et les présomptions de l'homme sont exclues.

L'acte constatant l'affrétement est appelé *charte-partie*. Cette expression provient d'un très ancien usage. Autrefois, quand on avait dressé un écrit pour constater une convention, l'original (ou charte) était coupé du haut en bas en deux parties et chaque contractant en prenait une. En cas de contestation, on rapprochait les deux parties de l'original, afin d'établir ce qui avait été convenu.

Il n'est généralement dressé de charte-partie que pour l'affrétement total. Pour les affrétements partiels, le connaissement remplace la charte-partie. On appelle connaissement l'écrit délivré par le capitaine pour constater la remise des marchandises à bord. Le connaissement présuppose le contrat d'affrétement par cela même qu'il constate que ce contrat a reçu un commencement d'exécution par la remise à bord des marchandises. En même temps qu'il constate ce fait, le connaissement rappelle les clauses essentielles du contrat d'affrétement; c'est ainsi que le connaissement remplace la charte-partie pour les affrétements partiels qui correspondent au contrat de transport par terre. Du reste, même pour les affrétements de la totalité d'un navire, des connaissements sont dressés quand l'affréteur frète à son tour le navire pour y transporter des marchandises. Les connaissements ne font pas double emploi avec la charte-partie. D'abord ils prouvent quelque chose de plus, la mise à bord des marchandises. En outre, ils ne sont pas seulement utiles au point de vue de la preuve ; ils servent aussi notamment à constituer en gage les marchandises pendant qu'elles sont en cours de voyage. V. n° 869.

865. Le Code de commerce ne s'est pas borné à exiger un écrit pour constater le contrat d'affrétement. Il a encore (art. 273) indiqué

Source BIU Cujas

les principales énonciations à insérer dans la charte-partie. Du reste parmi ces énonciations il en est qui n'étant pas essentielles peuvent être suppléees à l'aide des usages que le Code vise même pour plusieurs questions. D'après l'art. 273, la charte-partie énonce :

1. *Le nom et le tonnage du navire.*

2. *Le nom du capitaine.*

3. *Les noms du fréteur et de l'affréteur.*

4. *Le lieu et le temps convenus pour la charge et pour la décharge.* — Les jours convenus ou fixés par l'usage pour la charge et pour la décharge sont appelés *jours de planche* ou *staries*. Quand elles n'ont pas lieu dans les délais, l'affréteur est tenu de payer des dommages-intérêts qu'on appelle *surestaries* qui sont de tant par jour de retard. En cas de retard exceptionnel, il est dû des dommages-intérêts appelés *contre-surestaries*, V. n° 879.

5. *Le prix du fret ou nolis.*

6. *Si l'affrétement est total ou partiel.*

7. *L'indemnité convenue pour le cas de retard.*

On insère souvent dans la charte-partie des clauses accessoires, telles que celles qui concernent le *chapeau du capitaine* (n° 880) ou la clause, *les avaries aux us et coutumes de la mer*, etc. (n° 880).

866. DES OBLIGATIONS DU FRÉTEUR. — Le Code s'est occupé surtout du cas où le fréteur se charge de transporter des marchandises sur le navire. Le fréteur est tenu : 1° de mettre le navire affrété à la disposition de l'affréteur; 2° de le tenir en bon état de navigabilité; 3° de recevoir les marchandises à bord et de les arrimer convenablement; 4° de délivrer un connaissement; 5° de transporter les marchandises dans les délais fixés et de leur donner les soins nécessaires à leur conservation ; 6° de délivrer les marchandises à qui de droit à destination; 7° de répondre, comme tout voiturier, de la perte ou des avaries des marchandises et du retard. Quelques explications sont nécessaires sur chacune de ces obligations.

867. 1° *Obligation de mettre le navire à la disposition de l'affréteur.* — Il importe, notamment au point de vue de cette obligation, de distinguer entre l'affrétement total et l'affrétement partiel. En cas d'affrétement partiel, l'affréteur ne peut pas, à moins de convention contraire, exiger qu'on mette à sa disposition une partie déterminée

Source BIU Cujas

du navire. En cas d'affrétement total, le fréteur doit laisser à l'affréteur le navire entier. Alors même que le chargement ne serait pas complet, le fréteur ne pourrait pas prendre sans le consentement de l'affréteur un chargement supplémentaire. S'il le faisait, l'affréteur pourrait faire décharger les marchandises ou, à défaut de déchargement, le bénéfice du fret afférant à ces marchandises appartiendrait à l'affréteur qui a droit à la jouissance exclusive du navire. L'affréteur ne peut pas, en principe, se plaindre de ce que le chargement n'est pas complet, puisque *le vide lui est payé pour le plein* (art. 288, 1er alin.).

2° *Obligation de tenir le navire en bon état de navigabilité.* — Le fréteur doit faire en sorte que le navire soit en état de tenir la mer au départ et qu'il demeure dans cet état jusqu'à l'arrivée à destination. Qu'arrive-t-il quand le navire est innavigable lors du départ ou le devient postérieurement ?

Quand il est prouvé que le navire n'était pas, lors du départ, en état de naviguer, le capitaine, d'après l'art. 297, *perd son fret et répond des dommages-intérêts* de l'affréteur. Cette double peine pécuniaire frappant le fréteur s'explique lorsque le navire ne peut pas parvenir au port de destination. Mais faut-il les appliquer alors même que, grâce aux réparations qu'il a subies en cours de route, le navire achève son voyage ? Il est naturel qu'à raison du retard des dommages-intérêts soient toujours dus. Mais il paraît exorbitant de priver le fréteur du fret alors que le but de l'affrétement a été atteint. Cependant, l'art. 297 ne faisant pas de distinction, la jurisprudence admet cette solution rigoureuse.

Quand le navire parti en bon état devient innavigable à la suite d'une fortune de mer (art. 296), les choses doivent se passer autrement, il n'y a aucune faute à reprocher au fréteur. Il faut alors distinguer selon que le navire peut ou non être réparé. Si la réparation du navire est possible, le capitaine doit la faire opérer et l'affréteur doit en principe attendre qu'elle soit faite. S'il voulait retirer les marchandises, comme alors la rupture du voyage aurait lieu par sa volonté, il devrait le fret entier (art. 296, al. 1 et art. 293). Si, au contraire, le radoub n'est pas possible (ce qui est un cas d'innavigabilité), le capitaine est tenu de louer un autre navire (art. 296,

Source BIU Cujas

al. 2) pour y transporter les marchandises jusqu'à destination. Il se peut que le capitaine parvienne alors à louer un autre navire ou qu'il n'y parvienne pas. Quelles sont dans chacun de ces cas les obligations de l'affréteur ? *Si le capitaine ne trouve pas à louer un second navire* et si de cette façon les marchandises ne parviennent pas à destination, la loi (art. 296, al. 3) donne au fréteur droit au fret à proportion de ce dont le voyage est avancé (1). C'est là ce qu'on appelle *fret de distance* ou *fret proportionnel.* Quand, au contraire, le capitaine a loué un second navire, deux frets ont été convenus, l'un entre le fréteur et l'affréteur pour le premier navire, l'autre entre le capitaine de ce navire et le fréteur d'un second bâtiment. Il se peut que le second fret soit égal ou supérieur ou inférieur au premier fret. Pour examiner chacune de ces hypothèses, il sera supposé que le fret total du premier navire était de 10,000 fr. et que l'innavigabilité s'est produite à la moitié du voyage.

a. Le second navire est loué pour 5,000 fr. Il va de soi que l'affréteur doit 10,000 fr. ; la moitié de ce fret revient au premier fréteur, l'autre moitié au second.

b. Le second navire est affrété pour 7,000 fr. Il y a ainsi à payer pour le voyage entier 12,000 fr. au lieu de 10,000 fr. stipulés dans le premier contrat d'affrétement. Qui du fréteur primitif ou de l'affréteur supporte le surcroît de fret de 2,000 fr. ? On admet généralement que c'est l'affréteur. L'innavigabilité du navire a mis fin au premier affrétement. Le capitaine a loué le second navire comme représentant des chargeurs ; il est juste que ceux-ci supportent l'augmentation de dépense résultant d'un acte fait dans leur intérêt et que le premier fréteur n'éprouve pas de préjudice à raison de ce que le capitaine a exécuté exactement les obligations que la loi lui impose. D'ailleurs ce qui prouve que les affréteurs supportent l'excédent de fret, c'est que, d'après l'art. 393, C. com., cet excédent est mis à la charge des assureurs des marchandises.

c. Le second navire a été affrété pour 4,000 francs, de telle sorte qu'il y a au total une réduction de 1,000 francs. Qui profitera de cette différence? La question est douteuse. On a dit que les affréteurs sup-

(1) V., pour les difficultés concernant le mode de calcul de ce fret, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 1874.

Source BIU Cujas

portant l'augmentation de fret, il est juste qu'ils profitent de la réduction et ne paient que 5,000 fr. pour le premier affrétement et 4,000 pour le second. Il semble préférable d'admettre que la réduction profite au premier fréteur qui reçoit ainsi 6,000 fr. pour la première moitié du voyage. L'innavigabilité termine le voyage du navire, mais non celui des marchandises. Le capitaine se porte sans doute mandataire des chargeurs en louant le second navire, mais il ne perd pas pour cela sa première qualité et l'affrétement primitif n'est pas modifié. En définitive, l'affréteur n'éprouve pas de préjudice, il ne paie que ce qu'il a promis et l'avantage réalisé par le fréteur est une sorte de prime pour la peine qu'il s'est donnée en recherchant un second navire.

868. 3° *Obligation pour le fréteur de recevoir les marchandises et de les arrimer convenablement à bord.* — Le fréteur (ou son capitaine) doit placer les marchandises à bord, de façon à ce qu'elles ne soient pas endommagées pendant le voyage ; c'est cette disposition des marchandises à bord qu'on appelle *arrimage*. L'arrimage varie avec la nature des marchandises, avec le voyage, avec les usages. En cas d'accident, des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir s'il n'y avait pas un vice d'arrimage. Aussi, afin de se mettre à l'abri des demandes en indemnité, le capitaine fait-il parfois constater le bon arrimage par des experts qu'on appelle *arrimeurs-jurés*.

En principe, le capitaine arrime les marchandises à ses risques et périls selon son appréciation. Cependant le Code de commerce (art. 229) défend au capitaine de charger sur le plancher du premier pont du navire appelé *tillac* ou *franc-tillac*. Les marchandises ainsi chargées sont exposées aux intempéries et peuvent être emportées par les lames. Le capitaine qui méconnaît cette prohibition répond de tous dommages subis par les marchandises (art. 229). Du reste, le chargeur peut consentir à ce que le chargement ait lieu sur le tillac, ce consentement doit être donné par écrit. La prohibition ne s'applique pas au petit cabotage; les bâtiments qui s'y livrent sont d'un faible tonnage et il est naturel qu'on cherche à tirer parti de tout l'espace disponible.

869. 4° *Obligation de délivrer un connaissement.* — Il doit être fourni à chaque affréteur une reconnaissance écrite des marchandises

Source BIU Cujas

dont se charge le capitaine. Cette reconnaissance, qui constitue le *connaissement*, est signée de lui.

Aux termes de l'art. 281, le connaissement doit indiquer : 1° la nature et la quantité ainsi que les espèces ou qualités des objets à transporter; 2° le nom du chargeur: 3° le nom et l'adresse de celui à qui l'expédition est faite; 4° le nom et le domicile du capitaine; 5° le nom et le tonnage du navire; 6° le lieu de départ et celui de destination; 7° le prix du fret ; 8° les marques et numéros des objets à transporter. Ces énonciations sont à peu près les mêmes que celles de la charte-partie, sauf celles qui ont pour but d'individualiser les marchandises.

Le connaissement doit être signé, sur chaque exemplaire, par le chargeur et par le capitaine (art. 282, 2e al.). Si la loi exige la signature du chargeur, c'est que le connaissement étant destiné à faire preuve du chargement même à l'égard de certains tiers, spécialement du destinataire et de l'assureur des marchandises, il importe que l'espèce même des marchandises soit constatée d'une façon ne pouvant pas laisser place au doute. — Les intéressés peuvent exiger que les connaissements soient signés dans les 24 heures de chaque chargement.

Le connaissement peut être *à personne dénommée*, *au porteur* ou *à ordre* (art. 281 *in fine*). Le connaissement à personne dénommée est rare; il est incommode en ce qu'il exige, en cas de cession, l'accomplissement des formalités de l'art. 1690, C. civ. Le connaissement au porteur n'est pas non plus très répandu, il offre de trop grands dangers de perte ou de vol. Le connaissement est le plus souvent à l'ordre soit du chargeur, soit du destinataire, de telle façon qu'il est transmissible par endossement.

La loi prescrit de dresser quatre exemplaires du connaissement (art. 283) : l'un est pour le chargeur, l'autre pour le destinataire, le troisième pour le capitaine, le quatrième pour l'armateur. Ce n'est là qu'un minimum. Souvent, pour éviter les dangers de perte, surtout en temps de guerre, on en dresse un plus grand nombre et on en envoie plusieurs au destinataire des marchandises par des voies différentes.

Rigoureusement le capitaine ne doit délivrer les marchandises

Source BIU Cujas

qu'à celui qui lui représente tous les exemplaires du connaissement; autrement il s'expose à ce que la délivrance lui en soit de nouveau réclamée par un tiers porteur de bonne foi d'un autre exemplaire. Pour mettre le capitaine à l'abri des réclamations, on insère souvent une clause destinée à le décharger par cela seul qu'il remet les marchandises au porteur d'un exemplaire; cette clause se formule d'ordinaire ainsi : *lequel* (connaissement) *accompli, les autres seront de nulle valeur.*

Utilité du connaissement. — Cet écrit a une grande importance à divers point de vue : *a.* Il sert à prouver le chargement des marchandises en cas de contestation. *b.* Il sert à prouver l'affrétement qu'il présuppose (n° 884). *c.* Comme il donne un droit exclusif à celui qui en est porteur de se faire délivrer les marchandises au port de destination, sa transmission met le porteur en possession. Ainsi il permet de constituer en gage les marchandises pendant même qu'elles sont en cours de transport ou de les délivrer à un acheteur.

Force probante du connaissement. — Le connaissement prouve à la fois le chargement et les différentes conditions du contrat d'affrétement, notamment le montant du fret. D'après l'art. 282, C. com., *le connaissement, rédigé dans la forme ci-dessus prescrite, fait foi entre toutes les parties intéressées au chargement, et entre elles et les assureurs.* La force probante du connaissement à l'égard des assureurs a une grande importance. En cas d'assurance de marchandises, pour qu'après le sinistre l'assuré puisse réclamer à l'assureur une indemnité, il faut qu'il soit prouvé que les marchandises assurées ont été exposées aux risques de mer, c'est-à-dire chargées sur le navire. Cette preuve, appelée *preuve du chargé*, se fait d'ordinaire à l'aide du connaissement. Du reste, ce n'est pas seulement à l'égard des assureurs, mais aussi de tous autres tiers que le connaissement prouve le chargement. Ainsi, dans le prêt à la grosse sur marchandises, le prêteur n'a pas le droit de réclamer la somme prêtée si ces marchandises périssent par une fortune de mer. L'emprunteur qui veut échapper au remboursement, doit prouver que les marchandises ont été chargées et il peut faire cette preuve à l'aide du connaissement.

Source BIU Cujas

Le connaissement n'exclut pas nécessairement toute preuve contraire. Les tiers peuvent toujours prouver par tous les moyens contre le connaissement. Ainsi l'assureur peut prouver que le chargement constaté par le connaissement n'a pas eu réellement lieu. Au contraire, les parties ne peuvent prouver contre les tiers que le connaissement n'est pas conforme à la vérité. Ainsi un chargeur ne pourrait prouver contre un assureur que la quantité de marchandises chargées dépasse celle qu'énonce le connaissement. Entre le capitaine et le chargeur la preuve contraire est possible, mais, sauf dans le cas de fraude, elle ne peut se faire par témoins ni par présomptions simples (art. 1341, 2e al., 1353, C. civ.).

870. 5° *Obligation de transporter les marchandises et de leur donner tous les soins nécessaires à leur conservation.* — Les marchandises doivent être transportées directement à destination, à moins qu'une clause du connaissement ou de la charte-partie n'autorise le capitaine *à faire échelle, à dérouter* ou *à rétrograder*. Le capitaine doit en prendre soin pour qu'elles arrivent intactes à destination, mais cette obligation n'empêche pas qu'il ait le droit de les sacrifier dans l'intérêt commun, par exemple de les jeter à la mer pour alléger le navire ou de les vendre pour subvenir à des dépenses de réparation.

871. 6° *Obligation de délivrer les marchandises à destination.* — Les marchandises doivent être délivrées au porteur du connaissement. Peu importe, s'il s'agit d'un connaissement à ordre, qu'il soit porteur en vertu d'un endossement irrégulier. Le porteur est seulement alors réputé mandataire de l'endosseur et obligé, par suite, de rendre compte à l'endosseur.

872. 7° *Responsabilité du fréteur.* — Comme tout transporteur, le fréteur répond de la perte, des avaries ou du retard, à moins qu'il ne prouve un cas de force majeure (art. 222, 230 et 295, Code com.). Mais le capitaine n'ouvre pas ordinairement les caisses ou les sacs pour rechercher si les marchandises sont bien de la qualité et de la nature indiquées dans le connaissement. Aussi insère-t-on dans cet acte, pour constater que le capitaine s'en est remis à cet égard aux déclarations des chargeurs, les clauses *que dit être, qualité et poids inconnus*. En vertu de ces clauses, c'est au chargeur ou au destinataire, qui prétend que les marchandises ne sont pas de la qua-

Source BIU Cujas

lité ou de la nature indiquée dans le connaissement, à le prouver.

Parmi les événements qui peuvent retarder l'arrivée du navire le Code (art. 279) a spécialement prévu le blocus du port de destination. Le capitaine doit alors se rendre dans un port voisin de la même puissance où il lui est permis d'aborder.

De même que le capitaine donne une reconnaissance du chargement des marchandises à bord du navire, le destinataire doit donner au capitaine qui le réclame un reçu des marchandises délivrées, art. 295. — Si le destinataire refuse de recevoir les marchandises pour quelque cause que ce soit, le capitaine peut faire vendre par autorité de justice la quantité de marchandises nécessaire au paiement du fret et faire ordonner le dépôt du surplus, art. 305, analog. art. 106.

873. Des obligations de l'affréteur. — L'affréteur est tenu de deux obligations principales, il doit : 1° opérer le chargement et le déchargement des marchandises dans les délais fixés ; 2° payer le fret convenu.

874. *Du fret.* — L'affréteur doit payer, en principe, l'intégralité du fret. Mais de nombreux événements peuvent faire disparaître ou restreindre cette obligation, comme, en matière d'engagement des gens de mer, ils peuvent influer sur l'obligation de payer les loyers.

Le fret est dû avant tout par l'affréteur, mais il peut aussi être réclamé au destinataire qui reçoit les marchandises et pour lequel l'affréteur est réputé avoir stipulé (analog. n° 473).

Par cela même que des événement de mer peuvent faire cesser l'obligation de payer le fret, il n'est ordinairement payé qu'à l'arrivée à destination. Il est seulement parfois fait des avances sur le fret. V. art. 302.

Le fret est dû en entier quand les marchandises arrivent sans retard au port de destination, art. 309. Aucune diminution ne peut être exigée et les marchandises ne peuvent être abandonnées pour le fret alors même que les marchandises sont endommagées au point de ne plus valoir le fret (art. 309 et 310), dès l'instant où il n'y a faute ni du fréteur ni des personnes dont il est responsable. Une seule exception est admise à cette règle rigoureuse pour les liquides mis en futaille; quand ils ont coulé au point que les futailles sont

Source BIU Cujas

vides ou presque vides, celles-ci peuvent être abandonnées pour le fret (art. 310, al. 2).

Il se peut que les marchandises n'arrivent pas à destination ou n'y arrivent qu'en retard. Que devient alors l'obligation de payer le fret? Il n'y a pas de solution unique; selon la cause qui a empêché l'arrivée à destination, le fret n'est point dû, est dû en partie ou est dû intégralement.

875. *Cas où, les marchandises ne parvenant pas à destination, il n'est dû aucun fret.* — Cela se produit quand les marchandises ont péri par la faute du fréteur ou de personnes dont il répond. Le fréteur est, en outre, passible de dommages-intérêts. Cette solution résulte des principes généraux du droit. Mais le fret cesse aussi d'être dû pour les marchandises qui ont péri par suite d'un risque de mer ou de guerre. L'art. 302 le décide pour le cas de perte totale des marchandises par naufrage ou échouement, de pillage par des pirates ou de prise par l'ennemi et la même solution doit certainement être admise dans tous les cas de perte par cas fortuit (incendie, par exemple). Il serait rigoureux de faire payer un fret pour des marchandises qui ne parviennent pas à destination. Du reste, il est loisible aux parties de convenir que les avances sur fret ne seront restituées en aucun cas, art. 302, al. 2. — Il faut ajouter aux cas où le fret n'est pas dû celui où le navire est parti sans être en bon état de navigabilité et a dû s'arrêter en route, art. 297. V. n° 867, p. 612.

876. *Cas où, les marchandises ne parvenant pas à destination, le fret est dû en partie.* — On peut dire qu'il y a lieu à un fret proportionnel ou fret de distance toutes les fois que, par suite d'un cas de force majeure, les marchandises n'arrivent pas à destination, sans cependant qu'elles aient péri. Il en est ainsi dans le cas, où le navire étant devenu innavigable, le capitaine ne parvient pas à louer un autre bâtiment pour transporter les marchandises à destination (art. 293, 3e al. et n° 867), dans le cas de prise ou de naufrage si les marchandises sont sauvées, etc... Le fret serait encore dû pour partie dans le cas où par suite d'un accident de mer les marchandises auraient été partiellement détruites. V. aussi le cas prévu par l'art. 299.

877. *Cas dans lesquels le fret est dû en entier, bien que les*

Source BIU Cujas

marchandises n'arrivent pas à destination. — Cela a lieu soit quand la non-arrivée des marchandises provient du fait de l'affréteur, soit quand, malgré la perte des marchandises, l'affréteur ou le destinataire reçoit leur valeur pécuniaire. Ainsi le fret entier est dû en vertu de la première idée quand l'affréteur retire ses marchandises en cours de voyage, sans y être contraint par un fait de force majeure, art. 293 et 298 *in fine*. L'application de la seconde idée se trouve dans plusieurs hypothèses. *a.* Le fret entier est dû pour les marchandises jetées à la mer par le capitaine dans l'intérêt du salut commun du navire et du restant de la cargaison (art. 301). La raison en est que, grâce à l'obligation de contribuer aux avaries communes, le chargeur des marchandises jetées reçoit du propriétaire du navire et desautres chargeurs le remboursement de leur valeur (V. le chapitre suivant). *b.* Le fret entier est aussi dû pour les marchandises que le capitaine a vendues afin de subvenir à des nécessités urgentes; alors l'armateur est obligé de tenir compte au chargeur de ces marchandises de leur prix, art. 234 et 298. V. n° 859.

878. *Du retard.* — Sans que les marchandises soient détruites ou avariées, il peut y avoir retard, c'est-à-dire que le transport et le déchargement peuvent être opérés dans un délai plus long que le délai ordinaire ou convenu. Le fréteur est alors tenu de dommages-intérêts envers l'affréteur si le retard provient de son fait ou de celui des personnes dont il est responsable; il peut, au contraire, en réclamer à l'affréteur lorsque le retard a été occasionné par celui-ci. Quand enfin le retard provient d'un cas de force majeure, il va de soi qu'aucune des parties ne doit à l'autre des dommages-intérêts. Le fret n'est même pas augmenté alors à raison de ce que le voyage a duré plus longtemps qu'il ne le devait. Le Code (art. 300) donne cette dernière solution pour le cas où le navire est arrêté en cours de voyage par ordre d'une puissance. Seulement, pour atténuer ce que cela a de rigoureux pour le fréteur au cas d'affrétement au mois, la loi ne lui fait pas supporter intégralement les loyers et la nourriture des gens de mer pendant la durée de la détention, elle les considère comme des avaries communes à répartir entre tous les intéressés, art. 300 *in fine* et art. 400-6°.

879. *Obligation d'opérer le chargement et le déchargement*

Source BIU Cujas

des marchandises dans les délais fixés par la convention ou par les usages. — Si l'affréteur charge une quantité de marchandises dépassant celle qui a été convenue, il doit payer pour l'excédent un fret proportionnel au fret convenu (art. 288, al. 2). Si, au contraire, la quantité de marchandises est inférieure, l'affréteur doit payer le fret pour le chargement auquel il s'est engagé, *le vide se paie comme le plein* (art. 288, al. 3). Mais comme il n'en est ainsi qu'à raison du préjudice que l'insuffisance du chargement fait éprouver au fréteur, celui-ci n'a rien à réclamer s'il trouve à compléter le chargement pour un fret égal.

Les délais du chargement et ceux du déchargement sont fixés par la convention ou, à défaut, par l'usage des lieux, art. 273 et 274; ces délais sont appelés *staries* ou *jours de planche*. L'affréteur en jouit sans avoir aucune indemnité à payer. Mais, quand les *staries* expirent sans que le chargement ou le déchargement ait été opéré, l'affréteur ou le destinataire en retard doit des dommages-intérêts appelés *surestaries*. Lorsque le retard est exceptionnel, il est dû des dommages-intérêts supplémentaires qu'on appelle *contre-surestaries* ou *sur-surestaries* ou *contrestaries*. D'après l'usage le plus répandu, les staries sont, soit au départ, soit à l'arrivée, de 15 jours pour la navigation au long cours et du grand cabotage et de 3 jours pour le petit cabotage (1).

Quelle est la nature de la créance ayant pour objet les *surestaries* ou les *contre-surestaries ?* Est-ce une créance ordinaire de dommages-intérêts ou une créance accessoire du fret? La question, qui est discutée, présente un intérêt notamment au point de vue suivant : si la créance des surestaries ou des contre-surestaries est un accessoire du fret, *a.* elle doit s'éteindre avec lui et, par suite, cesser d'exister en cas de perte des marchandises par un cas fortuit (article 302); *b.* elle est garantie par le privilège sur les marchandises qui est attaché à la créance du fret; *c.* elle est soumise à la même prescription spéciale que cette dernière créance (art. 432). Aucune de ces solutions ne doit être admise si l'on part de l'idée qu'il y a là une créance ordinaire de dommages-intérêts. La Cour de cassation admet

(1) V. des détails sur ce sujet très pratique dans le *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 1913 à 1916 et 1918.

Source BIU Cujas

avec raison que les surestaries ou les contre-surestaries doivent être considérées comme un supplément de fret. Le retard, lors du chargememt ou du déchargement, donne lieu en quelque sorte à un fret supplémentaire.

880. *Obligation accessoire de l'affréteur. Chapeau du capitaine. Dépenses de navigation.* — La convention peut ajouter aux obligations de l'affréteur. Les clauses supplémentaires insérées le plus souvent dans le connaissement ou dans la charte-partie sont relatices au *chapeau du capitaine* et aux dépenses de navigation.

Il est parfois stipulé que l'affréteur paiera tant pour cent du fret comme *droit de chapeau*. Selon la volonté des parties, ce peut être là un supplément de fret revenant au fréteur ou un supplément de salaire pour le capitaine à raison des soins qu'il donne aux marchandises. A moins de convention formelle, on considère actuellement le *droit de chapeau* comme un accessoire du fret.

Il va de soi que le fréteur supporte les dépenses que la navigation entraîne ordinairement avec elle, art. 406. Mais cela n'est pas vrai des dépenses occasionnées par des événements de mer extraordinaires; ce sont là des *avaries-frais* qui, selon les cas, sont supportées soit par le fréteur, soit par le chargeur, soit en commun par tous. V. chap. V. Il peut être difficile de déterminer le caractère des dépenses et de décider, par suite, qui doit les payer. Afin d'éviter les contestations sur ce point, il est souvent stipulé que, dans tous les cas, les dépenses de navigation seront supportées dans une certaine proportion par l'armateur et par les chargeurs. C'est là ce qui explique qu'après la stipulation du fret, on trouve la clause : *et en outre tant pour cent de droit d'avaries* ou *les avaries aux us et coutumes de la mer*.

Lorsqu'on stipule le fret sans aucun accessoire, on l'indique souvent par les mots : *pour tout fret* ou *sans plus* placés après le montant du fret.

881. *De la résiliation de l'affrétement.* — L'affrétement peut, comme tout autre contrat, être résilié, soit par le consentement mutuel des parties (art. 1134, 2e al., C. civ.), soit sur la demande de l'une des parties à raison de l'inexécution des obligations de l'autre (art. 1184, C. civ.). Mais, en outre, l'affrétement peut être résilié de plein droit ou par la seule volonté de l'affréteur. La résiliation a

Source BIU Cujas

lieu de plein droit, quand avant le départ des navires il se produit un cas de force majeure empêchant complétement l'exécution du contrat, c'est ce qui a lieu quand avant le départ il survient une interdiction de commerce avec le port de destination (art. 276).

L'affrétement peut être résilié par la volonté de l'affréteur, à la charge seulement par lui de payer une indemnité que la loi fixe à forfait à moitié du fret convenu (art. 288). Mais cela n'est vrai qu'avant le départ du navire. Une fois le navire parti, l'affréteur, qui retire les marchandises, ne doit pas moins le fret (art. 293). En principe, ce n'est même pas jusqu'au moment du départ que l'affréteur peut résilier le contrat moyennant le paiement du demi-fret, c'est seulement jusqu'au moment où le chargement a commencé, art. 288. Cependant, en cas de chargement *à cueillette* (n° 362), un chargeur peut retirer ses marchandises jusqu'au départ en payant le demi-fret (art. 291, 1er al.).

Le *demi-fret* étant fixé à forfait est dû alors même que la résiliation de l'affrétement ne cause aucun dommage au fréteur. Ce n'est pas un fret partiel, par cela même qu'aucun transport de marchandises n'a eu lieu. V. sur les conséquences à tirer de cette idée le n° 882.

882. *Des privilèges du fréteur et de l'affréteur.* — La faveur que mérite le contrat d'affrétement a fait établir des privilèges au profit des deux parties, bien que, dans le transport par terre, il n'y en ait un qu'au profit du voiturier. Le fréteur a un privilège pour son fret sur la cargaison, l'affréteur en a un sur le navire pour certaines créances de dommages-intérêts (art. 280 et 191-11°). On disait anciennement : *le batel est obligé à la marchandise et la marchandise au batel.*

Le privilège du fréteur garantit le fret et les accessoires du fret, par conséquent les surestaries et les contre-surestaries (n° 879), mais non le *demi-fret* dû à titre d'indemnité fixée à forfait en cas de résiliation de l'affrétement avant le départ opérée par l'affréteur (n° 881). Ce privilège est fondé, comme celui du voiturier, sur une constitution de gage tacite. Cependant le capitaine ne peut pas retenir les marchandises dans son navire faute de paiement du fret, art. 306, 1er al.; le séjour prolongé des marchandise à bord les exposerait à des

Source BIU Cujas

dangers. Seulement, par cela même que le capitaine n'a pas le droit de rétention, le privilège ne s'éteint pas par le seul fait de la livraison; le fréteur conserve son privilège pendant 15 jours après la délivrance (art. 307), pourvu que les marchandises soient reconnaissables et bien entendu ne soient pas passées entre les mains d'un tiers.

Le privilège de l'affréteur sur le navire garantit seulement les dommages-intérêts dus aux affréteurs pour le défaut de délivrance des marchandises qu'ils ont chargées ou pour remboursement des avaries qu'elles ont souffertes par la faute du capitaine et de l'équipage, art. 191-11°. L'affréteur n'est donc pas privilégié pour les dommages-intérêts dus à raison du retard. — Ce privilège porte non-seulement sur le navire, mais aussi sur le fret dû par les affréteurs autres que celui qui réclame une indemnité (art. 280).

883. *Prescription et fin de non-recevoir.* — Une prescription et une fin de non-recevoir spéciales s'appliquent à quelques-unes des actions naissant de l'affrétement. Elles diffèrent assez notablement de celles qui sont admises en matière de transport terrestre par les art. 105 et 108, V. nos 496 et suiv. (1).

Une fin de non-recevoir est admise contre les actions en responsabilité qui peuvent exister contre le fréteur à raison d'un dommage causé à des marchandises. Celui qui reçoit une marchandise avariée doit, dans les 24 heures de la réception, faire une protestation et la signifier au fréteur; en outre une demande en justice doit suivre dans le mois de cette protestation (art. 435 et 436). Ainsi l'affréteur peut être repoussé quand les marchandises ont été mises à la disposition du destinataire, soit qu'il n'y ait pas eu de protestation, soit que la protestation n'ait pas été faite et signifiée dans les 24 heures, soit que la protestation régulière n'ait pas été suivie dans le mois d'une demande en justice. — Par cela même que cette fin de non-recevoir suppose la mise des marchandises à la disposition du destinataire, elle est inapplicable au cas de perte totale. En outre, comme cette fin de non-recevoir est exceptionnelle, elle ne peut être appliquée au cas de retard provenant de la faute du fréteur, cas non visé par l'art. 435.

(1) La comparaison est faite dans le *Précis de droit commercial*, t. II, n° 1932.

Source BIU Cujas

Outre cette fin de non recevoir, le Code admet une prescription d'un an (art. 433) qui s'applique : 1° à l'action de l'affréteur (ou du destinataire) en délivrance des marchandises. Il ne faut pas, dans l'intérêt du commerce de mer, obliger les intéressés à conserver longtemps la preuve de l'exécution de leurs obligations. Sous le nom d'action en délivrance on comprend l'action intentée pour se faire remettre les marchandises et l'action exercée pour se faire payer l'indemnité due à raison de la perte des marchandises ou pour se faire rembourser le prix quand elles ont été vendues pour subvenir à des besoins urgents (art. 234 et 298). Mais la prescription annale ne concerne pas les actions en dommages-intérêts pour retard ou pour avaries. Ces actions ne peuvent être écartées que par la prescription de 30 ans.

Le point de départ de la prescription annale est le jour où les marchandises sont débarquées, que ce soit au port de destination ou dans un port d'échelle.

Source BIU Cujas

CHAPITRE V.

DES AVARIES ET DE LEUR RÈGLEMENT (1).

884. *Généralités.* — Les navires et leurs cargaisons sont exposés à de nombreux dangers. Ces dangers proviennent des événements de la nature ou des fautes de l'homme (capitaine, gens de l'équipage, capitaine d'un autre navire en cas d'abordage, etc...), ou encore des règles spéciales du droit des gens maritime qui, en cas de guerre, ne protègent pas la propriété privée ennemie (2). La réalisation de ces risques de mer ou de guerre peut être la cause soit de dommages matériels pour le navire ou pour la cargaison soit de dépenses extraordinaires. Ces dommages ou ces dépenses sont appelés *avaries.* A raison de la gravité des risques de mer ou de guerre, beaucoup de navires ou de marchandises sont assurés. Mais, pour comprendre l'importance des assurances maritimes et des règles qui les régissent, il faut savoir par qui sont supportées les avaries en l'absence de toute assurance. — Le présent chapitre, consacré à l'examen de cette question, sera divisé en deux sections; l'une sera relative aux avaries en général et à leur règlement, l'autre aux avaries provenant d'abordage. Ces dernières sont régies par quelques règles spéciales.

Section Ire. — Des avaries en général et de leur règlement.

885. *Caractères généraux des avaries.* — L'art. 397, C. com., définit ainsi les *avaries : toutes dépenses extraordinaires faites pour le navire et les marchandises, conjointement ou séparément; tout dommage qui arrive aux navires et aux marchandises, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et débarquement, sont réputés avaries.* Il résulte de cette définition que les avaries sont non seulement des dommages matériels (ruptures des câbles ou des mâts,

(1) C. com., art. 397 à 409 et art. 410 à 429.
(2) V. *Précis de Droit commercial,* II, nos 2024 à 2046.

Source BIU Cujas

détérioration des marchandises par l'eau de mer, prise du navire ou des marchandises par des vaisseaux de guerre ou des pirates, etc...), mais aussi des dépenses faites pour le bâtiment ou pour les marchandises (frais d'entrée et de sortie d'un port où l'on est entré pour faire réparer le navire, frais de débarquement, de magasinage et de rembarquement des marchandises dont l'emballage se détériore, etc...). Mais, pour que les dommages matériels subis ou que les dépenses constituent des avaries, il faut qu'ils soient occasionnés par une cause extraordinaire, qu'ils ne soient pas une conséquence normale de la navigation maritime. Ainsi l'usure du navire n'est pas une avarie; les frais de navigation pour l'entrée au port de relâche convenu ne sont pas non plus des avaries (art. 406). C'est la cause d'une dépense ou d'un dommage, non sa nature, qui fait qu'elle constitue ou ne constitue pas une avarie.

886. *Classification des avaries.* — On fait des avaries des classications diverses.

A. On les divise d'abord en *avaries dommages* et *avaries frais*, selon qu'elles consistent en dommages matériels ou en dépenses.

B. On distingue aussi les *avaries* et les *sinistres majeurs*, en réservant ce nom soit à la perte totale, soit à des événements tellement graves qu'ils y sont assimilés (n° 933).

Ces deux classifications n'ont d'intérêt qu'en matière d'assurances. Il n'en est pas de même de la troisième dont l'importance est capitale.

C. On distingue les *avaries simples* et les *avaries grosses* qu'on oppose aussi les unes aux autres sous les dénominations d'*avaries particulières* et *avaries communes* (art. 399). Cette division, qui remonte à une haute antiquité, est consacrée par toutes les législations. Son importance pratique provient de ce que les deux espèces d'avaries ne sont pas supportées par les mêmes personnes. En général, celui dont la chose (navire ou marchandises) est endommagée subit le dommage (*res perit domino*), celui pour la chose duquel la dépense extraordinaire a été faite, doit la supporter. Aussi les *avaries simples* ou *particulières* sont supportées par le propriétaire du navire ou par le chargeur. Mais il n'en est pas de même des *avaries grosses* ou *communes*. Parfois, en présence d'un péril menaçant à la fois le navire et la cargaison, le capitaine se décide à

Source BIU Cujas

faire un sacrifice atteignant l'un ou l'autre. Cela se présente, par exemple, quand, pour alléger un navire et lui permettre, en se réfugiant dans un port, d'échapper à la poursuite de l'ennemi ou à la tempête, un capitaine a jeté à la mer une partie de la cargaison ou quand, pour remettre à flot un navire échoué et en danger de périr avec la cargaison, des dépenses extraordinaires sont faites. Alors tous ceux (propriétaires de navire et de marchandises) qui ont profité du sacrifice doivent y contribuer, c'est-à-dire supporter une partie du dommage ou de la dépense. Les avaries qui se répartissent ainsi sont appelées *grosses*, parce qu'elles sont supportées par le *gros*, c'est-à-dire par la totalité des choses exposées aux risques maritimes; elles sont qualifiées de *communes*, parce qu'elles sont supportées *en commun*. — Il sera traité successivement *des avaries communes* et *des avaries particulières*.

A. — *Des avaries communes.*

887. Deux questions principales doivent être examinées à leur occasion : *a*. Quels sont les caractères distinctifs des avaries communes et quelles sont les principales; *b*. Comment se répartissent les avaries communes, c'est-à-dire d'après quelles règles se détermine la part contributive de chacun.

888. *Fondement de la théorie des avaries communes.* — Deux systèmes ont été défendus relativement au fondement de l'obligation pour les divers intéressés de contribuer à ces avaries. On a soutenu d'abord qu'il y a là une théorie spéciale au droit maritime admise pour favoriser le commerce de mer. Sans cette théorie, le capitaine, en présence d'un péril auquel il serait possible de se soustraire par un sacrifice, ou sacrifierait toujours une partie de la cargaison ou ne ferait aucun sacrifice, ce qui pourrait causer la perte du bâtiment et des marchandises. Il y aurait ainsi une obligation propre au droit maritime résultant d'une clause sous-entendue dans le contrat d'affrétement. — Cette explication de la théorie des avaries communes doit selon nous être rejetée. Il y a là une obligation quasi-contractuelle dérivant du principe de droit commun, selon lequel *nul ne doit s'enrichir injustement aux dépens d'autrui*. Sans la contribution, ceux qui ont profité du sacrifice s'enrichiraient au préjudice de ceux que

Source BIU Cujas

le sacrifice a atteints, par exemple, des propriétaires dont les marchandises ont été jetées à la mer. D'ailleurs, si l'idée d'une obligation contractuelle est admissible dans les rapports entre le fréteur et chaque affréteur, elle ne saurait rendre compte de ce que les affréteurs, qui n'ont pas contracté ensemble, sont tenus les uns envers les autres de contribuer aux avaries communes. — Si l'on admet cette seconde explication, on doit reconnaître que, s'il arrivait même sur terre qu'un bien fut sacrifié en tout ou en partie pour assurer le salut d'autres biens, les propriétaires de ceux-ci ayant profité de ce sacrifice, devraient supporter en commun le dommage subi.

889. *Caractères distinctifs des avaries communes.* — L'art. 400, C. com., énumère les avaries communes. Mais cette énumération n'est pas limitative, ainsi que l'indique la formule générale par laquelle cet article se termine. Aussi est-il indispensable de déterminer les caractères distinctifs de ces avaries, en général, afin de pouvoir reconnaître le caractère d'avaries non énumérées par le Code.

En combinant l'art. 400 *in fine* avec les différentes dispositions du Code de commerce, on peut dire que trois conditions doivent se trouver réunies pour qu'un dommage matériel ou une dépense extraordinaire constitue une avarie commune. Il faut : *a.* qu'il y ait un sacrifice ou une dépense faite volontairement par le capitaine ; *b.* que le sacrifice ou la dépense soit fait dans l'intérêt commun du navire et de la cargaison ; *c.* qu'un résultat utile ait été obtenu.

a. La nécessité d'un acte de volonté du capitaine s'exprime souvent en disant qu'il faut qu'il y ait un *sacrifice volontaire.* Quand le dommage ou la dépense a sa cause dans un cas fortuit, il n'y a pas avarie commune ; il en est ainsi quand les marchandises sont emportées ou que des mâts sont rompus par le vent, tandis qu'il y a avarie commune si le capitaine assure le salut du navire et de la cargaison en faisant jeter des marchandises à la mer ou en faisant couper des mâts.

Le dommage que le capitaine a eu directement en vue est sans doute avant tout une avarie commune. Mais le même caractère appartient aussi à toutes les suites nécessaires de la résolution du capitaine, qu'il les ait ou non prévues. Ainsi, quand des marchandises sont montées sur le pont pour être jetées à la mer et qu'avant le jet

Source BIU Cujas

un coup de vent les emporte, il y a avarie commune. Elles ont péri parce que le capitaine en ayant décidé le sacrifice les a exposées à un danger plus grand que le reste de la cargaison. De même, si des marchandises sont chargées sur des allèges afin de décharger le navire et de lui permettre de gagner plus rapidement un port de refuge et si elles périssent, il y a une avarie commune (art. 427, al. 1). On dit souvent que les conséquences directes et nécessaires d'une avarie commune sont classées aussi comme telles.

b. Le sacrifice ou la dépense doit être motivé et ce motif doit se trouver dans l'intérêt *commun* du navire et de la cargaison. Le plus souvent c'est à un péril imminent que le capitaine se propose de soustraire le bâtiment et les marchandises. Mais il ne paraît pas nécessaire qu'il y ait un danger, il doit suffire qu'il y ait un avantage commun pour le navire et la cargaison à faire le sacrifice ou la dépense. Ainsi un navire est en relâche dans un port qui offre peu de ressources ; une réparation dans ce port entraînerait un long retard et de grands frais. On lui enlève une partie de son chargement qu'on fait parvenir à destination par un autre bâtiment et le navire allégé peut reprendre la mer après des réparations provisoires. Il est juste de classer en avarie commune le fret du bâtiment auxiliaire. Il y a là une dépense qui a pu profiter à tous les intéressés.

L'intérêt en vue duquel le sacrifice a été opéré ou la dépense a été faite, doit être commun au bâtiment ou à la cargaison (art. 400, dern. al.). C'est cette communauté d'intérêt qui justifie l'obligation de supporter en commun le dommage ou la dépense. Si un danger menace le navire seul ou des marchandises seules, le dommage subi ou les dépenses faites pour y échapper sont des avaries particulières. Aussi, en principe, les dommages causés au navire qui n'a plus sa cargaison à bord, ne sont pas des avaries communes, alors même qu'ils l'auraient été si le déchargement n'avait pas eu lieu.

c. Il n'y a pas avarie commune si le sacrifice ou la dépense n'a pas atteint son but, n'a pas fait obtenir un résultat utile. La théorie des avaries communes est une application du principe selon lequel nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui et non pas des règles de la gestion d'affaires, selon lesquelles l'utilité d'un acte, pour savoir s'il doit y avoir lieu à remboursement, s'apprécie au moment

Source BIU Cujas

où il a été fait, indépendamment de ses résultats. Ainsi, en cas de jet de marchandises, si le navire et le restant de la cargaison périssent, malgré le sacrifice, il n'y a pas lieu à contribution, article 423, al. 1.

Il importe de parler du résultat utile obtenu plutôt que du salut du navire et de la cargaison. Cette dernière formule employée parfois à tort conduirait à cette conséquence que, si le navire entier avait été sacrifié pour assurer le salut de la cargaison ou si, à l'inverse, le sacrifice portant sur la cargaison entière a sauvé le navire, il n'y aurait pas lieu à contribution. Cela serait exorbitant; c'est dans des cas de ce genre surtout où le sacrifice est considérable que l'obligation de contribuer se justifie.

Les trois conditions indiquées sont les seules exigées pour qu'il y ait avarie commune. Les art. 400 et 410 paraissent bien en exiger une quatrième, en parlant de la délibération motivée prise avant le sacrifice ou la dépense par le capitaine et les principaux de l'équipage. Mais il n'y a là qu'une prescription à laquelle le capitaine doit se conformer autant que possible et que l'imminence du péril ne permet pas le plus souvent d'observer (1).

890. DES PRINCIPALES AVARIES COMMUNES. — Il est utile de donner des exemples d'avaries communes en les puisant dans l'énumération de l'art. 400, C. com., ou dans la pratique. Toutes consistent nécessairement soit dans des dommages soufferts par le navire ou par la cargaison, soit dans des dépenses extraordinaires.

891. *Dommages causés aux marchandises. Jet.* — L'avarie commune la plus fréquente est le jet ou fait de précipiter dans la mer tout ou partie de la cargaison pour assurer le salut du navire et du restant des marchandises, art. 410 à 429, C. com. Toutefois il y a des cas exceptionnels dans lesquels le jet ne constitue pas une avarie commune bien qu'il réunisse toutes les conditions énumérées ci-dessus (n° 889), de telle sorte que le propriétaire des marchan-

(1) Y a-t-il avarie commune lorsque le danger commun que courent le navire et la cargaison proivent non d'un cas fortuit, mais d'une faute du capitaine? La jurisprudence et beaucoup d'auteurs admettent la négative et ajoutent ainsi une condition à celles dont la réunion est exigée pour qu'il y ait avarie commune. Nous avons combattu cette opinion. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 1957.

Source BIU Cujas

dises jetées supporte seul le dommage. Ainsi ne donnent pas lieu à contribution : 1° Le jet de marchandises chargées sans connaissement ou sans déclaration du capitaine inscrite sur le livre debord (art. 420). On a voulu ainsi réprimer les chargements de marchandises faits sans le consentement du capitaine et de l'armateur. 2° Le jet de marchandises chargées sur le pont (art. 421, al.). Ce mode de chargement peut gêner les manœuvres et parfois compromettre le sort du navire. Mais cela ne s'applique pas dans la navigation au petit cabotage dans laquelle la loi même (art. 229) autorise cette sorte de chargement.

En vertu des règles générales posées plus haut (n° 889), les dommages causés par le jet soit aux marchandises restées dans le navire (art. 400-5°), soit au navire lui-même (art. 421) doivent être classés en avaries communes.

Chargement sur des allèges. — Du cas de jet il faut rapprocher celui où, pour alléger le navire et lui permettre de gagner plus promptement un port, une partie des marchandises est chargée sur des barques ou allèges. Si ces marchandises périssent et si le navire est sauvé, la perte des marchandises constitue une avarie commune.

892. *Dommages causés au navire ou à ses accessoires.* — Il y a varie commune lorsque le navire est sabordé ou que le pont est coupé apour en extraire des marchandises qu'on veut sauver (art. 426). Il en est de même quand on coupe les câbles ou cordages qui retiennent les mâts ou les mâts eux-mêmes afin de redresser le navire ou de l'alléger (art. 400-3°) et l'avarie commune s'étend même aux dommages causés par la chute des mâts. Il y a également avarie commune dans le cas où le capitaine se décide à abandonner l'ancre et la chaîne qui le retient, afin de partir plus promptement et d'échapper ainsi à un danger (art. 400-4°).

893. *Dépenses extraordinaires.* — Il y a avarie commune quand un navire et sa cargaison allant être capturés ou même étant capturés par des ennemis ou des pirates, le capitaine se les fait restituer moyennant une somme payée à titre de rançon (art. 400-8°); quand le capitaine ayant fait échouer son navire pour échapper à l'ennemi ou ne pas être poussé violemment sur les rochers, fait des dépenses

Source BIU Cujas

pour relever et renflouer le bâtiment (art. 400-8°). V. aussi, art. 263 et 400-6° (1).

894. *Dépenses occasionnées par des relâches.* — Il n'est pas toujours facile de déterminer si ces dépenses constituent des avaries particulières ou des avaries communes. Des distinctions doivent certainement être faites. Il va de soi d'abord que lorsqu'il s'agit d'une relâche prévue, les dépenses de navigation y afférentes ne sont pas des avaries et doivent être supportées par l'armateur ou par le chargeur selon qu'elles concernent le navire ou les marchandises (art. 406). Mais, en dehors de ce cas normal, des relâches imprévues ont souvent lieu dans le but de faire réparer le navire. Ces relâches occasionnent des dépenses extraordinaires. Ce sont notamment : 1° les frais d'entrée du port et ceux de sortie; 2° les frais de déchargement, de magasinage et de rechargement des marchandises qu'on n'a pu conserver à bord pendant la durée des réparations du navire. Il est certain que ces dépenses constituent des avaries communes lorsque les dommages subis par le navire ont ce caractère. Mais que décider lorsque ces dommages sont des avaries particulières, par exemple consistent dans une voie d'eau causée par la tempête ? Il est incontestable que les dépenses dont il s'agit sont des avaries particulières soit au navire soit aux marchandises, quand l'état du navire ne mettait pas la cargaison en danger avec lui. Mais la difficulté est assez grande lorsqu'à la suite d'une avarie particulière mettant le navire et la cargaison en danger, le capitaine s'est décidé à relâcher. On a soutenu notamment qu'alors toutes les dépenses occasionnées par la relâche sont des avaries particulières à supporter par l'armateur. En ce sens on a dit que les dépenses se rattachant à des avaries particulières doivent avoir le même caractère. On a aussi invoqué l'art. 403-3°, d'après lequel *sont avaries particulières : 3° les dépenses résultant de toutes relâches occasionnées par voie d'eau à réparer.* La jurisprudence reconnaît avec raison qu'en pareil cas toutes lesdépenses, à l'exception des frais mêmes de répations, sont des avaries communes. En effet, ces dépenses ont été

(1) V., sur les cas où les loyers des gens de mer et leurs frais de nourriture sont à classer en avaries communes, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 1965 à 1968.

Source BIU Cujas

faites en vertu d'une résolution prise par le capitaine pour soustraire le navire et la cargaison à un commun danger. L'art. 403-3°, al. 2, qu'on invoque en sens contraire n'est pas décisif; il peut être expliqué en le référant au cas où les avaries particulières subies par le navire (voie d'eau) ne sont pas assez graves pour mettre en péril le bâtiment et sa cargaison.

895. *Cas d'avaries communes non visés par le Code.* — En vertu des principes généraux, on doit admettre que des avaries sont communes dans un grand nombre de cas non prévus par le Code. Ainsi l'on doit classer parmi les avaries communes la valeur des marchandises employés comme combustible en cas de manque de charbon pour achever le voyage; les dépenses faites pour renflouer le navire échoué même par cas fortuit, si le navire et la cargaison sont en danger de perte; le dommage causé en cas d'incendie à des marchandises non atteintes par le feu à l'aide de l'eau jetée sur elles pour empêcher la propagation de l'incendie, etc... (1).

896. Règlement d'avaries et contribution. — Quand il y a avarie commune, il y a lieu à contribution, c'est-à-dire que tous ceux qui ont profité du sacrifice volontaire doivent payer une partie du dommage ou de la dépense extraordinaire. La part de chaque intéressé n'est pas la même; pour arriver à faire la répartition, il est procédé à des opérations dont l'ensemble porte le nom de *règlement d'avaries communes*. Comme les parties ne sont pas, en général, toutes présentes et n'ont pas les connaissances techniques nécessaires, il est procédé à ces règlements au port de destination par des experts spéciaux appelés *dispacheurs*, qui sont désignés d'ordinaire pour chaque affaire par les tribunaux ou par les consuls, art. 414.

Les règlements d'avaries commencent habituellement par un récit de tous les faits de la navigation, afin qu'on puisse bien comprendre pour quels motifs les avaries sont traitées par les experts comme particulières ou communes. Puis le travail se divise en trois parties principales : *a*. La première comprend la *masse active*, c'est-à-dire le montant des sommes à payer en commun à raison des dommages soufferts ou des dépenses extraordinaires faites. *b*. La seconde

(1) V., sur la question de savoir si le forcement de voiles ou de vapeur constitue une avarie commune, *Précis de Droit commercial*, n° 1973.

Source BIU Cujas

contient la *masse passive*, appelée aussi *masse contribuable*, c'est-à-dire qu'elle indique les choses à raison desquelles la contribution est due et la valeur de chacune d'elles. *c.* Enfin, dans la troisième partie, en comparant ensemble la masse active et la masse passive, on fixe la proportion pour laquelle chaque intéressé doit contribuer.

Deux principes régissent la formation des deux masses :

1° Chacun de ceux dont la propriété a été sacrifiée ou qui ont fait une dépense pour le salut commun doit être placé dans la même situation pécuniaire que si le sacrifice avait porté sur une autre chose ou que si la dépense avait été faite par une autre intéressé.

2° L'armateur et chacun des chargeurs doivent contribuer au sacrifice ou à la dépense en proportion de l'avantage qu'ils en ont retiré. Aussi dit-on que le navire contribue pour telle somme, les marchandises pour telle autre, etc.., quoique ce soit l'armateur et les chargeurs qui supportent la charge de la contribution.

897. *Masse active.* — On y comprend, en général, les marchandises sacrifiées, les dommages subis par le navire, les dépenses faites dans l'intérêt commun, les frais du règlement d'avaries. L'addition de ces dommages et dépenses donne le total des avaries à répartir. Avant d'obtenir ce total, il faut estimer chacun des éléments de cette masse.

Les marchandises sacrifiées sont évaluées d'après le prix-courant de marchandises semblables au lieu du déchargement (art. 415). C'est le prix que le propriétaire de ces marchandises aurait touché sans le sacrifice. Toutefois ce prix n'est pas admis dans la masse active sans déduction; car le sacrifice n'est pas égal à ce prix. Si les marchandises étaient arrivées à destination, on aurait dû payer des frais de débarquement et des droits de douane. Par suite du sacrifice, ces frais et ces droits ont été épargnés ; il y a lieu de les déduire du prix des marchandises au port de déchargement. Autrement le propriétaire des marchandises sacrifiées recevrait par voie de contribution des sommes qu'il n'a pas déboursées.

Quand il s'agit de dommage causé au navire ou à ses accessoires, on comprend dans la masse active le chiffre des dépenses faites pour les réparations ou pour le remplacement des objets sacrifiés. Mais ce chiffre ne peut être admis que sous certaines déductions à faire, afin que le propriétaire du navire ne soit pas mis dans une situation

Source BIU Cujas

meilleure que celle où il aurait été au port de destination sans la mesure de salut commun. On doit déduire d'abord le prix pour lequel les objets sacrifiés (mât, voile, ancre, etc...) ou les débris remplacés (vieux cuivre, etc...) ont été vendus. On fait aussi une *déduction pour différence du neuf au vieux*. Le navire et ses accessoires se détériorant par l'usage; si le propriétaire du navire pouvait se faire rembourser intégralement, il aurait des objets neufs pour des vieux et réaliserait un bénéfice injuste au préjudice des autres contribuables qui en auraient payé le prix entier. Aussi déduit-on une somme représentant ce bénéfice. Dans l'usage, la déduction est le plus souvent du tiers; elle ne se fait pas pour les objets tels que les ancres et les chaînes dont l'usure est insensible.

898. *Masse passive ou contribuable.* — On y comprend, en principe, tout ce qui a profité du sacrifice volontaire ou de la dépense, pourvu que le profit soit estimable en argent et la contribution est pour chaque intéressé proportionnelle au profit réalisé par lui? Par suite la contribution est due par les chargeurs dont les marchandises ont été sauvées, par le propriétaire du navire qui doit à l'avarie commune le salut de son bâtiment et la conservation de son fret qu'il eût perdu en cas de perte des marchandises (art. 302). On doit même comprendre dans la masse passive les marchandises ou les accessoires du navire sacrifiés, de telle façon que le propriétaire du navire ou de ces marchandises est à la fois créancier et débiteur et fait confusion sur lui-même jusqu'à due concurrence. Si les objets sacrifiés n'étaient pas soumis à contribution, le sacrifice profiterait à ceux qui en sont propriétaires; ils n'en supporteraient aucune partie à la différence des autres intéressés. Mais, par cela même que la contribution n'est due que pour ce qui est évaluable en argent, les personnes dont la vie a été sauvée grâce à l'avarie commune n'ont pas à contribuer. La contribution était due, au contraire, par le propriétaire d'esclaves se trouvant à bord qu'on assimilait à des marchandises.

Il y a pourtant des choses qui, à titre exceptionnel, ne contribuent pas bien qu'elles aient profité du sacrifice ou de la dépense. Il n'est pas dû de contribution pour les munitions de guerre, de bouche, pour les hardes des gens de l'équipage, bien que la valeur de ces choses

Source BIU Cujas

soit payée par contribution quand elles sont jetées (art. 419). Un usage constant fait aussi exempter de la contribution les bagages des passagers.

899. *Évaluation des éléments de la masse passive.* — Les marchandises contribuent en proportion de leur valeur au lieu de de déchargement (art. 401 et 417). Cette valeur représente l'avantage tiré du sacrifice en ce qui les concerne. Mais la valeur à raison de laquelle les marchandises figurent dans la masse passive et contribuent n'est pas leur valeur brute; ce n'est pas elle, en effet, que le sacrifice a sauvée.

Il y a lieu de déduire du prix des marchandises au port de déchargement les sommes qu'en cas de perte le propriétaire des marchandises n'aurait pas eu à débourser, c'est-à-dire les frais de débarquement, les droits de douane et, en principe, le fret (1).

La valeur des marchandises sacrifiées qui figurent dans les deux masses ne s'estime pas de la même façon dans l'une et dans l'autre; car dans la masse active, on ne déduit pas le fret de leur prix au port de déchargement (n° 897).

Le propriétaire du navire doit à l'avarie commune la conservation de son bâtiment et de son fret. Dans quelle proportion contribue-t-il? Aucune législation ne peut admettre que le propriétaire du navire contribue en proportion de la valeur de son navire au port de départ et de l'entier montant du fret (ou *fret brut*). Car le navire sauvé par l'avarie commune était déjà usé par la navigation et le fret a à supporter des dépenses telles que les loyers des gens de mer qui auraient été épargnés en cas de perte du navire et de la cargaison. Dans la rigueur des principes, le propriétaire du navire devrait contribuer en proportion de la valeur du navire au port de déchargement et du fret net, c'est-à-dire du montant du fret sous la déduction des sommes que la perte du navire et de sa cargaison aurait fait épargner au propriétaire du bâtiment. Le Code de commerce (art. 401 et 417) admet que le propriétaire du navire contribue à raison de la moitié de la valeur du navire au port de reste et de la moitié du fret. Il y a là une faveur excessive faite aux armateurs. C'est pour la valeur même du navire au port de reste

(1) Le fret non restituable ne serait pas déduit.

Source BIU Cujas

que l'armateur devrait contribuer et les dépenses afférentes au fret n'en atteignent pas ordinairement la moitié (1).

900. Après l'établissement des deux masses active et passive, le règlement d'avaries fixe la part contributive de chaque intéressé à l'aide d'une règle de proportion. Ainsi, si le montant de la masse active à répartir est de 20,000 fr. et si la masse contribuable a une valeur de 200,000 fr., chaque élément de cette dernière masse contribue pour 10 p. 0/0 de sa valeur (2).

901. Les règles concernant les avaries communes et la contribution ne sont pas d'ordre public. L'art. 398, C. com., y autorise des dérogations. Les intéressés peuvent donc convenir que, pour être considérées comme avaries communes, les avaries doivent avoir d'autres caractères que ceux qu'indique la loi, que les règles légales sur la part contributive de chacun seront modifiées, etc. On peut même admettre qu'il serait loisible de convenir que toutes les avaries seront traitées comme particulières (3).

B. — *Des avaries particulières.*

902. Aux *avaries grosses* ou *communes* on oppose les *avaries simples* ou *particulières*. Celles-ci sont supportées par le propriétaire de la chose (navire ou marchandises) qui a subi le dommage ou occasionné la dépense extraordinaire (art. 404). Les avaries particulières proviennent toutes soit d'un cas fortuit, soit de la faute de l'homme, soit du vice propre, c'est-à-dire d'un vice inhérent au navire (mauvaise qualité des matériaux), ou d'un principe de détérioration inhérent aux marchandises (coulage des liquides, échauffement des grains, etc...). Le Code (art. 403) fait une énumération des avaries particulières. Cette énumération, qui n'a rien de limitatif, se termine par la formule générale suivante : *Sont avaries particulières... et, en général, les dépenses faites et le dommage souffert pour le*

(1) V., pour plus de détails, *Précis*, t. II, nos 1983 à 1985.

(2) Sur les formes du règlement d'avarie, les garanties attachées à l'obligation de contribuer, les prescriptions et fins de non recevoir admises en cette matière, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 1989 à 1998.

(3) La diversité des lois sur les caractères des avaries communes et sur les contributions donne lieu à de graves conflits de lois. V. *Précis*, t. II, no 2000.

Source BIU Cujas

navire seul ou pour les marchandises seules, depuis leur chargement et départ jusqu'à leur retour et déchargement.

903. Parmi les avaries particulières il faut ranger les dommages causés par des abordages. Des règles spéciales s'appliquent aux abordages et il est nécessaire de les exposer à part. Parfois les dommages en provenant ne sont traités à proprement parler, au point de vue des personnes qui ont à les supporter, ni comme avaries communes, ni comme avaries particulières.

Section II. — Des avaries provenant d'abordages (1).

904. Le mot *abordage* a des sens variés. On désigne parfois sous ce nom soit le fait par un navire de se jeter pendant un combat sur un autre pour le faire couler, soit le fait par deux navires de se heurter l'un contre l'autre. C'est dans ce second sens que ce mot est pris ici. Par suite, les règles qui vont être posées ne sont pas faites pour les cas où un navire heurte une jetée ou le ponton d'un bâtiment à vapeur. Ces hypothèses n'étant pas spécialement prévues par nos lois, sont régies par les principes du droit commun. L'abordage des navires n'est même régi par les dispositions spéciales du Code de commerce que lorsqu'il a lieu en mer ou tout au moins dans les limites de l'inscription maritime. En cas d'abordage survenu dans les eaux intérieures, on applique les règles du droit commun.

Les abordages donnent lieu à des questions de droit multiples. Les principales sont les suivantes : qui doit supporter le dommage causé? quelles formalités doivent remplir les intéressés pour conserver leur droit à indemnité et dans quels délais ce droit doit-il être exercé? quel est le tribunal compétent pour connaître des actions en dommages-intérêts? Les deux premières de ces questions sont tranchées par le Code de commerce. Il est muet sur la compétence et sur les graves difficultés qui s'élèvent lorsque les navires entre lesquels l'abordage a lieu ne sont pas de même nationalité (2).

905. Qui supporte les dommages causés par un abordage.

(1) C. com., art. 407, 435 et 436.

(2) Ces deux ordres de questions ne sont pas examinées dans ce Manuel. Elles sont traitées dans le *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2025 à 2028.

Source BIU Cujas

— Ces dommages peuvent être causés à des navires, à des marchandises ou à des personnes (passagers ou gens de l'équipage tués ou blessés). Le Code ne s'est occupé que des dommages subis par les navires. Il distingue l'abordage *fortuit*, l'abordage *fautif* et l'abordage *mixte* ou *douteux*. L'abordage *fortuit* est celui qui arrive, bien que toutes les précautions nécessaires pour l'éviter aient été prises. L'abordage *fautif* est celui qui est causé par la faute d'un capitaine. Conformément au droit commun, c'est aux intéressés qui allèguent l'existence d'une faute à la prouver. A proprement parler, un abordage ne peut qu'être fortuit ou provenir de la faute des capitaines ou de l'un d'eux. Mais il arrive souvent que les juges ne parviennent pas à déterminer avec certitude la cause réelle de l'abordage. Le Code de commerce traite alors l'abordage d'une façon spéciale, c'est ce qu'on appelle l'*abordage mixte* ou *douteux*.

906. *Abordage fortuit et abordage fautif.* — Pour ces deux sortes d'abordages, le Code de commerce se borne à consacrer les règles du droit commun. Dans le cas d'abordage fortuit, chacun des propriétaires de navires supporte, sans aucun droit de répétition, le dommage subi par son bâtiment (art. 407, 1er alin.). En cas d'abordage causé par la faute d'un capitaine, le dommage est payé par celui qui l'a occasionné et il y a lieu à la responsabilité civile du propriétaire du navire dont le capitaine a commis la faute.

906 *bis. Abordage mixte.* — D'après les principes généraux, un abordage devrait être considéré comme fortuit par cela seul qu'une faute n'est prouvée à la charge d'aucun capitaine et, par suite, chaque navire devrait supporter le dommage qui lui a été causé. Le Code (art. 407, 3e al.) en décide autrement en disposant que, *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.* On fait donc une masse des dommages qui doivent être supportés en commun et on fait ensuite la répartition par moitié, sans tenir compte de la valeur des navires. Dans cette masse on comprend les dommages subis par les navires, mais non ceux éprouvés par les marchandises. — La disposition relative à l'abordage douteux ne peut se justifier par aucune bonne raison et devrait disparaître de nos lois.

Source BIU Cujas

907. *Cas où il y a faute commune des deux capitaines.* — L'article 407, C. com., suppose, à propos de l'abordage fautif, qu'il y a faute de l'un seul des capitaines des navires entre lesquels a lieu l'abordage. Il arrive souvent qu'il y a faute des deux capitaines du navire abordeur et du navire abordé. Il est alors naturel de répartir le dommage en proportion de la gravité de la faute de chacun ou par moitié si l'on ne peut déterminer dans quelle mesure chacun a été la cause de l'abordage.

908. *Fin de non-recevoir admise en matière d'abordage.* — Les abordages font naître des actions en dommages-intérêts. Ces actions sont soumises par les art. 435 et 436, C. com., à une fin de non-recevoir. Les avaries résultant d'événements de mer peuvent se renouveler souvent. Par suite, si, après un abordage, ceux qui se prétendent lésés n'agissaient pas promptement, on pourrait ne pas arriver à déterminer avec certitude si les avaries sont dues à l'abordage ou à une cause postérieure. Le législateur a, pour éviter cela, voulu que les actions résultant de l'abordage soient exercées promptement. Pour qu'elles soient conservées, il faut : 1° qu'une réclamation ait été faite dans les 24 heures ; 2° qu'elle soit suivie dans le mois d'une demande en justice. Le délai de 24 heures ne court que du moment où le capitaine a pu agir, par exemple, en cas d'abordage en mer, du moment où le navire abordé est parvenu dans un port.

La fin de non-recevoir des art. 435 et 436, C. com., s'applique au cas de perte complète causée par l'abordage comme au cas de simples avaries, bien que dans le premier cas il n'y ait pas à craindre qu'on considère des avaries postérieures comme provenant de l'abordage. Le texte de ces articles ne distingue pas. Au contraire, il est évident que la fin de non-recevoir n'est pas opposable aux actions en indemnité pour dommage causé aux personnes par un abordage : ces actions ont une durée fixée par les règles du droit commun (1).

(1) V., sur les nombreuses difficultés auxquelles donne lieu en matière d'abordage la fin de non-recevoir des art. 435 et 436 et sur la critique de ces dispositions rigoureuses, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2017 à 2022.

Source BIU Cujas

CHAPITRE VI.

DES ASSURANCES MARITIMES (1).

909. L'assurance est le plus important des contrats maritimes. Sans lui le commerce de mer n'aurait pas reçu ses immenses développement ; beaucoup de personnes hésiteraient à exposer leurs capitaux en faisant le commerce des armements ou en faisant transporter leurs marchandises par mer, si elles n'avaient un moyen de se mettre à l'abri des dommages pécuniaires que les risques de mer peuvent leur causer.

Le contrat d'assurance maritime est une variété du contrat d'assurance. A un point de vue très général on peut définir l'assurance : le contrat par lequel une personne (*l'assureur*) s'engage moyennant une rémunération (*prime*) à indemniser une autre personne (*l'assuré*) du préjudice que celle-ci pourra éprouver par suite de la réalisation de certains risques. Les risques contre lesquels l'assuré est garanti peuvent être d'une grande variété (incendie d'une maison, grêle, etc...). Quand l'assurance a pour objet des risques de mer, c'est une *assurance maritime*. Cette dernière est la seule assurance dont nos lois se sont occupées; c'est de beaucoup la plus anciennement connue (2). Les autres assurances étaient peu pratiquées encore lors de la confection du Code de commerce.

910. L'assurance n'est pas seulement avantageuse pour l'assuré ; elle l'est aussi pour l'assureur, qui réalise des bénéfices lorsque le montant des primes qu'il touche des assurés excède le montant des sommes qu'il à payer à titre d'indemnité (3). Mais, pour avoir chance de réaliser des bénéfices comme assureur, il faut assurer de nombreux navires ou une grande quantité de marchandises. Par suite de circonstances exceptionnelles le nombre des sinistres peut être

(1) C. com., art. 332 à 397.

(2) V., sur l'origine de l'assurance maritime qui est très obscure, *Précis de Droit commercial*, n° 2050.

(3) Nous visons les assurances à primes qui sont de beaucoup les plus nombreuses. V. n° 911.

Source BIU Cujas

tel que les primes touchées par l'assureur ne suffisent pas pour indemniser les assurés. Il faut donc que les assureurs, pour inspirer confiance, aient d'importants capitaux. C'est pour cela qu'en général le commerce des assurances est fait par des sociétés par actions plutôt que par des particuliers.

911. On distingue les compagnies d'assurances à primes et les compagnies d'assurances mutuelles. Les compagnies d'assurances à primes sont des sociétés anonymes ou en commandite par actions qui se chargent des risques des assurés moyennant une prime fixe (1-2). Les compagnies d'assurances mutuelles ne sont pas des sociétés proprement dites; elles ont pour but, non de réaliser des bénéfices, mais de prémunir leurs membres contre des pertes auxquelles ils sont exposés. Elles consistent dans l'association d'un certain nombre de personnes qui s'engagent les unes envers les autres à supporter en commun les risques dont chacune est menacée (3). Afin d'avoir droit à cette garantie réciproque, chaque mutuelliste paie une cotisation qui sert notamment à payer les dommages soufferts, et qui souvent varie avec l'importance des sinistres. Dans les assurances à primes les qualités d'assureur et d'assuré sont parfaitement distinctes, tandis que dans les assurances mutuelles chaque mutuelliste est à la fois assureur et assuré. Les assurances maritimes mutuelles sont très peu nombreuses. La raison en est que, pour que la mutualité soit équitable, il faut que les mutuellistes courent des risques égaux. Or, en France, la marine marchande n'est pas assez développée pour qu'il y ait un grand nombre de personnes ayant des navires ou des marchandises exposés aux mêmes risques.

Au reste, que l'assurance soit à prime ou mutuelle, ses effets sont toujours les mêmes. Pour plus de simplicité, il sera toujours supposé par la suite que l'assurance est à prime.

911 *bis.* Les assurances maritimes ont deux objets principaux, les navires et les marchandises. On appelle *assurances sur corps* les

(1) Les sociétés d'assurances à primes maritimes sont, au point de vue des conditions de leur constitution et de leur fonctionnement, régies par la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés et par le décret du 22 janvier 1868 (n° 295).

(2) Les compagnies d'assurances mutuelles maritimes sont régies par l'article 66, 2e al., de la loi du 24 juillet et par le décret du 22 janvier 1868.

(3) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2053.

Source BIU Cujas

assurances de navires et *assurances sur facultés* les assurances de marchandises.

912. La plupart des dispositions légales concernant les assurances maritimes ne sont ni prohibitives ni impératives, mais interprétatives, de telle façon que les intéressés peuvent y déroger. Aussi, pour bien connaître cette matière, ne suffit-il pas d'étudier les textes du Code de commerce, il faut encore s'occuper des *polices d'assurances maritimes* (écrits constatant les clauses de ces contrats) et rechercher dans quelle mesure elles dérogent aux dispositions légales. Quelques-unes des dispositions de la loi sont sans application par cela même que les intéressés y dérogent toujours ou presque toujours. Malheureusement il n'y a pas une police unique en usage en France. Cependant dans les dernières années on est parvenu à réduire de beaucoup le nombre des polices sur corps ou sur facultés en usage et à établir une certaine unité. Il y a une police d'assurance sur corps admise par les assureurs de Paris de Marseille, de Nantes et de Bordeaux depuis 1865, et une police d'assurance sur facultés pour les risques de long cours admise depuis 1873 à Paris et à Bordeaux. Ces deux polices sont appelées les *polices françaises d'assurances maritimes*.

913. *Division.* — L'étude de la matière des assurances maritimes sera divisée en trois sections : Section I. Principes généraux. Des risques, des choses assurées, de la prime. Formes du contrat. — Section II. Des obligations de l'assureur. De l'action d'avaries et du délaissement. — Section III. Des obligations de l'assuré et du privilège garantissant la créance de la prime.

Section Ire. — Principes généraux. — Nature du contrat. — Des risques. — Des choses assurées. — De la prime. — Formes du contrat.

914. Le contrat d'assurance est un contrat synallagmatique parfait et aléatoire (1). Comme tous les contrats se rattachant au commerce de mer, il constitue un acte de commerce, art. 633 (n° 35).

Dans toute assurance maritime, il y a trois choses essentielles : 1° des risques courus par la chose de l'assuré et dont l'assureur se

(1) V. *Précis de Droit commercial*, II, nos 2054 et 2059 *bis*.

Source BIU Cujas

charge; 2° une chose assurée qui est exposée à ces risques; une rémunération appelée *prime* (ou coût de l'assurance) que l'assuré s'oblige à payer à l'assureur. En d'autres termes l'assureur s'engage à supporter les risques courus par la chose assurée moyennant une prime. Il est indispensable de parler de chacun des trois éléments de l'assurance maritime.

915. *Des risques.* — Il ne peut y avoir contrat d'assurance sans que le bien de l'assuré soit exposé aux risques de mer. Si une personne s'obligeait envers une autre à lui payer une somme d'argent pour le cas où un accident de mer se produirait, alors que celle-ci n'avait aucun bien exposé à des risques maritimes, il y aurait un pari ou une gageure pour laquelle toute action en justice serait refusée (art. 1965, C. civ.). La réalisation du risque ne faisant pas éprouver de préjudice au prétendu assuré, il réaliserait un bénéfice s'il pouvait exiger la somme qui lui a été promise. L'idée selon laquelle il n'y a pas d'assurance valable sans risque couru par l'assuré, s'exprime souvent par les formules suivantes : *le contrat d'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité; — le contrat d'assurance n'est pas un moyen d'acquérir, mais un moyen de conserver.* De cette idée fondamentale la loi a tiré, sans la formuler, des conséquences pratiques importantes :

a. Le contrat s'évanouit si, au moment où il intervient, les choses assurées ne sont pas encore exposées aux risques de mer et n'y sont pas exposées dans la suite. C'est ce qui se produit quand le navire assuré ne fait pas le voyage projeté ou quand les marchandises assurées ne sont pas transportées par mer.

b. On ne peut faire assurer une chose pour une somme supérieure à sa valeur. Autrement, pour l'excédent, le contrat ne serait pas un contrat d'indemnité, l'assuré réaliserait en cas de perte un bénéfice, ce qui lui donnerait intérêt à la perte et serait dangereux. Dans l'usage, la difficulté d'évaluation des navires et des marchandises et la nécessité pour les compagnies d'assurances de ménager leurs clients qui ont exagéré la valeur de la chose assurée font que cette règle n'est pas observée d'une façon rigoureuse.

Qu'arrive-t-il, en principe, quand l'assurance est faite pour une somme dépassant la valeur de la chose assurée? Le Code distingue

Source BIU Cujas

selon qu'il y a eu mauvaise foi de l'assuré ou simple erreur de sa part. En cas de fraude, l'assurance est nulle, l'assureur seul peut se prévaloir de cette nullité et a droit alors à une indemnité d'un demi pour cent de la somme assurée, art. 357 et 358 dern. al. Dans le cas contraire, le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur réelle de la chose assurée et pour l'excédent il y a *ristourne* (nullité); elle peut être demandée par l'assuré comme par l'assureur, celui-ci reçoit la prime correspondante à la valeur du contrat qui subsiste et pour l'excédent une indemnité de demi pour cent, art. 358.

c. On ne peut pas faire assurer plusieurs fois la même chose contre les mêmes risques, de façon à ce qu'au total les assurances dépassent l'entière valeur des choses assurées. Il va de soi qu'au contraire, on peut contracter pour une même chose un nombre illimité d'assurances pour des risques différents. Ainsi un navire peut être assuré pour son entière valeur contre les risques de mer et et l'être encore valablement ensuite pour cette même valeur contre les risques de guerre.

Qu'arrive-t-il lorsque le montant des diverses assurances réunies excède la valeur de la chose assurée (on dit parfois dans ce cas qu'il y a double assurance)? Une distinction est encore faite ici selon qu'il y a eu ou non mauvaise foi de l'assuré. L'art. 359 prévoit le cas où il n'y a pas mauvaise foi. Alors si la première assurance en date couvre l'entière valeur de la chose assurée, il subsiste seul; les assureurs qui ont signé les contrats subséquents sont libérés et ne reçoivent que le demi pour cent de la somme assurée. Si l'entière valeur de la chose n'est pas assurée par le premier contrat, les assureurs qui ont signé les contrats subséquents, répondent de l'excédent, en suivant l'ordre des dates. Afin de faciliter l'application de l'art. 359, qui consacre la règle de l'ordre des dates, le Code (article 332) prescrit de dater les polices d'assurances et même d'indiquer si elles ont été souscrites avant ou après midi (1).

S'il y a fraude, toutes les assurances, même les premières en date peuvent être annulées sur la demande des assureurs.

d. L'assurance est nulle, en principe, quand la chose assurée

(1) V., sur les exceptions à apporter à la règle de l'ordre des dates, *Précis de Droit commercial*, t. II, p. 314.

Source BIU Cujas

avait déjà péri ou, au contraire, était déjà arrivée à bon port lors de la conclusion du contrat d'assurance, art. 365 et 366 (1).

916. *De la chose assurée.* — Le second élément essentiel de toute assurance maritime est une chose assurée qui est exposée aux risques de mer dont l'assureur répond. Le Code de commerce (article 334) admettait bien en règle que l'assurance *peut avoir pour objet... toutes choses ou valeurs estimables à prix d'argent, sujettes aux risques de la navigation.* Mais à cette règle il apportait de nombreuses exceptions en énumérant, dans l'art. 347, certaines choses exposés aux risques de mer qui ne pouvaient point être assurées. Ces exceptions ont été supprimées par la loi du 12 août 1885. Voici à cet égard le changement général apporté à notre législation qui résulte de cette loi dont les dispositions modifient les art. 334 et 347, C. com.

Le Code de commerce ne s'était pas borné à prohiber toute assurance ayant pour résultat de faire réaliser un bénéfice à l'assuré, c'est-à-dire de le placer en cas de sinistre dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivée. Toutes les personnes ayant des interêts exposés aux risques de mer se proposent non seulement de ne pas éprouver de perte en retirant leurs choses intactes de l'expédition maritime, mais encore de réaliser un benéfice. En cas de sinistre ces personnes éprouvent une perte proprement dite (*damnum emergens*) et sont en même temps privées du bénéfice sur lequel elles comptaient (*lucrum cessans*). Le Code de commerce, comme l'ordonnance de 1681, avait consacré un système d'après lequel l'assurance maritime pouvait bien garantir contre les pertes mais non contre les privations de gain. En d'autres termes, l'assurance maritime, d'après le Code, pouvait bien placer en cas de sinistre l'assuré dans la situation pécuniaire où il se trouvait avant le départ, mais non dans celle où il aurait été en cas d'heureuse arrivée. La loi du 12 août 1885 a renversé ce système restrictif et permis les assurances grâce auxquelles l'assuré est, en cas de sinistre, mis dans la situation où il eut été après l'heureuse arrivée. Afin de déterminer quelles choses peuvent ou non être assurées et d'expli-

(1) V., sur la présomption des art. 365 et 366, C. com., *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2067.

Source BIU Cujas

quer les innovations de la loi du 12 août 1885, il sera parlé successivement des différentes personnes ayant des choses exposées aux risques maritimes et à propos de chacune d'elles l'on indiquera les choses qu'elle peut faire assurer.

917. *Assurances des propriétaires de navires.* — Le propriétaire d'un navire risque de perdre son bâtiment avec ses accessoires, ses *mises dehors*, c'est-à-dire toutes les dépenses nécessitées par l'expédition (achat de vivres, de munitions, loyers des gens de mer, etc.). En outre, il risque aussi d'être privé entièrement du bénéfice sur lequel il compte. Ce bénéfice consiste dans l'excédent du fret sur les dépenses de navigation et la somme représentée par l'usure du navire (*fret net*). En effet, en cas d'heureuse arrivée, le propriétaire d'un navire a un bâtiment que la navigation a usé dans une certaine mesure et qui a, par suite, diminué de valeur, puis il a supporté des dépenses ou mises dehors. Il compense l'usure du navire et ses dépenses avec une partie du fret : l'excédent (ou *fret net*) forme pour lui un bénéfice. En cas de perte du navire et des marchandises, il perd le navire, dans son état d'usure, avec ses accessoires et les mises dehors; il est, en outre, privé du fret net sur lequel il comptait à titre de gain. Un exemple rendra ces idées plus claires :

a. Un navire ayant au départ une valeur de 201,000 fr.

b. Des mises dehors s'élevant à 5,000 fr.

c. Un fret de 20,000 fr.

d. L'usure du navire équivalant à 1,000 fr.

Si le navire arrive à bon port quelle sera la situation du propriétaire ? Il aura conservé un navire dont la valeur est de 200,000 fr. Le fret de 20,000 fr. lui servira à compenser l'usure du navire et à payer les dépenses montant à 5,000 fr., de telle sorte que le fret net formant son gain sera de 14,000 fr. Mais, si le navire et les marchandises viennent à périr, le propriétaire perdra son bâtiment dans l'état où il serait arrivé à destination, soit 200,000 fr. ; il perdra, en outre, les 5,000 fr. de dépenses qui ne pourront pas être couvertes avec le fret par cela même que le fret n'est pas dû (art. 302) ; enfin il sera privé du bénéfice consistant dans le fret net de 14,000 fr.

Pour que le propriétaire soit couvert entièrement par l'assurance, il faut qu'il puisse faire assurer, outre le navire d'après sa valeur à

Source BIU Cujas

destination, et les mises dehors, le fret net. Le Code de commerce admettait bien l'assurance du navire d'après sa valeur au départ et celle des mises dehors mais non celle du fret à faire. Le propriétaire d'un navire ne pouvait donc pas se mettre à l'abri de la privation de gain résultant de ce qu'il ne touchait pas de fret. Dans l'espèce supposée, le propriétaire du bâtiment pouvait faire assurer le navire pour 201,000 fr., les mises dehors pour 5,000 fr., mais l'assurance du fret net (de 14,000 fr.), était défendue (1). La loi du 12 août 1885 permet au propriétaire d'un navire de faire assurer : 1° le navire d'après sa valeur à destination; 2° ses dépenses; 3° *le fret net*. Mais il faut toujours tenir compte du principe selon lequel l'assurance n'est qu'un contrat d'indemnité, en conséquence le propriétaire d'un navire ne pourrait pas faire assurer ses dépenses (5,000 fr.) et le fret brut (20,000 fr.). Avec de pareilles assurances il serait placé en cas de sinistre dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivée, puisqu'il recevrait de l'assureur le fret tout entier et ne supporterait pas sur ce fret les dépenses qu'il toucherait grâce à une assurance, de telle sorte que les dépenses se trouveraient deux fois assurées s'il était contrevenu à cette règle ; on dit alors qu'il y aurait des assurances *cumulatives*. L'assurance serait nulle en cas de fraude de l'assuré; elle serait réduite de la somme deux fois assurée s'il n'y avait pas fraude ou l'assurance la plus récente serait réduite s'il y avait deux ou plusieurs assurances successives, article 334, dern. al.

918. *Assurances en faveur des propriétaires de marchandises.* —Les chargeurs de marchandises ont ordinairement en vue un bénéfice; ils comptent que le prix de vente de ces marchandises au port de destination suffira non seulement à leur rembourser le coût de production ou le prix d'achat, mais encore les frais de transport et les dépenses accessoires (fret, droits de douane, droits d'octroi, etc...) (2), mais qu'encore il y aura un excédent qui formera leur bénéfice. Ce bénéfice n'est pas certain; car il peut se faire qu'au

(1) Cette prohibition était fondée sur des motifs inexacts et souvent tournée dans la pratique. V., sur ces points, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2072 à 2075.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2076 *bis* et 2077.

Source BIU Cujas

port de reste les marchandises se vendent pour un prix égal ou même inférieur aux sommes déboursées pour les acheter et les faire transporter, aussi dit-on qu'il y a *bénéfice espéré*. En cas de perte des marchandises, un chargeur perd tous ses déboursés (prix d'achat, fret non restituable, etc...) et de plus il est privé du bénéfice sur lequel il comptait. Le Code de commerce, comme l'Ordonnance de 1681, permettait l'assurance des divers déboursés faits par l'assuré, mais non celle du profit espéré. La prohibition de l'assurance du profit espéré a été supprimée par la loi du 12 août 1885 (C. com., art. 334) (1). Cette assurance se réalise aisément par cela même que les marchandises sont assurées d'après la valeur qu'elles auront au port de destination. Mais il va de soi que le propriétaire de marchandises ne pourrait pas à la fois les faire assurer d'après leur valeur au port de destination et faire assurer les dépenses afférentes au transport; il y aurait là un double emploi par cela même que ces dépenses se trouvent comprises dans le prix au port de desnation

919. *Prêteur à la grosse.* — Le prêt à la grosse est un contrat par lequel le prêteur convient avec l'emprunteur qu'en cas d'heureuse arrivée d'un navire ou d'une cargaison la somme prêtée sera remboursée avec un intérêt appelé *profit maritime* ou *prime de grosse*, mais qu'en cas de perte du navire ou de la cargaison il n'y aura pas lieu au remboursement même du capital prêté. Il résulte de là que le prêteur à la grosse est exposé en cas de sinistre à perdre le capital prêté et à ne pas réaliser le bénéfice consistant dans le profit maritime qu'il fait en cas d'heureuse arrivée. Le Code de commerce permettait bien au prêteur à la grosse de faire assurer le capital prêté, mais prohibait l'assurance du profit maritime (2). L'art. 334, modifié par la loi du 12 août 1885, autorise cette dernière assurance.

920. *Emprunteurs à la grosse.* — Il va de soi que l'emprunteur à la grosse ne peut pas faire assurer la somme empruntée par lui. Cette prohibition a été maintenue avec raison par la loi du 12 août 1885 dans l'art. 347; elle est conforme aux principes généraux.

(1) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2076 *bis* et 2077.
(2) V. *id.*, t. II, nos 2080 et 2081.

Source BIU Cujas

Par cela même qu'en cas de sinistre l'emprunteur à la grosse n'a rien à rembourser au prêteur, il ne subit pas de préjudice et s'il faisait assurer le capital emprunté, il réaliserait un gain qu'il n'aurait pas fait en cas d'heureuse arrivée.

921. *Gens de mer.* — Les gens de mer étaient exposés à perdre complétement leurs loyers en cas de perte ou de prise (anc. art. 258 et n° 844). Le Code leur défendait de les faire assurer. La loi de 1885 admet, comme cela a été expliqué, qu'en cas de perte ou de prise du navire et des marchandises, les loyers sont dus aux gens de mer engagés à salaires fixes jusqu'au jour du sinistre et qu'ils ne sont privés de leurs loyers pour le temps antérieur qu'autant qu'il y a eu faute de leur part ou qu'ils n'ont pas fait tout ce qui était en eux pour sauver le navire, les passagers, les marchandises ou pour recueillir les débris. La loi de 1885 (art. 334 nouv.) permet l'assurance des loyers des gens de mer. Cette assurance ne peut pas certainement s'appliquer aux loyers postérieurs au sinistre; autrement les gens de mer toucheraient une somme pour des services non rendus et ne seraient pas punis de leur faute. Elle peut s'appliquer aux loyers antérieurs au sinistre et elle est utile pour le cas où l'armateur est insolvable. C'est plutôt une assurance de solvabilité qu'une assurance maritime proprement dite. — L'assurance des loyers est aussi utile aux gens de mer engagés au profit ou au fret. Les accidents de mer peuvent réduire ou anéantir le profit ou le fret et, par suite, les prive de leurs loyers; l'assurance les garantit contre ce préjudice.

922. *Assurés.* — L'assuré, comme tel, indépendamment de sa qualité d'armateur, de chargeur, de prêteur à la grosse, etc..., est exposé, par suite même de l'assurance qu'il a contractée, à subir une perte. En quoi cette perte consiste-t-elle ? L'assuré touche en cas de sinistre une indemnité; mais comme il paie une prime à l'assureur, le préjudice que l'assuré éprouve n'est pas réparé jusqu'à concurrer du montant de cette prime. S'il y a heureuse arrivée, l'assuré recouvre cette prime sur les gains qu'il réalise (fret ou bénéfice espéré, etc...). On peut dire, par suite, que la prime est exposée aux risques de la navigation. Ainsi, en supposant qu'une assurance soit faite pour 10,000 fr. moyennant une prime de 10 p. 100, en cas de sinistre, l'assuré ayant à payer une prime de 1,000 fr. ne tou-

Source BIU Cujas

chera que 9,000 fr. et, par suite, supportera le dommage jusqu'à concurrence de ces 1,000 fr. L'assuré peut contracter une assurance qui le garantisse contre ce préjudice, c'est là ce que l'on appelle l'assurance de la prime ou du coût de l'assurance (art. 342, alin. 2). L'assuré peut faire assurer la prime par un autre assureur que celui du navire ou des marchandises et en multipliant les assurances des primes, il parvient à rendre la perte qu'il éprouve insignifiante. Ainsi celui qui a fait assurer des marchandises pour 10,000 fr. à raison d'une prime de 1,000 fr., fera assurer cette prime moyennant 100 fr., la prime de 100 fr. pour une prime de 10 fr., celle de 10 fr. pour 1 franc et en payant 111 fr. de primes, l'assuré réduira, en cas de sinistre, sa perte à un franc. — Si l'assuré peut faire assurer sa prime par un tiers, rien n'empêche non plus qu'il ne la fasse assurer par l'assureur même auquel elle est due. Parfois un assureur assure lui-même la prime de son assurance, la prime accessoire et ainsi de suite à l'infini. On dit alors qu'il y a *assurance de la prime et de la prime des primes à l'infini.* Cette assurance équivaut à celle qui serait faite avec stipulation que la prime ne sera due qu'en cas d'heureuse arrivée.

923. *Assureurs. Réassurance.* — L'assureur court les risques auxquels sont exposées les choses de l'assuré, par cela même qu'il les a pris à sa charge. Aussi l'assureur peut-il à son tour contracter une assurance le garantissant contre ces risques? art. 342, al. 1. C'est là ce qu'on appelle une *réassurance.* Différentes causes rendent les réassurances assez fréquentes. D'abord les statuts de chaque compagnie d'assurances fixent un *plein,* c'est-à-dire une somme au delà de laquelle elle ne doit pas assurer sur un même risque (c'est-à-dire sur un même navire).

Parfois, quand on demande à une compagnie d'assurer au-delà de son plein, elle y consent pour ne pas manquer une opération fructueuse, mais en même temps, afin de se mettre en règle avec ses statuts, elle contracte une réassurance pour l'excédent de la somme assurée sur son plein. En outre, la compagnie qui a fait une assurance peut être déterminée à contracter une réassurance uniquement par crainte de la réalisation des risques. — La réassurance n'entraîne pas une novation en ce sens que le réassuré reste toujours

Source BIU Cujas

tenu comme assureur envers le premier assuré et que le réassureur n'est pas obligé directement à sa place envers celui-ci. Pour le premier assuré la réassurance est *res inter alios acta*.

924. *De la prime.* — La *prime* que l'assuré doit payer à l'assureur est le troisième élément essentiel au contrat d'assurance. Elle consiste ordinairement en une somme d'argent, mais elle peut consister en autre chose, par exemple en marchandises. Il y a aussi des cas où, sans qu'une prime soit expressément stipulée et payée, il y a un sacrifice fait par l'assuré pour rémunérer l'assureur. Ainsi parfois en affrétant un navire, l'affréteur consent à s'en rendre l'assureur (cela se présente souvent quand l'État affrète des navires pour le transport des troupes ou des munitions). Le fret est alors moins élevé qu'il ne le serait sans cette assurance. La réduction du fret est une prime implicite pour l'affréteur.

Les primes varient naturellement avec l'âge du navire, son mode de construction, la nature de la cargaison, la nature du voyage, etc... (1). Les cours des primes sont constatés officiellement par les courtiers d'assurances maritimes (n° 799).

925. Forme du contrat. Preuve. Police. — Comme pour tous les contrats maritimes, le Code (art. 332) admet pour l'assurance qu'elle doit être constatée par écrit. C'est cet écrit qu'on appelle *police*. — L'écrit (acte authentique ou sous-seing privé) est exigé pour la preuve et non pour la validité du contrat. Aussi pourrait-il y être suppléé par l'aveu ou par le serment, mais la preuve par témoins est exclue (2).

Les assurances maritimes sont très souvent conclues par l'intermédiaire d'un courtier d'assurances (n° 799). Alors les polices sont d'ordinaire rédigées dans une forme spéciale : le courtier délivre la police signée de lui et de l'assureur à l'assuré, sans que l'assuré ait à donner sa signature. Préalablement le courtier copie la police sur un registre spécial tenu par lui et dont il a le droit de délivrer des extraits. — Cette manière de procéder, d'après laquelle

(1) V., sur la manière dont les assureurs se renseignent à l'aide des registres de classification des navires, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2095.

(2) V., sur les nombreuses questions se rattachant à la nécessité d'un écrit en matière d'assurance, *Précis de Droit commercial*, t. II, n°s 2097 à 2099.

Source BIU Cujas

on se passe de la signature de l'assuré, paraît singulière. On est tenté d'objecter que tout acte doit être signé des parties qui s'obligent. Cependant cet usage est légal et s'explique par des considérations pratiques. L'art. 79, C. com., dit que les courtiers attestent la vérité des polices par leur signature; cela paraît impliquer que cette signature a une force particulière. Ce n'est pas tout, l'art. 332 exige la mention dans la police du nom de l'assuré et non celle du nom de l'assureur. Cette différence ne se concevrait pas si l'assuré devait signer la police comme l'assureur. Le Code va, du reste, plus loin en donnant aux extraits des livres des courtiers la même force qu'à la police même. V. art. 192-8°. Cet usage s'explique par le besoin de célérité. Souvent les courtiers font couvrir l'assurance par plusieurs assureurs. Sans cet usage il faudrait qu'à chaque adhésion d'un assureur nouveau l'assuré intervint pour signer, il y aurait là une cause d'une énorme perte de temps, d'autant plus que souvent l'assuré est éloigné. On peut dire, du reste, que le courtier a reçu de l'assuré mandat de traiter et de signer pour lui.

926. Il y a presque toujours des formules de polices imprimées, de telle sorte qu'on n'a à écrire que les dérogations apportées aux clauses usuelles.

Le Code (art. 332) indique les énonciations que les polices doivent contenir, en se référant aux deux sortes d'assurances les plus fréquentes, assurances sur corps et sur facultés. Ces énonciations se réfèrent aux parties, à la chose assurée, aux risques, à la durée de l'assurance et à divers autres objets. Il est utile de donner quelques éclaircissements sur les principales énonciations.

Date de l'assurance. — La date est requise, que la police soit authentique ou sous-seing privé. Elle comprend une mention indiquant si la police est souscrite avant ou après-midi. Cette indication est utile notamment pour l'application de la règle de l'ordre des dates (n° 960).

Noms des parties. — La police est toujours signée au moins par l'assureur (n° 925) et contient les noms et domicile de l'assuré. Elle indique si l'assuré agit pour son compte ou en qualité de commissionnaire. Il importe à l'assureur de savoir si celui qui joue le rôle d'assuré a ou non un intérêt en risque. Il y a là une règle spéciale; car

Source BIU Cujas

d'ordinaire un commissionnaire n'a pas besoin d'indiquer qu'il agit pour le compte d'autrui. Cependant, dans la pratique, la loi n'est pas observée sur ce point. Dans les polices d'assurances sur facultés il est souvent dit que l'assurance est faite *pour le compte des intéressés* ou *pour le compte de qui il appartiendra*. Grâce à ces formules, en cas de sinistre, l'assurance peut selon les circonstances être invoquée ou par celui qui l'a contractée ou par un tiers auquel appartiennent les marchandises.

Énonciations relatives à la chose assurée. Assurances in quovis. Polices d'abonnement. — Quand il s'agit d'une assurance sur corps la police indique le nom et l'espèce à laquelle le navire appartient, parfois aussi sa nationalité. Dans les assurances sur facultés, les énonciations relatives aux marchandises varient beaucoup. Parfois on désigne la quantité et la nature des marchandises, leurs marques, le nom du navire qui doit les transporter. Mais dans d'autres cas, on ne désigne pas le navire; l'assurance est dite alors *assurance in quovis* ou *sur navire indéterminé* (art. 355). Cette assurance est utile, notamment, à celui qui ignore le nom du navire sur lequel seront chargées des marchandises qui doivent lui être adressées par mer. Il arrive même que la nature des marchandises n'est pas indiquée (art. 337) (1). Parfois les assurances *in quovis* ont un caractère de généralité très grande: une personne fait assurer toutes les marchandises qu'elle expédiera ou qu'elle recevra, sur quelque navire qu'elles soient chargées, pourvu que le transport soit opéré dans tant de mois ou dans une année.

Quelquefois on prend soin d'indiquer le nom du *capitaine*. Il peut être, du reste, changé, en principe, sans que l'assureur puisse prétendre que les conditions de l'assurance sont changées. Pour éviter toute difficulté à cet égard, on ajoute au nom du capitaine les mots: *ou tout autre pour lui*.

Évaluation de la chose assurée. — Cette évaluation n'est pas nécessaire, mais elle a une certaine utilité. Lorsqu'elle n'est pas faite dans la police, l'assuré qui réclame, en cas de sinistre, une indemnité, doit prouver, s'il y a contestation, la valeur de la chose assurée. L'évaluation contenue dans la police est réputée exacte, de

(1) V. *Précis de Droit commercial*, nos 2110 à 2112.

Source BIU Cujas

telle sorte que c'est à l'assureur, s'il la prétend exagérée, à le prouver. Il peut toujours le faire; car une assurance faite pour une somme excédant la valeur de la chose assurée serait pour l'excédent, une gageure (n° 961).

Somme assurée. — Cette somme, qui est le maximum de ce que peut devoir l'assureur à l'assuré, est, selon le cas, égale ou inférieure à la valeur de la chose assurée.

Temps et lieu des risques. — Il importe que la police indique le temps et les lieux où les risques doivent se réaliser pour que l'assureur en réponde. D'après l'art. 332, on doit exprimer: *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; le temps où les risques doivent commencer et finir.* On distingue principalement *l'assurance au voyage* et *l'assurance à temps* (1). L'assurance est au voyage, quand, d'après la police, elle s'applique à un voyage déterminé sans fixation de durée. Elle est à temps, lorsque, sans se référer à un voyage précis, la police indique le nombre de jours ou de mois pendant lesquels les risques seront supportés par l'assureur (art. 363). Dans les assurances à temps, le point de départ des risques (date et heure) est ordinairement indiqué dans la police. Dans les assurances au voyage, le Code (art. 341 et 328) indique le moment où les risques commencent et celui où ils finissent pour l'assureur. Les polices dérogent généralement aux règles posées sur ce point par la loi.

Prime. — La prime est ordinairement de tant pour cent de la somme assurée. Selon la volonté des parties, il peut y avoir deux primes distinctes, l'une pour l'aller, l'autre pour le retour ou une prime unique pour l'un et pour l'autre, c'est là ce qu'on appelle la *prime liée.*

Clause compromissoire. — La convention de s'en remettre à des arbitres pour des contestations à naître, qui est nulle dans les autres contrats (n° 355), est admise exceptionnellement dans les assurances maritimes (art. 332).

Polices à ordre et au porteur. — Parfois le navire et surtout les

(1) V. *Précis de Droit commercial,* n°s 2118 à 2122.

Source BIU Cujas

marchandises ne continuent pas à appartenir à celui qui les a fait assurer pour son compte pendant toute la durée de l'assurance. Il est, par suite, très utile que la police puisse se transmettre aux propriétaires successifs. En règle générale, en cas de transmission, il y a lieu de remplir les formalités de l'art. 1690, C. civ. Mais le plus souvent les polices étant à ordre ou au porteur, se transmettent par endossement ou par simple tradition.

Section II. — Obligations de l'assureur.

927. L'assureur est tenu d'indemniser l'assuré des avaries causées par des risques de mer et, conformément, aux définitions données plus haut (n° 884), on comprend sous le nom d'avaries des dommages matériels, ou des dépenses extraordinaires, que ce soient des avaries particulières ou des avaries communes. Mais tout dommage matériel, toute dépense extraordinaire n'est pas supporté par l'assureur; il y a lieu de considérer le risque qui en a été la cause. On peut distinguer trois classes de risques : 1° ceux qui sont à la charge de l'assureur, sauf convention contraire; 2° ceux qu'il ne supporte qu'en vertu d'une convention spéciale; 3° ceux qui sont exclus de l'assurance malgré la convention contraire.

928. L'art. 350 énumère les risques dont l'assureur répond sauf stipulation contraire, *la tempête, le naufrage, l'abordage fortuit, les changements forcés de route, de voyage ou de vaisseau, le jet, le feu.* L'art. 350 se termine, du reste, par une formule générale indiquant que l'assureur répond des dommages causés *par toutes les fortunes de mer.* On entend par là les accidents qui arrivent sur mer, qu'ils soient produits par l'action des éléments ou par le fait de l'homme (1). L'art. 350 met sur la même ligne que les risques maritimes proprement dits les risques de guerre, tels que la prise. Mais, en fait, les polices excluent d'ordinaire les risques de guerre (2).

928 *bis*. D'après l'art. 353, l'assureur n'est pas tenu des fautes du capitaine ou de l'équipage connues sous le nom de baraterie de pa-

(1) V., pour plus de détails, *Précis de Droit commerciat*, t. II, nos 2131 à 2135, 2148 à 2150.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, nos 2136 à 2138.

Source BIU Cujas

tron, *à moins de convention contraire*. Cette convention est de style dans les polices, qui se bornent, en général, à exclure certaines fautes de la responsabilité de l'assureur. Cet usage constant se comprend. Les événements maritimes présentent très souvent un mélange de l'action des éléments et de celle de l'homme. Aussi la nécessité de distinguer entre les dommages provenant de l'une ou de l'autre de ces causes, serait une source de procès.

Le Code (art. 352) déclare aussi que *les déchets, diminutions et pertes qui arrivent par le vice propre de la chose... ne sont point à la charge des assureurs*. On appelle *vice propre* un principe inhérent à la chose elle-même qui, indépendamment des accidents de mer, produit la détérioration ou la destruction plus ou moins rapide de cette chose (coulage des liquides, combustion spontanée des charbons, etc..., vice de construction du navire, etc...). Il n'y a pas là, en réalité, un risque de mer. Mais rien n'empêche les parties de convenir que l'assureur répondra des dommages provenant du vice propre, pourvu du moins que le vice propre ne se rattache pas à une faute de l'assuré; car l'assureur ne peut pas se rendre garant des fautes de l'assuré (n° 929).

929. *Risques qui ne peuvent être mis à la charge de l'assuré.* — La loi n'admet pas que l'assureur puisse prendre à sa charge les risques provenant des fautes de l'assuré (art. 351 et 352). Le législateur a pensé que, dans l'intérêt de la sécurité de la navigation, il importait de ne pas enlever tout intérêt aux propriétaires de navires ou de marchandises à être diligents et soigneux.

930. *Temps et lieu des risques.* — Pour que l'assureur soit tenu envers l'assuré, il ne suffit pas que des risques de la nature de ceux dont l'assureur répond se soient produits, il faut encore qu'ils se soient réalisés dans le temps et dans les lieux auxquels s'applique la police. A cet ordre d'idée se rattachent les effets du changement de voyage ou du changement de route.

Si le navire n'entreprend pas le voyage assuré, l'assurance est ristournée. L'assureur n'a donc pas droit à la prime, il reçoit seulement à titre d'indemnité demi pour cent de la somme assurée (art. 349). On dit alors qu'il y a *rupture de voyage avant le départ*. Les mêmes effets se produisent, que la rupture du voyage soit volontaire

Source BIU Cujas

ou forcée (par exemple en cas de blocus du port de destination). Mais des règles différentes régissant le cas où le changement de voyage est postérieur au départ du navire. Il faut alors distinguer selon que ce changement provient de la volonté du capitaine ou a été nécessité par un risque de mer dont l'assureur répond (art. 350 et 351). Le changement volontaire de voyage résilie l'assurance ; les risques se réalisant après ne sont pas à la charge de l'assureur, mais, comme les risques ont commencé à courir pour lui, il a droit à la prime entière. Au contraire, le contrat subsiste pour l'avenir en cas de changement forcé de voyage. On doit, du reste, assimiler au changement forcé de voyage le changement volontaire, quand l'assureur a garanti la baraterie du patron (1).

Le changement de route a les mêmes effets que le changement de voyage, art. 350 et 351.

931. *Délaissement et action d'avaries. Généralités.* — Quand une fortune de mer, dont l'assureur est garant envers l'assuré, se produit dans le temps et dans le lieu des risques, la seule obligation dont l'assureur est nécessairement tenu, est celle de payer à l'assuré une indemnité proportionnée au dommage souffert. Dans les assurances non maritimes l'assuré ne peut jamais que réclamer cette indemnité. Mais, en matière d'assurances maritimes, l'assuré a dans des cas exceptionnels un autre droit, il peut faire le *délaissement*. A la rigueur l'assuré ne devrait pouvoir réclamer à l'assureur la somme assurée entière que dans le cas où la chose assurée a péri entièrement et où la preuve de cette perte est faite. Mais parfois, sans qu'il y ait perte totale, la chose est tellement détériorée que l'assuré ne peut plus en faire l'usage auquel elle est destinée, de telle sorte que c'est pour lui comme s'il y avait perte totale ; parfois aussi, bien que la perte totale ne puisse pas être prouvée, elle est presque certaine par suite du long temps écoulé sans qu'on ait eu des nouvelles des navires et de sa cargaison. Aussi, dans certains cas exceptionnels, pour ne pas retarder trop le paiement de l'indemnité et éviter les complications auxquelles donne parfois lieu le calcul d'une indemnité exactement proportionnée au dommage, il est admis que l'assuré peut, en abandonnant à l'assureur tout ce qui peut

(1) V., pour les difficultés, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2153 à 2154.

Source BIU Cujas

rester de la chose assurée, obtenir la somme assurée entière. C'est là ce qu'on appelle le *délaissement*. Les accidents de mer graves à l'occasion desquels il est possible sont connus sous le non collectif de *sinistres majeurs*. On dit parfois que l'assuré a deux actions contre l'assureur : *l'action d'avarie*, par laquelle, en conservant ce qui subsiste de la chose assurée, il obtient une indemnité proportionnée au préjudice souffert et *l'action en délaissement* par laquelle il obtient l'intégralité de la somme assurée, comme s'il y avait perte totale prouvée en abandonnant à l'assureur ce qui peut subsister de la chose assurée. En dehors des cas de sinistres majeurs l'assuré a seulement l'action d'avarie. En outre, même quand un sinistre majeur s'est produit, l'assuré n'est pas obligé de délaisser; il peut, s'il le préfère, régler par avaries. — Il doit être traité successivement du délaissement et du règlement par avaries. Il y aura lieu ensuite de les comparer et de montrer l'intérêt que peut avoir l'assuré, selon les circonstances, à opter pour l'un ou pour l'autre de ces partis.

932. Du délaissement. — Le délaissement donne à examiner les questions suivantes : 1° dans quels cas le délaissement est-il possible? 2° que doit-il comprendre? 3° dans quelles formes et dans quels délais doit il être fait? 4° Quels en sont les effets?

933. *Cas de délaissement ou sinistres majeurs.* — Le Code (art. 369 et 375) énumère les cas de délaissement qui sont au nombre de sept. Mais cette énumération n'est pas impérative et les polices y dérogent d'autant plus souvent que les dispositions du Code sont parfois obscures ou peu rationnelles (1).

D'après les art. 369 à 375, le délaissement des objets assurés peut avoir lieu en cas : 1° de prise; 2° de naufrage; 3° d'échouement avec bris; 4° d'innavigabilité par fortune de mer; 5° de perte ou de détérioration des effets assurés, si la détérioration ou la perte va au moins aux trois quarts; 6° de défaut de nouvelles; 7° d'arrêt d'une puissance étrangère ou du gouvernement français. Il est utile de donner quelques indications sur chacun de ces cas.

Prise. — Par suite de la capture, l'assuré se trouve dépossédé comme s'il y avait destruction de la chose assurée. Ce cas de délais-

(1) V., sur les clauses des polices françaises relatives aux cas de délaissement, *Précis*, etc..., t. II, n° 2182.

Source BIU Cujas

sement n'est pas admis lorsque (ce qui est le cas ordinaire) les risques de guerre sont exclus par la police, à moins que la prise ait été faite par des pirates et non par des ennemis.

Naufrage. — Le législateur a sans doute voulu désigner par là la submersion complète du navire, de façon à ce qu'il s'abîme entièrement ou que de simples débris surnagent.

Echouement avec bris. — L'échouement est l'action d'un navire qui touche un bas-fonds, un rocher, un écueil, le rivage et s'arrête faute d'eau suffisante pour être retenu à flot. Afin que l'échouement ne soit pas admis comme cause de délaissement, alors même que l'on parvient à relever le navire et à le faire naviguer, l'art. 369 exige qu'il y ait bris, ce qui signifie qu'il faut que, par suite du bris d'une partie essentielle, le navire soit mis hors d'état de naviguer.

Innavigabilité par fortune de mer. — L'innavigabilité s'entend de façon différente pour le navire et pour les marchandises.

L'innavigabilité d'un navire consiste dans un état tel qu'il ne peut plus tenir la mer. Comme l'assureur ne répond pas du vice propre cet état doit provenir d'un accident de mer pour qu'il en réponde. On a toujours distingué l'innavigabilité *absolue* et l'innavigabilité *relative*. La première existe quand le navire est tellement brisé ou disloqué qu'il est impossible de le réparer et de le faire ensuite naviguer avec sécurité. L'innavigabilité relative se présente quand le navire est réparable, mais que l'impossibilité de le réparer provient de circonstances extrinsèques, tels que le défaut de fonds et de crédit pour payer les ouvriers, le défaut de moyens matériels pour opérer les réparations. Souvent, pour éviter les difficultés, les capitaines font déclarer le navire innavigable par le consul ou par l'autorité étrangère. On dit alors que le navire est condamné.

L'innavigabilité du navire n'autorise pas par elle-même le délaissement des marchandises. Il importe peu aux propriétaires des marchandises que le navire soit innavigable si celles-ci parviennent à destination. Si l'on parvient à louer un autre navire, les marchandises ne peuvent être délaissées (art. 390 à 392). A leur égard il n'y a pas innavigabilité et, par suite, le délaissement n'est possible que si l'on n'a pas pu louer un navire pour les transporter à destination (art. 391).

Source BIU Cujas

Faut-il faire une distinction analogue entre le navire et les marchandises, au point de vue du délaissement, quand il y a naufrage ou échouement avec bris ? La loi ne fait pas expressément cette distinction comme pour le cas d'innavigabilité. Aussi beaucoup d'auteurs et d'arrêts ont admis que le délaissement est possible même pour les marchandises par cela seul qu'il y a naufrage ou échouement avec bris du navire, bien que l'on parvienne à amener à destination les marchandises sur un autre bâtiment. Cette solution est exorbitante, elle est en contradiction sinon avec le texte de la loi, du moins avec son esprit qui paraît être de n'admettre le délaissement que lorsqu'il y a dépossession de la chose assurée ou l'équivalent d'une dépossession. Les polices d'assurances sur facultés ont le soin d'écarter cette opinion.

Perte ou détérioration des trois quarts. — La gravité de la perte ou de la détérioration justifie l'admission du délaissement. Il y a perte quand il y a diminution ou destruction matérielle de la chose assurée et détérioration, quand la chose assurée n'est pas diminuée mais que par suite d'avaries sa valeur est réduite. Ce cas de sinistre majeur n'a d'importance réelle que dans les assurances sur facultés, car pour le navire il se confond ordinairement avec l'innavigabilité. La question capitale à résoudre est celle de savoir comment on s'y prend pour déterminer si la perte ou la détérioration atteint les trois quarts. V., sur ce point, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2168 à 2172.

Défaut de nouvelles. — Souvent les navires et les cargaisons se perdent au milieu des mers sans qu'on ait une preuve certaine de leur perte. A la rigueur, l'assuré ne pourrait pas, par cela même qu'il n'y a pas de preuve, réclamer une indemnité. Cependant quand un certain temps s'est écoulé sans qu'on ait reçu de nouvelles, la loi présume la perte et admet l'assuré à demander une indemnité entière comme si la perte était prouvée. Le délai durant lequel il ne doit pas y avoir eu de nouvelles varie selon que le voyage du navire était un voyage au long cours ou un voyage au cabotage : il est d'un an dans le premier cas et de six mois dans le second (art. 375).

C'est à ce propos que le Code de commerce (art. 377) détermine

Source BIU Cujas

quels voyages sont réputés au long cours, quels autres sont considérés comme voyages au cabotage. En général, les polices abrègent les délais fixés par la loi qui, quoique modifiés en 1854, sont encore trop longs dans l'état actuel des communications.

Arrêt de puissance. — On donne ce nom à l'obstacle qu'un gouvernement apporte à la sortie d'un navire, par exemple, pour empêcher la divulgation de certains faits, pour procéder à des mesures d'instruction à raison d'un crime, pour venir à bout de la résistance de l'État dont le navire porte le pavillon (on dit spécialement dans le dernier cas, qu'il y a *embargo*). L'arrêt de puissance ne dépossède pas le propriétaire assuré, mais si la mesure se prolonge, elle équivaut à une dépossession. Le Code (art. 374 et 387) indique quelle doit être la durée de l'arrêt de puissance pour qu'il constitue un sinistre majeur.

934. *Ce que le délaissement doit comprendre.* — Le délaissement doit comprendre l'objet assuré en entier. Le délaissement est indivisible, en ce sens que l'assuré ne peut pas délaisser une partie de la chose assurée et exercer l'action d'avarie pour le restant (art. 372).

Avant la loi du 12 août 1885, en matière d'assurance sur corps, le délaissement devait comprendre, en vertu de l'art. 386, outre le navire assuré, le fret de marchandises sauvées auquel le propriétaire du navire avait droit. Cette disposition s'expliquait surtout par cette considération que, d'après le système d'assurance maritime admis, l'assuré ne pouvait pas être placé en cas de sinistre dans la situation où il aurait été en cas d'heureuse arrivée. Cette règle restrictive ayant été écartée avec raison par la loi de 1885, elle a dû supprimer la nécessité du délaissement du fret en abrogeant l'art. 386, C. com. Du reste, l'obligation de délaisser le fret à l'assureur sur corps n'était pas conciliable avec la faculté accordée par la loi nouvelle à l'armateur de faire assurer le fret. Il va de soi qu'en cas de sinistre majeur, quand il y a à la fois assurance du navire et assurance du fret, c'est à l'assureur du fret que celui-ci doit revenir (1).

935. Le délaissement doit être pur et simple (art. 372); l'assureur aurait donc le droit de refuser un délaissement subordonné par

(1) L'art. 386 donnait lieu à de nombreuses difficultés. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2186 à 2195.

Source BIU Cujas

l'assuré à une condition, par exemple, en cas de défaut de nouvelles, le délaissement fait sous la condition que l'assureur restituera le navire, si l'on reçoit encore des nouvelles dans un certain délai.

Le délaissement devient irrévocable du jour où il a été, soit accepté par l'assureur, soit déclaré valable par jugement. A partir de ce moment, les événements postérieurs (remise à flot du navire échoué, retour du navire délaissé pour défaut de nouvelles, etc...) ne permettent pas de faire considérer le délaissement comme non avenu (art. 385) (1).

936. *Effets du délaissement.* — L'assureur acquiert les droits de l'assuré sur la chose assurée. On peut ainsi considérer le délaissesement comme un mode d'acquisition de la propriété. Il a toujours été admis que l'assureur acquiert en même temps que la chose assurée, les droits de l'assuré contre les tiers qui ont, par leur faute, causé le sinistre donnant lieu au délaissement (2).

La transmission des droits de l'assuré à l'assureur remonte dans ses effets au jour où s'est produit le sinistre. Cette rétroactivité a plusieurs conséquences pratiques. Il en résulte notamment : 1° que le capitaine étant considéré comme le préposé de l'assureur à partir du jour du sinistre, l'assureur est à partir de ce moment responsable des fautes du capitaine, quand même l'assurance ne comprendrait pas la baraterie de patron; 2° si des objets sauvés sont vendus, l'assureur est créancier de l'acheteur et non de l'assuré qui est étranger a la vente.

Le délaissement ne confère pas seulement des droits à l'assureur il met aussi à sa charge l'obligation de payer la somme assurée entière.

937. DÉLAIS DANS LESQUELS DOIT ÊTRE FAIT LE DÉLAISSEMENT. — A raison du caractère exceptionnel du délaissement, la loi veut qu'il soit fait promptement à peine de déchéance. Les actions qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent en principe par un délai de 5 ans à partir du jour du contrat, art. 432. L'action en délaissement est éteinte après un délai de 6 mois, d'un an ou de 18 mois, à partir

(1) V., sur les restrictions à apporter au principe de l'indivisibilité du délaissement, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2198 et 2203.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2199.

Source BIU Cujas

du jour où la nouvelle du sinistre a été signifiée à l'assureur. (V. article 373 et pour les détails, *Précis de droit commercial*, t. II, n° 2204).

938. Formes du délaissement. Obligations de l'assuré. — L'assuré qui veut délaisser est tenu de diverses obligations. Il doit avant tout signifier à l'assureur l'avis des accidents qu'il a reçu dans les trois jours de la réception de cet avis (art. 374) (1). Il faut que l'assureur soit mis à même d'atténuer les conséquences du sinistre, notamment par un sauvetage (art. 374, 387, 390) (2). Par l'acte même où il signifie cet avis, l'assuré peut faire le délaissement et sommer l'assureur de lui payer la somme assurée ; il peut aussi se borner à notifier l'avis du sinistre et faire ensuite le délaissement, art. 378. Afin de garantir l'observation des dispositions défendant les assurances cumulatives, le Code (art. 379) oblige l'assuré à déclarer toutes les assurances qu'il a faites ou fait faire (3).

939. *Preuve à faire par l'assuré.* — Pour obtenir le paiement de l'indemnité, l'assuré doit faire différentes preuves qui sont, du reste, les mêmes en cas de délaissement et en cas d'exercice de l'action d'avarie. Il doit prouver :

1° *La mise en risque*, c'est-à-dire faire la preuve que la chose assurée a été réellement exposée aux risques de mer, (que le navire est parti ou que les marchandises ont été chargées sur le bâtiment). Cette preuve s'appelle, dans les assurances sur facultés, *preuve du chargé*. Elle se fait le plus souvent par le connaissement (art. 383), sans du reste qu'il soit défendu de faire la preuve par tous autres moyens (n° 869).

2° *La fortune de mer*, c'est-à-dire l'accident à raison duquel l'assuré éprouve un dommage que l'assureur doit réparer.

3° *L'intérêt*. Comme l'assurance ne doit pas être une gageure, il faut que l'assuré, pour obtenir une indemnité, prouve qu'il avait intérêt à la conservation des choses assurées (4).

4° *La valeur de la chose assurée*. — Cette preuve n'est exigée que lorsque la police ne contient pas une évaluation de la chose as-

(1) Cette obligation existe enfin pour l'assuré au cas de règlement par avaries.
(2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2205.
(3) V. *id.*, t. II, n° 2207 *bis*.
(4) V. *id.*, t. II, n° 2211.

Source BIU Cujas

surée. L'évaluation est présumée exacte jusqu'à preuve contraire, c'est à l'assureur à en prouver l'exagération (1).

940. *Du règlement par avaries.* — Le délaissement est un parti exceptionnel que peut prendre l'assuré. Ordinairement l'assuré doit conserver ce qui reste du navire ou des marchandises et a seulement droit à une indemnité proportionnée au dommage. On dit alors que l'assuré exerce *l'action d'avarie* ou qu'il *fait un règlement par avaries.* Cette action seule peut être exercée quand il s'est produit un accident ne constituant pas un sinistre majeur. En outre, lors même qu'il y a sinistre majeur, l'assuré peut opter pour cette action et il n'a même plus que ce parti à prendre quand il a laissé expirer sans agir les délais très courts accordés pour opérer le délaissement.

Le point important, en cas de règlement par avaries, est de fixer le montant de l'indemnité. En cas de délaissement, la somme assurée entière est due par l'assureur; mais il n'en est pas de même au cas de règlement par avaries. Comment déterminer la somme due ? La question ne se résout pas toujours aisément. Il faut distinguer les avaries particulières et les avaries communes, puis à propos des unes et des autres examiner la question séparément pour les assurances sur corps et pour les assurances sur facultés.

941. *Avaries particulières.* — Quand un navire assuré subit des avaries particulières autres que des avaries-frais, il se peut ou que le propriétaire les fasse réparer ou qu'il vende le navire parce qu'il estime que les réparations sont trop onéreuses.

Quand on répare le navire, l'assureur doit rembourser à l'assuré les dépenses dans la limite de la somme assurée. Mais, en principe, le remboursement n'est pas intégral. Autrement l'assuré réaliserait un bénéfice provenant de ce que, grâce aux réparations, le navire serait muni de pièces neuves remplaçant les pièces déjà usées lors de l'accident. Aussi fait-on une *déduction pour différence du neuf au vieux* dont les polices fixent le quantum (2). Mais la déduction du neuf au vieux s'applique au montant net, non au montant brut des réparations, c'est-à-dire qu'on retranche préalablement des frais des réparations le prix de la vente du vieux cuivre et généralement les débris provenant du navire.

(1-2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2217.

Source BIU Cujas

Lorsqu'au contraire, les réparations n'étant pas faites, l'assuré vend son navire, l'indemnité doit consister non dans la somme qu'auraient coûtée les réparations, mais dans une somme égale à la différence entre le prix du navire avarié et la valeur du navire déterminée par la police. Il n'y a pas alors à faire une déduction pour différence du neuf au vieux; car il n'y a pas de plus-value résultant des réparations par cela même que le navire n'a pas été réparé. Mais il y a, du moins, lieu de déduire de la somme assurée les mises dehors faites par l'assuré si elles ont été l'objet d'une assurance. Le propriétaire du navire qui toucherait à la fois de l'assureur la différence entre le prix du navire avarié et sa valeur au départ et ses mises dehors, puis qui recevrait des affréteurs le fret brut, serait placé en cas de sinistre dans une situation meilleure qu'en cas d'heureuse arrivé. Car, au cas d'heureuse arrivée, le propriétaire d'un navire touche bien le fret brut, mais supporte sur ce fret toutes les dépenses de navigation.

Dans les assurances sur facultés, il faut avoir le soin de considérer si les marchandises ont été assurées d'après leur valeur au port de départ ou d'après la valeur qu'elles pourront avoir au port de destination. Les avaries peuvent consister dans une perte totale, dans une perte partielle des marchandises ou dans des détériorations qui en diminuent la valeur et non la quantité.

En cas de perte totale, l'assuré reçoit la totalité de la somme assurée. Si cette somme a été fixée d'après la valeur des marchandises au port de départ, l'assuré est privé du bénéfice espéré. En cas de perte partielle, l'assureur paie à l'assuré une portion de la somme assurée porportionnelle à la quantité des marchandises perdues, par exemple 5,000 fr. si sur cent pièces de vin assurées à raison de 100 fr. la pièce, cinquante ont péri.

Le règlement de l'indemnité est moins simple en cas d'avaries particulières consistant dans des détériorations. Quand l'assurance comprend le profit espéré, c'est-à-dire s'applique à la valeur des marchandises à destination, on fait *un règlement par différence*, c'est-à-dire qu'on compare au port même de destination le produit des marchandises avariées au produit qu'elles auraient donné, d'après les cours, à l'état sain. La différence entre ces deux produits

Source BIU Cujas

constitue l'indemnité à payer par l'assureur. Ainsi, des marchandises avariées se vendent 70,000 fr. au port de destination, on constate qu'elles se seraient vendues 100,000 fr. à l'état sain ; la différence, qui est de 30,000 fr., doit être payée par l'assureur.

Le règlement *par différence* n'était pas possible en France avant la loi du 12 août 1885, car il implique l'assurance du profit espéré. Il n'est pas applicable non plus aujourd'hui quand l'assurance porte sur la valeur des marchandises au départ. Il faut alors, comme on devait le faire nécessairement avant la loi nouvelle, faire ce qu'on appelle *un règlement par quotité*. Dans ce mode de règlement on commence par prendre la différence entre le produit des marchandises à l'état d'avarie au port de destination et leur produit à l'état sain dans le même port. Ce n'est pas à cette différence que l'indemnité d'assurance est égale. Cette différence sert seulement à déterminer la proportion entre l'indemnité à payer et la valeur des marchandises au départ (ou la somme assurée si la police la fixe). Ainsi supposons que la valeur des marchandises à l'état sain au port de destination ait été de 100,000 fr. et qu'elle soit de 50,000 fr. seulement à raison des avaries, puis que la somme assurée au départ soit de 25,000 fr. On dira que la différence résultant de la comparaison des deux produits au port de destination indique une détérioration équivalente à la moitié de la valeur des marchandises. Par suite, l'assureur devra payer à l'assuré la moitié de la somme assurée au départ, soit 12,500 fr. (1).

Les avaries particulières peuvent être des *avaries-frais*, soit pour le navire, soit pour les marchandises (frais faits pour entrer dans un port de relâche, frais de déchargement de colis à réparer, etc...). L'assureur n'a qu'à rembourser les sommes que l'assuré a eu à payer.

942. *Avaries communes* — L'assureur répond des avaries communes, soit que le sacrifice ait atteint les marchandises ou le bâtiment formant l'objet de l'assurance, soit que l'assuré ait subi un préjudice par l'obligation de contribuer dont il a été tenu. Le règlement

(1) Au règlement par quotité applicable en cas d'assurance faite d'après la valeur des marchandises au départ se rattache la question de savoir si le règlement se fait sur la valeur au brut ou sur la valeur au net. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2223.

Source BIU Cujas

d'avaries communes fait au port de destination est opposable aux assureurs, alors même qu'ils n'y sont pas intervenus, pourvu qu'il ait été fait au port de destination par des experts nommés par l'autorité compétente et homologué par elle (art. 414).

La perte subie par l'assuré, dont la chose a été sacrifiée, est réduite par les sommes que les autres intéressés ont à lui payer à titre de contribution. Est-ce à dire que l'assuré, dans sa réclamation contre l'assureur, doive déduire ces sommes? La question est douteuse. Il semble conforme au but de l'assurance de ne pas contraindre l'assuré à faire ces déductions. L'assureur est responsable de toute perte ou dommage qui arrive aux objets assurés par fortune de mer (art. 350). Cela n'implique-t-il pas qu'il y a perte dès que l'objet assuré se trouve atteint par un accident maritime, sans qu'il y ait à se préoccuper du droit que peut avoir l'assuré de se faire indemniser en tout ou en partie du préjudice qu'il éprouve. Du reste, l'assureur est subrogé aux droits de l'assuré à l'occasion du risque donnant lieu à l'action d'avarie et peut, par suite, réclamer de chaque intéressé sa part contributive, de telle sorte que la charge qu'il supporte se trouve, en définitive, diminuée d'une somme égale à celle qu'il reçoit des contribuables.

943. *Des franchises. Des règlements par séries.* — Les polices d'assurances contiennent d'ordinaire des clauses restreignant la responsabilité de l'assureur ou réduisant la somme qu'il pourra avoir à payer à titre d'indemnité. Ces clauses sont appelées des *franchises*. On distingue deux sortes principales *de franchises*. Par les unes, l'assureur n'a à payer une indemnité qu'autant que le dommage dépasse un tant pour cent de la somme assurée, par les autres il est dispensé de supporter certaines avaries.

L'art. 408, C. com., admet une franchise de la première espèce en disposant qu'il ne peut y avoir de réclamation qu'autant que le dommage excède un pour cent de la valeur de la chose assurée ou des marchandises et du navire en cas d'avarie commune. Le plus souvent les polices stipulent une franchise plus élevée. Les usages diffèrent pour les assurances sur facultés et pour les assurances sur corps.

Dans les assurances sur facultés, les franchises de tant pour cent

Source BIU Cujas

n'ont pas seulement pour but d'exclure les réclamations minimes, mais de tenir compte de l'influence sur les risques de la nature des marchandises. A côté des risques qui menacent également toutes les marchandises il y en a qui varient avec leur nature. Ainsi l'eau de mer qui s'introduit dans le navire, par suite d'un accident de mer, cause un plus grave dommage à un chargement de sucre ou de café qu'à un chargement de marbre. On aurait pu, en conséquence, faire varier les primes avec la nature des marchandises. Mais on a toujours procédé autrement dans les assurances maritimes : les primes sont fixées à un taux uniforme pour toutes les marchandises à raison des risques généraux, puis il est tenu compte des risques spéciaux par des franchises stipulées au profit de l'assureur.

Les franchises ont deux effets. Elles excluent d'abord l'action d'avarie lorsque le dommage n'atteint pas le taux fixé, puis elle ne permettent à l'assuré de réclamer que l'excédent du dommage sur le taux de la franchise quand ce taux est dépassé. Ainsi, en supposant des marchandises assurées pour 100,000 fr. avec une franchise de 10 p. 0/0, l'assuré n'a rien à réclamer à l'assureur si le dommage est de 10,000 fr. ou d'une somme inférieure; puis, si le dommage est de 15,000 fr., l'assureur n'a à payer que 5,000. fr.

Malgré les motifs qui les justifient, les franchises dans les assurances sur facultés auraient le grave inconvénient qu'en cas d'assurance importante, un découvert élevé pourrait rester à la charge de l'assuré, si l'on ne recourait aux *règlements par séries* ou *par capitaux distincts*. Ainsi, une franchise de 10 0/0 sur 200,000 fr. empêcherait toute réclamation pour un dommage n'excédant pas 20,000 fr. En outre, quand de plusieurs colis distincts assurés, un seul serait atteint, la franchise serait pourtant calculée au profit de l'assureur sur le capital assuré entier. Pour parer à ces inconvénients, on divise souvent les marchandises assurées par une seule police en plusieurs séries distinctes dont chacune forme un capital particulier. C'est sur ce capital que se fait le calcul de l'indemnité réclamée et c'est à lui aussi qu'est appliquée la franchise. Ainsi, supposons que 100 barriques d'eau-de-vie, chacune d'une égale valeur, soient assurées pour une somme de 40,000 fr. avec une franchise de 10 p. 0/0. Il faudra que le dommage excède 4,000 fr. pour

Source BIU Cujas

qu'une réclamation soit possible contre l'assureur. Mais on peut, dans la police, avoir divisé les barriques assurées, par exemple, en 4 séries. Chaque série représente alors une valeur de 10,000 fr. et, par cela seul que les barriques faisant partie d'une même série seront avariées pour plus de 1,000 fr., une réclamation sera possible.

Dans les assurances sur corps les franchises n'ayant pour but que d'éviter les petites réclamations, ont moins d'importance que dans les assurances sur facultés.

Les franchises ne sont pas ordinairement appliquées aux avaries-frais et elles sont écartées dans les cas où le délaissement a lieu.

Les franchises consistent parfois à exclure tout droit de réclamation dans certains cas prévus par la police. Tel est le but de la clause *franc d'avaries*. En vertu de cette clause, l'assuré ne peut agir contre l'assureur que dans les cas de sinistres majeurs, c'est-à-dire dans les cas où le délaissement est possible. Mais, d'après l'interprétation de cette clause donnée par le Code même (art. 409), lorsqu'un sinistre majeur s'est produit, l'assuré peut, à son gré, exercer l'action d'avarie ou faire le délaissement.

944. *Assurances partielles.* — La chose assurée ne l'est pas toujours pour sa valeur entière. Quand elle l'est seulement pour une partie de sa valeur, il y a sans doute lieu d'appliquer toutes les règles posées précédemment, mais il faut tenir compte de ce que l'assuré a conservé un découvert et est resté son propre assureur pour l'excédent de la valeur de la chose assurée sur la somme assurée. Dans tous les cas, quelque minime que puisse être le dommage, l'assuré le conserve à sa charge dans la mesure où il est demeuré son propre assureur. Ainsi, si un changement de 200,000 fr. est assuré pour la moitié de sa valeur ou 100,000 fr., en cas de perte de la moitié de la cargaison, l'assureur n'a à payer qu'une indemnité de 50,000 fr.

945. *Comparaison du délaissement et du règlement par avaries.* — Dans les cas de sinistres majeurs l'assuré a l'option entre ces deux partis. Selon les circonstances c'est l'un ou c'est l'autre qui est le plus avantageux pour lui. Des exemples le prouveront soit pour les assurances sur facultés soit pour les assurances sur corps.

Assurances sur facultés. 1er cas. — 100 tonneaux de vin ont été

Source BIU Cujas

assurés au départ pour 20,000 fr., 75 ont péri sur 100 et les 25 autres sont arrivés à l'état sain. Il y a perte des trois quarts. Si l'assuré délaisse, il touchera de l'assureur 20,000 fr. mais il ne pourra pas vendre les 25 tonneaux restants qui appartiendront à l'assureur et que celui-ci vendra à son profit, à la charge de payer le fret, les droits de douane et les frais de déchargement. Au contraire, si l'assuré exerce l'action d'avarie, il obtiendra de l'assureur 15,000 fr. et de plus il vendra les 25 tonneaux qui lui restent. S'il les vend 6,000 fr. et touche, déduction faite du fret, des droits de douane, etc.., 5,500 fr., il aura en tout 20,500 fr. Dans ce cas l'action d'avarie est plus avantageuse; seulement il y a à tenir compte des franchises qui en diminuent le bénéfice.

2e *cas.* — 100 tonneaux de vin sont assurés au départ pour leur valeur entière de 20,000 fr. Ils arrivent avariés et ne valent plus à destination que 5,000 fr. Il y a détérioration des trois quarts. Si l'assuré délaisse, il touchera 20,000 fr. et l'assureur qui vendra les tonneaux recevra 5,000 fr. moins les frais à en déduire. Si l'assuré opte pour l'action d'avarie, il recevra de l'assureur 15,000 fr. moins les franchises et recevra le prix de la vente des tonneaux soit 5,000 fr. avec déduction à faire des charges. Dans ce cas, le délaissement offre plus d'avantage que le règlement par avaries.

Assurance sur corps. — L'action d'avarie ou le délaissement présente plus d'avantage pour l'assuré suivant la valeur actuelle du navire ou selon le montant des réparations à faire.

Quand le navire a encore une valeur importante ou que les réparations n'atteignent qu'à peine les trois quarts de la somme assurée, l'assuré a intérêt à régler par avaries pour conserver le navire. Il y a lieu aussi de tenir compte de ce que les franchises ne s'appliquent pas en cas de délaissement (1).

946. *Formes de l'action d'avarie. Prescription. Fin de non-recevoir.* — Comme en cas de délaissement, l'assuré doit notifier à l'assureur les accidents dans les trois jours de l'avis qu'il en reçoit,

(1) Avant la loi du 12 août 1885 le délaissement devait comprendre, en vertu de l'art. 386, C. com., le fret des marchandises sauvées (n° 934). Pour ne pas délaisser le fret, l'assuré pouvait avoir intérêt à régler par avaries.

Source BIU Cujas

art. 374. Les preuves à faire par l'assuré sont aussi les mêmes qu'en cas de délaissement. V. nº 939.

L'assuré est subrogé légalement à l'assureur pour tous les droits nés de l'accident qui a été la cause des avaries. Ainsi, en cas d'abordage, l'assureur est subrogé aux droits de l'assuré contre le capitaine d'un autre navire qui a causé l'abordage par sa faute et contre le propriétaire de ce navire responsable en vertu de l'art. 216. La subrogation légale que la jurisprudence n'admet pas dans les assurances terrestres, a toujours été admise dans les assurances maritimes.

L'action d'avarie est soumise à la prescription de 5 ans, comme le sont, en principe, toutes les actions dérivant du contrat d'assurance (art. 432). Cette prescription court de la date du contrat, bien que l'indemnité d'assurance ne soit exigible qu'après qu'un sinistre s'est réalisé; il y a là une dérogation à l'art. 2257, C. civ.

L'action d'avarie peut aussi être paralysée par une fin de non-recevoir avant que la prescription de 5 ans soit accomplie. D'après les art. 435 et 436, C. com., toutes actions contre les assureurs, pour dommage arrivé à la marchandise, sont non-recevables, si elle a été reçue sans protestation. Il faut que cette protestation soit faite et signifiée dans les 24 heures et suivie d'une demande en justice dans le mois de sa date. Il n'y a point de fin de non-recevoir analogue en matière d'assurances sur corps.

Section III. — Des obligations de l'assuré. Du privilège attaché à la créance de la prime.

947. L'assuré est tenu : 1º de payer la prime; 2º de ne pas commettre de réticence et de ne pas faire de fausse déclaration dans la police (art. 348); 3º d'agir en cas d'accident comme si le dommage devait être pour son compte, c'est-à-dire de faire tout ce qui est en en lui pour éviter le dommage ou en restreindre l'importance (article 381).

947 *bis*. *Obligation de payer la prime. Privilège.* — Autrefois la prime se payait au moment de la signature de la police; c'est précisément de ce qu'elle se payait avant tout (*primo*) que lui vient son nom. Aujourd'hui l'assureur accorde un délai fixe à l'assuré pour la

Source BIU Cujas

payer et convient souvent avec lui que la prime se compensera, en cas de sinistre, jusqu'à due concurrence avec l'indemnité d'assurance. V. sur la prime, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2247 à 2253.

L'art. 191-10° déclare privilégié : *le montant des primes d'assurances faites sur le corps, quille, agrès, apparaux, et sur armement et équipement du navire dû pour le dernier voyage.* La prime est donc garantie par un privilège dans les assurances sur corps. Mais le privilège n'est attaché qu'à la prime due *pour le dernier voyage*. V. sur les difficultés qui s'élèvent sur le sens de cette expression, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2254 à 2256. Pour l'exercice de son privilège, l'assureur justifie du montant des primes par les polices ou par les extraits des livres des courtiers d'assurances (art. 192-8°) ou des notaires.

Aucune disposition légale n'accorde expressément un privilège à l'assureur sur facultés pour le paiement de la prime. On a parfois soutenu que, les privilèges étant de droit étroit, la prime ne peut être privilégiée dans les assurances sur facultés. Mais cela n'est pas admissible. Dans notre ancien Droit, le privilège de la prime était admis dans les deux grandes espèces d'assurances maritimes. Rien n'indique que le législateur moderne ait voulu innover à cet égard. On ne verrait, du reste, pas pourquoi l'assureur sur facultés serait moins favorisé par la loi que l'assureur sur corps.

948. *Obligations de déclarer tout ce qui concerne les risques. Réticence. Fausses déclarations.* — L'assuré est tenu de déclarer à l'assureur, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances de nature à faire bien connaître à celui-ci la chose assurée et à lui faire apprécier exactement les risques auxquels elle est exposée. En effet, l'assureur prend à sa charge des risques afférents à un navire ou à une cargaison que le plus souvent il n'a pas vu, à une expédition maritime qu'il n'a pas conçue. Il faut que l'assuré renseigne l'assureur pour que celui-ci se rende bien compte de la portée des obligations qu'il contracte. La loi se montre à cet égard particulièrement exigeante pour l'assuré. C'est ce qui fait encore dire parfois que l'assurance est un contrat de bonne foi, bien que, dans la législation moderne, il n'y ait plus de contrats de droit strict. Cette obli-

Source BIU Cujas

gation de l'assuré est sanctionnée par l'art. 348, C. com., d'après lequel *toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque ou en changeraient le sujet, annulent l'assurance.* Dans les cas visés par l'art. 348, ou il n'y a pas concours des volontés de l'assureur et de l'assuré, ou le consentement de l'assureur a été surpris par le dol de l'assuré ou est entaché d'erreur.

La fausse déclaration consiste dans la déclaration d'une circonstance contraire à la réalité, la réticence est le silence gardé par l'assuré. — L'art. 348 parle du *sujet du risque*, il entend par là la chose assurée elle-même. Il y a changement du sujet du risque lorsque, par suite d'une fausse déclaration ou d'une réticence de l'assuré, l'assureur a cru que la chose assurée était une chose autre que celle que l'assuré voulait faire garantir contre les risques de mer. Il y a *diminution de l'opinion du risque*, quand, par suite d'une de ces causes, l'assureur a cru les risques moindres qu'ils ne le sont en réalité.

L'art. 348 s'applique d'abord au cas où il y a eu mauvaise foi de la part de l'assureur. Ici la loi déroge au droit commun (art. 1116, C. civ.), en se contentant d'un dol qui a pu modifier les conditions du contrat sans en déterminer la conclusion et en assimilant le silence gardé par l'assuré à des manœuvres actives. Du reste, dans les cas prévus par l'art. 348, la nullité est admise alors même qu'il n'y a pas eu dol, mais que, par suite d'une inadvertance, l'assuré a fait une déclaration inexacte ou incomplète. Il y a alors erreur de l'assureur (1).

Pour que la réticence ou la fausse déclaration rende l'assurance nulle, il n'est pas nécessaire que le fait inexactement indiqué ou non déclaré ait influé effectivement sur le risque. Dès que les parties ne se sont pas entendues sur la chose assurée et sur les risques, il n'y a pas eu accord des volontés ou il y a eu au moins vice de consentement. L'assureur peut toujours dire que, mieux renseigné,

(1) V., sur les dérogations apportées par l'art. 348, C. com., aux principes généraux concernant les effets de l'erreur dans les contrats (art. 1110, C. civ.), *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2264.

Source BIU Cujas

il n'aurait pas consenti à l'assurance, quels que soient les faits postérieurs. Ainsi un navire qui doit faire échelle est assuré avec déclaration qu'il n'entrera dans aucun port intermédiaire. L'assureur pourra invoquer la nullité de l'assurance alors même que le navire périrait avant de s'être détourné de sa route pour faire échelle.

A la réticence et à la fausse déclaration, l'art. 348, C. com., assimile toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement qui diminuerait l'opinion du risque ou qui en changerait le sujet. Cela vise seulement les assurances sur facultés. Le connaissement désignant les marchandises, le nom du navire, les points de départ et de destination, constate des faits qui ne peuvent être indiqués différemment dans la police. S'ils le sont autrement, il y a fausse déclaration; s'ils sont passés sous silence, il y a réticence.

Source BIU Cujas

CHAPITRE VII.

DES DROITS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES SUR LES NAVIRES. DU PRÊT A LA GROSSE. DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME. DES PRIVILÈGES SUR LES NAVIRES. DE LA SAISIE ET DE LA VENTE DES NAVIRES.

949. Les bâtiments de mer, comme les autres biens, sont le gage des créanciers du propriétaire et ceux-ci ont des droits différents selon qu'ils sont chirographaires, privilégiés ou hypothécaires. Mais, au point de vue des droits des créanciers sur les navires, nos lois dérogent, sous plusieurs rapports, aux principes du droit commun. Elles reconnaissent aux créanciers même purement chirographaires un droit de suite tout spécial sur les navires. Comme ce droit de suite ne constituerait pas une garantie suffisante pour déterminer des tiers à faire crédit aux propriétaires de navires, nos lois mettent à la disposition de ceux-ci deux moyens de crédit réel, le prêt à la grosse et l'hypothèque maritime. En outre, elles attachent à de nombreuses créances des privilèges sur les navires, à raison de leurs causes. Les créanciers chirographaires, privilégiés ou hypothécaires, ont le droit de saisir et de faire vendre le navire de leur débiteur. Cette saisie et cette vente sont soumises à des règles particulières. Il sera traité en résumé dans ce chapitre : *Section Ire*. Du droit de suite des créanciers chirographaires sur les navires. — *Section II.* Du prêt à la grosse. — *Section III.* De l'hypothèque maritime. — *Section IV.* Des privilèges sur les navires. — *Section V.* De la saisie et de la vente des navires.

Section Ire. — Du droit de suite des créanciers chirographaires sur les navires.

950. D'après le droit commun, les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur les biens de leur débiteur (art. 2092, C. civ.). Mais ce droit est très précaire par cela même qu'il s'éteint en cas d'aliénation à titre particulier. Les créanciers chirographaires ne peuvent atteindre exceptionnellement les biens aliénés par leur

Source BIU Cujas

débiteur qu'en cas de fraude en vertu de l'art. 1167, C. civ., ou, en cas de faillite de leur débiteur conformément aux art. 446 et 447, C. com. Sur les navires, au contraire, le Code reconnaît aux créanciers même chirographaires un droit de suite en cas d'aliénation. Il est ainsi dérogé à deux principes de droit commun : *a*. Il n'y a pas de droit de suite sur les meubles. *b*. Sur les immeubles même, il n'y a un droit de suite qu'au profit des créanciers hypothécaires et privilégiés. Deux raisons expliquent l'admission du droit de suite sur les navires. D'abord ils constituent souvent une partie notable de la fortune de leurs propriétaires et les créanciers de ceux-ci ont dû compter sur le navire de leur débiteur pour être payés. Puis, sur les meubles ordinaires l'existence d'un droit de suite serait gênante, par cela même qu'ils sont l'objet du commerce. Ce droit ne peut pas nuire au commerce de mer en tant qu'il porte sur les navires; car ils sont l'instrument et non l'objet du commerce de mer.

Le droit de suite des créanciers chirographaires, comme, du reste, celui des créanciers privilégiés, a sur le navire moins de force que celui des créanciers hypothécaires; celui-ci s'éteint moins facilement.

L'existence du droit de suite des créanciers chirographaires sur les navires n'est pas reconnue expressément par le Code de commerce. Ce droit était admis par l'Ordonnance de 1681 et des dispositions du Code le consacrent au moins implicitement. L'art. 190, C. com., dispose que les navires sont affectés aux dettes du vendeur, *et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées*. Ces derniers mots indiquent qu'il y a d'autres dettes que les dettes privilégiées auxquelles le navire est affecté; ce ne peuvent être que les dettes chirographaires du vendeur; car le Code 1807 n'admettait pas l'hypothèque maritime que la loi du 10 décembre 1874 a introduite dans notre législation (1).

Par cela même que les aliénations de navires n'ont d'effets à l'égard des tiers qu'à partir de la mutation en douane, le droit de suite appartient à tous les créanciers de l'aliénateur même postérieurs à l'aliénation, pourvu que leurs créances aient pris naissance avant l'accomplissement des formalités de la mutation en douane (2).

(1) V., sur ce point, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2277.

(2) V., sur la nature du droit de suite et sur les aliénations pouvant donner lieu à son exercice, *Précis de Droit commercial*, t. II, n°s 2280 et 2281.

Source BIU Cujas

951. *Causes d'extinction du droit de suite.* — Par cela même que le droit de suite est un droit accessoire, il s'éteint avec la créance même à laquelle il est attaché, art. 193, al. 1, C. com. Mais si le droit de suite ne s'éteignait ainsi que par voie de conséquence, il aurait parfois une durée fort longue, ce qui pourrait causer une entrave à la transmission des navires. La loi a dû, en conséquence, admettre que le droit de suite des créanciers chirographaires ou privilégiés peut s'éteindre par des causes particulières, alors même que la créance qu'il garantit subsiste encore. Le Code mentionne deux causes d'extinction du droit de suite : 1° la vente sur saisie; 2° la vente volontaire quand elle est accompagnée de certains faits (1).

Le droit de suite s'éteint d'abord de plein droit *par la vente en justice faite dans les formes voulues par le titre II, du livre II, C. com.* (art. 193, alin. 2). Cette disposition vise au moins principalement la vente sur saisie (2). La publicité, qui entoure cette vente, garantit qu'elle sera faite pour le prix le plus élevé possible. En conséquence, après une vente sur saisie d'un navire faite sur leur débiteur, les créanciers de celui-ci ne peuvent plus inquiéter l'acquéreur. Mais il va de soi qu'ils conservent leurs droits sur le prix tant qu'il n'a pas été payé.

La vente volontaire d'un navire n'entraîne pas par elle-même l'extinction du droit de suite. Cet effet se produit seulement après la vente volontaire quand plusieurs conditions sont remplies. D'après l'art. 193, dern. alin., le droit de suite est éteint... *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.* Il résulte de là que, pour qu'il y ait extinction du droit de suite après une vente volontaire, trois conditions doivent être réunies ; il faut : 1° que le navire ait fait un voyage en mer ; 2° que ce voyage ait été fait sous le nom et aux risques de l'acquéreur ; 3° que ce voyage se soit terminé sans opposition de la part des créanciers du vendeur.

(1) V., sur le point de savoir s'il y a d'autres causes d'extinction du droit de suite, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2297 à 2302.

(2) Faut-il assimiler à la vente sur saisie d'autres ventes, spécialement les ventes d'un navire dépendant d'une succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire ? V. *Précis de Droit commercial*, n° 2286.

Source BIU Cujas

Il faut se rendre compte du but général de ces trois conditions dont chacune doit être examinée à part. Les créanciers privilégiés sur les navires et les créanciers chirographaires n'ont à remplir aucune formalité de publicité analogue à l'inscription des hypothèques pour révéler aux tiers l'existence de leurs droits. Il faut donc, à défaut d'une notification individuelle qui est impossible, leur notifier collectivement l'aliénation du navire et les mettre en demeure de se faire connaître à peine de déchéance. Si les créanciers répondent à cette notification en se faisant connaître, ils conservent leur droit intact; s'ils n'y répondent pas, ils sont réputés avoir renoncé à leur droit de suite qui est alors purgé comme il l'est en cas de vente sur saisie par le seul effet de cette vente.

1° *Voyage en mer.* — L'art. 194 détermine le sens de cette expression au point de vue de l'extinction du droit de suite (1).

2° *Voyages sous le nom et aux risques de l'acquéreur.* — Cela signifie que l'acquéreur doit avoir rempli la formalité à la suite de laquelle il est tenu envers les administrations publiques des diverses obligations qui incombent aux propriétaires de navires (cette formalité est celle de la mutation en douane) et que les expéditions du navire (congé, acte de francisation) aient été requises au nom de l'acquéreur.

3° *Défaut d'opposition des créanciers.* — Le voyage en mer fait au nom et aux risques de l'acquéreur interpelle collectivement les créanciers; mis en demeure de se faire connaître, ils doivent, pour répondre à l'interpellation, former opposition au paiement du prix entre les mains de l'acquéreur. Si, malgré elle, l'acquéreur payait son prix au vendeur, il demeurerait exposé au droit de suite des créanciers opposants. Il faut que l'opposition n'ait pas été faite pour que le droit de suite soit éteint (2).

952. Bien que plus forts que sur tous les autres biens, les droits des créanciers chirographaires sur les navires sont loin de leur donner une sécurité complète; ils sont soumis à la loi du concours et leur

(1) V., pour les explications de l'art. 194, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2289 à 2291.

(2) V., sur le mode d'exercice du droit de suite, *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2303 à 2311.

Source BIU Cujas

droit de suite s'éteint assez facilement. Aussi, pour avoir du crédit, est-il nécessaire que le propriétaire d'un navire ou le capitaine puisse affecter spécialement son bâtiment à ses créanciers. Cette affectation peut résulter d'un prêt à la grosse ou de l'hypothèque maritime.

Section II. — Du prêt à la grosse (1).

953. Il n'est pas d'industrie qui ait besoin de plus de capitaux que celle des armements. Les propriétaires de navires ont besoin de sommes importantes pour les armer, les équiper, les mettre en état de prendre un chargement, les réparer, s'il y a lieu, en cours de voyage. Les commerçants qui veulent affréter un bâtiment ont besoin d'argent pour payer le prix de leurs marchandises et les faire transporter. Ces personnes doivent souvent recourir à l'emprunt. Pour rembourser les sommes empruntées, les armateurs et les chargeurs comptent sur le succès de leurs entreprises, mais il peut se faire que, par suite de risques maritimes, le navire ou la cargaison périssent en totalité ou en partie ou subissent des avaries. Les emprunteurs peuvent alors éprouver de grandes difficultés pour rembourser la somme prêtée. Pour échapper à ces difficultés, il leur suffit de ne s'obliger au remboursement que pour le cas où, soit le navire, soit la cargaison, arrivera au port de destination heureusement et sans avoir subi d'avaries. Le prêteur supporte, dans ce cas, des risques analogues à ceux que supporte l'assureur maritime. On parvient à trouver des prêteurs à des conditions aussi onéreuses pour eux en leur conférant des avantages spéciaux. D'abord le navire ou la cargaison, dont le sort doit influer sur la créance du prêteur, lui est spécialement affecté, de telle sorte qu'au moyen d'un privilège le prêteur passe avant les autres créanciers de l'emprunteur au rang déterminé par la loi. Ensuite, pour le cas d'heureuse arrivée, l'emprunteur s'oblige à payer, outre le capital, un intérêt parfois assez élevé qui n'était même pas limité, alors que l'intérêt n'était pas libre en matière commerciale (avant la loi du 12 janvier 1886). Cet intérêt est garanti par le même privilège que le capital.

(1) C. com., art. 311 à 331.

Source BIU Cujas

C'est au prêt dans lequel le prêteur supporte ainsi les risques de mer qu'on donne le nom de *prêt à la grosse aventure*, à raison des risques courus par le prêteur. Ce contrat est aussi appelé *prêt à la grosse*, *contrat de grosse*, *prêt à retour de voyage* (1). On appelle le prêteur *prêteur* ou *donneur à la grosse* et l'emprunteur *emprunteur* ou *preneur à la grosse*. L'intérêt promis au prêteur reçoit le nom de *profit maritime*, *change maritime*, *intérêt* ou *profit nautique*, *prime de grosse*.

On peut dire que le prêt à la grosse est un mélange de deux contrats, le prêt et l'assurance maritime. De même qu'en cas de fortune de mer, l'assureur doit payer une indemnité à l'assuré, le prêteur perd le droit de se faire rembourser la somme prêtée en tout ou en partie. Du reste, ce contrat intervient dans deux circonstances différentes. L'emprunt à la grosse est fait, soit par le propriétaire du navire, soit en cours de voyage par le capitaine. Le propriétaire peut emprunter à la grosse avant le départ, notamment, pour subvenir aux frais d'armement. Il est tenu alors sur tous ses biens du capital et du profit maritime. Seulement son obligation disparaît complétement ou est réduite en cas de perte ou d'avarie de la chose affectée au prêt. Dans ce cas, le prêteur joue bien le rôle d'assureur en ce sens que les accidents de mer lui enlèvent totalement ou en partie le droit de se faire rembourser par l'emprunteur.

Le prêt à la grosse avant le départ, qui était très connu anciennement, est devenu fort rare. Cela tient à plusieurs causes. La nécessité de l'avance à faire par le prêteur, fait qu'on trouve plus facilement un assureur qu'un prêteur. Puis, par cela même qu'il fait un déboursé, le prêteur exige souvent un profit maritime plus élevé que ne le serait une prime d'assurance. Enfin, en admettant l'hypothèque maritime, la loi du 10 décembre 1874 a supprimé le privilège du prêt à la grosse antérieur au départ. La disparition de ce privilège qui, primant l'hypothèque maritime, lui aurait ôté toute son utilité, a porté le dernier coup au prêt à la grosse fait avant le départ.

On recourt à un emprunt à la grosse en cours de voyage quand

(1) Ce nom vient de ce qu'ordinairement la somme prêtée ne doit être remboursée qu'au retour du voyage.

Source BIU Cujas

on a à pourvoir à des frais de réparation, à des achats de victuailles ou à d'autres nécessités urgentes. C'est alors le capitaine qui emprunte sur le navire ou sur la cargaison. Pour éviter les abus, la loi lui prescrit seulement de remplir certaines formalités (art. 234, C. com.). Dans ce contrat, l'analogie avec l'assurance est bien moindre que dans le prêt à la grosse antérieur au départ. Il y a alors une sorte d'obligation réelle pesant sur le navire ou sur la cargaison. Le capitaine n'est pas obligé puisqu'il a emprunté au nom du propriétaire du navire et le propriétaire du navire a la faculté d'abandon en vertu de l'art. 216, C. com.

Le prêt à la grosse fait en cours de voyage, quoiqu'encore assez fréquent, tend pourtant à disparaître. Aujourd'hui, les armateurs ont des représentants dans les ports d'échelle les plus importants et ces représentants se chargent de remettre au capitaine les sommes qui peuvent lui être nécessaires par suite d'accidents imprévus.

954. Dans le prêt à la grosse, outre les conditions essentielles exigées dans tous les contrats, il y a quatre éléments essentiels : 1° une somme prêtée; 2° une chose affectée au remboursement du capital prêté et du profit maritime; 3° des risques maritimes courus par la chose affectée au prêt et mis à la charge du prêteur; 4° un profit maritime stipulé au profit du prêteur.

En renvoyant à notre *Précis de Droit commercial*, nous remarquons: *a*. qu'en principe ce sont les choses dont l'assurance est possible, qui peuvent être affectées à un prêt à la grosse (t. II, nos 2327 à 2331 et pour les modifications apportées aux art. 315, 318 et 319, C. com., par la loi du 12 août 1885, t. II, page 1040). *b*. qu'en règle générale, le prêteur court les mêmes risques que l'assureur (*Précis de Droit commercial*, nos 2333 et 2356 à 2377).

955. Il peut se faire que le navire ou la cargaison ait été affecté à plusieurs prêts à la grosse ou ait été l'objet à la fois d'un prêt et d'une assurance. Comment sont réglés les conflits qui s'élèvent entre les prêteurs ou entre le prêteur à la grosse et l'assureur ?

Concours de plusieurs prêts à la grosse. — On ne peut pas faire sur une même chose ni un prêt, ni plusieurs prêts excédant la valeur de la chose affectée. En cas de violation de cette règle, les prêts les derniers en date sont ristournés pour l'excédent, c'est-à-dire que

Source BIU Cujas

cet excédent est dû à tout événement comme s'il avait été l'objet d'un prêt ordinaire. Mais il peut se faire qu'une chose ait été affectée à plusieurs prêts à la grosse n'excédant pas sa valeur au moment où ils ont été faits et que, par suite d'accidents de mer, cette valeur se trouve réduite au-dessous du montant des prêts. Il faut alors déterminer dans quel ordre les différents prêteurs peuvent se faire payer des sommes qui leur sont dues sur la chose qui leur est affectée. Pour résoudre cette question, plusieurs cas sont à distinguer.

1° Quand il s'agit de plusieurs prêts faits tous avant le départ, les prêteurs concourent. Cela montre bien que l'emprunt à la grosse antérieur au départ est un moyen de crédit insuffisant et vicieux; celui qui a fait le premier prêt en date n'est jamais certain que, par suite de prêts postérieurs, il n'aura pas à supporter le concours d'autres prêteurs.

2° Si parmi les prêts à la grosse les uns ont été faits avant le départ et les autres durant le voyage ou à des époques distinctes durant le même voyage ou pendant des voyages différents, la règle est tout autre; ce sont les derniers prêteurs en date qui sont préférés, art. 323, C. com. Cette règle s'explique par cette considération que les prêts étant faits pour les besoins de la navigation, ont servi à la conservation du gage affecté aux prêts antérieurs. On peut dire des derniers prêteurs en date : *salvam fecerunt pignoris causam.*

Conflit entre le prêt à la grosse et l'assurance. — Ce conflit se présente quand un navire ou une cargaison a été affecté à un prêt à la grosse et a été assuré.

On ne peut pas faire une assurance et un prêt à la grosse sur une chose pour une somme en excédant la valeur. Autrement le propriétaire serait intéressé à la perte. Ainsi supposons qu'une personne ait emprunté sur des marchandises valsnt 50,000 fr. une somme égale, elle ne peut pas faire assurer ces marchandises, et à l'inverse, si elle les a fait d'abord assurer pour 50,000 fr., elle ne peut pas faire sur ces marchandises un emprunt à la grosse. Si un prêt et une assurance de 50,000 fr. chacun étaient possibles sur ces marchandises, en cas de perte le propriétaire n'aurait pas à rembourser la somme prêtée et toucherait 50,000 fr. de l'assureur, tandis qu'en cas d'heu-

Source BIU Cujas

reuse arrivée, il devrait rembourser la somme prêtée et ne toucherait aucune indemnité (1).

Du reste, l'assurance antérieure n'est un obstacle qu'aux prêts à la grosse faits avant le départ; elle n'empêche nullement, quel que soit le montant de la somme assurée, de faire des emprunts en cours de voyage. Ces emprunts sont contractés dans l'intérêt des assureurs eux-mêmes; ils ont généralement pour cause des événements de mer dont les assureurs sont responsables.

Mais rien n'empêche de faire avant le départ à la fois un prêt à la grosse et une assurance, s'il y a un aliment suffisant pour les deux contrats. Ainsi des marchandises valant 40,000 fr. peuvent être assurées pour 20,000 fr. et être affectées à un prêt d'égale somme. Mais si, par suite d'un accident de mer, il ne reste que des débris, il y a à déterminer quels sont sur ces débris les droits respectifs de l'assureur auquel le délaissement a été fait et du prêteur qui n'a pas d'action personnelle contre l'emprunteur. Le Code (art. 331) admet que l'assureur et le prêteur concourent en proportion de leur intérêt respectif.

956. *Comparaison entre le prêt à la grosse et l'assurance maritime.* — Entre les deux contrats il y a de nombreux points de ressemblance, mais il existe aussi quelques différences notables.

Ils se ressemblent notamment aux points de vue suivants :

1° Il y a une personne (le prêteur ou l'assureur) qui prend à sa charge les risques de mer auxquels sont exposées les choses d'une autre. 2° Il y a un prix des risques, le profit maritime ou la prime. 3° Le prêt à la grosse ne peut pas être pour l'emprunteur une cause d'enrichissement de même que l'assurance ne doit pas enrichir l'assuré. 4° La responsabilité du prêteur est, en général, la même que celle de l'assureur.

Ils diffèrent, au contraire, notamment sous les rapports qui suivent :

1° Le prêteur fait une avance qui, selon les cas, ne lui est pas restituée du tout ou ne lui est rendue qu'en partie. L'assureur ne remet rien à l'assuré lors de la conclusion du contrat; il n'est obligé de lui payer une indemnité que si un accident de mer se pro-

(1) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2385 et 2386.

Source BIU Cujas

duit. 2° Aussi, en cas d'avaries, l'emprunteur, à la différence de l'assuré, ne joue pas le rôle de demandeur, mais celui de défendeur. 3° Le profit maritime, à la différence de la prime, n'est payable qu'en cas d'heureuse arrivée.

Section III. — De l'hypothèque maritime (1).

957. En général tous les biens peuvent être, selon qu'ils sont immobiliers ou mobiliers, hypothéqués ou donnés en gage. Avant la loi du 10 décembre 1874 il n'en était pas ainsi des bâtiments de mer. Une raison de droit rendait impossible l'hypothèque des navires et une raison de fait empêchait de les donner en gage. Les immeubles sont, dans notre législation (C. civ., art. 2118), seuls susceptibles d'hypothèque et les navires sont des meubles (C. com., art. 190, alin. 1). En droit rien sans doute ne s'opposait à la constitution en gage des navires. Mais la constitution en gage suppose la mise en possession du créancier gagiste et l'on ne comprend pas comment le propriétaire d'un bâtiment qui a besoin d'argent pour le faire naviguer, le condamne à l'immobilité en en transmettant la possession à son créancier. Il est vrai qu'on a toujours pu affecter un navire à un créancier en recourant à un prêt à la grosse. Mais c'est là un moyen de crédit insuffisant sous bien des rapports. D'abord celui qui prête à la grosse avant le départ est exposé de subir le concours de tous ceux qui prêtent dans les mêmes conditions (n° 955). Il n'y a aucun moyen de publicité permettant à un prêteur à la grosse de savoir si le navire n'a pas été déjà affecté à d'autres prêteurs. Puis la créance du prêteur est menacée par toutes les fortunes de mer qui peuvent atteindre le navire. Enfin, à raison même des risques qu'il court, le prêteur exige souvent un profit maritime élevé et ainsi cette sorte d'emprunt peut être une cause de ruine pour l'emprunteur.

L'insuffisance du prêt à la grosse comme moyen de crédit, l'impossibilité de droit ou de fait d'hypothéquer ou de donner en gage les navires étaient très gênantes pour l'industrie des armements et pour celle des constructions maritimes qui ont besoin de tant de capitaux. Elles en étaient réduites pour se les procurer à recourir à des opé-

(1) La loi du 10 juillet 1885 (remplaçant la loi du 10 décembre 1874).

Source BIU Cujas

rations détournées dont la validité était douteuse (1). C'est pour remédier à cette situation que la loi du 10 décembre 1874 a admis que les navires peuvent être hypothéqués. Une dérogation a été ainsi apportée à la règle générale de notre législation qui exclut toute hypothèque sur les meubles. Cette dérogation, qui s'explique par des raisons d'utilité pratique, peut se justifier théoriquement. Sur les meubles, en général, l'absence d'un droit de suite, ferait de l'hypothèque une garantie très précaire. Pour les navires le droit de suite était déjà admis pour les créanciers privilégiés et chirographaires; il ne pouvait y avoir d'inconvénient à l'admettre pour une nouvelle classe de créanciers. En outre, pour les meubles, en général, l'organisation d'un système de publicité est impossible; on ne saurait, à raison même du déplacement fréquent des meubles, en quel lieu les formalités de publicité devraient être remplies pour que les tiers en aient facilement connaissance. Mais les navires ont une sorte de domicile légal, leur port d'attache ou d'immatricule (nos 812 et 815). C'est là que se remplissent les formalités concernant la transmission de la propriété des navires. Il était tout simple de faire remplir au même lieu les formalités de publicité relatives aux hypothèques établies sur les navires. Sous l'empire de la loi de 1874, le nombre des hypothèques maritimes constituées a été fort restreint et on a attribué en partie cet insuccès de l'institution nouvelle aux vices de la loi. Aussi la loi du 10 juillet 1885, qui a remplacé complétement la loi de 1874, y a apporté plusieurs modifications importantes. — L'hypothèque maritime a sans doute beaucoup d'analogie avec l'hypothèque terrestre; mais elle en diffère aussi à des points de vue importants. Nous résumerons les règles qui régissent l'hypothèque maritime, en indiquant ces différences.

958. 1. *Causes de l'hypothèque.* — Les hypothèques terrestres sont conventionnelles, légales ou judiciaires (art. 2116, 2117, 2121, 2123, C. civ.). L'hypothèque maritime ne peut être établie que par convention (L. 10 juillet 1885, art. 1). On a voulu favoriser le crédit maritime et l'hypothèque conventionnelle seule peut être utile à ce point de vue.

2. *Navires pouvant être hypothéqués.* — On peut hypothéquer

(1) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2401.

Source BIU Cujas

les immeubles même de la plus petite dimension. Les seuls navires susceptibles d'hypothèques sont ceux de 20 tonneaux au moins. Quand un navire n'atteint pas ce tonnage, la construction et l'armement n'en exigent pas d'ordinaire des capitaux assez importants pour qu'un appel au crédit soit nécessaire.

Du reste, un navire en construction peut être hypothéqué aussi bien qu'un navire déjà construit (art. 5). L'hypothèque d'un navire en construction peut être utile au constructeur pour se procurer les capitaux qui lui sont nécessaires pour achever le navire. Elle est aussi avantageuse pour celui qui a commandé un navire à un constructeur, afin d'assurer le remboursement des sommes payées au fur et à mesure de l'avancement d'un navire, en cas de faillite du constructeur avant que le navire soit achevé (1).

3. *Formes de la constitution.* — Le Code civil (art. 2127) exige un acte notarié pour la constitution de l'hypothèque terrestre. La loi (art. 2) exige un écrit pour la constitution de l'hypothèque maritime, mais se contente d'un acte sous-seing privé. On a voulu éviter les frais.

4. *Publicité.* L'hypothèque maritime comme l'hypothèque terrestre doit être inscrite pour être opposable aux tiers et n'a de rang que du jour de son inscription, art. 6. Mais, tandis que pour les hypothèques terrestres l'inscription est opérée par un conservateur spécial des hypothèques, pour les hypothèques maritimes, les fonctions de conservateur sont remplies par le receveur principal des douanes qui opère l'inscription sur un registre spécial. L'inscription de l'hypothèque maritime, comme celle de l'hypothèque terrestre ne conserve ses effets que pendant dix ans et est, par suite, soumise au renouvellement (art. 11, loi de 1885 et art. 2154, C. civ.).

5. *Hypothèque constituée sur une part indivise. Partage.* — Un immeuble indivis peut être hypothéqué par chacun des copropriétaires pour sa part indivise seulement ; il n'est pas besoin pour cela du consentement des autres copropriétaires. En cas de partage, l'hypothèque ainsi constituée sur une part indivise subsiste ou s'évanouit, en vertu de la règle du partage dé-

(1) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 1631 et 2412.

Source BIU Cujas

claratif (art. 883, C, civ.), selon que l'immeuble grevé est placé ou non dans le lot du copropriétaire qui a constitué l'hypothèque. Quand il s'agit d'un navire indivis, une hypothèque peut être constituée par l'armateur-gérant du consentement de la majorité des copropriétaires (art. 220, C. com.) ou avec l'autorisation du juge dans le cas de l'art. 233, C. com. (art. 3, L. 10 juillet 1885). En outre, chaque copropriétaire peut bien hypothéquer sa part, mais il ne le peut faire que du consentement de la majorité (art. 3, dern. al.). On a voulu empêcher que les hypothèques constituées sur les parts indivises du navire par chacun des copropriétaires ne fussent un obstacle à la constitution d'une hypothèque sur le navire entier pour les besoins de la navigation dans l'intérêt commun. Quand une hypothèque a été établie sur une part indivise d'un navire, elle subsiste alors même que le navire est placé après le partage dans le lot d'un copropriétaire autre que celui qui a constitué l'hypothèque, art. 17. On a voulu, en dérogeant ainsi à l'art. 883, C. civ., que l'hypothèque maritime fût une garantie dont la disparition ne pût pas dépendre des résultats éventuels d'un partage. Du reste, cette dérogation se comprend d'autant mieux, que l'hypothèque maritime ne peut être constituée sur une part indivise sans le consentement de la majorité des copropriétaires.

Le créancier auquel une hypothèque a été constituée sur une part indivise d'un navire ne peut, en principe, faire vendre que cette part par cela même qu'il n'a de droit que sur elle. Cependant il a le droit de saisir et de faire vendre le navire entier quand l'hypothèque s'étend à plus de la moitié, à charge d'appeler à la vente tous les copropriétaires, art. 17, L. du 10 juillet 1885.

6. La loi organise pour l'hypothèque maritime comme pour l'hypothèque terrestre une procédure de purge. Seulement pour la purge de l'hypothèque maritime les délais sont abrégés (art. 18 à 22, L. 10 juillet 1885). A la différence de ce qui est admis pour l'hypothèque terrestre, toute vente faite en justice, ne fût-ce pas une vente sur saisie, entraîne la purge par elle-même (art. 29, L. 1885).

959. Les créanciers ayant hypothèque sur un navire peuvent redouter que, par suite d'une vente faite à des étrangers, le navire

Source BIU Cujas

hypothéqué cesse d'être français et qu'ainsi l'exercice de leurs droits devienne soit impossible soit au moins très-difficile. On pourrait concevoir même qu'un débiteur malhonnête eût recours à une pareille vente pour faire disparaître la garantie qu'il a donnée à son créancier. Si cela se pouvait, l'hypothèque maritime serait une sûreté très précaire. Aussi la loi de 1885 (art. 33) interdit la vente volontaire d'un navire grevé d'hypothèques à un étranger, soit en France soit à l'étranger, déclare nul tout acte fait en fraude de cette interdiction et rend le vendeur passible des peines de l'art. 408, C. pén. relatif à l'abus de confiance.

960. La loi du 10 décembre 1874 avait admis pour les créanciers ayant une hypothèque maritime une disposition dérogatoire au droit commun qui paraissait de nature à soustraire leur droit aux hasards de la navigation et à faire de l'hypothèque maritime une sûreté sérieuse. On sait qu'en principe une indemnité d'assurance n'est pas considérée comme représentant la chose assurée de même que le prix représente la chose vendue. C'est ainsi que les créanciers ayant une hypothèque sur une maison ne peuvent pas exercer leur droit de préférence sur l'indemnité d'assurance due en cas d'incendie. La loi de 1874 (art. 17) admettait qu'en cas de sinistre majeur atteignant un navire hypothéqué, les créanciers hypothécaires pouvaient exercer leur droit sur l'indemnité d'assurance due au propriétaire du navire par l'assureur, comme, en cas de vente, ils l'eussent exercé sur le prix du navire vendu (1). L'assureur averti par les inscriptions devait alors payer l'indemnité directement aux créanciers hypothécaires ; le paiement fait au propriétaire assuré n'aurait pas été libératoire pour l'assureur, de telle sorte qu'il aurait été tenu de payer une seconde fois l'indemnité aux créanciers jusqu'à concurrence de leurs créances. Les assureurs critiquèrent vivement la disposition de la loi qui, prétendaient-ils, pouvait les exposer à payer deux fois, et, tenant compte de leurs protestations, la loi du 10 juillet 1885, a fait retour au droit commun, en supprimant la subrogation de l'indemnité d'assurance au navire assuré. Actuellement les créanciers hypothécaires ne peuvent avoir un droit exclusif

(1) V. une exception au droit commun du même genre relative aux marchandises déposées dans les magasins généraux, n° 429.

Source BIU Cujas

sur cette indemnité qu'en vertu d'une cession qui leur est consentie par avance par leur débiteur.

961. L'hypothèque maritime, comme l'hypothèque terrestre, renferme un droit de suite en même temps qu'un droit de préférence. Ce droit de suite, plus fort que le droit de suite des créanciers privilégiés ou chirographaires, ne s'éteint pas comme ce dernier par l'effet d'une vente faite en justice ou d'une vente volontaire suivie d'un voyage aux risques et sous le nom de l'acquéreur. V. n° 951. Il s'éteint seulement par les causes entraînant l'extinction du droit de suite renfermé dans l'hypothèque terrestre.

Section IV. — Des privilèges sur les navires (1).

962. L'intérêt du commerce de mer a fait établir sur les navires de nombreux privilèges en dehors même de ceux que consacre le Code civil (art. 2101 et 2102). Le Code de commerce les énumère et les classe en indiquant les créances auxquelles ils sont attachés (art. 191), puis il détermine (art. 192), de quelle manière chaque créancier privilégié peut faire la preuve de sa créance.

Le législateur a été préoccupé de deux idées principales. Il a d'abord voulu augmenter le crédit de ceux qui se livrent au commerce de mer en attachant des privilèges à la plupart des créances nées à l'occasion des opérations de ce commerce. Puis il a cherché à éviter que les privilèges, en s'accumulant sur un navire, ne fissent perdre au propriétaire tout crédit pour l'avenir et, dans ce but, la durée des privilèges sur les navires a été limitée : il a été admis qu'un privilège ne subsiste jamais pendant plusieurs voyages et qu'ainsi un navire se débarrasse en naviguant des privilèges qui le grevaient précédemment. Du reste, comme les autres privilèges mobiliers établis par les art. 2101 et 2102, C. civ., les privilèges sur les navires sont fondés soit sur des considérations d'humanité, soit sur une constitution de gage tacite, soit sur la mise ou la conservation d'une valeur dans le patrimoine du débiteur.

Nous nous bornerons ici à renvoyer aux explications données dans le *Précis de Droit commercial* (nos 2451 à 2486), sur les privilèges

(1) C. com., art 191, 192, 193, 194 et 196.

Source BIU Cujas

maritimes. Il a, du reste, été parlé plus haut du privilège garantissant la créance des loyers des gens de mer (n° 840) et du privilège attaché, en matière d'assurance maritime, à la créance de la prime (n° 947 *bis*).

Le droit de suite des créanciers privilégiés sur les navires s'éteint de la même manière que celui des créanciers chirographaires, c'est-à-dire par l'effet d'une vente sur saisie ou d'une vente volontaire faite sous le nom et aux risques de l'acquéreur, art. 193 et 194. V. n° 951.

Section V. — De la saisie et de la vente des navires (1).

963. Comme tous les autres biens les navires peuvent être saisis par les créanciers chirographaires, hypothécaires et privilégiés, art. 197, al. 1, C. com. Le législateur a dû seulement, pour empêcher qu'une saisie ne jetât la perturbation dans les opérations du commerce de mer, déclarer, en principe, les navires insaisissables dans certaines circonstances. Il a aussi réglé les formes de la saisie et de la vente, ces formes ont été modifiées par la loi du 10 juillet 1885 (art. 23 à 31) ; elles étaient trop compliquées d'après le Code de commerce. En renvoyant pour ce qui concerne ces formes au *Précis de Droit commercial* (t. II, n°s 2487 à 2521 et t. II, p. 1040), nous mentionnerons seulement les règles relatives aux cas dans lesquels les navires sont insaisissables et au tribunal devant lequel il est procédé à la vente sur saisie des bâtiments de mer.

964. Un navire ne peut assurément être saisi quand il est en mer. Plusieurs dispositions du Code de commerce seraient incompatibles avec une saisie opérée dans ces circonstances, le Code parle du lieu où le bâtiment est *amarré*. Au contraire, la saisie d'un navire se trouvant dans un port est, en principe, possible. Cependant l'art. 215, C. com., déclare qu'en règle générale le navire prêt à faire voile *n'est pas saisissable*. Une saisie opérée alors nuirait à toutes les personnes dont les intérêts se rattachent au navire : elle entraînerait la rupture de l'engagement des marins et l'arrêt des marchandises des chargeurs. D'après l'art. 216, le bâtiment est censé prêt à faire voile lorsque le capitaine est muni de ses expéditions.

(1) C. com. art. 197 à 215 et loi du 10 juillet 1885 (art. 23 à 31).

Source BIU Cujas

D'ailleurs l'insaisissabilité du navire prêt à mettre à la voile n'est pas absolue ; l'art. 215 autorise la saisie du navire *à raison de dettes contractées pour le voyage qu'il va faire.* C'est grâce à ces dettes que le navire est prêt à partir ; il serait injuste que les créanciers souffrissent de l'état dans lequel ils ont contribué à le placer. Mais le désir du législateur d'éviter qu'une saisie puisse troubler une expédition maritime est tel que, même à raison de dettes contractées pour le voyage que le navire va faire, la saisie n'est pas possible si le débiteur donne au créancier un cautionnement lui assurant que le départ du navire ne lui causera aucun préjudice et qu'il sera payé (1).

965. Devant quel tribunal doit-il être procédé à la vente sur saisie d'un navire? Devant le tribunal *civil* du lieu de la saisie. Un avis du Conseil d'Etat du 29 avril 1809 a reconnu en cette matière la compétence du tribunal civil à l'exclusion de celle du tribunal de commerce. Cette attribution de compétence a été fondée sur des raisons théoriques. La saisie d'un navire ne peut être opérée qu'en vertu d'un titre exécutoire qui est soit un jugement d'un tribunal de commerce ou d'une autre juridiction, soit un acte authentique constatant un contrat et les tribunaux de commerce ne peuvent connaître ni de l'exécution de leurs jugements (art. 442, C. com.), ni *a fortiori* de l'exécution de jugements ou d'actes n'émanant pas d'eux. Du reste, les dispositions du Code et de la loi du 10 juillet 1885 parlent à plusieurs reprises des avoués, officiers ministériels qui n'existent point auprès des tribunaux de commerce.

(1) V. sur les dispositions de l'art. 215, C. com., *Précis de Droit commercial*, t. II, nº 2490 à 2493.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

QUATRIÈME PARTIE

DES FAILLITES ET BANQUEROUTES (1).

HISTORIQUE ET GÉNÉRALITÉS.

966. Le mot *faillite* vient de *faillir* (*fallere*, manquer); le *failli* est celui qui manque à ses engagements. Le mot *banqueroute* a une origine italienne (*banca rotta*); il fait allusion à l'usage ancien des négociants d'avoir un banc ou une banque sur la place publique; on rompait le banc de celui qui ne tenait plus ses engagements. La première expression convient à tous les cas où un commerçant cesse ses paiements, quelle que soit la cause qui ait amené cette cessation; la seconde est réservée par le Code au cas où l'on peut reprocher au débiteur une faute ou une fraude. V. ci-après, nº 967.

Le refus d'un commerçant d'acquitter ses obligations peut avoir des conséquences très graves, directes ou indirectes : il lèse directement ses créanciers souvent nombreux; il peut les mettre à leur tour dans l'impossibilité de tenir leurs propres engagements. Le législateur doit donc régler cette situation et s'attacher à prévenir ou à atténuer les conséquences fâcheuses qui peuvent en résulter. De tout temps, il y a eu des dispositions à ce sujet; mais elles n'ont pas toujours été inspirées par les mêmes idées (2).

Pendant longtemps on ne s'est préoccupé que d'édicter des peines contre les individus qui commettaient des fraudes au préjudice de leurs créanciers et on croyait avoir protégé suffisamment ceux-ci en décidant que les banqueroutiers *seront exemplairement punis de mort comme voleurs* (édit de 1609). On finit par reconnaître qu'il fallait procéder autrement et prendre des mesures pour protéger les

(1) C. com., Livre III, art. 437-614.

(2) Pour l'historique de la législation, V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nºs 2532 et suiv.

Source BIU Cujas

créanciers dans leurs rapports avec leur débiteur commun et pour empêcher que certains d'entre eux ne fussent injustement favorisés au détriment des autres. L'Ordonnance de 1673 consacra un titre assez bref (*titre XI*) à l'ensemble de la matière; elle fut complétée ou modifiée par plusieurs déclarations royales. La législation contenue dans ces divers actes était fort défectueuse; les fautes même graves étaient impunies; la peine de mort prononcée contre la fraude n'était pas appliquée; les créanciers n'étaient pas protégés. De véritables scandales se produisirent à la suite des excès de la spéculation et de l'agiotage auxquels donnèrent lieu les événements de la Révolution; une faillite habilement combinée était un moyen d'enrichissement pour les gens d'affaires sans scrupules. Ce sont précisément ces scandales qui attirèrent l'attention de Napoléon et lui firent donner l'ordre de reprendre la discussion du projet de Code de commerce (V. plus haut, n° 10). La partie de ce Code consacrée aux faillites se ressentit de ces circonstances qui avaient présidé à sa préparation; on vit la fraude partout et les faillis apparurent comme des criminels : ce peuvent être simplement des imprudents ou même des malheureux. On tomba ainsi d'un excès dans l'autre, quoique le Code ait certainement réalisé des améliorations sur divers points. Dès 1827, on prépara une révision de la législation; elle aboutit à la loi du 28 mai 1838, qui refondit tout le livre III du Code de commerce. Cette loi, qui fut incorporée dans le Code (1), nous régit encore aujourd'hui. Elle n'a été modifiée que sur des points de détail : 1° par la loi du 17 juillet 1856, qui a ajouté quelques alinéas à l'article 541, pour introduire ce qu'on appelle le *Concordat par abandon d'actif;* 2° par la loi du 12 février 1872 qui a refondu les art. 450 à 550 pour régler la situation du propriétaire des biens loués par le failli.

La loi du 22 juillet 1867, qui a aboli la contrainte par corps, a eu indirectement une grande influence sur notre matière comme sur celle des lettres de change (V. plus haut n°s 543, 662). Certaines dispositions sont devenues sans application, V. par ex., art. 455 *in fine* et 539. La faillite avait pour le débiteur cet avantage de le sous-

(1) Elle contient le même nombre d'articles que le livre III du Code de 1807, de sorte qu'on n'a pas eu à changer le numérotage des articles des autres titres.

Source BIU Cujas

traire à la contrainte par corps qu'aurait pu exercer contre lui tel ou tel de ses créanciers; aussi était-elle souvent déclarée sur la demande même du failli. Cet intérêt n'existant plus, le débiteur cherche souvent par tous les moyens à retarder la déclaration de faillite; les créanciers sont donc moins protégés. On s'était préoccupé de cette situation au moment où l'on abolissait la contrainte par corps et le gouvernement avait promis de préparer la révision de la législation des faillites; cette promesse n'a pas été tenue. La question a été agitée de nouveau dans ces dernières années, moins dans l'intérêt des créanciers que dans celui des débiteurs; diverses propositions de lois ont été faites et la Chambre des députés est saisie d'un projet comprenant la refonte du livre III du Code de commerce (1).

967. Comme la matière est assez étendue et quelque peu compliquée, nous croyons utile d'en donner une idée d'ensemble avant d'entamer l'étude des diverses parties : on comprendra mieux les rapports qu'elles ont entre elles et leur importance respective.

Le législateur se préoccupe de sauvegarder trois intérêts distincts : l'intérêt des créanciers qui peut être compromis, parce que le débiteur veut leur soustraire une partie de son actif ou favoriser tel ou tel d'entre eux, l'intérêt public qui exige que les fraudes ou les négligences graves ne soient pas impunies, enfin l'intérêt du failli qui doit être pris en considération parce que, dans le commerce, on est exposé à des risques que le travail et la prudence ne suffisent pas toujours à éviter.

La justice ne peut intervenir que si l'embarras des affaires du commerçant se manisfeste à l'extérieur par la *cessation des paiements ;* c'est celle-ci qui motive la *déclaration de faillite* que prononce le tribunal de commerce à la demande du failli ou de ses créanciers, ou même d'office (art. 437 et 440). Le jugement ainsi rendu produit de plein droit des effets très importants et sert de point de départ à diverses mesures relatives à la personne et aux biens du failli.

Le failli est immédiatement *dessaisi* de l'administration de ses biens (art. 443), ce qui met les créanciers à l'abri des conséquences des actes par lesquels le débiteur diminuerait son patrimoine. Les

(1) Pour les critiques adressées à la loi de 1838 et les modifications qu'on propose d'y apporter, V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 3109 et suiv.

Source BIU Cujas

poursuites individuelles des créanciers sont suspendues pour faire place à une procédure d'ensemble organisée dans l'intérêt commun. Les créanciers sont avertis par des mesures de publicité et on leur donne le temps de faire valoir leurs droits. Ils forment une *masse* ayant des intérêts communs et un mandataire nommé par justice, le *syndic*, agissant sous le contrôle de la surveillance de la justice consulaire (*juge-commissaire* et tribunal de commerce). Les créanciers ont à délibérer et à prendre des résolutions; l'unanimité ne pouvait être exigée; on se contente de la majorité, mais des mesures sont prises pour sauvegarder les intérêts de la minorité, des absents et aussi ceux de l'ordre public.

Le jugement déclaratif produit aussi des effets pour le passé en ce que les créanciers sont protégés contre les actes qui ont pu leur nuire pendant le *temps suspect* antérieur au jugement déclaratif et qui sont soumis à un système de nullités particulier dont les efforts sont plus énergiques que ceux de l'action paulienne (Cf. art. 446-449, C. com. et art. 1167, C. civ.). Le *temps suspect* va de la cessation des paiements à la déclaration de faillite; pour quelques actes, il comprend même les dix jours qui ont précédé.

La faillite déclarée, il y a lieu de constater l'actif et d'en assurer la conservation, de procéder à la *vérification des créances* (art. 491 et suiv.), ce qui fait connaître les dettes du failli et les personnes qui peuvent prendre part aux délibérations. Ces opérations faites, les créanciers ont à prendre un parti. Il peut intervenir un *concordat*, c'est-à-dire un arrangement en vertu duquel le failli est replacé à la tête de ses affaires, ses créanciers lui accordent des délais et le plus souvent même une remise partielle de ses dettes. Le droit commun exigerait le consentement de tous les créanciers dont les droits doivent être restreints. Avec cette condition, tout concordat serait à peu près impossible : aussi la loi permet-elle à la majorité de lier la minorité, en prenant diverses précautions pour que les intérêts de celle-ci ne soient pas injustement sacrifiés (par exemple l'homologation du tribunal). Le failli ne doit pas non plus être indigne de la faveur qui lui est faite, Cf. art. 518. — En l'absence de concordat, les créanciers sont de plein droit en état *d'union* (art. 529); le syndic liquide l'actif et le répartit entre les créanciers. Le failli reste

Source BIU Cujas

tenu tant que ceux-ci ne sont pas entièrement désintéressés. — Une troisième solution est possible, c'est le *concordat par abandon d'actif* (art. 541, al. 2 et suiv.). L'actif abandonné est liquidé suivant les règles de l'union, mais le failli obtient remise du surplus de ses dettes dans les termes de l'arrangement intervenu entre lui et ses créanciers.

Au point de vue de l'appréciation à faire de sa conduite, le failli peut se trouver dans trois situations différentes. La plus grave est celle de l'homme auquel on peut reprocher de véritables fraudes destinées à dissimuler son actif ou à augmenter son passif (art. 591); il se rend ainsi coupable du crime de *banqueroute frauduleuse*, puni des travaux forcés à temps (art. 420, C. pén.). Les fautes commises par le failli constituent ou peuvent constituer, suivant les cas, le délit de *banqueroute simple* (art. 585 et 586, C. com.), puni d'un mois à deux ans de prison. Enfin le failli, auquel on ne peut reprocher aucune fraude ou faute entraînant la banqueroute frauduleuse ou la banqueroute simple, n'encourt pas de peine proprement dite, mais subit des incapacités et des déchéances assez nombreuses qui ne cessent que par la *réhabilitation* (art. 604 et suiv.).

Si la faillite est l'état du commerçant qui cesse ses paiements, la *déconfiture* est la situation d'un non-commerçant qui est dans l'impossibilité de tenir ses engagements (Cf. art. 1276, 1446, 1613, 1865-3°, 1913, 2003, 2032, C. civ.). Il n'y a pas seulement une différence de mots; les deux situations n'entraînent pas du tout les mêmes conséquences. L'état de déconfiture n'est pas constaté par un jugement *ad hoc* produisant un effet absolu à l'égard de tous les intéressés; il n'y a ni dessaisissement, ni procédure d'ensemble; les créanciers n'ont pas de mandataire commun; chacun pourvoit à ses intérêts comme il l'entend et on ne met pas les créanciers absents ou inconnus en demeure de faire valoir leurs prétentions. Les actes préjudiciables faits par le débiteur peuvent seulement être attaqués par l'action paulienne. Les créanciers sont libres d'accorder des délais ou des remises à leur débiteur, mais chacun ne le fait que si cela lui convient et aucune majorité ne peut lier la minorité. A ce point de vue le non-commerçant est dans une situation plus défavorable que le commerçant; mais aussi n'est-il pas exposé aux

Source BIU Cujas

peines et n'encourt-il pas les déchéances prononcées contre le failli.

Ces profondes différences établies par la loi entre deux situations qui impliquent le même élément de fait essentiel, à savoir l'impossibilité et le refus fait par un débiteur de tenir ses engagements, se justifient-elles rationnellement? C'est douteux. La nature des opérations commerciales, le crédit qu'elles exigent et les risques qu'elles entraînent, peuvent expliquer que la loi soit à la fois rigoureuse et favorable pour le débiteur; de même on comprend que les créanciers d'un commerçant plus nombreux, souvent éloignés, aient besoin d'une protection particulière. Mais ce que l'on comprend moins, c'est l'absence d'une protection sérieuse pour les créanciers d'un non-commerçant. La déconfiture aurait besoin d'être réglementée, quand même on voudrait maintenir de grandes différences entre elle et la faillite (1); des individus ou des sociétés peuvent se livrer à des opérations très importantes et très chanceuses qui ont un caractère civil, qui, par suite, ne les exposent pas à la faillite (2), ce qui est regrettable. Nous nous bornons à cette indication sur cette question fort importante, mais qui touche à la législation civile plus qu'à la législation commerciale.

968. Nous diviserons ainsi la matière : CHAP. I. *Déclaration de faillite : conditions, forme, effets.* — CHAP. II. *Des autorités et des personnes qui figurent dans une faillite* (tribunal de commerce, juge-commissaire, syndics, masse des créanciers, failli). — CHAP. III. *Administration de la faillite et procédure destinée à en préparer la solution.* — CHAP. IV. *Diverses solutions de la faillite* (concordat simple, union, concordat par abandon d'actif). — CHAP. V. *Droits réels et droits de créance qu'on peut faire valoir dans une faillite* (revendications, droits de la femme, etc.). — CHAP. VI. *Situation personnelle du failli* (incapacités, banqueroute simple, banqueroute frauduleuse, réhabilitation). — *Appendices :* A. *Faillite des sociétés.* B. *Situation des étrangers et conflits de lois en matière de faillite.*

(1) Dans notre ancien droit, la faillite n'était pas une institution exclusivement commerciale (Ordonn. de 1673, tit. XI, art. 1-3); dans plusieurs pays étrangers, le régime de la faillite s'applique aux non-commerçants comme aux commerçants (Allemagne, Angleterre, Autriche-Hongrie).

(2) On peut citer les sociétés formées pour l'exploitation des mines, l'achat et la revente des immeubles, Cf. *Suprà*, n° 21.

Source BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

DÉCLARATION DE FAILLITE : CONDITIONS, FORME, EFFETS (1).

969. L'état de faillite produit de graves conséquences pour l'avenir et pour le passé, aussi cet état doit-il être constaté par une *déclaration* du tribunal de commerce (art. 440) qui intervient dans des circonstances diverses. D'où une division tripartite du sujet : Section Ire. *Dans quelles conditions est possible une déclaration de faillite.* — Section II. *Du jugement déclaratif.* — Section III. *Des effets de la déclaration de faillite.*

Section Ire. — A quelles conditions est possible une déclaration de faillite.

970. *Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite*, art. 437, al. 1. Pour qu'il puisse y avoir faillite, il faut donc que le débiteur : 1° soit commerçant ; 2° ait cessé ses paiements. Nous allons examiner successivement ces deux conditions.

971. A. *Qualité de commerçant.* — Dans notre législation, les commerçants seuls peuvent être en faillite (n° 967) et, précisément à cause de cela, la question de savoir si un individu est ou non commerçant, se présente quelquefois à propos d'une demande en déclaration de faillite. Pour la résoudre, nous renvoyons aux explications données précédemment (n°s 45-49). Nous n'insistons ici que sur quelques points importants.

Ceux qui font des opérations commerciales au nom et pour le compte d'autrui, ne sont pas des commerçants et ne peuvent être déclarés en faillite, ce qui s'applique aux divers *préposés*, aux administrateurs ou directeurs des sociétés anonymes, Cf. n° 466. On peut aussi être tenu d'obligations commerciales nombreuses et importantes sans être à proprement parler commerçant et sans être, par suite, exposé à la faillite. Cf. ce que nous avons dit au sujet du mari de la femme commerçante (n° 69 *in fine*), du commanditaire qui s'immisce dans la gestion (n° 161). Les fondateurs ou adminis-

(1) C. com. art. 437 à 449, 580 à 582, 635.

Source BIU Cujas

trateurs d'une société anonyme déclarés responsables du passif social à raison d'une nullité de la société (n° 274) ne deviennent pas par cela seul des commerçants passibles d'une déclaration de faillite.

Il va sans dire que, pour pouvoir être déclaré en faillite, il ne suffit pas de se conduire comme un commerçant, il faut avoir la *capacité* de faire le commerce. L'incapable qui se livre à des opérations commerciales, ne s'oblige pas commercialement et ne peut être déclaré en faillite, ce qui s'applique au mineur, à la femme mariée, à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui ont agi sans être autorisé régulièrement ; ils peuvent être obligés dans la mesure de l'enrichissement retiré par eux (art. 1312, C. civ.), mais cette obligation n'a rien de commercial. Cf. n° 57. Il y a certaines personnes auxquelles le commerce est interdit comme peu compatible avec les exigences de leur profession. Ces personnes ne sont pas incapables, elles s'obligent valablement par les actes de commerce qu'elles font, elles peuvent donc être, le cas échéant, traitées comme des commerçants et déclarées en faillite. Cf. n° 51.

La faillite s'applique : 1° aux *sociétés* qui font le commerce comme aux individus, Cf. n° 119. L'adoption d'une forme commerciale par une société qui se livre à des opérations civiles produit certaines conséquences importantes : elle n'en fait pas une société commerciale et, par conséquent, ne la soumet pas au régime de la faillite, Cf. n° 318; 2° aux *étrangers* comme aux Français. — Nous indiquerons sommairement dans deux *appendices* ce qu'il y a de particulier dans ces deux cas.

972. B. *Cessation de paiements.* — Pour être déclaré en faillite, le commerçant doit *avoir cessé ses paiements*. La loi s'attache avec raison à un fait extérieur dont la constatation est possible, non à l'état réel de la fortune du commerçant, qui ne pourrait être connu que par une véritable liquidation. Les tribunaux sont laissés libres d'apprécier les circonstances de chaque affaire et de décider s'il y a ou non une cessation de paiements pouvant motiver une déclaration de faillite. Il n'y a donc aucune règle à poser quant au nombre et à l'importance des refus de paiements, les circonstances étant extrêmement variables. Les tribunaux verront s'il n'y a qu'un em-

Source BIU Cujas

barras momentané dont le débiteur triomphera probablement ou, au contraire, une situation plus grave, la ruine ou au moins l'ébranlement du crédit. Les juges du fond constatent souverainement les faits caractéristiques de l'état de cessation de paiements quant à leur existence matérielle et quant à leur influence sur la situation commerciale du débiteur (1).

Le plus souvent, le mauvais état des affaires d'un commerçant est facile à constater, par exemple, par des protêts, des assignations, des jugements de condamnation, des saisies. En l'absence même de ces actes, l'impossibilité pour le débiteur de faire face à ses engagements pourrait résulter d'autres circonstances, notamment de sa disparition et de la fermeture de ses magasins ou encore d'un aveu fait par lui dans une circulaire par laquelle il demande des délais ou des remises à ses créanciers.

Le refus de paiement doit impliquer impossibilité de payer ou mauvais vouloir; il n'a aucune signification s'il concerne une dette non liquide ou contestable dans son principe. On s'est demandé s'il fallait tenir compte de la nature des dettes. Un commerçant peut ne pas avoir seulement des dettes commerciales, mais aussi des dettes civiles (Cf. nº 36). Le refus de payer celles-ci peut-il suffire pour motiver une déclaration de faillite? La négative est généralement admise aujourd'hui par la doctrine et la jurisprudence. La faillite est un événement de la vie commerciale; tant que celle-ci n'est pas troublée, il n'y a pas lieu de déclarer la faillite. Le Code de 1807 parlait du *refus d'acquitter des engagements de commerce* (anc. art. 441); cette mention ne se retrouve pas dans le Code actuel, parce qu'on a supprimé l'énumération des faits révélant la cessation des paiements dans le but de laisser plus de latitude aux juges. Rien n'indique que, sur le point qui nous occupe, on ait eu en 1838 une idée autre qu'en 1807.

973. *Faillite après décès.* — La loi de 1838 a comblé une lacune du Code de 1807 en prévoyant cette hypothèse : *la faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès lorsqu'il est mort en*

(1) La faillite étant déclarée, les tribunaux ont à préciser l'époque où a eu lieu la cessation des paiements pour déterminer l'étendue de la période suspecte. Cf. art. 441 et ci-après.

Source BIU Cujas

état de cessation de paiements, art. 437, al. 2. La jurisprudence l'avait déjà admis; à cette objection qu'il ne peut y avoir de faillite sans failli, elle avait répondu avec raison que si certaines des dispositions légales sur la faillite concernent la personne du failli, un bien plus grand nombre concernent les biens, leur administration, le sort des actes du débiteur, l'ordre à établir entre les divers ayant-droit, etc.; la mort du débiteur n'empêche pas d'appliquer ces dernières dispositions et ne doit pas priver les créanciers du bénéfice qu'ils retirent de leur application.

La loi exige expressément que le débiteur soit mort en état de cessation de paiements pour que sa faillite puisse être déclarée. Il résulte de là, ce qui est fâcheux, que, si un commerçant se tue précisément parce qu'il se voit à la veille de cesser ses paiements, il ne peut être déclaré en faillite.

La loi n'a pas voulu qu'une faillite pût survenir trop longtemps après la mort d'un commerçant : *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*, art. 437, al. 3. La distinction faite ici par la loi ne peut être bien comprise que quand on connaît les diverses circonstances dans lesquelles peut se produire une déclaration de faillite. V. ci-après, nos 977 et suiv.

974. *Faillite après cessation de commerce.* — De même qu'un individu peut être déclaré en faillite après sa mort, il peut l'être alors qu'il n'est plus commerçant, à la condition que la cessation des paiements remonte à une époque où il était encore commerçant. La solution n'est pas douteuse, bien que l'hypothèse ne soit pas prévue par la loi : ce silence du législateur fait qu'il n'y a aucun délai particulier dans lequel la déclaration de faillite doive être prononcée ou demandée, à la différence de ce qui a lieu pour le cas de décès.

Section II. — Du jugement déclaratif de faillite.

975. Le jugement qui intervient pour déclarer la faillite soulève diverses questions que nous examinerons dans l'ordre suivant : A. *Du tribunal compétent pour le rendre;* B. *Dans quelles circonstances le tribunal est appelé à déclarer la faillite;* C. *Du caractère du*

Source BIU Cujas

jugement déclaratif et des dispositions qu'il contient; D. *De la publication et de l'exécution de ce jugement;* E. *Des voies de recours dont il est susceptible.*

976. A. DU TRIBUNAL COMPÉTENT POUR DÉCLARER LA FAILLITE. — D'après l'art. 440, *la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce*, aj. art. 635. Cette compétence est toute naturelle : des commerçants peuvent mieux que d'autres apprécier la situation du débiteur, la gravité du refus de paiements. Du moment qu'il y a des juges spéciaux pour les affaires commerciales, on ne concevrait guère que les questions relatives à la faillite, c'est-à-dire à l'événement le plus grave de la vie commerciale, ne leur fussent pas dévolues. Des divers tribunaux de commerce, c'est celui du domicile du débiteur qui est compétent, puisqu'il s'agit d'une mesure qui touche à son état; c'est au domicile, ou lieu du principal établissement, que se trouvent à la fois les éléments d'appréciation nécessaires pour rendre la décision et les moyens de l'exécuter, aj. art. 438, al. 1, art. 440 cbn. Si, comme cela arrive fréquemment, un commerçant a plusieurs établissements commerciaux ou industriels, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel se trouve le principal. Cf. art. 102, C. civ.

Un individu n'ayant qu'un domicile et le tribunal du domicile étant seul compétent, il s'ensuit que pour le même individu il ne peut y avoir qu'une déclaration de faillite et qu'une procédure de faillite. La loi a voulu que la situation du débiteur fût réglée dans son ensemble; la coexistence de plusieurs faillites entraînerait forcément une aggravation de frais, souvent des complications inextricables et des décisions contradictoires. Si, en fait, plusieurs tribunaux ont prononcé la faillite d'un même débiteur, il y a lieu de procéder par voie de règlement de juges conformément à l'art. 363, C. pr. civ., ou d'attaquer ceux de ces jugements qu'on prétend avoir été rendus par des tribunaux incompétents (1). Quand la faillite d'une personne a été prononcée par le tribunal compétent, tant que ce jugement produit ses effets, il ne peut y avoir une nouvelle déclaration de faillite pour la même personne; elle ferait double emploi.

(1) Ch. req. 9 août 1881, D. 1882. 1. 408; Rouen, 11 juillet 1874, S. 1875. 2. 236.

Source BIU Cujas

La jurisprudence admet, en principe, cette doctrine; elle y déroge dans le cas suivant. Un individu, après avoir été déclaré en faillite dans un lieu, se transporte dans un autre et s'y livre à de nouvelles opérations commerciales qui ne réussissent pas mieux que les premières. Peut-il être l'objet d'une seconde déclaration de faillite ? La jurisprudence admet l'affirmative par ce motif qu'il y a là deux masses absolument distinctes dont les intérêts peuvent être réglés par deux tribunaux différents (1). Nous n'approuvons pas cette solution et nous croyons qu'il n'y a pas de raison décisive pour déroger à la règle que nous avons posée sur l'unité de la faillite; il n'y a qu'un failli et qu'un patrimoine : ce patrimoine comprend les biens présents et à venir du débiteur (art. 443, C. civ.); la procédure de la première faillite comprenait donc les opérations qui ont été faites postérieurement par le failli et les intérêts des créanciers qui ont traité à l'occasion du nouveau commerce peuvent être sauvegardés, qu'il y ait une seule procédure de faillite ou qu'il y en ait deux.

977. B. Dans quelles circonstances le tribunal est appelé a déclarer la faillite. — L'art. 440, les indique ainsi : *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.* Il y a donc trois hypothèses à examiner.

978. 1° *Faillite prononcée sur l'aveu du failli.* — Le législateur a pensé que, la situation d'un commerçant étant embarrassée, il était d'intérêt général que cette situation fût connue le plus tôt possible pour que l'on pût prendre des mesures destinées à assurer la conservation de l'actif; aussi le Code impose au débiteur le devoir de faire connaître sa position. Voici ce que porte l'art. 438, al. 1 : *tout failli sera tenu, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration* (2) *au greffe du tribunal de commerce de son domicile. Le jour de la cessation de paiements sera compris*

(1) Paris, 30 août 1867, D. 1868. 2. 113 et S. 1868. 2. 349; Ch. req. 8 mai 1878, D. 1879. 1. 101 et S. 1878. 1. 309.

(2) On voit que l'expression *déclaration de faillite* n'a pas toujours le même sens; elle désigne ordinairement la décision judiciaire qui seule peut constater en droit l'existence de la faillite; quelquefois, comme ici, elle désigne la déclaration que doit faire le commerçant en état de cessation de paiements et qui doit être suivie d'un jugement, Cf. art. 440. Nous parlons de l'*aveu* du débiteur pour éviter l'équivoque.

Source BIU Cujas

dans les trois jours. Le débiteur doit en même temps donner des renseignements sur sa situation et les circonstance qui l'ont amenée. *La déclaration du failli devra être accompagnée du dépôt du bilan* (1), *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* (art. 439). La loi a assuré la sincérité du bilan en punissant sévèrement le failli qui dissimule une partie de son actif ou se reconnaît frauduleusement débiteur de sommes qu'il ne doit pas (art. 591, aj. art. 518).

Faute d'avoir déclaré sa faillite et déposé son bilan dans le délai prescrit, le failli *peut* être déclaré banqueroutier simple (art. 586-4°); de plus, il ne peut être affranchi par le tribunal du dépôt ou de la garde de sa personne (toujours admis même depuis la suppression de la contrainte par corps), art. 456. Cette double sanction n'est pas très-efficace et depuis que les commerçants n'ont plus intérêt à recourir à la faillite pour se soustraire à la contrainte par corps, le nombre des faillites déclarées sur l'aveu du débiteur a beaucoup diminué.

L'aveu du débiteur doit-il entraîner nécessairement la déclaration de faillite? nous croyons qu'il faut distinguer. L'aveu du débiteur ne suffit pas à établir l'existence de la première condition qui est la qualité de commerçant (n° 971); le tribunal pourra donc refuser de déclarer la faillite ou rapporter la déclaration faite, si l'on reconnaît que le débiteur n'est pas commerçant. Mais, ce cas écarté, nous pensons que l'aveu du débiteur est la meilleure preuve de la cessation des paiements, et que, par suite, il doit être suivi d'un jugement déclaratif. Nous n'admettrions pas des créanciers à prétendre que si le débiteur ne paie pas, c'est qu'il ne veut pas, qu'il a de quoi payer et que, par conséquent, il n'est pas vraiment en état de cessation de paiements. Sans doute, on peut concevoir qu'un débiteur de mauvaise foi ait intérêt à provoquer sa faillite pour obtenir de la majorité de ses créanciers des concessions qu'il ne

(1) Depuis longtemps *déposer son bilan* est synonyme de *déclarer sa faillite*.

Source BIU Cujas

peut obtenir de l'unanimité. La minorité ne sera pas sacrifiée pour cela; elle sera protégée autrement. Quand il s'agira de statuer sur l'homologation du concordat, on examinera les causes de la cessation des paiements, on verra si elle provient de mauvais vouloir ou d'un calcul frauduleux; des poursuites criminelles pourront être exercées si le failli a détourné son actif; mais le fait de la faillite n'en est pas moins constant.

979. 2° *Faillite prononcée à la requête des créanciers.* — Souvent le débiteur ne se conforme pas à la prescription de la loi qui lui impose de faire connaître dans les trois jours la cessation de ses paiements; ses créanciers ne devaient pas être laissés à sa discrétion. La faculté pour eux de demander la déclaration de faillite était la sauvegarde naturelle et nécessaire de leurs droits.

La loi ne faisant aucune distinction (art. 440), il faut dire que la faillite peut être provoquée par *tout créancier*, quel que soit le montant de sa créance, qu'il soit ou non muni de sûretés particulières, quelles que soient les relations de parenté qui peuvent exister entre le créancier et le failli (1). Nous avons vu que la cessation de paiements, au sens légal, supposait des dettes commerciales en souffrance (n° 972); mais, le fait s'étant produit, rien n'empêche qu'il soit invoqué par celui dont la créance est civile. — La déclaration de faillite est une mesure conservatoire que peut provoquer un créancier à terme ou conditionnel, Cf. art. 1180, C. civ. Du reste, ici l'action du créancier a pour but la sauvegarde non seulement de son intérêt propre, mais aussi de l'intérêt commun. Comment ne pourrait-il pas attirer sur la situation du débiteur l'attention du tribunal qui pourrait même se saisir d'office? — On ne peut non plus objecter au créancier qui agit, qu'il est le seul créancier connu et que l'organisation de la procédure suppose la pluralité de créanciers. Ce que la loi a dû envisager, c'est moins le nombre des créanciers que la situation du débiteur. Le créancier, qu'on suppose seul, peut avoir un grand intérêt à faire prononcer la faillite pour assurer la conservation de l'actif par des mesures d'en-

(1) Les lois sur la contrainte par corps (Lois du 17 avril 1832, art. 19, et du 13 décembre 1848, art. 10) avaient admis certaines restrictions qu'on ne peut sous-entendre en l'absence de tout texte.

Source BIU Cujas

semble, amener l'annulation d'actes commis à son détriment; les autres créanciers ont peut-être été désintéressés avec son argent. Sans doute, la loi a eu en vue le cas le plus fréquent, celui où il y a plusieurs créanciers ; certaines de ses dispositions pourront se trouver sans effet s'il y a un créancier unique, mais cela importe peu. Du reste, on ne peut jamais affirmer qu'il n'y a qu'un créancier; les mesures de publicité qu'amène la faillite, en feront peut-être surgir d'autres.

Les créanciers saisissent ordinairement le tribunal par une assignation donnée au débiteur; c'est la voie normale, qui sauvegarde les droits de celui-ci mis ainsi en demeure de faire valoir ses objections à la demande.— Si le débiteur est mort, l'assignation doit être donnée dans l'année du décès (art. 437, al. 3 et plus haut n° 973).

On admet que les créanciers peuvent procéder autrement, adresser une requête au tribunal de commerce pour lui demander de déclarer la faillite, sans mettre en cause le débiteur. Ce qui force à reconnaître la régularité de cette procédure, c'est la faculté donnée au tribunal de statuer d'office (n° 980); la mise en cause du débiteur n'est donc pas indispensable. Il n'en est pas moins vrai qu'elle est, en général, désirable, que le tribunal doit être très circonspect en pareille matière et qu'en cas de doute, il fera bien d'ordonner que le débiteur soit mis en demeure de présenter ses observations.

Le tribunal saisi d'une demande en déclaration de faillite, doit naturellement vérifier d'abord si le demandeur est vraiment créancier, puis si le débiteur est commerçant et en état de cessation de paiements. Ces diverses questions étant résolues affirmativement, le tribunal doit-il prononcer nécessairement la faillite? nous le croyons ; cette solution résulte du texte et de l'esprit de la loi qui ne supposent aucun pouvoir discrétionnaire au profit du tribunal (Cf. art. 437 et 440). A tort ou à raison, le législateur a pensé que la procédure organisée par lui pour le cas de cessation des paiements donnait toute satisfaction aux divers intérêts engagés; les tribunaux n'ont pas le droit de substituer leur prévoyance à la sienne, de refuser de déclarer la faillite en considération des causes qui ont amené la cessation des paiements ou de l'intérêt qu'auraient les créanciers à ce qu'elle ne fût pas prononcée (p. ex. parce qu'une

Source BIU Cujas

procédure de liquidation offrant des garanties suffisantes a été organisée). Les tribunaux de commerce de quelques grandes villes, frappés sans doute des défectuosités de la loi, ont rendu à cet égard des décisions qui en constituent la violation manifeste (1).

980. 3° *Faillite déclarée d'office.* — Contrairement au principe général d'après lequel les tribunaux ne statuent que quand ils sont *saisis*, le tribunal de commerce peut déclarer la faillite *d'office*. Le législateur lui a conféré ce droit pour le cas où, la cessation des paiements étant notoire, il n'y aurait pas de créanciers sur les lieux et pour le cas où ces créanciers seraient de connivence avec le débiteur. Le tribunal doit user de ce pouvoir avec la plus grande prudence et seulement quand l'intérêt public ou l'intérêt commun des créanciers l'exige (2). — S'il s'agit d'un commerçant décédé, la déclaration de faillite ne peut être prononcée d'office que dans l'année de son décès (art. 437 dern. al.). V. n° 973.

981. Du caractère du jugement déclaratif et des dispositions qu'il contient. — Le jugement déclaratif a le caractère particulier qu'il produit effet à l'égard de tout le monde, *facit jus*, précisément parce qu'il s'agit d'organiser une procédure collective. C'est ce qui explique pourquoi, d'une part, des mesures de publicité sont immédiatement prises pour qu'il soit porté à la connaissance de tous les intéressés dont la plupart souvent n'ont pas été parties (art. 442 et ci-après n° 983) et pourquoi, d'autre part, des voies de recours sont ouvertes à tous les intéressés qui prétendraient qu'il a été rendu à tort (art. 580 et 581, ci-après n°s 984 et suiv.).

Le jugement déclaratif contient plusieurs dispositions qui se rattachent à la déclaration de faillite :

1° Il nomme un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics (art. 462). V. ci-après chap. II.

(1) V. notamment trib. com. de Marseille, 20 décembre 1881 et trib. com. de Lyon, 4 mars 1882, *Journal des Faillites*, 1882, p. 542 et 138. V. au contraire Caen, 5 avril 1881, S. 1881. 2. 174 (arrêt posant nettement les principes).

(2) En général sur 100 faillites il y en a 6 ou 7 déclarées d'office. Le tribunal prononce spontanément ou sur *avis du parquet;* il s'agit d'un avis tout officieux, puisque le ministère public n'a pas le droit de demander la déclaration de faillite ou de requérir devant le tribunal de commerce ; il avertit le tribnnal qu'il a commencé des poursuites (escroquerie, abus de confiance) contre un négociant dont la cessation de paiements est flagrante.

Source BIU Cujas

2° Il prescrit des mesures relatives aux biens et à la personne du failli : apposition des scellés, incarcération, etc. (art. 455-456 ci-après, chap. III.

3° Il fixe la date de la cessation des paiements (art. 441). Ce dernier point a une importance capitale et doit être étudié spécialement.

982. *De la date de la cessation de paiements et de sa fixation.* — Le jugement déclaratif constate qu'il y a cessation de paiements; cette cessation n'est pas constatée par le tribunal au moment même où elle se produit; par la force des choses, elle est plus ou moins antérieure au jugement. En supposant que la loi soit exactement observée, ce qui est rare, le débiteur a trois jours pour faire l'aveu de sa situation (art. 438 et n° 978) et le jugement ne suit pas instantanément. Le plus souvent, quand le débiteur se décide à déposer son bilan, c'est assez longtemps après que l'embarras s'est produit et après avoir fait de vains efforts pour en triompher. De même, les créanciers ne connaissent pas toujours la situation dès qu'elle se produit ou ne s'en prévalent pas immédiatement. Enfin on comprend qu'il faudra un certain temps pour que le fait parvienne à la connaissance du tribunal et le décider à statuer d'office. La date de la cessation des paiements est très importante parce qu'elle sert à fixer les limites de ce qu'on appelle la *période suspecte;* nous avons déjà indiqué que les actes intervenus au cours de cette période sont soumis à un régime particulier de nullités (n° 967). Voici ce que dit la loi au sujet de la fixation de cette date : *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 des paiements. A défaut de détermination spéciale, la cessation de paiements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite* (art. 441).

Au moment où il déclare la faillite, le tribunal n'a pas ordinairement les éléments d'appréciation nécessaires pour fixer définitivement la date de la cessation des paiements; c'est l'examen des livres et de la correspondance qui permettra de le faire en connaissance de cause. Le jugement déclaratif fixera donc une date provisoire ou

Source BIU Cujas

renverra la fixation à une époque ultérieure. Pour le cas un peu extraordinaire où aucun jugement ne contiendrait cette fixation, l'art. 441 dispose que la cessation des paiements *sera réputée* avoir eu lieu le jour de la déclaration de faillite; c'est une sorte de fiction, puisque nous avons montré qu'en réalité, il y a toujours un intervalle plus ou moins long entre la cessation des paiements et la déclaration de faillite. Cette règle devrait forcément être modifiée s'il s'agissait d'une faillite déclarée après décès; cette déclaration n'étant régulière qu'à la condition que le commerçant soit mort en état de cessation de paiements (n° 973), c'est au jour de sa mort qu'il faut reporter la cessation des paiements à défaut d'une fixation expresse.

En ce qui concerne la fixation de la date de la cessation des paiements, nous croyons que le tribnnal de commerce a le même pouvoir d'appréciation et qu'il doit s'inspirer des mêmes idées que s'il s'agissait d'apprécier l'état des affaires du commerçant au point de vue d'une déclaration de faillite. Il y a seulement une différence entre les deux cas au point de vue de la preuve, en ce que, la faillite une fois déclarée, le tribunal a des éléments d'information qui lui manquent lorsqu'un créancier demande que son débiteur soit mis en faillite; il peut même se rendre compte de la signification de tel refus de paiement; était-il motivé par une contestation sur l'existence ou l'étendue de la créance ou au contraire par l'impossibilité réelle de payer? — L'embarras des affaires a pu durer longtemps avant qu'une déclaration de faillite n'intervînt. Le tribunal peut constater qu'il remonte à plusieurs années auparavant; rien ne limite son pouvoir à ce point de vue. La période suspecte peut donc avoir une très grande étendue, ce qui est de nature à entraîner des inconvénients pratiques; un grand nombre d'opérations diverses (ventes, achats, paiements, constitutions d'hypothèques, etc.) sont ainsi exposées à être annulées. Il est facile, en effet, de se rendre compte de l'opposition d'intérêts qui se produit pour cette fixation de la date de la cessation des paiements; les syndics, dans l'intérêt de la masse des créanciers, tâchent de la faire reculer afin d'amener l'annulation des divers actes par lesquels le failli a diminué son actif ou augmenté son passif; ceux qui ont traité avec le failli résistent

Source BIU Cujas

afin que les opérations conclues par eux ne soient pas mises en question. Le tribunal devrait statuer en recherchant d'après les circonstances quel est le jour où l'on peut dire qu'il y avait vraiment cessation des paiements, sans se préoccupper des conséquences qu'entraînera cette détermination. Souvent, au contraire, il s'en préoccupe et se laisse influencer par la faveur plus ou moins grande que méritent les actes dont le sort dépend de la fixation.

C'est sur le rapport du juge-commissaire que le tribunal de commerce fixe la date de la cessation des paiements, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée (art. 441). Ordinairement c'est le syndic qui, après examen des livres et papiers du failli, demande au tribunal de reporter à telle date l'ouverture de la faillite (1). Il peut le faire, croyons-nous, par voie de requête et il n'y a pas à objecter la crainte de surprises; le jugement sera publié (art. 442) et tous les intéressés pourront l'attaquer V. ci-après, nos 983, 984 et suiv.

983. D. Publication et exécution du jugement déclaratif. — Le jugement déclaratif de faillite et le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements produisent effet à l'égard de tout le monde (Cf. n° 981): aussi la loi prend-elle des mesures pour qu'ils parviennent à la connaissance des intéressés qui auront à s'y conformer ou qui pourront les attaquer. Voici ce que dispose à ce sujet l'art. 442 : *les jugements rendus en vertu des deux articles précédents* (l'art. 440 parle du jugement déclaratif et l'art. 441 du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements) *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'art. 42 du présent Code.* L'article ici visé se réfère à la publication des actes de sociétés et il a été abrogé par l'art. 65 de la loi du 24 juillet 1867 (V. plus haut, n° 130); mais cette abrogation ne saurait modifier notre art. 442. Le mode de publication prévu par ce dernier ar-

(1) C'est l'expression usitée dans la pratique ; elle se comprenait mieux sous l'empire du Code de 1807 que sous celui de la loi de 1838. Alors, en effet, on pouvait dire que la faillite s'ouvrait dès la cessation des paiements, puisque le dessaisissement datait de ce moment là (ancien art. 442), tandis qu'aujourd'hui il ne date que du jugement déclaratif (art. 443).

Source BIU Cujas

ticle est encore applicable ; un extrait des jugements dont il s'agit doit donc être affiché pendant trois mois dans la salle des audiences du tribunal de commerce et inséré dans les journaux.

L'accomplissement de ces formalités de publicité à cette importance qu'il fixe le point de départ des délais dans lesquels les jugements ainsi publiés peuvent être attaqués par les intéressés, art. 580 et ci-après, n° 986. L'absence de publication empêche donc les délais de courir, mais aucune autre conséquence n'est prévue par la loi. Ainsi ceux qui ont traité avec le failli depuis le jugement déclaratif, et dans l'ignorance de ce jugement non publié, ne sauraient prétendre que ce jugement ne leur est pas opposable ; le dessaisissement se produit de plein droit à la date du jugement et indépendamment de toute formalité, Cf. art. 443. Ils pourraient seulement demander des dommages-intérêts conformément au droit commun (art. 1382, C. civ.) à ceux auxquels est imputable le défaut de publication.

L'art. 440 dit du jugement déclaratif : *le jugement sera exécutoire provisoirement*. Cela est grave, puis qu'il s'agit d'un jugement qui peut avoir été rendu non seulement par défaut, mais même sans que le failli ait été appelé à fournir des explications. V. plus haut, n° 979. C'était nécessaire. Quand un commerçant est en état de cessation de paiements, il est urgent de prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt de la masse des créanciers et c'est cet intérêt qui explique que le jugement soit exécutoire nonobstant opposition et sans caution (1).

984. E. Voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite et contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements. — La loi a réglé cette matière, fort importante au point de vue pratique, dans les art. 580 à 582 dont les dispositions n'ont pas toute la clarté désirable. Nous allons examiner séparément ce qui concerne le jugement déclaratif de faillite et le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements et pour chacun d'eux nous déterminerons quelles personnes peuvent l'atta-

(1) De droit commun, les jugements des tribunaux de commerce sont exécutoires provisoirement *nonobstant appel* et, en principe, *à la charge de donner caution* (art. 439, C. pr. civ.) ; mais ils ne sont pas exécutoires nonobstant opposition.

Source BIU Cujas

quer et par quelles voies. Le Code de commerce ne parle que de l'*opposition* et de l'*appel;* le *recours en cassation* reste donc soumis aux règles ordinaires et nous n'en parlerons pas.

985. Voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite. — Ce jugement est susceptible *d'opposition* et *d'appel* de la part du failli ou de toute autre partie intéressée (Cbn. art. 580 et 583).

986. *Opposition.* — L'art. 580 dit simplement que le jugement déclaratif est susceptible d'opposition de la part du failli sans spécifier les circonstances dans lesquelles il peut se pourvoir de cette manière. La conséquence doit être qu'il faut appliquer le droit commun et que le failli peut former opposition quand il a été statué par défaut à son égard, mais seulement dans ce cas. L'opposition se conçoit donc toutes les fois que le failli n'a pas comparu, qu'il ait été assigné par un créancier ou que le tribunal ait prononcé la faillite d'office ou sur requête mais non si le jugement a été contradictoire ou s'il a été rendu sur dépôt de bilan, puisqu'il n'y a pas alors de défaillant; l'appel serait, dans ces deux derniers cas, seul recevable. — On s'est demandé si l'acquiescement du failli l'empêcherait de se pourvoir par la voie de l'opposition ou de l'appel; la jurisprudence admet l'affirmative, mais cette solution soulève des doutes sérieux, parce que l'ordre public est ici intéressé ; le jugement déclaratif entraîne des incapacités à la charge du failli et on ne peut acquiescer valablement à un jugement de ce genre, par exemple à un jugement qui prononce une interdiction.

L'art. 580 donne aussi le droit de former opposition à *toute autre partie intéressée*, précisément parce que le jugement produit effet *erga omnes*. Ces intéressés sont les créanciers et les personnes dont les droits peuvent être atteints par suite de la déclaration de faillite (p. ex. acquéreurs à titre gratuit ou onéreux dont les actes tomberont sous le coup de l'art. 446 ou de l'art. 447). Le droit d'opposition reconnu au failli est la faculté qui appartient de droit commun au défaillant; il n'en est pas de même du droit d'opposition admis pour les autres intéressés qui ne peuvent être considérés comme des défaillants, puisqu'ils n'ont pas été appelés dans l'instance et qu'ils n'avaient pas à y être appelés. Il s'agit plutôt d'une *tierce oppo-*

Source BIU Cujas

sition que la loi a restreinte dans d'étroites limites pour éviter les inconvénients d'une incertitude trop prolongée; l'art. 580, C. com., écarte donc ici l'application du principe général de l'art. 474, C. pr. civ.

L'opposition doit être formée par le failli *dans la huitaine* et par tout autre intéressé *dans le mois* de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites par le jugement, art. 580, Cf. plus haut n° 983; ces formalités constituent en quelque sorte une signification collective qui met tous les intéressés en demeure de se pourvoir s'ils n'acceptent pas le jugement. La différence de délais s'explique aisément ; le failli est toujours immédiatement averti de la déclaration de faillite et il peut facilement se décider sur le point de savoir s'il doit ou non se pourvoir. — Ces délais sont de rigueur et il n'y a lieu à aucune augmentation à raison des distances.

L'opposition est formée par acte signifié nécessairement au syndic qui représente la masse des créanciers et l'ensemble des intérêts se rattachant à la faillite; si la faillite a été déclarée à la requête d'un créancier, celui-ci doit être mis en cause.

987. *Appel.* — La loi n'a pas dit en termes formels que le jugement déclaratif est susceptible d'appel, mais c'est une voie de recours de droit commun qui doit être admise par cela seul qu'elle n'est pas exclue par la loi, aj. art. 582 et 583 cbn. D'après les principes généraux que nous appliquons dans le silence de la loi, le droit d'interjeter appel appartient à tous ceux qui ont été parties au procès et n'appartient qu'à eux; peu importe, du reste, qu'ils aient ou non exercé le droit d'opposition qu'ils pouvaient avoir. Conformément à cette idée, le failli peut toujours interjeter appel, puisqu'il peut être considéré comme ayant toujours été partie au jugement déclaratif, si celui-ci n'a pas été contradictoire, l'opposition et l'appel sont également recevables; pour avoir négligé l'opposition, le failli n'est pas privé du droit d'appeler. Le délai d'appel est de quinze jours, à compter de la signification en vertu de l'art. 582, al. 1, qui réduit ainsi le délai d'appel pour *tout jugement rendu en matière de faillite,* ce délai est augmenté d'un jour par cinq myriamètres pour les parties domiciliées à plus de cinq myriamètres du lieu où siège le tribunal (art. 582, al. 2). Pour la forme de l'appel, il n'y

Source BIU Cujas

a qu'à appliquer ce que nous avons dit au sujet de l'opposition (V. nº 986). Les créanciers et les autres intéressés ne peuvent interjeter appel qu'autant qu'ils ont été parties au jugement attaqué. Si donc ils ont formé opposition au jugement déclaratif et si leur opposition a été rejetée, ils pourront interjeter appel du jugement qui les a déboutés dans la quinzaine de la signification de ce jugement; s'ils n'y ont pas formé opposition, nous pensons qu'ils ne peuvent interjeter appel (1).

988. *Question commune à l'opposition et à l'appel.* — Le failli s'est pourvu par opposition ou par appel contre le jugement déclaratif. Pour quelles causes ce jugement peut-il être rapporté? Il devra l'être sans difficulté si le failli prouve que ce jugement ne devrait pas être rendu, par exemple parce qu'il n'était pas commerçant ou qu'étant commerçant, il n'avait pas cessé ses paiements, ou encore parce que le tribunal était incompétent. Mais il peut se faire que rien de semblable ne soit allégué, que le tribunal ait exactement apprécié la situation, telle qu'elle était au moment où il a été saisi, mais que le failli dise que la situation a changé, des ressources lui étant survenues, il a désintéressé ses créanciers, de telle sorte qu'il n'est plus en état de cessation de paiements. Dans ces circonstances, les juges saisis de l'opposition ou de l'appel peuvent-ils apprécier les choses comme entières, constater qu'effectivement il n'y a plus cessation de paiements et rapporter le jugement déclaratif? La jurisprudence peut être considérée comme fixée dans le sens de l'affirmative (2). La situation du commerçant qui, après avoir désintéressé ses créanciers ou s'être entendu avec eux, demande à être remis à la tête ses affaires, est sans doute favorable et la procédure de faillite paraît désormais sans objet puisqu'il n'y a plus de créanciers ou, tout au moins, qu'aucun d'eux ne réclame rien. On motive la solution en droit en disant que, par suite de l'opposition ou de l'appel, le point litigieux est remis en question et qu'ainsi les juges ont à se préoccuper de la situation telle qu'elle existe au moment où ils statuent. Nous doutons de l'exactitude de cette solution et nous résumons ainsi nos objections : on rétracte ou l'on réforme un juge-

(1) Rennes, 1er mai 1876, D. 1878. 2. 207.
(2) Ch. civ. c., 23 novembre 1881, D. 1882. 1. 265.

Source BIU Cujas

ment qui, en définitive, a été bien rendu, qui avait constaté une situation de fait réelle et on efface les conséquences de cette situation d'une manière non prévue par la loi (1).

989. VOIES DE RECOURS CONTRE LE JUGEMENT QUI FIXE LA DATE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS. — Souvent le fait même de la faillite n'est pas contesté, mais il y a des doutes sur l'époque à laquelle a commencé la cessation des paiements. Nous avons déjà vu qne la fixation de cette époque intéressait diverses personnes, les bénéficiaires et les victimes du régime de nullités organisé pour les actes qui se placent dans la période suspecte, Cf. n° 967, il faut y ajouter le failli qui soutiendrait avoir déposé son bilan dans le délai de l'art. 438 (n° 982) alors que le tribunal fait remonter la cessation des paiements à une date bien antérieure à cet aveu du failli. Quels moyens ont ces divers intéressés pour attaquer la décision rendue à ce sujet et dans quel délai doivent-ils en user? c'est ce que nous allons voir sommairement.

En ce qui touche l'*opposition*, l'art. 580 statue à la fois pour le jugement déclaratif et *pour celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation des paiements*; le failli et les autres intéressés ont le droit de former opposition, le premier dans la huitaine et les autres dans le mois de l'accomplissement des formalités de publicité. Nous n'avons qu'à renvoyer aux explications que nous avons données plus haut, n° 986.

990. L'art. 580 n'est malheureusement pas le seul qui règle l'opposition à former contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements; il y a encore l'art. 581 qui statue en ces termes: *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.* La loi a en vue ici les délais des art. 492, 493 et 497 qui expirent huit jours après la comparution du dernier créan-

(1) Pour le développement de notre opinion, V. *Précis de Droit commercial*, II, n° 2626.

Source BIU Cujas

cier vérifié. — Par suite de la combinaison des art. 580 et 581, il y aurait donc un double délai pour former opposition : 1° un délai fixe d'un mois pour les intéressés en général; 2° un délai variable qui part de la prononciation du jugement pour aller jusqu'à la fin de la procédure de vérification et d'affirmation des créances. Ce second délai ne concerne que les créanciers, les autres intéressés étant régis uniquement par l'art. 580. Quel est le plus long de ces deux délais? on ne peut le dire; suivant les cas, entre le jour de la publication du jugement en question et la clôture de la procédure de vérification et d'affirmation, il s'écoulera plus ou moins d'un mois. Comment donc fonctionnera ce double délai à l'égard des créanciers? C'est une question fort difficile et nous devons avouer que nous n'en connaissons pas de solution satisfaisante. Dans un système radical, on dit que les créanciers sont régis seulement par l'art. 581, ce qui supprime l'antinomie, mais on restreint arbitrairement la portée de l'art. 580 qui, après avoir mentionné le failli, parlant de *toute autre partie intéressée*, n'a pas pu ne pas avoir en vue les créanciers qui sont au premier chef parmi les intéressés. — Ceux qui laissent toute sa portée à l'art. 580 ne s'entendent pas sur la manière de le concilier avec l'art. 581. Les uns disent que l'art. 580 établit un délai maximum pour le droit d'opposition des créanciers; par cela seul qu'un mois se sera écoulé depuis la publication du jugement, les créanciers ne pourront plus former opposition quand même la procédure de vérification et d'affirmation durerait encore. Il n'y a pas de raison, dit-on, pour que les créanciers, au courant des incidents de la faillite, aient un délai plus long que les autres intéressés. Mais ils peuvent avoir un délai plus court, puisque leur droit d'opposition doit être exercé avant la clôture de la procédure de vérification et d'affirmation, quel que soit le temps écoulé depuis le jugement. L'art. 581 aurait donc pour effet de raccourcir, en certains cas, au détriment des créanciers, le délai donné à tous les intéressés par l'art. 580. Dans une autre opinion adoptée par plusieurs arrêts (1), le législateur n'aurait pas voulu placer les créanciers dans une situation plus défavorable que les autres intéressés, mais bien les avantager en leur permettant d'agir, d'abord et dans tous

(1) V. notamment, Orléans, 6 mars 1850, D. 1850. 2. 49.

Source BIU Cujas

les cas, dans le délai d'un mois, et même après l'expiration de ce délai si la procédure de vérification dure encore.

On comprendra mieux le jeu de ces différents systèmes par des dates. Un jugement a été rendu le 1er février pour fixer la date de la cessation des paiements; il a été publié le 4. Les intéressés, autres que les créanciers, ont jusqu'au 4 mars pour se pourvoir sans qu'il y ait à tenir compte de la procédure de vérification. Celle-ci a été close le 15 février : dans le premier et le second systèmes, les créanciers n'ont plus le droit de former opposition, dans le troisième, ils l'ont encore jusqu'au 4 mars. Si la clôture de la procédure de vérification arrive avant le 15 mars, le second système déclarerait les créanciers forclos à partir du 4 mars par application de l'article 580; le premier les admettrait à agir jusqu'au 15 parce que, d'après lui, ils sont régis seulement par l'art. 581; le troisième également, mais pour un autre motif, parce qu'il permet aux créanciers d'invoquer, suivant leur intérêt, l'art. 580 ou l'art. 581. Nous inclinerions vers le troisième système tout en reconnaissant qu'il ne cadre pas bien avec les termes absolus de la disposition finale de l'art. 581.

991. Les créanciers, dont nous venons de parler et dont le droit d'opposition est réglé par les art. 580 et 581 combinés, sont ceux qui agissent dans un intérêt collectif et sont représentés par le syndic. Si un créancier a un intérêt distinct de celui de la masse, si par exemple, il a reçu une hypothèque ou un gage pouvant tomber sous le coup de l'art. 446, c'est bien un *intéressé* au sens de l'art. 580 et il peut critiquer la fixation de la date de la cessation des paiements, mais seulement dans le délai imparti par cet article; il ne peut se prévaloir de la disposition de l'art. 581, qui ne concerne que les créanciers de la masse.

La date de la cessation des paiements ne se trouve donc définitivement fixée qu'après l'expiration des délais des art. 580 et 581; jusque-là elle peut être modifiée par le tribunal sur la demande du syndic ou des intéressés et même d'office (art. 541). La loi n'apporte aucune restriction à la faculté qu'elle accorde au tribunal de statuer d'office et nous en concluons que le tribuual pourrait modifier spontanément une première fixation qu'il aurait faite d'office

Source BIU Cujas

sans la qualifier de provisoire. La décision ainsi rendue d'office est publiée conformément à l'art. 442 et peut être attaquée par les intéressés dans les délais des art. 580 et 581.

991 *bis*. Pour la forme de l'opposition, il faut appliquer ce qui a été dit au sujet du jugement déclaratif de faillite, Cf. n° 986.

La loi n'a pas plus parlé de l'*appel* pour le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements que pour le jugement déclaratif; il faut poser les mêmes règles, Cf. n° 987.

Section III. — Des effets du jugement déclaratif de faillite.

992. Le jugement déclaratif est le point de départ de toute une procédure qui a pour but de conserver l'actif, de constater le passif, de rechercher les véritables causes de la faillite et de préparer la solution à adopter. V. chap. II et III. Il nomme un ou plusieurs syndics provisoires chargés d'administrer sous le contrôle du juge-commissaire nommé en même temps. De plus, par le fait même du jugement, certains effets sont produits de plein droit et sans qu'il en soit fait mention dans le jugement.

1° Le failli encourt certaines *incapacités* politiques ou autres qui ne cessent que par la réhabilitation. V. chap. VI.

2° Il est *dessaisi* de l'administration de tous ses biens, art. 443 et ci-après n°s 994 et suiv.

3° Le droit d'exercer des poursuites individuelles contre le failli est suspendu, ci-après n°s 1003 et suiv.

4° Les dettes non échues du failli deviennent exigibles, art. 444 et ci-après n°s 1005 et suiv. Cf. art. 1913, C. civ.

5° Le cours des intérêts des créances non garanties par un privilège, un nantissement ou une hypothèque, est arrêté à l'égard de la masse, art. 445 et ci-après, n°s 1010 et suiv.

6° La masse des créanciers a une hypothèque sur les immeubles du failli, art. 490, al. 3 et ci-après n°s 1014 et suiv.

7° A partir du jour du jugement déclaratif, on ne peut plus inscrire de privilège ou d'hypothèque du chef du failli, art. 448 et ci-après n°s 1017 et suiv.

En outre, la faillite influe sur les droits de certaines personnes dont les garanties ordinaires se trouvent effacées ou restreintes ou bien

Source BIU Cujas

subordonnées à des conditions spéciales (vendeur de meubles, bailleur d'immeubles, femme du failli), art. 450, 550, 557 et suiv., etc. — Nous avons déjà vu que la *faillite d'un associé* entraînait la dissolution de certaines sociétés (n° 332). — La faillite du mandant ou du mandataire entraîne la révocation du mandat (Cf. art. 2003, C. civ., qui parle seulement de la *déconfiture;* mais, par identité de raison, on applique sans hésiter sa disposition au cas de faillite). — Enfin le jugement déclaratif *clôt* les magasins du faillite, ce qui entraîne des conséquences importantes pour le règlement des droits de ceux qui ont expédié des marchandises ou des valeurs qui ne sont arrivées qu'après la faillite du destinataire, Cf. art. 574 et suiv. — Rappelons que la faillite peut donner lieu à des poursuites en *banqueroute simple* ou en *banqueroute frauduleuse*, Cf. art 585 et 586, 591.

Les nombreux effets qui viennent d'être indiqués, se réfèrent à l'avenir. Le jugement déclaratif produit aussi des effets dans le passé en ce sens qu'il est, comme il a déjà été dit, le terme d'une période plus ou moins longue, dite *période suspecte*, qui commence à la cessation des paiements et comprend même, suivant les cas, les dix jours précédents. Les actes intervenus pendant cette période sont soumis à un régime spécial de nullités (n°s 1024 et suiv.).

993. Des effets produits par la faillite il en est qui ne se conçoivent pas en l'absence d'un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce, telle est notamment l'organisation de la procédure même de la faillite, des agents et des autorités qui y prennent part. Il faut dire la même chose du *dessaisissement;* il suppose une administration organisée pour remplacer celle du failli qui disparaît. En est-il de même des effets qui se produisent de plein droit? Ne dérivent-ils pas de la cessation des paiements et ne peuvent-ils pas être admis par toute juridiction qui constate l'existence de la cessation des paiements, encore que cette cessation de paiements n'ait pas fait l'objet d'une décision *ad hoc* du tribunal de commerce compétent? La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens de l'affirmative et elle applique sa solution soit en matière civile, soit en matière pénale. Voici quelques conséquences de cette jurisprudence :

1° Les tribunaux civils peuvent reconnaître qu'un débiteur commerçant a, en réalité, cessé ses paiements et tirer les conséquences

Source BIU Cujas

légales de cette situation. Des applications de cette règle ont été fréquemment faites à propos des droits de la femme qui subissent des restrictions importantes en cas de faillite. V. notamment art. 563; les tribunaux appliquent ce dernier article encore que le mari n'ait été l'objet d'aucune déclaration de faillite, par cela seul qu'ils constatent qu'il est en état de cessation de paiements (1). On peut dire en faveur de cette doctrine que, d'après l'art. 437, al. 1, tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite ; la cessation des paiements est un pur fait dont le tribunal de commerce est appelé à constater l'existence pour déclarer la faillite, mais qui existe avant cette déclaration et indépendamment d'elle. Cf. les art. 438 et 439 qui, se plaçant à un moment où le tribunal de commerce n'a pas encore statué, parlent néanmoins de *failli* et de *faillite*.

2° Les juridictions de répression, saisies d'une poursuite en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse, sont compétentes pour décider que la qualité de *commerçant failli*, condition nécessaire de l'existence du délit ou du crime (art. 585 et 591), existe chez le prévenu ou l'accusé, encore qu'aucune déclaration de faillite n'ait été prononcée ou même que la juridiction commerciale compétente ait décidé qu'il n'y avait pas faillite. Suivant la jurisprudence, la faillite résulte de la simple cessation des paiements, c'est une simple question de fait que la juridiction de répression résout librement sans avoir à se préoccuper de ce qu'a pu faire ou ne pas faire la juridiction commerciale qui statue dans un ordre d'idées et d'intérêts tout différent. A moins d'un texte formel, dit-on, l'existence de l'action publique ne peut être subordonnée à l'existence d'une décision de la juridiction civile (2).

Surtout en ce qui concerne le second point, la jurisprudence, suivie d'ailleurs par un assez grand nombre d'auteurs, semble trop arrêtée pour qu'on puisse espérer un revirement. Nous nous bornons donc à constater en peu de mots un dissentiment absolu (3). Nous pensons que, toutes les fois que la loi parle de faillite, elle a

(1) Metz, 20 décembre 1865, D. 1866. 2. 10; Cass., 4 décembre 1854, D. 1855. 1. 20.

(2) Cass. 23 décembre 1880, S. 1882. 1. 435; 13 mai 1882, D. 1882. 1. 487.

(3) Pour la discussion complète de cette importante question, V. *Précis de Droit commercial*, II, nos 2647-2653.

Source BIU Cujas

en vue un certain état de choses constaté par le tribunal compétent qui a été seul chargé de ce soin par la loi. Tant que ce tribunal n'a pas statué, il n'y a ni faillite ni failli, et aucun autre tribunal ne peut, sous prétexte que la preuve de la cessation des paiements d'un commerçant lui serait fournie, appliquer les dispositions légales édictées pour le cas de faillite. Autrement on arrive à un résultat directement contraire à l'esprit de la loi qui a été que l'état de faillite existerait *erga omnes*. Les décisions qui constatent incidemment que tel individu est en faillite, n'auront qu'une autorité relative, conformément à l'art. 1351, C. civ., de telle sorte qu'un individu sera considéré comme étant en faillite à l'égard de certaines personnes et comme n'y étant pas à l'égard de certaines autres. On parle de l'indépendance des deux juridictions qui ont à pourvoir à des intérêts différents, à l'intérêt privé d'une part, à l'intérêt public d'autre part. Le législateur ne semble pas être parti d'une idée aussi radicale; la juridiction commerciale a aussi à pourvoir à l'intérêt public et des mesures ont été prises pour la répression des faits de fraude pouvant être commis à l'occasion des faillites, Cf. art. 515, 459, 483. Nous trouvons choquant qu'un individu soit condamné comme banqueroutier, alors qu'une décision passée en force de chose jugée a refusé de prononcer la faillite et est devenu obligatoire pour tous. Si l'on trouve que cette décision n'offre pas des garanties suffisantes, il faut retirer la connaissance des faillites aux tribunaux de commerce.

§ 1er. — Dessaisissement.

994. D'après l'art. 443, al. 1, *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;* les alinéas suivants appliquent cette règle générale aux actions en justice et aux voies d'exécution. Le dessaisissement est une mesure énergique destinée à protéger les créanciers contre tous les actes par lesquels leur débiteur pourrait diminuer son patrimoine. Nous allons rechercher : 1° à partir de quelle époque se produit le dessaisissement; 2° en quoi il consiste; 3° à quels biens il s'applique; 4° quelles

Source BIU Cujas

conséquences il entraîne spécialement pour les actions en justice.

995. 1° *A partir de quelle époque se produit le dessaisissement.*— C'est le Code de 1807 qui introduisit dans la législation l'idée du dessaisissement, mais en l'exagérant; d'après l'ancien art. 442, c'était de la cessation des paiements que datait le dessaisissement, on devait donc annuler tous les actes faits par le failli depuis cette époque qui peut être bien antérieure au jugement déclaratif, alors que les tiers avaient pu parfaitement ignorer la cessation des paiements. La règle était si exorbitante que la jurisprudence avait essayé de la tempérer au moyen de distinctions. La loi de 1838 a heureusement corrigé sur ce point le Code de 1807 en maintenant le dessaisissement, mais en ne le faisant dater que du jugement déclaratif (art. 443); il y a là un fait qui ne laisse place à aucune équivoque et qui est porté à la connaissance du public (Cf. n° 983).

996. C'est de plein droit que le jugement déclaratif produit le dessaisissement; il n'a pas à le prononcer et il ne pourrait l'empêcher. L'effet se produit d'une manière absolue et indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité, Cf. n° 983; il n'y a pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi de tiers. Le dessaisissement atteint la failli le jour de la déclaration de faillite et frappe, par conséquent, tous les actes intervenus ce jour-là, sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'ils sont antérieurs ou postérieurs au moment précis où le jugement a été rendu; les jugements ne mentionnent pas du reste l'heure où ils sont rendus, arg. art. 443 et 448.

997. 2° *En quoi consiste le dessaisissement et quelles conséquences il produit.* — Le législateur a voulu assurer aux créanciers la conservation de ce qui reste au débiteur et pour cela il a créé une situation qui n'a aucune analogie dans le droit civil. Le dessaisissement n'est pas une expropriation; le failli reste propriétaire et créancier; seulement l'exercice de ses droits de propriété ou de créance lui est enlevé pour être confié au syndic. Il n'y a mutation de propriété qu'au fur et à mesure des ventes qui pourront être opérées; si le failli est replacé à la tête de ses affaires, il recouvre l'exercice de droits qui n'ont pas cessé de reposer sur sa tête. C'est donc du chef du failli qu'agit le syndic, ce qu'on exprime souvent en disant que la masse est l'ayant-cause du failli (n° 1067); mais il

Source BIU Cujas

peut arriver aussi, comme on le verra (n° 1067) que la masse ait des droits propres.

Le dessaisissement n'équivaut pas non plus à une interdiction; la loi veut non pas frapper le failli d'une véritable incapacité, mais mettre la masse à l'abri des conséquences des actes qu'il pourrait faire. Les actes faits par le failli sont donc valables en eux-mêmes et il ne saurait en demander la nullité, mais ces actes ne produisent pas d'effet contre la masse. Celle-ci peut méconnaître les actes de disposition ou d'administration du failli, les engagements qu'il aurait contractés, les paiements qu'il aurait faits ou reçus; même les obligations résultant de faits illicites commis depuis la déclaration de faillite ne sauraient être exécutées sur l'actif de la faillite. Le dessaisissement produit non une incapacité, mais une indisponibilité à laquelle le failli ne peut porter atteinte d'aucune manière. — Par suite du dessaisissement, la compensation ne peut, à partir du jugement déclaratif, s'opérer au profit de celui qui est à la fois débiteur et créancier du failli, entre ce qu'il doit et ce qui lui est dû, soit qu'il s'agisse d'une dette réellement échue depuis la déclaration de faillite, soit, à plus forte raison, qu'il s'agisse d'une dette non échue et que la faillite seule a rendue exigible (art. 444). La compensation n'est, en effet, qu'un paiement abrégé et après la déclaration de faillite un paiement ne peut avoir lieu au détriment de la masse. On peut ajouter que, par suite de la faillite, la dette du failli a cessé d'être liquide et exigible, le créancier n'ayant droit qu'à un dividende dont le montant et le paiement sont subordonnés aux éventualités de la procédure. Enfin « celui qui étant débiteur est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, invoquer la compensation », art. 1298, C. civ.; on peut dire que la déclaration de faillite opère comme une saisie-arrêt au profit de la masse en rendant indisponibles les créances du failli.

998. 3° *A quels biens s'applique le dessaisissement.* — Malgré la formule très large de l'art. 443, qui parle de *tous les biens* du failli, même de ceux qui peuvent lui échoir postérieurement, quelques difficultés se sont élevées. Disons d'abord qu'il ne peut s'agir que du patrimoine du failli et qu'ainsi le dessaisissement ne comprend

Source BIU Cujas

pas les biens appartenant à d'autres personnes et que le failli pourrait être chargé d'administrer à un titre quelconque (mari, père, tuteur). Si le failli a non seulement l'administration, mais la *jouissance* de ces biens, la masse pourra profiter de cette jouissance à la condition d'en respecter les charges. On peut appliquer cela notamment à la jouissance légale qu'aurait le failli en vertu de l'art. 384, C. civ.; la masse ne pourrait se l'attribuer qu'en observant les dispositions de l'art. 385, C. civ. Ajoutons que la faillite peut amener la cessation de l'administration qu'a le failli, p. ex. en motivant une demande en séparation de biens de la femme (art. 1443, C. civ.), une destitution de la tutelle ou de l'administration légale (Cf. art. 444-2°, C. civ.).

Le dessaisissement comprend tous les biens meubles et immeubles du failli, qu'ils se rattachent ou non à son commerce. C'est une conséquence de l'indivisibilité de l'état de faillite et de l'indivisibilité du patrimoine ; c'est le patrimoine tout entier qui sert de gage à tous les créanciers (Cf. art. 2092 et 2093, C. civ.).

999. Malgré la généralité des termes de l'art. 443, on s'est demandé si certains biens du failli n'échappaient pas au dessaisissement. Le jugement déclaratif peut être considéré comme opérant au profit des créanciers une sorte de saisie générale sur tous les biens du failli ; ne résulte-t-il pas de là que les biens, qui sont soustraits par la loi au droit de saisie, sont par cela même soustraits au dessaisissement ? La question se pose dans plusieurs hypothèses. L'art. 592, C. pr. civ., énumère un certain nombre d'objets qui ne peuvent être saisis pour des raisons d'humanité : coucher nécessaire au saisi, livres ou outils nécessaires à sa profession, menues provisions, etc. Le dessaisissement comprend-il ces objets ? nous le croyons, non à cause des termes généraux de l'art. 443, mais parce que la loi des faillites s'est préoccupée des considérations qui ont inspiré l'art. 592, C. pr., et y a donné satisfaction d'une autre façon (Cf. art. 469 et 474, C. com.). — Le dessaisissement doit être considéré comme ne s'appliquant aux pensions et traitements dus par l'Etat que dans la mesure où la loi et les règlements permettent de les saisir (art. 580, C. pr.). — La question qui, dans cet ordre d'idées, est le plus vivement discutée, concerne

Source BIU Cujas

les *rentes sur l'Etat*. Supposons qu'il y a des rentes sur l'Etat immatriculées au nom du failli; sont-elles comprises dans le dessaisissement? Pour comprendre la question, il faut admettre comme point de départ cette règle suivie sans difficulté par la pratique que les *rentes sur l'Etat sont insaisissables;* (on la fait résulter de la combinaison de la loi du 8 nivôse an VI, art. 4, et de la loi du 22 floréal an VII, art. 7). Cela étant, les créanciers qui, comme le dit l'*exposé des motifs* de la loi de l'an VI, n'ont pas dû compter sur cette partie du patrimoine de leur débiteur, qui ne peuvent pas saisir individuellement les rentes qui lui appartiennent, peuvent-ils prétendre que le dessaisissement s'y applique? Cela paraît contraire à l'idée d'insaisissabilité; mais il est souverainement choquant qu'un failli puisse conserver en son nom un titre de rente sur l'Etat acquis peut-être avec l'argent de ses créanciers. Aussi comprend-on à la rigueur que la Cour de cassation, qui avait d'abord jugé que le principe qui soustrait les rentes sur l'Etat à toute espèce de mainmise de la part des tiers, n'est pas modifié par l'état de faillite du propriétaire de la rente (1), soit revenue sur cette décision et se soit efforcée de concilier l'insaisissabilité des rentes sur l'Etat avec le droit pour les syndics de vendre les titres qui sont au nom du failli (2). Suivant elle, il ne faut pas confondre la saisie, dont les rentes sont affranchies, avec la mainmise produite par le dessaisissement; celle-ci peut bien être suivie de l'aliénation des rentes dépendant de l'actif, mais alors c'est au nom du failli et comme ses mandataires légaux que procèdent les syndics. Il y a là, croyons-nous, un abus de mots; les syndics en aliénant sont moins les mandataires du failli que ceux des créanciers; quand un créancier fait une saisie-arrêt, c'est bien aussi du chef de son débiteur qu'il agit. Nous ne comprenons pas pourquoi la loi aurait défendu la saisie-arrêt aux créanciers du rentier, tout en leur permettant de faire vendre à leur profit les titres de rente dont ils arriveraient à se saisir.

(1) Cass. 8 mai 1854, D. 1854. 1. 146.

(2) Ch. civ. r. 8 mars 1859 (ap. délibéré en Chambre du Conseil), D. 1859. 1. 145 et. J. d. P. 1869, p. 545, note importante de M. Labbé; il admet la solution, mais regrette les motifs donnés par l'arrêt.

Source BIU Cujas

1000. Le dessaisissement s'applique non seulement au patrimoine tel qu'il existe lors du jugement déclaratif, mais encore aux biens qui peuvent échoir au failli, tant que dure l'état de faillite (art. 443, al. 1), cela comprend d'abord notamment les biens qui peuvent lui arriver par succession. La masse ne peut naturellement profiter des acquisitions de ce genre que sous la déduction des charges qui les grèvent; le failli étant héritier, les légataires pourront invoquer l'hypothèque de l'art. 1017, C. civ., les créanciers et les légataires se prévaloir du droit de séparation des patrimoines (art. 2111, C. civ.), sans qu'on puisse leur opposer l'art. 448, C. com., d'après lequel les droits de privilège ou d'hypothèque ne peuvent être inscrits que jusqu'au jour du jugement déclaratif (nº 1019). — Le failli peut exercer son activité personnelle en se livrant au commerce ou à l'industrie; il n'est pas interdit et les actes qu'il fait sont valables en eux-mêmes sauf à ne pouvoir s'exécuter sur le patrimoines atteint par le dessaisissement. Si, par son travail, le failli pourvoit seulement aux nécessités de la vie de chaque jour pour lui et sa famille, ses créanciers ne s'inquiéteront pas de ce qu'il fait. Mais il est possible que, par suite de son activité, de la confiance qu'il inspire encore à certaines personnes, il acquière de véritables bénéfices, des capitaux proprement dits; il s'agit alors de régler la situation respective de la masse de la faillite et du failli, des anciens et des nouveaux créanciers. Le dessaisissement s'applique certainement aux biens acquis par le failli grâce à son industrie; si donc le failli a vendu l'établissement fondé par lui, le syndic pourra faire saisie-arrêt entre les mains de l'acheteur et demander l'attribution du prix à la masse. La jurisprudence admet que les actes faits par le failli relativement au commerce exercé par lui ne peuvent être annulés au regard de la masse que s'ils ont un caractère frauduleux; il ne suffit pas d'invoquer le dessaisissement pour les faire réputer non avenus (1). Pour les biens ainsi acquis par la masse, il faut appliquer la règle que nous avons posée pour le cas d'une succession, les dettes contractées à raison d'un nouveau commerce doivent être acquittées sur les biens en provenant avant que la masse puisse rien y prétendre, au-

(1) Ch. civ. c. 12 janvier 1864, D. 1864. 1. 130 et S. 1864, 1. 17 ; Ch. req. 8 mai 1878, D. 1879. 1. 101.

Source BIU Cujas

trement celle-ci s'enrichirait injustement au préjudice de ceux qui ont eu confiance dans le failli. Le dessaisissement produit néanmoins son effet relativement aux biens provenant du nouveau commerce en ce que la masse exclura tous les créanciers postérieurs au jugement déclaratif dont les droits auraient une cause étrangère au commerce.

1001. 4° *Exercice des actions en justice.* — C'est une conséquence naturelle du dessaisissement que les syndics intentent les actions qui peuvent compéter au failli, comme ils sont défendeurs aux actions intentées contre lui; l'art. 443 n'a prévu que ce dernier cas en disant, dans l'al. 2, qu'à partir du jugement déclaratif, *toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics.* Ceux-ci prennent donc la place du failli comme demandeurs ou défendeurs, qu'il s'agisse de commencer un procès après la déclaration de faillite ou de continuer un procès commencé auparavant. Le failli étant représenté par les syndics dans les procès intentées ou subis par eux, la sentence a autorité de chose jugée à son égard.

D'après l'art. 443, al. 4, *le tribunal, lorsqu'il le juge convenable, pourra recevoir le failli partie intervenante ;* la loi confère ainsi au tribunal un pouvoir discrétionnaire dont il peut user, que les syndics soient demandeurs ou défendeurs, bien que littéralement la seconde hypothèse soit seule prévue, l'al. 4 se référant au cas indiqué dans les al. 2 et 3. — Il résulte de là ainsi que du principe général du dessaisissement, que le failli est non recevable à intenter une action à défaut par les syndics de le faire. La loi a voulu constituer l'unité de gestion entre les mains des syndics et ce n'est pas sans peine que l'intervention du failli a été admise avec l'autorisation du tribunal. Le failli pourrait seulement faire des actes conservatoires n'entravant pas la gestion et ne pouvant nuire à la faillite (interruption de prescription, signification d'un jugement, etc.). — Les créanciers ne peuvent pas non plus substituer leur initiative à celle des syndics et exercer du chef de failli (1) des actions que n'exerceraient pas ceux-ci; ils n'ont pas même le droit d'intervenir, puisque la loi ne le leur

(1) Il sera parlé dans le chapitre suivant de la situation des créanciers quant aux actions qui appartiennent à la masse (n° 1067).

Source BIU Cujas

a pas conféré comme elle l'a fait pour le failli. Ils pourraient seulement mettre en jeu la responsabilité des syndics.

1002. Le droit pour les syndics de représenter le failli en justice étant une conséquence du dessaisissement et de l'administration qui est confiée aux syndics, n'existe que dans la mesure du dessaisissement et de cette administration. Par conséquent, le dessaisissement ne concernant que le patrimoine, c'est au failli à intenter ou à subir les actions relatives aux droits qui ne rentrent pas dans le patrimoine, notamment les actions qui touchent à l'exercice des droits de famille : actions en divorce ou en séparation de corps, en nullité de mariage, en désaveu de paternité, en interdiction, etc. On doit appliquer cela également à des actions ayant un caractère moins tranché, qui ont bien pour but principal la sanction d'un droit tout personnel, mais qui offrent en même temps un intérêt pécuniaire : ex. : action en révocation d'une donation pour ingratitude, action en séparation de biens, action en diffamation, etc... Du reste, il convient de remarquer, en ce qui concerne les actions personnelles intentées ou subies par le failli, que les syndics peuvent y intervenir pour sauvegarder l'intérêt éventuel de la masse et, en outre, qu'ils doivent être mis en cause pour que la sentence obtenue soit opposable à celle-ci. Nous appliquons cela notamment à la demande en séparation de biens formée par la femme du failli ; nous pensons qu'elle doit mettre en cause à la fois le failli, parce qu'il y a en jeu un intérêt moral en même temps qu'une question pécuniaire, et le syndic, pour que la séparation de biens obtenue produise effet à l'égard de la masse. Dans une autre opinion, on dit qu'il suffit à la femme d'assigner le syndic, sauf au mari à intervenir conformément à l'art. 443, al. 4. V. plus haut, n° 1001 (1). — Le failli qui peut se livrer au commerce et faire valablement les actes relatifs à ce commerce (V. plus haut, n° 1000), doit pouvoir aussi intenter ou subir les procès qui s'y rattachent sans qu'il soit besoin de mettre les syndics en cause, sauf à ceux-ci à intervenir pour la sauvegarde des intérêts de la masse. La jurisprudence admet avec raison qu'il n'y a pas à distinguer entre les contrats et les procès.

(1) Cf. Paris, 13 mars 1879, D. 1879. 2. 264 et S. 1880. 2. 17 (note de M. Ch. Lyon-Caen) ; Paris, 22 mai 1876, S. 1877. 2. 52.

Source BIU Cujas

§ 2. — Suspension des poursuites individuelles.

1003. La règle d'après laquelle le jugement déclaratif suspend les poursuites individuelles que les créanciers voudraient diriger contre le failli, se déduit naturellement des principes de la matière. Un créancier ne peut améliorer sa condition au détriment des autres; les poursuites exercées par lui ne sauraient avoir pour effet de lui procurer le paiement de sa créance; il ne peut non plus prétendre agir dans l'intérêt commun, puisque l'administration est concentrée dans les mains du syndic. Cf. plus haut, n° 1001. Le Code a jugé inutile de formuler expressément la règle dont plusieurs de ses dispositions impliquent nécessairement l'existence, Cf. art. 527, al. 2, art. 529, al. 1, art. 571. L'art. 455 *in fine* dit formellement que la contrainte par corps ne peut être exercée contre le failli. On a eu tort de dire que cela n'avait plus d'intérêt depuis la loi du 22 juillet 1867; cette loi n'a pas en effet aboli la contrainte par corps d'une manière absolue; dans la mesure où cette voie d'exécution subsiste (Cf. art. 1 et 2 de la loi; aj. Loi du 10 décembre 1871), il est utile de faire remarquer qu'elle ne peut être pratiquée après la mise en faillite du débiteur.

Quoique des doutes aient été émis à ce sujet, nous pensons que le jugement déclaratif non seulement empêche de commencer des poursuites contre le failli, mais interrompt les poursuites qui auraient été commencées auparavant. Le créancier ne peut plus se faire payer et l'administration des syndics serait souvent entravée par la continuation des poursuites (1).

Par application de la règle générale, nous dirons que des créanciers ne peuvent faire saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur du failli; c'est au syndic à faire rentrer ce qui est dû. Si la saisie-arrêt est antérieure à la déclaration de faillite, l'effet s'en trouve détruit par la déclaration même en ce que le tiers-saisi doit payer entre les mains du syndic sans pouvoir exiger une mainlevée de l'opposition. Il n'en serait autrement que si la saisie-arrêt avait été validée par un jugement passé en force de chose jugée avant la déclaration de faillite; le créancier saisissant serait devenu alors, dans la mesure

(1) Bordeaux, 13 janvier 1865, S. 1865. 2. 144.

Source BIU Cujas

de ses droits, créancier direct du tiers-saisi et le dessaisissement ne pourrait s'appliquer à une créance qui ne serait plus dans le patrimoine du failli.

1004. L'interdiction des poursuites individuelles ne s'applique pas aux créanciers qui ont un gage ou une hypothèque et qui conservent le droit de saisir et vendre le bien affecté à leur créance, Cf. art. 548 et 571. C'est fort raisonnable : la sûreté a précisément pour but de soustraire le créancier aux conséquences de la faillite éventuelle du débiteur; de plus, la poursuite a un objet utile pour le créancier, puisque celui-ci a le droit d'être payé sur le prix de la chose qui lui est affectée. — Tout créancier hypothécaire a le droit de poursuivre la vente du bien hypothéqué, quelle que soit la nature de son hypothèque, qu'elle soit générale ou spéciale, l'art. 571 ne distingue pas. La situation est moins nette pour les créanciers privilégiés et nous croyons qu'il y a lieu de faire une distinction : les créanciers privilégiés nantis, peuvent poursuivre (arg. par analogie de l'art. 548 qui parle du gagiste, de l'art. 450 qui suspend dans certaines conditions le droit de poursuite du bailleur, ce qui suppose qu'il aurait pu agir sans une restriction formelle). Au contraire, les créanciers privilégiés, sans être nantis, notamment ceux qui ne peuvent invoquer qu'un privilège général, ne pourraient pas poursuivre; aucun texte ne les soustrait au droit commun et on ne peut argumenter par analogie de ce qui est décidé pour les créanciers nantis. Ces créanciers, en effet, ne troublent pas l'administration du syndic en faisant vendre, par cela même que leur privilège ne porte que sur des objets déterminés; il en serait autrement des créanciers dont le privilège porterait sur tous les meubles et qui pourraient faire vendre ceux qu'il leur plairait de choisir.

§ 3. — Déchéance du terme.

1005. *Le jugement déclaratif rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues*, art. 444, al. 1, C. com. Cf. art. 1188, C. civ. Deux motifs peuvent être donnés à l'appui de cette règle : le terme était accordé par le créancier à raison de la confiance qu'il avait dans le débiteur et n'a plus de raison d'être quand la faillite montre que cette confiance était mal fondée; le maintien du terme

Source BIU Cujas

amènerait des complications inutiles dans la liquidation puisqu'il faudrait mettre en réserve les dividendes afférents aux créanciers dont les droits ne seraient pas encore échus.

1006. Il peut y avoir des créanciers dont le droit, au lieu d'être simplement retardé par un terme, est suspendu par une condition. La faillite ne saurait avoir pour conséquence d'effacer cette condition, puisque ce serait modifier la nature du droit en faisant disparaître l'incertitude de son existence. Le créancier conditionnel sera admis aux opérations de la faillite, puisqu'il peut faire des actes conservatoires, art. 1180, C. civ.; si, lors de la répartition des dividendes, l'incertitude dure encore, il ne pourra toucher ce qui lui reviendrait au cas de réalisation de la condition ; son dividende sera déposé à la Caisse des consignations pour être touché par lui, si la condition s'accomplit et pour être, dans le cas contraire, attribué aux autres créanciers.

1007. Le créancier à terme est admis au passif de la faillite pour le montant intégral de sa créance, sans subir de réduction à raison de ce que l'échéance se trouve avancée. On a pensé que rarement le terme serait bien long et que, par suite, la suppression du terme ne constituait pas un grand avantage pour le créancier, que d'ailleurs, dans le cas de terme, il y avait souvent des intérêts stipulés et que, la faillite en arrêtant le cours (art. 445), on ne met pas, par l'anticipation de l'exigibilité, le créancier dans la même situation que si sa créance était réellement échue. Ces considérations peuvent être vraies en général; cependant il y a des cas où la suppression pure et simple du terme produit pour le créancier un avantage qui n'est pas entièrement justifié, ce qui arrive lorsque le capital de la créance correspondait en partie à des intérêts qui auraient couru jusqu'à l'échéance; une application très simple de cette idée se produit au cas où un banquier se présente pour le montant d'effets de commerce escomptés par lui et dont l'échéance est plus ou moins éloignée de la déclaration de faillite. V. n° 1011.

1008. L'exigibilité anticipée s'applique à toutes les créances, civiles ou commerciales, chirographaires, privilégiées ou hypothécaires, en ce sens que l'existence d'un terme ne peut être alléguée pour empêcher un créancier quelconque de participer aux opéra-

Source BIU Cujas

tions de la faillite. Mais l'exigibilité ne peut produire le même effet que s'il n'y avait pas faillite : ainsi celui qui, lors de la déclaration de faillite, était débiteur pur et simple du failli en même temps que son créancier à terme, ne peut argumenter de l'exigibilité pour invoquer la compensation, puisque l'événement même qui produit l'exigibilité met obstacle à la compensation, Cf. n° 997. — Une difficulté particulière se présente pour les créanciers qui, par exception, peuvent exercer des poursuites individuelles (Cf. n° 1004); lorsque leur créance est à terme, peuvent-ils exercer des poursuites avant l'échéance en invoquant l'exigibilité produite par la faillite? La jurisprudence est fixée dans le sens de l'affirmative (1); elle se fonde presque exclusivement sur les termes généraux de l'art. 444 qui ne font pas de distinction. Cette solution nous semble très critiquable, parce qu'elle aboutit à faire aux créanciers hypothécaires ou privilégiés une situation contradictoire. On leur permet d'invoquer les règles de la faillite pour faire tomber le terme qui les gêne et d'écarter les mêmes règles pour pouvoir procéder à des mesures d'exécution. S'ils veulent rester en dehors de la faillite et agir comme si celle-ci n'existait pas, il faut qu'ils acceptent pleinement leur situation et qu'ils attendent que leur créance soit réellement échue.

1009. C'est *à l'égard du failli* seulement que les dettes deviennent exigibles (art. 444). Rien n'est changé quant aux *créances* du failli; ses débiteurs ne peuvent être privés du bénéfice du terme par suite d'un événement qui leur est étranger. — Si plusieurs personnes étaient tenues d'une même dette principalement ou accessoirement, la faillite de l'une d'elles n'entraîne pas, en principe, déchéance du terme pour les autres, puisque d'après les expressions mêmes de l'art. 444, il s'agit d'un effet tout relatif, c'est d'ailleurs conforme à l'équité et au bon sens. Nous avons déjà vu (n° 589) que la loi s'était écartée du principe général dans le cas où le failli est signataire d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, art. 444, al. 2 et art. 163, al. 2.

(1) Lyon, 16 février 1881, D. 2. 237 et S. 1882. 2. 44; Agen, 20 février 1866, D. 1866. 2. 149.

Source BIU Cujas

§ 4. — Cessation du cours des intérêts.

1010. *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,* (art. 445, al. 1). La loi pose ainsi une règle qu'elle soumet à une double restriction, en disant qu'elle ne s'applique qu'à l'égard de la masse et qu'elle ne concerne pas les créanciers privilégiés ou hypothécaires.

La loi veut que la situation des créanciers soit arrêtée lors de la déclaration de faillite; ils doivent faire valoir simplement les droits qu'ils avaient à ce moment-là. Autrement il y aurait une choquante inégalité entre ceux qui auraient stipulé des intérêts et ceux qui n'en auraient pas stipulé; on l'aurait évitée en faisant courir des intérêts au profit de tout le monde, mais par là on aurait compliqué inutilement la liquidation, sans modifier la proportion dans laquelle chaque créancier a droit à l'actif.

1011. En principe, un créancier est admis pour le capital de sa créance, même à terme, sans qu'on recherche si des intérêts ayant dû courir après la faillite ne figurent pas dans les éléments de ce capital, c'est ce qui se présente notamment quand un banquier produit dans la faillite à raison d'effets de commerce qu'il avait escomptés au failli et qui devaient ne venir à échéance qu'un certain temps après la faillite (Cf. n° 1007). Le banquier n'a pas remis en entier le capital des effets, il a retenu une somme pour son bénéfice et l'intérêt à courir jusqu'à l'échéance est un élément important de cette déduction. Cela a toujours été admis; on a pensé que l'avantage pour la masse à scruter les divers éléments de la créance ne compenserait pas les difficultés et les embarras qui résulteraient d'un pareil examen. Il y a toutefois une hypothèse qui a soulevé de grandes difficultés; c'est celle d'une société ayant émis des obligations remboursables à leur terme et à un capital bien supérieur au taux d'émission. Il s'agit, par exemple, d'obligations au capital nominal de 500 francs, émises à 300 francs et produisant 15 francs d'intérêts, on rembourse annuellement un certain nombre d'obligations désignées par le sort (Cf. n° 186). La société tombe en

Source BIU Cujas

faillite et il y avait encore un grand nombre d'années à courir avant que le terme assigné au remboursement intégral fut échu. Les obligataires pourront-ils produire pour 500 francs en disant que tel est le montant de l'obligation souscrite par la société et que le terme est effacé par suite de la déclaration de faillite? Ce résultat a paru exorbitant, mais on ne s'est pas entendu, soit pour motiver le rejet de la prétention absolue des obligataires, soit pour déterminer le montant de leurs droits. Nous dirons simplement que l'objection décisive à leur opposer se déduit précisément de l'art. 445; la prime est un supplément de rémunération du prêt qui, pour les obligations non remboursées lors de la faillite, correspond aux intérêts à courir; ils ne peuvent donc pas y avoir droit, puisque les intérêts qui devaient servir à la former ne peuvent courir au détriment de la masse à partir de la déclaration de faillite. A l'inverse, il serait rigoureux et même injuste de n'admettre les obligataires que pour le capital au taux d'émission, parce que souvent la considération de la prime de remboursement fait diminuer le taux des intérêts. Dans le silence de la loi, nous pensons que les tribunaux devront apprécier *ex æquo et bono* le supplément à ajouter au capital d'émission en tenant compte du taux de l'intérêt, du temps écoulé et du temps restant à courir jusqu'à l'expiration de la période du remboursement (1).

1012. Ce n'est qu'*à l'égard de la masse* que les intérêts cessent de courir; le failli n'est pas déchargé des intérêts dont il peut être tenu. L'art. 604 applique cette idée en exigeant que le failli, pour obtenir sa réhabilitation, ait intégralement acquitté toutes les sommes par lui dues en principal, *intérêts* et frais. En dehors même de la réhabilitation, si par extraordinaire il restait des fonds après que les créanciers ont reçu le capital des sommes qui leur étaient dues, ce reliquat serait appliqué au paiement des intérêts courus depuis le jugement déclaratif.

1013. D'après l'art. 445, al. 1 et 2, les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis ne doivent pas subir l'effet de la faillite en ce qui touche le bien affecté à leur créance, puisque la sûreté que la loi leur donne ou qu'ils ont stipulée a précisément pour but de

(1) Cf. Paris, 28 janvier 1879, D. 1880. 2. 25.

Source BIU Cujas

les soustraire aux conséquences désastreuses de la faillite du débiteur. Ils peuvent donc, sur le bien affecté à leur créance, se faire payer le capital et les intérêts de celui-ci, sans qu'il y ait à distinguer suivant que ces intérêts ont couru avant ou après la déclaration de faillite. Il est également certain que si un créancier privilégié ou hypothécaire se présente pour être payé sur un bien non affecté à sa créance, il subit le sort commun et ne peut être admis pour des intérêts qui auraient couru depuis la déclaration de faillite. Toutefois la combinaison de ces deux règles a soulevé une difficulté. Prenons une hypothèse très simple pour la faire comprendre. Un créancier hypothécaire réclame 42,000 fr., soit 40,000 francs pour le capital et des intérêts qui auraient couru jusqu'à la déclaration de faillite et 2,000 francs pour des intérêts ayant couru depuis la faillite. Sur le prix de l'immeuble hypothéqué à sa créance, il ne touche que 2,000 francs. Il se présente donc dans la masse chirographaire et il émet la prétention d'y être admis pour 40,000 francs en disant que les 2,000 francs par lui touchés doivent s'imputer sur les intérêts, conformément à la règle de l'art. 1254, C. civ. La Cour de cassation a admis à plusieurs reprises (1) la légitimité de cette prétention qui nous paraît devoir être écartée. Il nous semble que l'art. 445, C. com., déroge virtuellement à l'art. 1254, C. civ.; il ne permet pas que l'actif de la faillite serve directement ou indirectement à acquitter des intérêts ayant couru depuis le jugement déclaratif et c'est cependant ce qui a lieu dans le système de la jurisprudence. En outre, la règle de l'art. 445 devient très préjudiciable aux créanciers chirographaires qui ne peuvent ajouter à leur capital des intérêts ayant couru depuis le jugement déclaratif; les créanciers hypothécaires se trouvent bénéficier de cette règle.

§ 5. — Hypothèque de la masse.

1014. L'art. 490, al. 3, après avoir indiqué différents actes conservatoires que peuvent faire les syndics, ajoute: *ils sont tenus aussi de prendre inscription au nom de la masse des créanciers sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription*

(1) V. notamment, Ch. civ. c. 12 juillet 1876, D. 1877. 1. 305 et S. 1878. 1. 68.

Source BIU Cujas

du failli sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement par lequel ils auront été nommés. Cette disposition n'indique pas qu'il s'agisse là d'une hypothèque à inscrire au profit de la masse; ce qu'il peut y avoir d'équivoque dans cette disposition, disparaît par suite de l'art. 517, C. com., qui indique expressément qu'il s'agit là d'une hypothèque (1). Mais la loi laisse deux questions indécises : 1° Quelle est la nature de cette hypothèque ? 2° Quelle utilité présente-t-elle pour la masse ?

1015. D'après l'art. 2116, C. civ., l'hypothèque est *légale, judiciaire* ou *conventionnelle.* Il ne peut être question ici d'une hypothèque conventionnelle, puisqu'aucune convention n'intervient entre le failli et ses créanciers. On a dit et jugé parfois que c'est une hypothèque judiciaire parce qu'elle naît du jugement déclaratif. Il y a là une véritable confusion : tout jugement ne produit pas une hypothèque, cet effet n'est attaché qu'aux jugements de condamnation (art. 2123, C. civ.) et le jugement déclaratif n'a pas ce caractère. L'hypothèque de l'art. 490 est une hypothèque légale. Il n'y a pas là une simple question de mots. Pour l'hypothèque judiciaire, une inscription prise dans un arrondissement suffit pour tous les immeubles que le débiteur peut y acquérir (C. civ., art. 2148, dern. alin.). S'il en est ainsi pour certaines hypothèques légales, celles de l'art. 2121, C. civ., il n'en est pas ainsi pour toutes. Aussi l'hypothèque de l'art. 490 doit-elle être inscrite sur chaque immeuble du failli. Le principe de notre régime hypothécaire est la spécialité des inscriptions et on doit y revenir à moins d'une dérogation expresse.

L'hypothèque de la masse porte sur les immeubles appartenant au failli lors du jugement déclaratif et sur ceux qu'il peut acquérir au cours de la faillite. Elle ne porte pas sur les navires; car il n'y a pas d'autre hypothèque maritime que l'hypothèque conventionnelle, (n° 958).

(1) Avant la révision de 1838, on admettait généralement que l'inscription prescrite par l'art. 500, correspondant à l'art. 490 actuel, était une mesure de publicité destinée à porter la faillite à la connaissance des tiers, mais que la masse n'avait pas d'hypothèque. V., sur ce point, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2705.

Source BIU Cujas

1016. L'utilité de cette hypothèque ne s'apercoit pas facilement. L'hypothèque procure d'ordinaire au créancier le double avantage d'être payé sur le prix de l'immeuble par préférence aux autres créanciers et d'être protégé contre les aliénations ou constitutions de droits réels que pourrait consentir le débiteur. L'hypothèque de l'art. 490 est accordée à la masse, c'est-à-dire à tous les créanciers et ne modifie pas leurs rapports entre eux; de plus, elle n'est pas nécessaire pour protéger les créanciers contre les actes de disposition que ferait le failli; le dessaisissement a pour effet de rendre ces actes nuls, V. n° 997. Mais, grâce à l'hypothèque, la masse acquiert un droit distinct de celui du failli, elle devient un tiers pouvant se prévaloir de son droit hypothécaire. La loi du 23 mars 1855, sur la transcription, a augmenté l'utilité de l'hypothèque de la masse à ce point de vue, V. n° 1022. Enfin, s'il y a concordat, l'hypothèque qui doit être à nouveau inscrite en vertu de l'art. 517, a une autre utilité : elle permet aux créanciers de la masse de se faire payer sur les immeubles du failli concordataire qui, remis à la tête de ses affaires, a pu contracter des dettes nouvelles, avant ses nouveaux créanciers (n° 1092).

§ 6. — De la nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises après le jugement déclaratif.

1017. D'après le système de publicité organisé par le Code civil, il ne suffit pas, en principe, pour qu'une hypothèque ou pour qu'un privilège soit opposable aux tiers que sa constitution soit valable, il faut encore qu'une inscription ait été prise. Quand une hypothèque ou un privilège a pris valablement naissance sur les immeubles du failli, l'inscription peut-elle en être faite malgré la faillite ? Le Code révisé en 1838, en atténuant la rigueur des dispositions, soit du Code civil (art. 2146), soit du Code de commerce de 1807 (1) fait une distinction: 1° Il admet qu'en règle générale, les inscriptions peuvent être prises utilement jusqu'au jour du jugement déclaratif et que celles prises après sont nulles; 2° que les inscriptions prises dans la période suspecte ne sont pas nulles de plein droit, mais peuvent être annulées sous certaines conditions. Ces deux dispositions, dont la

(1) V., sur ce point, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2709.

Source BIU Cujas

seconde constitue une exception à la première, sont contenues dans l'art. 448, C. com. La seconde se rattache aux effets du jugement déclaratif sur les actes antérieurs; il en sera traité plus loin (nos 1055 et suiv.); la première doit être examinée ici.

1018. D'après l'art. 448, 1er alin., *les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif.* — Ils ne peuvent donc plus être inscrits valablement à partir de ce jour, de telle sorte que les créanciers non inscrits, quoiqu'ayant acquis valablement une hypothèque ou un privilège, ne peuvent pas s'en prévaloir contre la masse. Cette règle est parfois très dure; car il se peut que le créancier n'ait pas eu le temps de prendre inscription, parce que le privilège ou l'hypothèque a pris naissance à une date très rapprochée du jugement déclaratif. Mais cette disposition se justifie par plusieurs raisons. La situation respective des divers créanciers doit être fixée définitivement au jour de la déclaration de faillite. Si le législateur avait donné un court délai après le jugement déclaratif pour opérer les inscriptions, les créanciers présents auraient seuls été à même d'en profiter. En outre, l'inscription est une sorte de confirmation de l'hypothèque ou du privilège et une confirmation ne saurait intervenir à un moment où, par suite du dessaisissement, la naissance de ces droits est devenue impossible.

1019. La règle de l'art. 448, 1er al., ne concerne que les privilèges et hypothèques nés avant le jugement déclaratif. Il peut en naître postérieurement. Si le dessaisissement frappe les biens même acquis après ce jugement par le failli, du moins ces biens ne peuvent profiter à la masse que sous la déduction des charges qui les grevaient. Ces charges peuvent être des hypothèques ou des privilèges. Si leur inscription n'était pas possible, la masse réaliserait un enrichissement injuste. En conséquence, si une succession s'ouvre au profit d'un failli, les créanciers héréditaires peuvent demander la séparation des patrimoines et s'inscrire dans les 6 mois de l'ouverture de la succession (art. 2111, C. civ.) sans qu'on puisse leur opposer que l'héritier est en faillite (no 1000). De même, en cas de partage opéré *depuis* le jugement déclaratif, le copartageant créancier peut inscrire son privilège sur les immeubles mis dans le lot du failli débiteur

Source BIU Cujas

(art. 2109, C. civ.). De même encore le failli étant appelé à une succession grevée de legs après le jugement déclaratif, les légataires peuvent inscrire sur les immeubles héréditaires l'hypothèque de l'art. 1017, C. civ.

1020. Même en ce qui concerne les hypothèques et les privilèges acquis *avant* le jugement déclaratif un tempérament résultant de ses motifs doit être apporté à l'art. 448, 1er al. Il ne s'applique pas aux inscriptions destinées, non à faire acquérir à un créancier un rang qu'il n'avait pas, mais à lui maintenir sa situation antérieure. De là résultent plusieurs conséquences :

a. D'après l'art. 2154, C. civ., les inscriptions ne conservent le privilège ou l'hypothèque que pendant 10 ans à compter du jour de leur date et leur effet cesse si ces inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai. Si la faillite survient au cours des 10 ans, elle n'empêche pas le renouvellement ; en l'opérant le créancier ne modifie pas sa situation à l'égard des autres créanciers ; il conserve seulement le droit acquis par lui. Si le créancier a laissé passer le délai de 10 ans, son droit étant considéré comme n'ayant jamais été inscrit, il s'agirait pour lui *d'acquérir* un droit de préférence et, par suite, l'art. 448 s'oppose à ce que l'inscription soit prise après le jugement déclaratif.

b. L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 offre un cas analogue. La veuve, le mineur, l'interdit doivent inscrire leur hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle ; l'inscription prise dans ce délai conserve aux intéressés le rang que leur assigne le Code civil (art. 2135). Au contraire, si l'inscription n'a pas lieu dans ce délai, l'hypothèque ne date que du jour où elle est inscrite. Par suite, quand il y a déclaration de faillite d'un ex-tuteur ou d'un ex-mari, l'inscription de l'hypothèque légale peut être utilement prise tant qu'on est dans l'année courant à partir de la fin de la tutelle ou de la dissolution du mariage ; mais, une fois l'année expirée, l'inscription étant destinée à faire acquérir un droit ne pourrait plus être utilement prise après le jugement déclaratif.

c. L'art. 2151, C. civ., donne lieu à une difficulté. L'inscription indiquant que la créance est productive d'intérêts conserve au même

Source BIU Cujas

rang que le capital deux années d'intérêts et l'année courante; le créancier peut prendre pour les intérêts non garantis par l'inscription des inscriptions distinctes produisant leurs effets à partir de leur date. Peuvent-elles être prises même après la déclaration de faillite du débiteur? On ne peut nier qu'il s'agisse pour le créancier d'améliorer sa situation en donnant à une créance d'intérêts un rang hypothécaire. Cependant il nous paraît juste d'admettre ces inscriptions pour les intérêts même après le jugement déclaratif. L'art. 2151 est rigoureux en restreignant les effets de l'inscription garantissant une créance productive d'intérêts et en exigeant des inscriptions spéciales pour les intérêts non conservés par la première inscription. Il est équitable de permettre au créancier de prendre ces inscriptions malgré la faillite du débiteur. Personne n'est trompé, l'inscription originaire indiquant que la créance produit des intérêts faisait prévoir cette éventualité.

1021. *Inscriptions des privilèges.* — D'après son texte même, l'art. 448 s'applique aux privilèges comme aux hypothèques. Cependant des difficultés graves ont été soulevées à cet égard.

Il y a des privilèges pour l'inscription desquels le Code civil accorde des délais. Ainsi le copartageant créancier a 60 jours à partir du partage pour s'inscrire (art. 2109, C. civ.) et les créanciers héréditaires ont six mois à partir de l'ouverture de la succession pour inscrire leur droit de séparation des patrimoines; les inscriptions prises dans ces délais assurent aux créanciers dont il s'agit le même rang que s'ils s'étaient inscrits à la date du partage ou de l'ouverture de la succesion. Si un partage dans lequel le failli était partie a été fait ou si une succession s'est ouverte à son profit *quelque temps avant la faillite*, les copartageants créanciers ou les créanciers héréditaires peuvent-ils prendre inscription même après le jugement déclaratif tant que 60 jours ou six mois ne se sont pas écoulés depuis le partage ou depuis l'ouverture de la succession? On a soutenu l'affirmative en disant qu'en pareil cas on ne peut reprocher aucune négligence aux créanciers par cela même que, lors du jugement déclaratif, ils étaient encore dans les délais que la loi même leur accorde pour s'inscrire. Mais cette considération ne saurait, selon nous, prévaloir contre le texte de l'art. 448 qui ne fait aucune

Source BIU Cujas

exception pour les privilèges pour l'inscription desquels le Code civil accorde des délais. Du reste, l'art. 448 a moins pour but de punir la négligence des créanciers que de fixer leur situation au jour où le jugement déclaratif est rendu.

1022. *Du privilège et de l'action résolutoire du vendeur d'immeubles.* — Il se peut que le failli ait acheté un immeuble avant le jugement déclaratif et n'en ait pas encore payé le prix. Le vendeur peut-il, malgré l'art. 448, rendre encore utilement public son privilège? Il faut, pour comprendre cette question, rappeler qu'aux termes de l'art. 2108, C. civ., le privilège du vendeur d'immeuble se conserve par la transcription du contrat de vente opérée par le conservateur qui, sous sa responsabilité, doit prendre une inscription d'office au profit du vendeur. Du reste, le vendeur peut, s'il le préfère, prendre lui-même une inscription qui suffit pour la conservation de son privilège. On a soutenu que même après le jugement déclaratif le vendeur peut invoquer son privilège en faisant transcrire la vente. Mais les arguments produits dans ce sens n'ont aucune valeur et l'on doit, avec la jurisprudence, reconnaître que le privilège du vendeur ne peut pas être rendu public après le jugement déclarant l'acheteur en faillite. Pour soutenir que l'art. 448 est inapplicable, on a dit d'abord que cet article parle des *inscriptions* et qu'il s'agit ici d'une *transcription* à faire après le jugement déclaratif. Mais on oublie, en produisant cet argument, que, d'après l'art. 2108, C. civ., même la transcription vaut ici inscription et ne vaut pas plus, ce qui doit empêcher de l'opérer utilement pour la conservation du privilège du vendeur quand les inscriptions ne sont plus possibles. On a encore dit que, d'après la loi de 1855, la propriété immobilière n'étant transmise que par la transcription, l'immeuble n'est acquis au failli qu'après le jugement déclaratif quand la transcription est postérieure et qu'il doit être acquis avec sa charge (le privilège), V. n° 1000. Ce raisonnement repose sur une erreur. Le vendeur ne reste pas propriétaire jusqu'à la transcription; dans ses rapports avec le vendeur la vente transmet la propriété à l'acheteur par le seul effet du concours des volontés; le vendeur ne peut donc dire que l'acheteur ne devient propriétaire qu'à partir de la transcription. Ce sont seulement des tiers qui peuvent se pré-

Source BIU Cujas

valoir du défaut de transcription pour faire considérer le vendeur comme n'ayant pas cessé à leur égard d'avoir la propriété (L. 23 mars 1855, art. 3).

Le vendeur d'immeuble a, en principe, une autre garantie que son privilège pour assurer le paiement du prix, il a l'action résolutoire (art. 1654, C. civ.). Peut-il, quand il a perdu son privilège à raison de ce qu'il ne l'a pas rendu public avant la déclaration de faillite de l'acheteur, exercer son action résolutoire pour reprendre l'immeuble? La question naît de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. Cet article établit une certaine solidarité entre l'action résolutoire et le privilège du vendeur d'immeuble en disposant que cette action *ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.* — Trois opinions ont été défendues sur cette question. On a soutenu dans une première opinion que le privilège étant perdu en vertu de l'art. 448, l'action résolutoire est aussi éteinte. On a invoqué en ce sens l'art. 7 de la loi de 1855 et l'on a dit qu'autrement le but de la loi serait manqué, puisque la masse souffre plus d'une action résolutoire qui enlève l'immeuble de l'actif que d'un privilège. Mais cette opinion est abandonnée. Elle méconnaît le texte de l'art. 7 de la loi de 1855 qui doit être interprété restrictivement, puisqu'il s'agit d'une déchéance. La loi de 1855 (art. 7) ne déclare pas d'une façon absolue que l'action résolutoire est perdue quand le privilège du vendeur est éteint. Il subordonne l'extinction de cette action à deux conditions. Il faut : 1° qu'il y ait extinction du privilège; 2° que le vendeur se trouve en présence de tiers ayant des droits sur l'immeuble et les ayant conservés conformément aux lois. Les créanciers de la masse qui voudraient se prévaloir de l'art. 7 de la loi de 1855, peuvent-ils dire que ces deux conditions sont réunies?

La jurisprudence admet (c'est là une seconde opinion) que *jamais* les créanciers ne peuvent se prévaloir de l'art. 7 (1). Le privilège du vendeur, dit-on en ce sens, n'est pas éteint absolument en cas de faillite de l'acheteur avant la transcription, il ne l'est qu'à l'égard

(1) Cass. 1er mai 1860, D. 1860. 1. 236; S. 1860. 1. 602.

Source BIU Cujas

de la masse, si bien qu'il pourrait être exercé à l'encontre des nouveaux créanciers avec lesquels le failli aurait contracté après un concordat. Il n'est donc pas satisfait à l'une des conditions exigées pour l'application de l'art. 7. On a dit aussi parfois en faveur de la même opinion que le législateur de 1855 n'a pas eu en vue le cas de faillite de l'acheteur, mais seulement celui d'une sous-aliénation faite par l'acheteur dans les termes de l'art. 6 de la loi de 1855 et a voulu alors seulement, dans l'intérêt de la circulation des immeubles et du crédit, refuser l'action résolutoire au vendeur dont le privilège est éteint.

Nous nous rangeons à une troisième doctrine selon laquelle les créanciers de la masse peuvent invoquer l'art. 7 pour écarter l'action résolutoire du vendeur, mais seulement quand l'inscription de l'article 490 a été prise au profit de la masse. A partir de ce moment la masse a bien un droit sur l'immeuble et l'a conservé conformément à la loi. On doit aussi reconnaître, quoi qu'en dise la seconde opinion, que le privilège est éteint. La question de savoir si l'action résolutoire subsiste, se présente dans les rapports entre le vendeur et la masse de la faillite; or, à l'égard de la masse le privilège est absolument éteint. Enfin il est arbitraire de restreindre la portée de l'art. 7 au cas où le vendeur veut exercer son action résolutoire contre un sous-acquéreur. C'est le cas principal sans doute visé par la loi de 1855, mais rien n'indique que ce soit le seul.

1023. Il y d'autres droits que les hypothèques et les privilèges qui ne sont efficaces à l'égard des tiers qu'autant que certaines formalités ont été remplies après leur naissance. Ces formalités ne peuvent-elle plus être remplies après le jugement déclaratif à l'encontre des créanciers de la masse en vertu de l'art. 448, 1er al., appliqué par analogie. Le principe général à poser c'est que l'art. 448 édictant une déchéance ne peut être étendu par analogie. Mais il y a lieu de tenir compte à la fois de ce que l'inscription de l'art. 490 permet aux créanciers hypothécaires d'exercer une hypothèque à l'encontre des tiers et de ce que, par suite du dessaisissement, le jugement déclaratif entraîne au profit des créanciers une sorte de mainmise sur les biens du failli et a les effets d'une saisie. De là découlent plusieurs conséquences :

Source BIU Cujas

a. Si le failli a *vendu* (ou aliéné à titre onéreux) un immeuble avant le jugement déclaratif, l'acquéreur peut transcrire après sans que la masse puisse lui opposer le défaut de transcription. Seulement, si l'hypothèque de la masse a été inscrite avant la transcription, elle peut exercer un droit de suite contre le tiers acquéreur. Mais si le failli avait fait *donation* d'un immeuble et si la transcription n'a pas été opérée avant le jugement déclaratif, les créanciers de la masse pourraient, même avant l'inscription de l'hypothèque de l'art. 490, opposer le défaut de transcription pour faire comprendre l'immeuble donné dans l'actif de la faillite. Il faut, en effet, tenir compte ici de l'art. 941, C. civ., qui permet à *toutes personnes y ayant intérêt* de se prévaloir du défaut de transcription, ce qui comprend, d'après l'opinion commune, les créanciers chirographaires ayant saisi l'immeuble donné.

b. Le cessionnaire d'une créance n'en est saisi à l'égard des tiers que par la signification de la cession faite au débiteur cédé ou par son acceptation dans un acte authentique (art. 1690, C. civ.). Si le failli a cédé régulièrement une créance et si, lors du jugement déclaratif, aucune de ces deux formalités n'a été remplie, peuvent-elles encore l'être utilement à l'encontre des créanciers de la masse? La négative ne nous paraît pas douteuse. Sans doute l'art. 448, 1er al., ne vise pas ce cas; mais le cessionnaire, qui ne peut invoquer la cession à l'encontre de créancier saisissants à défaut des formalités de l'art. 1690, ne doit pas pouvoir l'opposer aux créanciers de la masse à l'égard desquels le jugement déclaratif a les effets d'une saisie générale.

c. La même solution doit évidemment être donnée dans le cas où le failli a, avant le jugement déclaratif, constitué en gage une créance à l'un de ses créanciers, si celui-ci n'a pas avant ce jugement fait signifier la constitution de gage au débiteur du failli (art. 2075, C. civ.).

§ 7. — Effets de la déclaration de faillite sur les actes antérieurs (1).

1024. Le dessaisissement, qui résulte du jugement déclaratif,

(1) C. com., art. 446 à 449.

Source BIU Cujas

protège avec ses conséquences graves les créanciers contre les actes du failli postérieurs à ce jugement. Mais le jugement déclaratif ne fait que constater l'état de cessation de paiements qui peut être de beaucoup antérieure. Il y a donc un temps plus ou moins long pendant lequel le commerçant sous le coup d'une déclaration de faillite reste à la tête de ses affaires. La loi doit déterminer le sort des actes qu'il a fait dans cette situation ; elle doit décider dans quelle mesure il sera dérogé au droit commun d'après lequel les créanciers chirographaires ont à subir les actes faits par leur débiteur sauf le cas de fraude (art. 1167, C. civ.). Des dérogations sont nécessaires; car à l'approche de la faillite les commerçants font de nombreux actes soit pour essayer d'échapper au jugement déclaratif, soit pour avantager certains créanciers. Dans beaucoup de cas une déclaration de faillite ne produisant d'effets que dans l'avenir laisserait les créanciers sans protection suffisante. Il y a là un problème qui, selon les époques, a reçu des solutions variées ; il est difficile à résoudre, car le législateur doit concilier deux intérêts, celui de la masse et celui du crédit. Le premier voudrait qu'on annulât le plus grand nombre possible d'actes faits avant le jugement déclaratif, afin d'augmenter l'actif du failli ou de diminuer son passif et de maintenir une égalité rigoureuse entre les créanciers. Le second exige, pour qu'on puisse traiter sans trop de crainte avec un commerçant, que les actes antérieurs à la faillite ne soient frappés qu'avec discernement.

1025. Le Code de 1807 (1) admettait un système rigoureux. Le failli étant réputé dessaisi à partir de la date fixée par le tribunal comme celle de la cessation des paiements (n° 995), tous actes faits par le failli postérieurement à cette date étaient nuls à l'égard de la masse comme le sont aujourd'hui les actes postérieurs au jugement déclaratif (anc. art. 442). Les actes, même faits dans les dix jours ayant précédé la date de la cessation des paiements, étaient, selon leur nature, ou annulés de plein droit ou annulés en cas de fraude des tiers ayant contracté avec le failli (anc. art. 443 à 446). Ce système était d'une rigueur extrême ; il pouvait entraîner la nullité d'actes nombreux et importants faits par un négociant dont rien ne révé-

(1) Pour la législation antérieure, V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2722.

Source BIU Cujas

lait aux tiers la situation embarrassée. Aussi ce système a été profondément modifié en 1838. On peut dire que le Code distingue depuis 1838 trois périodes au point de vue du sort des actes faits par le failli.

1° La période postérieure à la déclaration de faillite. Tous les actes faits par le failli sont nuls à l'égard de la masse (n° 997). 2° La période qui va de la cessation des paiements (comprenant pour certains actes les dix jours précédents) à la déclaration de faillite, c'est la *période suspecte*. Tous les actes ne sont pas annulés sans distinction comme dans la période qui suit le jugement déclaratif, la loi tient compte de la nature de l'acte et des circonstances dans lesquelles il est intervenu. La protection résultant des dispositions de la loi à cet égard est préférable à celle qui résulterait de l'action paulienne (n°s 1027 et 1048). 3° Enfin la période qui précède la période suspecte et qui remonte indéfiniment dans le passé. La loi commerciale ne s'en est pas occupée et l'a, par suite, laissée sous l'empire du droit commun, de telle sorte que, pour les actes faits dans cette période, les créanciers n'ont que la ressource de l'action paulienne, en vertu de l'art. 1167, C. civ.

Pour les actes faits pendant la période suspecte, qui seuls doivent nous occuper en ce moment, le Code fait les distinctions suivantes : *A.* Certains actes sont *nuls de droit*, c'est-à-dire nuls par cela seul qu'ils ont été faits depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents (art. 446). *B.* Les autres actes *peuvent être annulés* s'ils sont postérieurs à la cessation des paiements et, si ceux qui y ont participé ont eu connaissance de la cessation des paiements (art. 447 et 449). *C.* Les *inscriptions* de privilèges ou d'hypothèques prises depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents sont soumises à une règle particulière (art. 448, 2e et 3e alin.). Il doit être traité distinctement des actes de chacune de ces trois catégories.

1026. *A.* Actes nuls de droit. — Il s'agit des actes qui sont à la fois les plus préjudiciables à la masse et les plus suspects de fraude : le débiteur y diminue son patrimoine ou constitue sur certains biens des droits de préférence sans rien recevoir en retour. Ces actes sont énumérés par l'art. 446. Relativement à ces actes

Source BIU Cujas

les principes généraux consacrés par la loi sont les suivants :

1° Le tribunal n'a pas à examiner les circonstances dans lesquelles est intervenu l'acte attaqué ; la bonne ou la mauvaise foi du failli ou de la personne qui a fait l'acte avec celui-ci. Le tribunal saisi d'une demande en nullité doit la prononcer si l'acte est compris dans l'énumération de l'art. 446 et est intervenu dans la période suspecte.

2° La nullité de droit ne s'applique qu'aux actes énumérés limitativement par l'art. 446. Au contraire, la disposition de l'art. 447, qui établit une nullité facultative pour le juge, a une portée générale, de telle sorte que les actes non compris dans l'article 446, sont régis par l'art. 447.

3° La période suspecte comprend non seulement le temps écoulé de la date de la cessation des paiements au jugement déclaratif, mais encore les dix jours précédents.

4° Les actes dont il s'agit (comme, du reste, ceux qui sont frappés par les art. 447, 448 et 449) ne sont annulés que *relativement à la masse* : ils subsistent entre les parties. V. n° 1046. La nullité ne peut donc être invoquée ni par le failli ni même par un créancier dans son intérêt propre distinct de celui de la masse.

1027. Il est facile, d'après ces règles générales, de saisir l'avantage qu'offre aux créanciers la disposition de l'art. 446 comparé à celui qu'ils tireraient de l'art. 1167, C. civ. (*action paulienne*). Pour faire annuler les actes compris dans l'art. 446, il suffit d'en démontrer la nature et la date. Quand l'art. 1167, C. civ., est invoqué, il faut établir la fraude du débiteur, c'est-à-dire la connaissance du préjudice qu'il causait à ses créanciers en faisant l'acte attaqué. Cette connaissance a pu ne pas exister chez le commerçant qui n'avait pas cessé ses paiements quand il agissait. L'acte qui tombe sous l'application de l'art. 446 serait donc parfois inattaquable, si les créanciers ne pouvaient se prévaloir contre lui que de l'art. 1167. Ce n'est pas tout. En matière d'action paulienne on distingue entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit et l'on exige pour les premiers la mauvaise foi des tiers. Parmi les actes prévus par l'art. 446, à côté d'actes à titre gratuit, il en est qui ne peuvent être considérés comme tels, la dation en paiement, la constitution

Source BIU Cujas

d'une hypothèque ou d'un nantissement pour une dette antérieure et cependant ces actes sont nuls sans qu'il soit besoin de prouver la mauvaise foi des créanciers.

1028. L'art. 446 énumère sous des expressions parfois un peu obscures trois catégories d'actes qui sont déclarés nuls de droit : *a. Donations; b. Paiements et dations en paiement de dettes non échues. Dations en paiement de dettes échues. c. Hypothèque conventionnelle ou judiciaire et nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.*

1029. A. *Donations.* — L'art. 446, 2e al., déclare nuls *tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit.* Ces expressions ne sont pas assez compréhensives. Il faut assimiler aux donations consistant dans des translations de propriété ou de droits réels, celles qui consistent dans des obligations contractées par le failli, dans des renonciations à des droits réels, dans des remises de dettes ou dans tout avantage procuré gratuitement par le failli à une autre personnne. Le sens général de l'art. 446 se trouve, du reste, déterminé par l'art. 447 qui déclare annulables tous autres actes à titre onéreux.

Il n'y a intérêt à annuler que les donations entre-vifs; les créanciers ne peuvent pas souffrir de legs faits par leur débiteur; à l'égard des légataires ils peuvent invoquer la règle : *nemo liberalis nisi liberatus.*

1030. Il y a grand intérêt à savoir si une donation se place ou non durant la période suspecte, puisque, dans le premier cas, l'article 446 est applicable tandis que dans le second on ne peut invoquer que l'art. 1167, C. civ. (nos 1015 et 1027). Quand la donation est à la fois offerte et acceptée dans le même acte, il n'y a pas de question. Mais on sait qu'une donation peut être acceptée par le donataire dans un acte séparé. Ainsi une donation faite avant la période suspecte peut n'avoir été acceptée que durant cette période. Alors la donation ne datant que de l'acceptation tombe sous le coup de l'article 446. Mais que décider si la donation ayant été faite et acceptée avant la période suspecte, la notification de l'acceptation n'est faite que durant cette période? On doit, selon nous, admettre que la donation peut encore être attaquée en vertu de l'art. 446. D'après

Source BIU Cujas

l'art. 923, C. civ., la donation n'a d'effet à l'egard du donateur que du jour où l'acte constatant l'acceptation lui a été notifié. La donation ne peut produire d'effet à une époque où le donateur ne peut faire un acte gratuit opposable à la masse. Mais quand la donation est parfaite avant la période suspecte, rien n'empêche d'en faire opérer la transcription durant cette période. Il y a là une simple mesure de publicité prescrite dans les rapports du donataire avec les tiers (art. 941, C. civ.).

1031. B. *Paiements et dations en paiements de dettes non échues. Dations en paiements de dettes échues.* — D'après l'art. 446, al. 3, sont nuls et sans effet relativement à *la masse... 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.* Cette disposition compliquée en apparence contient une distinction essentielle entre les *dettes échues* et les *dettes non échues*. Pour celles-ci, l'acquittement en est nul, qu'il s'agisse d'un paiement ou d'une dation en paiement; c'est la non-exigibilité de la dette qui motive la nullité. Pour les dettes échues, au contraire, la loi prend en considération le mode de libération ; la dation en paiement est nulle de droit, le paiement ne l'est pas, il peut seulement être annulé en vertu de l'art. 447. L'art. 446, al. 3, indique d'une façon un peu confuse les modes de libération qu'elle considère comme réguliers et ceux qu'elle répute anormaux. Il ne sera question ci-après de ceux-ci qu'à propos des dettes échues, puisque, pour les dettes non échues, la libération n'est pas valable de quelque manière qu'elle ait lieu.

1032. *Dettes non échues.* — Le commerçant qui a cessé ou qui va cesser ses paiements, a pour but ordinairement, en acquittant une dette non échue, de favoriser son créancier en le soustrayant au risque qu'il court de ne toucher, par suite de la faillite, qu'un dividende. Le créancier a dû tout au moins s'étonner de cette anticipation.

Pour savoir si la dette est échue ou non, il faut se placer à l'époque à laquelle l'acte libératoire est intervenu. Si elle n'était pas échue alors, le paiement est nul de droit, quand même l'échéance aurait eu lieu avant la faillite. A l'inverse l'art. 446 ne s'applique au paiement d'une dette exigible, quand même cette exigibilité se serait produite pendant la période suspecte.

Source BIU Cujas

L'art. 446 ne peut pas être invoqué pour faire annuler les remises de fonds faites par un commerçant à un correspondant avec lequel il est en compte-courant. Si le compte-courant doit se régler tous les ans, celui qui fait une remise de fonds pendant le cours d'une année ne paie pas une dette non échue. Pendant la durée du compte, il n'y a ni créance, ni dette (n° 941); il ne peut être question d'un paiement (1).

L'art. 446 vise le cas où un failli *débiteur* paie son créancier avant le terme. On ne peut y faire rentrer le cas inverse, celui où le failli *créancier* serait payé avant le terme par son débiteur. Ce paiement ne serait pas nul de droit, la nullité pourrait seulement en être demandée sous les conditions fixées par l'art. 447, qui comprend tous les actes non visés par l'art. 446.

1033. *Dettes échues.* — Le paiement de ces dettes est, en principe, valable, il peut seulement être annulé en vertu de l'art. 447, tandis que la dation en paiement est nulle de droit en vertu de l'art. 446. Cette distinction se justifie aisément. Le paiement d'une dette échue est un acte normal qui n'est pas de nature à éveiller les soupçons. Il n'en est pas de même de la dation en paiement. On peut supposer que, dans l'éventualité de la faillite, il y a eu accord pour substituer à la chose due que le débiteur ne pouvait fournir un autre objet. En outre, comme il est souvent difficile d'apprécier les valeurs comparées de la chose remise à titre de dation en paiement et de la chose due, le failli pourrait faire facilement une libéralité au créancier.

L'art. 446, al. 3, considère comme paiement celui qui est fait en espèces ou en effets de commerce et il comprend la dation en paiement sous les noms *de paiements par transport, vente, compensation ou autrement.* Ces diverses expressions demandent à être expliquées. V. n° 1035.

1034. L'art. 446 parle *du paiement en espèces;* il a ainsi en vue les dettes les plus nombreuses, celles de sommes d'argent. Ces mots ne doivent pas être pris à la lettre. Il va de soi que la règle doit être la même, que l'acte n'est pas nul de droit toutes les fois que

(1) V., sur l'envoi d'une provision faite par le tireur au tiré en temps suspect, *Précis de Droit commercial,* t. II, n° 2740.

Source BIU Cujas

le failli a payé *la chose due* elle-même, quelle que soit cette chose. Ainsi le commerçant qui s'étant obligé à fournir des marchandises les livre à l'époque fixée, fait un paiement d'une dette échue non frappée par l'art. 446. Au contraire, l'art. 446 est applicable au cas où le commerçant tenu de livrer des marchandises à une certaine époque, remet de l'argent à la place à son créancier. Il y a là une dation en paiement.

A côté du paiement en espèces l'art. 446 place le *paiement en effets de commerce*. Rigoureusement ce n'est pas là un véritable paiement; quand un débiteur remet à son créancier un effet de commerce dont un tiers doit le montant, il y a une dation en paiement. Mais le législateur a dû tenir compte de ce que, dans les usages du commerce, la remise d'effets en paiement est un acte normal qui ne peut pas plus exciter le soupçon qu'un paiement en nature. Mais quand peut-on dire qu'il y a *paiement en effets de commerce?* La formule de la loi s'applique certainement au cas où le failli, ayant dans son portefeuille des lettres de change ou des billets à ordre, les a endossés au profit de son créancier. Si, au lieu de transmettre à son créancier une lettre de change ou un billet à ordre dont il est porteur, le débiteur en crée une ou en souscrit un, il y a eu aussi un paiement en effets de commerce. Il faut évidemment assimiler, à ce point de vue, le chèque à une lettre de change ou à un billet à ordre.

Faut-il également considérer comme un paiement en effet de commerce la remise par un débiteur à son créancier d'un récépissé et d'un warrant réunis, d'un warrant seul ou d'un récépissé seul? On ne saurait admettre l'affirmative d'une façon absolue. Il y a des distinctions à faire. La transmission par un débiteur à son créancier d'un récépissé, qu'il soit seul ou accompagné d'un warrant, n'offre, en réalité, aucune analogie avec l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Le débiteur, qui a déposé des marchandises dans un magasin général, en endossant le récépissé à son créancier donne à celui-ci un droit sur ces marchandises. Il y a là une dation des marchandises en paiement qui doit être nul de droit en vertu de l'art. 446. Pour ce qui est de la remise du warrant détaché du récépissé, il faut encore distinguer. Si le débiteur a détaché lui-

Source BIU Cujas

même le warrant du récépissé pour l'endosser à son créancier, il lui a donné en gage les marchandises, c'est alors non le 2e, mais le 3e alinéa de l'art. 446 qui est en jeu. Mais, si le débiteur avait dans son portefeuille le warrant qui lui avait été transmis par une autre personne, le warrant joue alors le rôle d'un effet de commerce ; c'est un billet à ordre garanti par un gage dont l'endossement doit être traité comme un paiement en effets de commerce au sens de l'art. 446, 2e alin.

On ne peut assimiler à un paiement en effets de commerce la remise de factures acquittées de marchandises vendues à un tiers dont le créancier reçoit ainsi le pouvoir de toucher le prix, ni la cession de titres au porteur (actions ou obligations); ce ne sont là ni des espèces ni des effets de commerce.

1035. En dehors du cas où le débiteur remet à son créancier des effets de commerce toute dation en paiement est nulle droit. C'est la dation en paiement, comme il a été déjà dit, que l'art. 446 désigne sous des expressions diverses, qu'il est utile d'appliquer.

Paiement par transport. — Le débiteur se libère en cédant à son créancier la créance qu'il a contre un tiers. Sans la disposition formelle de l'art. 446, le paiement en effets de commerce devrait être compris sous cette expression (n° 1034). Il faut assimiler à ce cas celui où un débiteur charge son propre débiteur de payer le créancier (*délégation*).

Paiement par vente. — Le débiteur a vendu des marchandises à son créancier de manière que la créance du prix se balance avec la dette. C'est là ce qu'on appelle parfois dans l'usage un paiement en marchandises. Mais l'art. 446 ne s'appliquerait pas à l'envoi des marchandises en compte-courant. V. n° 1032.

Paiement par compensation. — La loi n'a pas en vue ici la compensation légale qui peut avoir lieu librement jusqu'au jugement déclaratif. La compensation légale s'opérant de plein droit et à l'insu des parties, il n'y a pas d'acte qu'on puisse annuler comme suspect de fraude. La loi vise le cas où les parties écarteraient un obstacle qui empêche la compensation légale, comme cela a lieu dans le cas où soit les deux créances, soit l'une d'elles ne sont pas exigibles. Si la dette du failli était à terme et sa créance exigible, il a fait à son

Source BIU Cujas

créancier un avantage suspect pour rendre possible la compensation. A l'inverse, si la dette du failli était échue et si sa créance était à terme, le créancier peut être présumé n'avoir renoncé au bénéfice du terme qu'à raison de la situation de son débiteur.

Au surplus, il n'y a là que des exemples ; comme cela résulte des mots *ou autrement* contenus dans l'art. 446, la nullité de droit atteint tout mode de libération autre que le paiement en espèces ou en effets de commerce. Par suite, si le futur failli débiteur en qualité d'acheteur, rend à son vendeur les marchandises achetées, il y a là un acte libératoire, atteint par l'art. 446.

1036. Quelle est la conséquence de la nullité prononcée en vertu de la partie de l'art. 446 qui vient d'être expliquée? Le créancier doit rapporter à la faillite ce qu'il a reçu (aussi appelle-t-on souvent l'action en nullité action en rapport). Cela s'applique aisément au cas d'une dette payée en espèces avant l'échéance; une somme égale à la somme payée est remise dans la masse par le créancier. Mais on peut se demander si les intérêts de cette somme sont dus par le créancier du jour du paiement ou seulement du jour où la demande en justice tendant au rapport a été exercée. Dans le premier sens on a invoqué l'art. 1378, C. civ., qui, au cas de paiement de l'indû, fait courir les intérêts du jour du paiement quand le créancier a été de mauvaise foi. Mais cette opinion n'est pas admissible. On n'est pas dans le cas du paiement de l'indû et il se peut que le créancier ne soit pas de mauvaise foi. Aussi, à moins que la mauvaise foi ne soit établie, nous croyons plus conforme aux principes (art. 1153, C. civ.) d'admettre que les intérêts ne courent que du jour de la demande en justice.

Si le créancier a reçu autre chose que ce qui lui était dû, si, par exemple, il a été *payé en marchandises*, il doit rapporter les marchandises mêmes ou leur valeur (1).

1037. *Hypothèque conventionnelle ou judiciaire et droits de gage ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.*—Le Code de 1807 (anc. art. 443) considérait comme nuls les droits de privilège ou d'hypothèque acquis durant la période suspecte. Cela conduisait à des conséquences rigou-

(1) V. *Précis*, etc., t. II, n° 2757.

Source BIU Cujas

reuses et même injustes. Ainsi, quand un prêt avait été fait à un commerçant, il pouvait se faire que le prêt fût inattaquable, cependant, l'hypothèque ou le gage donné pour garantir le remboursement était nul. On méconnaissait l'indivisibilité de l'opération qui, rationnellement, aurait dû être annulée ou maintenue pour le tout, le créancier n'ayant consenti au prêt qu'à la condition que la garantie lui serait donnée par l'emprunteur. Aussi, en 1838, un système tout différent a été admis. L'art. 446 n'annule de plein droit que *l'hypothèque et les droits de nantissement et d'antichrèse constitués après que la dette a été contractée*. Alors la garantie donnée par le débiteur à son créancier, n'est pas assurément une condition de l'obligation ; cette garantie est suspecte parce qu'elle est donnée à une époque postérieure à la cessation des paiements ou dans les 10 jours précédents. La loi peut, sans méconnaître la volonté des parties, séparer le sort de la garantie de celui de la dette en annulant la première, alors que la seconde subsiste. Mais il en est autrement quand la garantie a été donnée en même temps que la dette, ou même, l'a été antérieurement. Alors la dette est née avec la garantie qui y est attachée à titre d'accessoire ou n'a jamais existé sans celle-ci ; la garantie doit suivre le sort de la dette. Elle subsiste donc si la dette n'est pas annulée; elle est annulée, au contraire, quand la dette l'est elle-même en vertu de l'art. 446 ou de l'art. 447.

L'art. 446 suppose, en frappant les garanties données pour sûreté d'une dette antérieurement contractée, qu'elles ont été fournies par le débiteur. Il est sans application au cas où elles ont été données par un tiers. Alors, en effet, elles ne rompent pas l'égalité qui doit régner entre les créanciers.

1038. Les garanties dont parlent l'art. 446 sont : *l'hypothèque conventionnelle, l'hypothèque judiciaire, les droits de nantissement, les droits de gage*. Il passe, au contraire, sous silence, *les hypothèques légales, les privilèges immobiliers ou même mobiliers autres que ceux dérivant du nantissement*. Il faut parler de chacune des garanties dont il est question dans l'art. 446 et déterminer les conséquences de son silence sur les hypothèques légales et les privilèges.

1039. *Hypothèque conventionnelle.* — La loi de 1838 n'a pu se référer qu'à l'hypothèque terrestre, la seule connue à cette époque.

Source BIU Cujas

Mais il n'est pas douteux que l'art. 446, dern. alin., s'applique aussi à l'hypothèque maritime. — Ce qu'il faut évidemment considérer, c'est la date de l'acte de constitution d'hypothèque, non celle de l'inscription. Quand la constitution d'hypothèque est antérieure à la période suspecte, l'art. 446 est inapplicable, mais si l'inscription est prise durant cette période, cette inscription peut être annulée en vertu de l'art. 448, 2e alin. V. nos 1055 et suiv.

1040. *Hypothèque judiciaire.* — Lorsqu'un jugement de condamnation est rendu contre le débiteur dans la période suspecte, l'hypothèque qui en résulte est nulle de droit. L'art. 446, al. 3, qui donne cette décision, paraît, si on le prend à la lettre, distinguer pour l'hypothèque judiciaire, comme pour l'hypothèque conventionnelle, selon que la dette garantie par cette hypothèque a été ou non antérieurement contractée. Mais cette distinction est inapplicable; les jugements ne font que constater des dettes préexistantes et ainsi, en principe, l'hypothèque judiciaire garantit toujours des dettes antérieures (1).— Le législateur ne veut pas qu'en présence d'une faillite imminente, les créanciers présents se créent un droit de préférence au préjudice des créanciers éloignés en obtenant un jugement de condamnation contre le débiteur pendant la période suspecte. On aurait pu, du reste, craindre une collusion par suite de laquelle un débiteur, qui ne peut pas constituer une hypothèque conventionnelle valable, pendant la période suspecte, se laisserait poursuivre en justice, afin de permettre à son créancier d'obtenir une hypothèque judiciaire.

1041. *Droits de gage.* — Le gage est traité comme l'hypothèque conventionnelle et n'est, par suite, nul de droit que quand il est constitué pour sûreté d'une dette antérieure (2). S'il s'agit du gage d'une chose corporelle, il n'est considéré comme antérieur à cette période, s'il est civil, qu'autant que l'acte constitutif a acquis date certaine avant son commencement (art. 2074, C. civ.). Pour le gage

(1) Le système de l'art. 446, dern. alin., n'est pas nouveau. C'est lui qu'admettait le Droit romain en matière d'action paulienne. L. 10, p. 13, Ulp. Dig., XLII, 8. *Si cui quidem solutum non fuerit sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione non tenebitur.*

(2) L'art. 446 prend le mot *nantissement* comme synonyme de gage par cela même qu'il l'oppose à l'antichrèse. Le Code civil, au contraire (art. 2071 et 2072), comprend sous le nom de nantissement à la fois le gage et l'antichrèse.

Source BIU Cujas

commercial, le juge apprécie librement pour déterminer à quelle date il a été constitué. Mais il n'y a point à tenir compte de la date à laquelle la chose engagée a été remise au créancier; dès que l'affectation de la chose a été faite en même temps que la dette, l'art. 446 est inapplicable alors même que le créancier ne serait mis que postérieurement en possession. La remise de la chose ne pourrait être attaquée qu'en vertu de l'art. 447. En effet, par cela seul qu'il y a concomitance entre la convention qui affecte la chose au créancier gagiste et la naissance de la dette, il y a entre celle-ci et la constitution de gage un lien indivisible qui doit empêcher d'annuler le gage alors que la dette subsiste (1).

De même, en cas de constitution en gage d'une créance, il faut s'attacher à la date de l'acte constitutif sans tenir compte de celle soit de la remise du titre au créancier gagiste (2), soit de la signification faite en vertu de l'art. 2075, C. civ.

D'après ce qui a été dit plus haut (n° 1034), l'endossement d'un warrant fait à son créancier par le commerçant qui l'a détaché d'un récépissé vaut constitution en gage des marchandises. Aussi est-il nul de droit s'il est postérieur à la naissance de la dette garantie.

1042. *Droits d'antichrèse.* — Si l'antichrèse ne donne pas un privilège au créancier, elle lui confère du moins un droit de rétention. Ce droit étant opposable aux créanciers chirographaires et même hypothécaires peut leur nuire. C'est pourquoi la loi annule la constitution d'antichrèse faite durant la période suspecte après que la dette a été contractée. — Pour être considérée comme antérieure à cette période, il faut que l'acte constitutif d'antichrèse ait acquis date certaine avant qu'elle commence, mais peu importe que la transcription de cet acte (art. 2, L. 23 mars 1855) n'ait été opérée que durant cette période.

1043. *Hypothèques légales.* — L'art. 446 ne vise point ces hypothèques et il leur est, par suite, inapplicable. Les circonstances dans lesquelles elles naissent empêchent tout soupçon de fraude. On ne peut supposer qu'un commerçant s'est marié ou a accepté une tutelle

(1) Cass. 20 janvier 1886, S. 1886. 1. 305; *J. pal.* 1886. 732 et la note de Ch. Lyon-Caen.

(2) V. la note précédente.

Source BIU Cujas

durant la période suspecte afin de nuire à ses créanciers en faisant naître une hypothèque légale sur ses immeubles. D'ailleurs l'hypothèque légale naît toujours ou avec les créances qu'elle garantit ou antérieurement à elles, ce qui suffirait pour rendre l'art. 446 inapplicable (1). — Ce n'est pas à dire que la loi ne voit pas, en cas de faillite, avec une certaine défaveur les hypothèques légales comme les autres droits de préférence. Aussi restreint-elle en cas de faillite du mari l'hypothèque légale de la femme à certaines créances et à certains immeubles.

1044. *Privilèges.* — L'art. 446 ne fait pas non plus mention des privilèges autres que celui du créancier gagiste. En conséquence, ils sont à l'abri de la nullité à moins qu'elle n'atteigne l'acte qui leur donne naissance. Les privilèges, à l'exception de celui du gagiste, naissent, en effet, sans la volonté de l'homme et en même temps que la dette qu'ils garantissent. Ainsi le bail conclu durant la période suspecte n'en confère pas moins un privilège au bailleur, à moins que le bail ne soit annulé en vertu de l'art. 447. Du reste, par défaveur pour tout ce qui rompt l'égalité entre les créanciers, le Code (art. 550) supprime le privilège du vendeur de meubles en cas de faillite de l'acheteur et restreint quant aux créances garanties le privilège du bailleur d'immeubles.

1045. Nullités facultatives. — A côté des nullités de droit frappant les actes énumérés par l'art. 446, l'art. 447 admet des nullités facultatives pour le juge. En principe, les nullités facultatives s'appliquent à tous les actes faits depuis la date de la cessation des paiements, à l'exception des actes nuls de droit énumérés limitativement dans l'art. 446 et des inscriptions de privilèges et d'hypothèques pour lesquelles il y a une nullité régie par des règles spéciales (art. 448, 2e alin.)

L'art. 447, qui ne fait pas une énumération limitative comme celle de l'art. 446, mentionne les paiements de dettes échues faites en espèces ou en effets de commerce. Les autres paiements sont nuls de droit (nos 1031 et suiv.). En autorisant le juge à annuler les paie-

(1) V., sur les difficultés relatives au cas où la femme s'oblige solidairement avec son mari pendant la période suspecte et subroge le créancier dans le bénéfice de son hypothèque légale, *Précis de Droit commercial*, t. II, no 2767.

Source BIU Cujas

ments de dettes échues, l'art. 447 déroge aux règles du droit civil. D'après ces règles (art. 1167, C. civ.), par cela même qu'un créancier peut exiger son paiement ou pratiquer des voies d'exécution s'il n'est pas payé, les paiements ne peuvent jamais être annulés. Mais, en cas de faillite, le législateur tient à l'égalité entre les créanciers et ne veut pas que quelques-uns plus diligents ou habitant dans un lieu plus voisin de la résidence du débiteur, soient désintéressés au préjudice des autres. Si le débiteur est poursuivi, il n'a, pour échapper aux poursuites, qu'à déposer son bilan. Toutefois le Code (art. 449) n'admet pas la nullité du paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. V. ci-après, nos 1049 et suiv.

A côté des paiements de dettes échues en espèces ou en effets de commerce, l'art. 447 vise, dans une formule générale, *tous autres actes à titre onéreux*. L'art. 447 ne peut concerner que les actes à titre onéreux, puisque l'art. 446 atteint tous les actes à titre gratuit (no 1029). On peut citer comme exemple d'actes frappés d'une nullité facultative : les ventes à vil prix faites par le failli, des achats pour des prix exagérés, des remises faites en compte-courant (ce sont, sinon des paiements (no 1032) du moins des opérations à titre onéreux), des constitutions d'hypothèque, de gage, d'antichrèse faites pour sûreté de dettes contractées soit en même temps, soit postérieurement.

1046. *Conditions des nullités facultatives de l'art. 447.* — Les actes tombant sous le coup de l'art. 447 sont des actes normaux de la vie du commerçant, ils ne provoquent pas le soupçon comme ceux que frappe l'art. 446. En les annulant de plein droit on risquerait de porter une grave atteinte au crédit des commerçants. Du reste, ils nuisent moins aux créanciers par cela même que celui qui les fait ne donne pas sans recevoir un équivalent en retour. Aussi la loi se montre moins sévère pour ces actes que pour les actes auxquels s'applique l'art. 446. Trois conditions sont exigées pour que les nullités de l'art. 447 soient prononcées. Il faut :

1° *Que celui qui a traité avec le failli ait eu, au moment de l'opération, connaissance de l'état de cessation de paiements.* — Dès que les tiers connaissent cet état, ils doivent éviter de contracter ou de recevoir un paiement, afin de ne pas rendre pire la

Source BIU Cujas

situation du débiteur. Cette connaissance de l'état de cessation des paiements constitue la fraude en matière de faillite.

2° *Que l'acte ait été fait depuis la date de la cessation des paiements.* — La période suspecte ne comprend pas, comme pour les nullités de droit, les dix jours antérieurs à cette date. La raison en est simple : il faut que le tiers qui a traité avec le failli ait connu l'état de cessation de paiements. Cet état ne peut être connu avant d'avoir commencé à exister.

3° *Que le juge estime bon de prononcer la nullité.* — Bien que les deux conditions précédentes soient réunies, le juge peut ne pas prononcer la nullité. Il y a des raisons diverses qui le déterminent parfois à l'écarter. Ainsi il se peut qu'il n'y ait pas eu de préjudice réel pour la masse des créanciers ou qu'il y ait eu seulement un préjudice restreint ou qu'il soit reconnu que le tiers n'a pas été réellement de mauvaise foi parce qu'il a pu légitimement croire que l'état de cessation de paiements était passager et n'aboutirait pas à une déclaration de faillite.

Il est certain, bien que l'art. 447 ne reproduise pas les mots de l'art. 446, *à l'égard de la masse*, que les nullités de l'art. 447 ne sont aussi prononcées qu'à l'égard de la masse, qu'elle seule représentée par les syndics peut s'en prévaloir à l'exclusion soit du failli, soit de chaque créancier pris individuellement.

Les créanciers formant la masse peuvent se trouver en présence, non d'une personne ayant traité directement avec le failli, mais d'un tiers ayant traité avec celui-ci. C'est ce qui se présente quand l'acquéreur à titre onéreux d'un bien du failli l'a lui-même aliéné au profit d'un sous-acquéreur. A quelle condition celui-ci peut-il être atteint par l'action en nullité ? Il nous paraît juste de distinguer selon que le sous-acquéreur a acquis à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire qu'il ait connu la cessation de paiements ; dans le second il faut, conformément à l'art. 447, qu'il en ait eu connaissance. Il faut, d'ailleurs, pour que cette question se pose, que l'aliénation et la sous-aliénation aient eu lieu durant la période suspecte.

1047. *Difficulté spéciale relative aux donations faites en faveur du mariage.* — En général, il est facile de déterminer si un acte

Source BIU Cujas

est à titre gratuit et tombe comme tel sous l'application de l'art. 446 ou est à titre onéreux et est atteint en cette qualité par l'art. 447. Cependant il est un acte au sujet duquel on discute depuis longtemps (1), c'est la *donation faite en faveur du mariage* ou *constitution de dot*. La question de savoir si cet acte doit être traité comme acte à titre gratuit ou comme acte à titre onéreux se présente au point de vue de l'action paulienne dont nous n'avons pas à nous occuper ici (2). Elle se pose aussi à propos des art. 446 et 447, lorsqu'on se demande si cet acte est nul de droit on est frappé d'une nullité facultative en cas de faillite de celui qui a constitué la dot. Nous croyons que la donation en faveur du mariage doit être traitée comme un acte à titre gratuit et frappée comme telle d'une nullité de droit quand elle a été faite durant la période suspecte. Le législateur a voulu protéger énergiquement la masse des créanciers contre les actes par lesquels le failli s'est dépouillé sans rien recevoir en retour. N'est-ce pas là ce qui arrive en cas de constitution de dot? Du reste, les donations entre-vifs ordinaires sont fort rares surtout de la part des commerçants ; il serait singulier que le législateur, en parlant des donations, n'eut pas eu en vue les seules libéralités fréquentes, celles qui sont faites à titre de constitution de dot. On a parfois argumenté contre cette solution de l'art. 1440, C. civ., qui met à la charge du donateur en faveur du mariage, l'obligation de garantie, obligation spéciale aux actes à titre onéreux. Mais cet argument est sans valeur. De ce que le donateur dont il s'agit est plus tenu qu'un donateur ordinaire, il ne s'ensuit pas qu'il ne se dépouille pas gratuitement (3).

Mais la question ne se pose pas seulement à l'égard de la personne dotée, elle s'élève aussi pour le conjoint de celle-ci. La constitution de dot est-elle aussi nulle de droit à l'égard de cette dernière? Ainsi un père a donné un immeuble en dot à sa fille et le mari en a la jouissance, parce que cet immeuble est propre ou dotal. L'acte étant nul de droit en vertu de l'art. 446, la jouissance

(1) V., pour le Droit romain, L. 25, p. 7, Dig. XLII, 8.

(2) Demolombe, t. XXV, nos 207 et s. ; Laurent, t. XVI, nos 455 et s.

(3) V., pour la jurisprudence, *Précis de Droit commercial*, t. II, page 706, note 1.

Source BIU Cujas

du mari disparaît-elle avec la propriété de la femme ? D'après l'opinion la plus commune, on admet que la constitution de dot n'est pas un acte à titre gratuit à l'égard du mari qui, en retour de la dot, doit supporter les charges du ménage sur les revenus de celle-ci. On en conclut que le mari conserve son droit de jouissance s'il n'a pas connu l'état de cessation de paiements du constituant. Mais nous croyons que la nullité de droit frappe la constitution de dot même à l'égard du conjoint de celui au profit duquel elle a été faite. L'obligation pour le mari de supporter les charges du ménage a sa cause dans le mariage même, non dans les libéralités faites à la femme. Du reste, le motif de l'art. 446, tiré de l'intérêt de la masse gravement lésé quand le failli s'est dépouillé sans recevoir un équivalent, s'applique ici malgré les charges qui peuvent incomber au mari et rendre la nullité plus rigoureuse à son égard.

1048. *Comparaison de l'art. 447 avec l'art. 1167, C. civ.* — La disposition de l'art. 447, par cela même qu'elle est moins sévère que celle de l'art. 446, offre avec l'action paulienne de l'art. 1167, C. civ., plus d'analogie. Il y a pourtant de notables différences entre les nullités facultatives et l'action paulienne. *a.* Pour l'application de l'art. 1167, il faut que le débiteur ait connu son état d'insolvabilité. La connaissance par le débiteur de sa situation (sa fraude) n'est pas plus exigée pour l'application de l'art. 447 que pour celle de l'art. 446. *b.* La fraude des tiers ne consiste pas, comme pour l'action paulienne, dans la connaissance du préjudice que le débiteur cause à ses créanciers, mais dans la connaissance de l'état de cessation de paiements. *c.* Les paiements réguliers sont à l'abri de l'action paulienne, ils peuvent être annulés en vertu de l'art. 447. *d.* Il est douteux que les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux puissent exercer l'action paulienne ou profiter de son exercice quand elle est intentée. Au contraire, il est certain que tous les créanciers, à quelque date que remontent leurs créances, profitent de l'annulation prononcée en vertu des art. 446 et 447.

1049. *Règle spéciale au paiement des lettres de change et des billets à ordre.* — La règle contenue dans l'art. 447 conduirait à annuler le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre

Source BIU Cujas

fait après l'échéance par un tiré ou un souscripteur en état de cessation de paiements à un porteur connaissant cet état et à faire rapporter à la faillite par celui-ci la somme payée. Mais cela serait injuste et aurait des conséquences rigoureuses pour le porteur. Il est tenu en vertu de la loi même de demander et de recevoir le paiement à l'échéance (art. 161). En outre, le porteur étant payé ne fait pas par cela même dresser le protêt ; s'il devait rapporter ce qu'il a reçu, il serait déchu du droit de recourir contre les endosseurs et contre le tireur ayant fait provision. La loi pourrait sans doute le restituer contre cette déchéance. Mais les endosseurs qui ont dû se croire définitivement libérés de leur obligation de garantie par suite du paiement fait au porteur, seraient surpris par le recours exercé contre eux et, du reste, le recours du porteur pourrait être inefficace par l'insolvabilité de ces personnes survenue depuis l'échéance. Du reste, pour faciliter la circulation des effets de commerce, qui doivent passer de mains en mains comme de la monnaie, il importe d'assurer l'irrévocabilité du paiement. Ces considérations ont fait insérer dans le Code en 1838 la disposition de l'art. 449 ainsi conçue : *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 le 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.*

1050. En refusant l'action en rapport contre le porteur, l'art. 449 déroge seulement à l'art. 447, mais il n'apporte aucune exception aux nullités de droit ni aux effets du dessaisissement. Il résulte de là : *a.* Que le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre fait par le tiré ou le souscripteur est nul à l'égard de la masse s'il est opéré après la déclaration de faillite (l'art. 449 parle du paiement fait *avant* le jugement déclaratif). *b.* Que le paiement fait au porteur avant l'échéance est nul de droit. *c.* Que l'art. 446 atteint aussi le paiement fait même à l'échéance, mais autrement qu'en espèces. Ces

Source BIU Cujas

deux dernières sortes de paiements sont insolites et le porteur n'est tenu ni de les demander ni de les recevoir.

1051. Si l'action en rapport est refusée par l'art. 449 contre le porteur qui a reçu le paiement même connaissant l'état de cessation de paiements, ce n'est pas à dire que cette action ne puisse pas être exercée. Elle peut l'être contre certaines personnes sous les conditions fixées par l'art. 449. Il faut, pour déterminer ces personnes et ces conditions, distinguer entre la lettre de change et le billet à ordre.

En matière de lettre de change, l'action en rapport est, d'après les termes de l'art. 449, donnée contre la personne *pour le compte de laquelle la lettre de change a été fournie*, c'est-à-dire tirée. Cette circonlocution est employée pour comprendre dans une formule unique le cas où la lettre de change a été émise par le tireur pour son compte et celui où elle l'a été par le tireur pour le compte d'un donneur d'ordre. Dans le premier cas, l'action en rapport est accordée contre le tireur; dans le second elle l'est contre le donneur d'ordre. quand il s'agit d'un billet à ordre, d'après l'art. 447, le rapport de la somme payée peut être demandé au premier endosseur, c'est-à-dire au bénéficiaire même du billet au profit de qui il a été créé.

Ce qui justifie l'action en rapport donnée contre ces personnes, c'est que, bien qu'elles n'aient pas reçu le paiement, c'est, en réalité, elles qui ont été payées par les mains du porteur. C'était soit le tireur (ou le donneur d'ordre), soit le bénéficiaire du billet qui était le véritable créancier du tiré ou du souscripteur; les endosseurs successifs et le porteur n'ont été que des intermédiaires.

La nullité spéciale admise par l'art. 449 est facultative comme celles de l'art. 447. En outre, elle suppose nécessairement que celui auquel le rapport est demandé avait connaissance de la cessation des paiements *lors de l'émission du titre* et que, par suite, l'émission est postérieure à la date de la cessation de paiements. On entend par émission du titre le fait même de la création de la lettre de change ou du billet à ordre. On comprend, en général, que ce soit à ce moment que la loi exige la connaissance de la cessation de paiements. A partir de la souscription de la traite ou du billet, le tireur ou le souscripteur n'a plus aucun rôle actif, l'effet circule sans son inter-

Source BIU Cujas

vention. Mais le système de l'art. 449 sur ce point ne se justifie pas bien en ce qui concerne les lettres de change tirées pour le compte d'autrui; en effet, le donneur d'ordre est soumis à l'action en rapport quand il a connu la cessation de paiements du tiré lors de l'émission et cependant il n'a joué un rôle actif qu'au moment où il a donné l'ordre de tirer la traite.

Il résulte en fait de l'art. 449 que le rapport de la somme payée est rarement dû en matière de lettre de change et de billets à ordre; il est rare, en effet, que toutes les circonstances dont la réunion est exigée par l'art. 449 existent.

1052. La disposition de l'art. 449, dérogatoire à l'art. 447, s'applique certainement au cas où le paiement est fait avant tout protêt par le tiré ou par le souscripteur du billet à un tiers porteur. Il est, au contraire, certain que l'art. 449 est étranger au cas très rare où, le titre n'ayant pas circulé, le paiement a été fait au bénéficiaire du billet ou au tireur de la traite. Les motifs de l'art. 449 font alors défaut: le rapport de la somme payée, fait par celui qui l'a reçu, ne compromet aucun recours et ne nuit pas à la circulation des effets de commerce. Il y a lieu d'appliquer dans ce cas la règle générale de l'art. 447 sur le paiement en espèces de dettes échues.

Mais il est des cas assez fréquents où il y a difficulté sur le point de savoir si c'est l'art. 447 ou l'art. 449 qui doit être appliqué. Cette difficulté s'élève notamment quand le tiré ou le souscripteur du billet a payé le porteur *après* le protêt, — quand, après avoir fait dresser le protêt, le porteur s'est fait payer, soit par un endosseur, soit par le tireur en état de cessation de paiements, — quand un endosseur, après avoir remboursé le porteur, se fait payer par un endosseur précédent, par le tireur ou par le bénéficiaire du billet.

Des auteurs et la jurisprudence (1) appliquent dans ces divers cas l'art. 447, en restreignant l'art. 449 au cas dans lequel le paiement a été fait avant tout protêt. En ce sens, on dit principalement que, dès qu'il y a protêt, la personne qui a reçu le paiement n'a pas à souffrir du rapport, puisqu'elle a un recours contre les autres signataires du titre, que, dès lors, il n'y a pas de raison pour déro-

(1) Cass. 15 mai et 27 novembre 1867, D. 1867. 1. 417; *J. pal.* 1867. 489. Cass. 1er décembre 1879, S. 1880. 1. 158; *J. pal.* 1880. 360.

Source BIU Cujas

ger à l'art. 447. On ajoute spécialement que l'art. 449 ne serait jamais applicable en cas de paiement fait par un endosseur en état de cessation de paiements. Car il est impossible que, lors de l'émission du titre, les endosseurs futurs soient connus et que le tireur ou le bénéficiaire du billet ait connaissance, par suite, de leur situation.

Malgré la force de ces arguments, nous croyons que, sans faire aucune distinction, le paiement d'une traite ou d'un billet à ordre fait depuis la cessation de paiements du *solvens* ne peut être annulé en vertu de l'art. 447 et que l'art. 449 est toujours applicable (1). Les termes de l'art. 449 sont aussi généraux que possible. Il n'indique nullement qu'il suppose l'absence du protêt et qu'il vise exclusivement un paiement fait par le tiré ou par le souscripteur. On ne saurait dire qu'alors les motifs de la disposition de faveur de l'art. 449 font défaut. Le désir de ne pas obliger celui qui a reçu le paiement à rendre une somme qu'il ne pourrait pas recouvrer par voie de recours à raison de l'absence de protêt, a été certainement l'un des motifs principaux de l'art. 449, mais ce n'est pas le seul. On a dit en 1838 qu'on voulait favoriser la circulation des lettres de change et des billets à ordre en en rendant le paiement inattaquable. Ce motif existe même quand il y a eu protêt et par quelque personne que le paiement soit fait ou reçu. Il est vrai qu'avec notre système dans bien des cas la faillite du signataire, qui a payé, n'aura pas d'action en rapport; mais le but de l'art. 449 est de protéger la personne qui reçoit le paiement, non d'accorder à la faillite une action en rapport (2).

1053. L'art. 449 ne vise que la lettre de change et le billet à ordre. C'étaient les deux seuls effets de commerce connus en 1838. Il y a identité de motifs; on peut même dire que les chèques plus encore que les deux autres effets de commerce doivent pouvoir circuler comme de l'argent monayé.

1054. DES JUGEMENTS OU ACTES JUDICIAIRES ET DES ACTES FAITS EN EXÉCUTION. — Par cela même que les jugements sont, en règle

(1) Tel a été pendant longtemps le système adopté par la Cour de cassation.

(2) Les auteurs qui refusent de donner une portée générale à l'art. 449 sont loin, du reste, d'être d'accord sur les distinctions à faire. V., sur un système spécial défendu par M. Labbé, *Précis*, etc., t. II, page 735, note 1.

Source BIU Cujas

générale, purement déclaratifs de droits préexistants, les syndics ne peuvent attaquer, en vertu des art. 446 et 447, les jugements rendus contre le failli pendant la période suspecte. Les syndics peuvent seulement, d'après le droit commun, former tierce-opposition contre les jugements quand il y a fraude; mais il y a des jugements attributifs qui, à raison de leurs effets, ont une grande analogie avec des actes d'aliénation ou avec des paiements. Il y a lieu de rechercher si les art. 446 et 447 ne s'appliquent pas non plus à ces jugements.

Cette question se pose principalement à propos des jugements validant une saisie-arrêt faite par un créancier du failli (1). On sait que les jugements de validité donnent un droit exclusif au saisissant sur la créance saisie et valent, par cela même qu'ils ordonnent au tiers saisi de vider ses mains entre les mains du saisissant, transport de la créance au profit de celui-ci. Il est certain que la déclaration de faillite intervenant après la saisie-arrêt mais avant le jugement de validité la rend sans effet, qu'au contraire, le saisissant a un droit définitif sur la créance quand le jugement de validité a acquis autorité de chose jugée avant le jugement déclaratif (n° 1003). Mais si le jugement de validité est rendu pendant la période suspecte, les syndics ne peuvent-ils pas le faire tomber en invoquant l'art. 446 ou l'art. 447?

On s'accorde généralement à écarter l'art. 446. Il contient une énumération limitative des actes qu'il frappe. On ne peut assimiler celui qui obtient par les voies judiciaires normales le paiement qui lui est dû à celui qui se fait consentir par son débiteur un paiement par transport. Mais on a soutenu, et des arrêts ont été rendus en ce sens (2), que, du moins, l'art. 447 doit être appliqué. En faveur de cette doctrine, on fait observer que l'art. 447 a une portée générale et s'applique à tous les actes non compris dans les art. 446 et 448.

On ajoute que l'intervention de la justice ne doit pas être prise en considération pour écarter tout soupçon de fraude; les juges ont pu être induits en erreur; du reste, en frappant l'hypothèque judiciaire, l'art. 446 implique que la loi assimile l'avantage tiré d'un

(1) V. d'autres hypothèses dans lesquelles la question se pose, *Précis de Droit commercial*, t, II, n° 2784 *bis*.

(2) Paris, 10 juillet 1879, *J. pal.*, 1880. 660; D. 1881. 2. 225.

Source BIU Cujas

jugement à l'avantage concédé volontairement par le débiteur. — Nous croyons que l'art. 447 ne doit pas être appliqué aux jugements validant des saisies-arrêts (1). Sans doute l'énumération de l'art. 447 n'est pas limitative, mais il n'en est pas moins vrai que la formule générale de l'art. 447 comprend seulement *les paiements faits par le débiteur ou les contrats faits par lui* et par suite ne comprend pas les jugements. Le danger d'une fraude est bien diminué par l'intervention de la justice. D'ailleurs, s'il y avait une fraude caractérisée, le syndic aurait la ressource de la tierce-opposition d'après les principes de droit commun.

1055. C. *Nullités des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques.* — Comme il a été dit plus haut (nos 1017 et suiv.) les inscriptions ne peuvent être prises sur les biens du failli après le jugement déclaratif. Ce n'est pas à dire que les inscriptions prises jusqu'à ce jugement soient nécessairement valables. L'art. 448, 2e et 3e alinéas, permet de les annuler sous certaines conditions. Le législateur a craint qu'un commerçant en état de cessation de paiements ou sur le point d'y être, put conserver jusqu'au jugement déclaratif un crédit apparent, grâce à la connivence de ses créanciers hypothécaires et privilégiés qui retarderaient la prise des inscriptions. Les inscriptions prises avant le jugement déclaratif depuis la date de la cessation des paiements peuvent être annulées quand il s'est écoulé depuis la date de la naissance du privilège ou de l'hypothèque un temps assez long pour impliquer une connivence coupable ou une grave négligence de la part du créancier. L'art. 448, 2e alin., après avoir admis, en principe, la prise d'inscriptions jusqu'au jugement déclaratif ajoute : *Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.* L'art. 448, 3e alin., admet une augmentation du délai de 15 jours à raison de la distance qui existe entre le lieu où le droit d'hypothèque a été acquis et le lieu où l'inscription a été prise.

Les nullités des inscriptions diffèrent à la fois de celles de l'art. 446 et de celles de l'art. 447. A la différence des actes énu-

(1) Cass. 21 décembre 1881, S. 1882. 1. 202; *J. pal.* 1882. 496.

Source BIU Cujas

mérés dans l'art. 446, les inscriptions ne sont pas nulles de droit, l'art. 448 laisse au juge une faculté d'appréciation comme pour les actes atteints par l'art. 447. Mais, d'un autre côté, à la différence de ce qui a lieu pour les actes tombant sous le coup de l'art. 447, les inscriptions peuvent être annulées en vertu de l'art. 448, 2e alin., sans que le créancier qui les a prises ait connu la cessation des paiements et, par suite, qu'elles aient été opérées depuis la date de la cessation de paiements ou même dans les dix jours précédents. — Ces nullités, comme celles des art. 446 et 447, ne peuvent être invoquées que par la masse, non par le failli ou par certains créanciers isolés. — La nullité d'une inscription a le même effet que celle de l'hypothèque même ou du privilège, par cela même que ces droits ne sont pas opposables aux tiers quand ils ne sont pas inscrits.

1056. Les inscriptions dont l'art. 448, 2e alin., permet de prononcer la nullité sont celles-là même qui ne peuvent plus être prises après le jugement déclaratif en vertu de l'art. 448, 1er alin. En conséquence, peuvent être déclarées nulles envertu de l'art. 448, 2e alin., les inscriptions d'hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales, autres que celles des incapables régies par l'art. 2135, Code civ., les inscriptions de tous les privilèges autres que les privilèges généraux, la transcription d'une vente d'immeuble faite au failli en tant qu'elle a pour but de conserver le privilège du vendeur. Au contraire, l'art. 448, 2e alin., ne s'applique pas aux inscriptions prises en renouvellement (art. 2154, C. civ.), aux inscriptions spéciales prises pour garantir les intérêts d'une créance (art. 2151, C. civ.), aux inscriptions des hypothèques légales des incapables. Mais en ce qui concerne ces dernières hypothèques une grave difficulté s'élève.

L'art. 448, 2e et 3e alin., ne leur est certainement pas applicable tant que dure le mariage ou la tutelle, par cela même qu'elles sont alors opposables aux tiers sans avoir été inscrites (art. 2135, C. civ.). Mais on sait que ces hypothèques sont soumises à l'inscription quand une année s'est écoulée depuis la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle (L. 23 mars 1855, art. 8). L'art. 448, 2e et 3e al., ne devient-il pas dès lors applicable à ces inscriptions, en cas de faillite du mari ou du tuteur? On a soutenu l'affirmative en se

Source BIU Cujas

prévalant de ce qu'après un an écoulé après la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, les hypothèques légales des incapables sont assimilées, au point de vue de l'inscription, à toutes les autres hypothèques. Quoique cette idée soit exacte en général, nous croyons plus sûr de ne pas appliquer l'art. 448, 2e et 3e alin., aux inscriptions des hypothèques légales des incapables (1). Pour que le juge puisse annuler une inscription en vertu de cet article, il faut qu'elle ait été prise plus de 15 jours depuis la date de *l'acte constitutif*. Or, pour les hypothèques légales il n'y a pas d'acte constitutif en dehors du texte de la loi qui les établit et l'on ne peut déterminer, par suite, le point de départ du délai de quinzaine (2).

L'art. 448, 2e et 3e alin., ne frappe pas les formalités de publicité analogues à l'inscription qui, du reste, ne sont pas non plus nulles quand elles sont remplies après le jugement déclaratif (n°1023). La nullité facultative de l'art. 448, 2e et 3e alin., ne peut donc atteindre, quand même elles ont été remplies pendant la période suspecte : la transcription d'une vente ou d'une donation d'immeuble faite par le failli, la signification ou l'acceptation dans un acte authentique d'une cession ou d'une constitution de gage consentie par lui.

1056 *bis*. A PARTIR DE QUEL MOMENT ET JUSQU'A QUEL MOMENT PEUVENT ÊTRE INVOQUÉES LES NULLITÉS DES ART. 446 A 448. — D'après l'opinion admise plus haut (n° 993), ces nullités présupposent une déclaration de faillite. Elles ne peuvent donc être invoquées qu'à partir du jugement déclaratif.

Elles ne peuvent plus l'être quand la faillite est définitivement close, c'est-à-dire en cas d'union, quand la dernière assemblée des créanciers a donné décharge aux syndics (art. 537). Alors la masse dans l'intérêt de laquelle les nullités sont admises, cesse d'exister. En cas de concordat, la faillite est close du jour où il a été conclu et dès lors il n'y a plus de masse de créanciers. Faut-il en conclure que dès lors les nullités ne peuvent plus être invoquées! V. sur cette question, n° 1095.

(1) Caen, 18 juin 1879, *J. pal.* 1880. 803.

(2) V., pour les développements, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2788.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS LA FAILLITE (1).

1057. A la suite du jugement déclaratif de faillite s'ouvre une procédure comprenant des actes et des opérations variés ayant pour buts principaux de fixer le montant de l'actif, de déterminer celui du passif, d'administrer les biens du failli, de décider quelle solution il y a lieu de donner à la faillite. Dans ces actes et opérations, de nombreuses personnes et autorités ont à intervenir. Ce sont principalement les *syndics*, le *juge-commissaire*, les *créanciers du failli*, le *failli*, le *tribunal de commerce*.

A. — *Des syndics.*

1058. Le syndic est un administrateur salarié de la faillite. Le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens par le jugement déclaratif, il faut qu'une personne soit chargée de les administrer à sa place. Du reste, le syndic n'est pas seulement le représentant du failli, il représente aussi les créanciers, quand ils ont un intérêt commun à faire valoir (n° 1067).

Les syndics n'ont pas les mêmes pouvoirs pendant toute la durée de la faillite. Aussi reçoivent-ils des qualifications différentes selon la période de la procédure de faillite dans laquelle on se trouve. Le Code modifié en 1838 distingue trois sortes de syndics : les *syndics provisoires*, les *syndics définitifs*, les *syndics de l'union*. Dans toute faillite, il y a successivement des syndics des deux premières sortes. Au contraire, il n'y a des syndics de la troisième espèce que lorsque la faillite se termine par l'union, non quand il y a concordat simple. Ainsi les syndics définitifs n'ont un caractère correspondant à leur qualification que lorsqu'il n'y a pas union.

Les *syndics provisoires* sont ceux que nomme le jugement déclaratif, art. 462, al. 1. Ils sont nommés sans que les créanciers

(1) C. com., art. 451 à 454, 462 à 478.

Source BIU Cujas

soient même consultés. A ce moment on ne les connaît pas encore et il importe dans l'intérêt des créanciers et du failli qu'il soit pourvu sans retard à l'administration des biens. — Les syndics provisoires ont pour mission générale de faire les actes les plus urgents, spécialement des actes conservatoires, qui seront utiles quelque solution que la faillite reçoive (art. 468, 469 et 476, C. com.).

Comme les créanciers ont un intérêt considérable au bon choix des syndics, les syndics nommés par le tribunal ne peuvent conserver leurs fonctions sans que les créanciers aient été appelés à donner leur avis sur leur maintien. Aussi les créanciers présumés (désignés dans le bilan, art. 439 et 476) sont convoqués dans un délai de quinze jours au plus; le tribunal, sur leur avis, maintient à son gré en fonctions ou remplace les syndics provisoires. Les syndics prennent alors le nom de syndics définitifs (art. 462, 4e al.). La mission principale des syndics définitifs est de faire tous les actes nécessaires pour mettre les créanciers à même de statuer en connaissance de cause sur la solution que doit recevoir la faillite, de procéder notamment à la vérification des créances.

Quand un failli obtient un concordat simple, le dessaisissement prend fin et, dès lors, il n'y a plus de syndics; ceux qui étaient en fonctions rendent compte de leur gestion au failli concordataire qui reprend l'administration de ses biens (art. 519, C. com.). Mais, en cas d'union ou de concordat par abandon d'actif, le dessaisissement ne cesse pas et les créanciers doivent être consultés sur le maintien ou le remplacement des syndics définitifs. Le tribunal statue sur cet avis (art. 529). Les syndics de l'union ont pour mission de vendre les biens du failli et de procéder à la répartition entre les créances des sommes provenant de la faillite.

Les syndics de l'union restent en fonctions, en principe, jusqu'à la clôture de la faillite. Cependant, lorsque l'union dure plus d'un an, chaque année les créanciers, réunis en assemblée pour recevoir le compte de la gestion des syndics, ont à émettre un avis sur le maintien ou le remplacement des syndics en exercice pour l'année suivante (art. 536, C. com.).

Il résulte de toutes les dispositions du Code que les créanciers n'ont jamais qu'un avis à émettre sur le choix des syndics, avis qui

Source BIU Cujas

ne lie même pas le tribunal. Au contraire, sous l'empire du Code de 1807, les créanciers avaient, selon les cas, le droit de présenter au tribunal une liste de candidats entre lesquels il devait choisir ou même le droit de nomination directe (1). Généralement les créanciers exerçaient ces droits avec négligence et se laissaient facilement tromper par le failli qui leur faisait choisir comme syndics des personnes qu'il désignait lui-même.

Révocation et remplacement des syndics. — Les syndics peuvent ne pas bien remplir leurs fonctions, ce qui nuit aux créanciers et au failli. Le tribunal a le droit de les révoquer à tout moment et d'en nommer de nouveaux après avis des créanciers. La révocation des syndics est proposée au tribunal par le juge-commissaire, soit sur les réclamations à lui adressées par les créanciers ou par le failli, soit d'office (art. 464, 467, 583-1°, C. com.). Le tribunal remplace aussi, après avis des créanciers, les syndics décédés ou empêchés, art. 464.

Choix des syndics. — Les syndics peuvent être choisis soit parmi les créanciers soit en dehors d'eux. C'est le dernier cas qui est de beaucoup le plus fréquent (2). A Paris et dans les grandes villes il y a des agents d'affaires qui font profession de se charger des fonctions de syndics. Le tribunal de commerce dresse une liste des agents d'affaires parmi lesquels il choisit les syndics. Dans certaines villes ce sont les mêmes personnes qui sont à la fois agréés et syndics. Les syndics ne sont ni des fonctionnaires publics, ni des officiers ministériels. Les tribunaux de commerce admettent qu'ils peuvent céder leurs cabinets, sauf à ces tribunaux à agréer les successeurs.

Le choix des syndics est entièrement libre pour les tribunaux. L'art. 463, C. com., admet une seule restriction : aucun parent ou allié du failli jusqu'au 4e degré ne peut être nommé syndic.

Indemnité des syndics. — Les syndics peuvent recevoir une indemnité qui est arbitrée par le tribunal de commerce sur la requête des syndics et l'avis du juge-commissaire (art. 462, dern. alin.). Ils

(1) V., sur le système de Code de 1807 quant au mode de nomination des syndics, *Précis de Droit commercial*, t. II, page 746, note 2.

(2) Le Code de 1807 cherchait à faire choisir les syndics parmi les créanciers. V. *Précis*, etc., t. II, n° 2799.

Source BIU Cujas

ne peuvent la toucher qu'après avoir rendu compte de leur gestion.

Nombre et responsabilité de syndics. — Selon l'importance de la faillite, le tribunal peut nommer un ou plusieurs syndics sans que leur nombre puisse jamais dépasser trois (art. 462, dern. alin.).

Les syndics sont, comme tous les mandataires, responsables des fautes commises dans leur gestion et, l'on doit se montrer d'autant plus sévère pour eux qu'ils sont salariés, art. 1992, C. civ.

Quand il y a plusieurs syndics, ils ne peuvent agir que collectivement, à moins que le juge-commissaire n'autorise spécialement l'un ou plusieurs d'entre eux à faire séparément des actes d'administration, art. 465. Ils sont responsables solidairement, sauf lorsque cette autorisation leur été donnée par le juge-commissaire ; alors la responsabilité ne pèse que sur celui des syndics qui a commis la faute (1).

B. — *Du juge-commissaire* (2).

1059. Il serait difficile que le tribunal de commerce entier exerçât une surveillance sérieuse sur les syndics et un contrôle sur les opérations de la faillite. Aussi le Code prescrit de désigner, dans le jugement déclaratif, un juge-commissaire qui exerce au nom du tribunal, une mission de surveillance et un contrôle (art. 451). Le juge-commissaire est, par rapport au syndic, une sorte de subrogé-tuteur, ayant un caractère officiel. Du reste, il n'a pas qu'une surveillance à exercer.

Le juge-commissaire est choisi parmi les juges suppléants ou titulaires sans même que les créanciers aient à donner leur avis. Le tribunal peut à toute époque remplacer le juge-commissaire nommé par le jugement déclaratif, art. 454. Ce remplacement devient souvent nécessaire par cela même que les fonctions des juges de commerce sont temporaires.

Les fonctions du juge-commissaire peuvent être ramenées à cinq chefs :

1° Il est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite, art. 452. Aussi peut-il réclamer au tribunal la révocation des syndics, art. 467.

(1) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2803.
(2) Art. 451 à 454, C. com.

Source BIU Cujas

2° Il fait au tribunal de commerce le rapport de toutes les contestations que la faillite peut faire naître et qui sont de la compétence de ce tribunal, art. 452. Tout jugement rendu sans ce rapport préalable serait nul.

3° Il est appelé à donner sous forme d'ordonnance son autorisation aux syndics pour certains actes trop graves aux yeux du législateur pour que le syndic ait le pouvoir de les faire seuls, art. 465, 469, 470, 474, 486, 487.

4° Il statue sur certaines contestations, spécialement sur les réclamations formées contre les opérations des syndics par les créanciers, par le failli ou par un cosyndic, art. 466.

Dans un but de célérité le Code a pris deux mesures spéciales : *a*. Les ordonnances du juge-commissaire ne sont susceptibles de recours devant le tribunal de commerce que dans les cas prévus par la loi (art. 466, 474, 530, C. com.). *b*. La décision du tribunal rendue sur ce recours est inattaquable art. 583-5°.

5° Le juge-commissaire fait convoquer les assemblées de créanciers et en a la présidence, art. 462, 493, 504, 507.

C. — *Tribunal de commerce.*

1060. Le tribunal de commerce rend le jugement déclaratif et fixe la date de la cessation des paiements (1). Ce n'est pas là sa seule attribution. Il en a encore trois autres :

a. Il doit intervenir pour nommer et remplacer des syndics, nommer et remplacer le juge-commissaire, autoriser des actes des syndics assez graves pour que l'autorisation du juge-commissaire ne suffise pas, art. 451, 462, 464, 467, 487, 515, 533, 583, etc.

b. Il est compétent pour statuer sur toutes les contestations *en matière de faillite*, art. 635, C. com., art. 59-7°, C. proc. civ. Que signifient ces dernières expressions (2) ? Le syndic représente, en principe, le failli dans tous les procès le concernant soit comme de-

(1) Un autre tribunal (civil ou de répression) ne peut-il pas constater l'état de faillite pour en tirer seulement certaines conséquences au point de vue d'une affaire spéciale ? V. sur cette question, ci-dessus, n° 993.

(2) Les mêmes expressions se retrouvent dans les art. 452, al. 2, et 582 et il y a, par suite, utilité à en fixer le sens au point de vue de l'application de ces dispositions.

Source BIU Cujas

mandeur soit comme défendeur (n° 1001). Il ne faut pas croire que tout procès dans lequel le syndic est ainsi partie, doit être considérée comme un procès *en matière de faillite* dans le sens légal et est, par suite, de la compétence du tribunal de commerce. On doit comprendre seulement parmi ces procès ceux qui sont nés de la faillite, qu'ils soient, du reste, relatifs à un acte commercial ou à un acte civil. Ainsi le tribunal de commerce est compétent, en vertu de l'art. 635, pour connaître d'une action en nullité d'un achat de marchandises fait par le failli, d'une demande en nullité d'une donation, d'une inscription d'hypothèque ou de tout autre acte, si cette action est fondée sur les art. 446 à 449, C. com. Sans la faillite, l'action en nullité n'existerait pas. Mais, au contraire, bien que le syndic soit partie au procès comme représentant le failli, le tribunal de commerce ne peut connaître d'une demande en nullité d'une donation fondée sur l'inobservation des formes prescrites par l'art. 931, C. civ., ou d'une inscription d'hypothèque pour omission de quelqu'une des mentions exigées par l'art. 2148, C. civ.

c. Enfin le tribunal de commerce, dans les cas indiqués par la loi, connaît des recours formés contre les ordonnances des juges-commissaires, art. 453, C. com.

Des règles spéciales régissent les jugements rendus en matière de faillite au point de vue des voies de recours ouvertes contre eux. Il a été parlé plus haut (n°s 984 et suiv.), à ce point de vue, du jugement déclaratif et du jugement fixant la date de la cessation des paiements. Pour les autres jugements le Code ne pose pas des règles uniformes.

Il y a d'abord des jugements contre lesquels la loi n'admet ni l'opposition, ni l'appel, ni le pourvoi en cassation. Leur énumération se trouve dans l'art. 583. Les autres jugements sont susceptibles de ces trois voies de recours. Il n'y a même aucune règle spéciale ni pour l'opposition ni pour le pourvoi en cassation. Mais, en ce qui concerne l'appel, le délai accordé pour l'interjeter est très réduit : il est de 15 jours à partir de la signification.

D. — *Des créanciers.*

1061. Les créanciers privés, en principe, du droit d'agir indivi-

Source BIU Cujas

duellement (n° 1003), sont considérés par la loi comme formant une masse dont les syndics sont chargés de défendre les intérêts. Les syndics représentent tous les créanciers chirographaires, hypothécaires ou privilégiés, en tant qu'ils ne sont pas en conflit entre eux.

Cependant individuellement les créanciers peuvent agir pour faire constater l'existence et le montant de leurs créances en produisant leurs titres et en intervenant dans la procédure de vérification et d'affirmation des créances (art. 491 et s.). V. n° 1069. Dans cette procédure, chaque créancier peut contester la créance d'un autre, (art. 494). Les créanciers ont aussi le droit individuel de surveiller la gestion des syndics, de former des réclamations contre leurs actes, de demander leur révocation (art. 466 et 467), de former opposition ou d'interjeter appel contre le jugement déclaratif et contre le jugement fixant la date de la cessation des paiements (art. 580 et s.).

Les créanciers n'ont pas d'autres droits individuels. Ainsi c'est le syndic seul qui peut exercer les droits et actions du failli en vertu de l'art. 1166, C. civ., ou demander la nullité d'actes antérieurs au jugement déclaratif en vertu des art. 446 à 449, C. civ.

Les créanciers ont souvent des avis à donner ou des délibérations à prendre, ainsi ils émettent des avis sur la nomination des syndics (art. 462 et 529, C. com.), ils statuent sur les propositions de concordat faites par le failli (art. 504), ils ont à autoriser certains actes du failli (art. 532), etc., etc. Pour émettre ces avis ou prendre ces délibérations ils se réunissent en assemblées. Les assemblées de créanciers se tiennent sur la convocation du greffier du tribunal. Le juge-commissaire décide la convocation et préside. En dehors des cas indiqués par le Code, la convocation des assemblées est purement facultative. La majorité se calcule, en général, par tête, sans s'attacher au montant des créances. Cependant, à raison de la gravité des délibérations à prendre, une double majorité en nombre et en sommes est exigée pour le vote du concordat (art. 507) et pour autoriser le syndic à continuer l'exploitation du fonds de commerce du failli, même après l'union (art. 532).

En tant qu'ils constituent une masse représentée par le syndic, les créanciers sont-ils, par rapport au failli, des ayants-cause ou des

Source BIU Cujas

tiers? Il n'y a pas de règle absolue à poser. En principe général, la masse des créanciers est l'ayant-cause du failli. Celui-ci est dessaisi et l'exercice de ses droits passe aux créanciers que le syndic représente. Le syndic exerce ainsi au nom de la masse les droits du failli. De là découlent notamment les conséquences suivantes :

1. Les actes sous-seing privé souscrits par le failli, et portant une date antérieure au jugement déclaratif, font preuve de leur date par eux-mêmes à l'égard des créanciers. L'art. 1328, C. civ., est inapplicable ; c'est aux intéressés soutenant qu'il y a antidate et que l'acte portant une date antérieure au jugement déclaratif est, en réalité, postérieur, à prouver la fraude.

2. Les jugements rendus contre le failli avant le jugement déclaratif sont opposables à la masse. Celle-ci ne peut pas former tierce-opposition contre eux, à moins que ces jugements n'aient été rendus en fraude des droits des créanciers. La masse a été représentée par le failli dont elle est l'ayant-cause et la tierce-opposition n'appartient, en principe, qu'à ceux qui n'ont pas été parties dans l'instance et n'y ont pas été représentés.

Mais à titre exceptionnel la masse doit être considérée par rapport au failli comme un tiers et non comme un ayant-cause, en tant qu'elle exerce des droits que la loi lui confère directement et qu'elle ne tient nullement du failli. Il en est ainsi quand les créanciers de la masse représentés par le syndic demandent la nullité d'actes antérieurs au jugement déclaratif en vertu des art. 446 à 449. En conséquence, lorsque les opérations attaquées sont constatées par des actes sous-seing privé, ces actes, pour échapper à la nullité, comme antérieurs à la période suspecte, doivent avoir acquis une date certaine, conformément à l'art. 1328, C. civ., avant le commencement de cette période. Il n'en serait autrement que s'il s'agissait d'actes de commerce, par cela même que l'art. 1328 leur est d'ordinaire inapplicable (n° 365).

E. — *Du failli.*

1062. Malgré le dessaisissement, le failli a un certain rôle à jouer dans la faillite, mais ce rôle est plutôt passif qu'actif. Il a le droit d'assister à l'inventaire que les syndics ont à dresser

Source BIU Cujas

lors de leur nomination (art. 479), à l'ouverture des lettres qui lui sont adressées et dont la remise aux syndics est prescrite (art. 471, *in fine*); de se plaindre des actes des syndics et de demander leur révocation (art. 466 et 467); de s'opposer à l'admission d'un créancier dans la procédure de vérification (art. 494); de présenter à l'assemblée des créanciers des propositions de concordat (art. 505 et 506); d'être présent à la reddition des comptes faite par les syndics aux créanciers quand après l'union la liquidation est terminée (art. 537). Il va de soi que le failli doit donner les renseignements qui lui sont demandés sur ses affaires. Il peut même être employé par les syndics pour faciliter leur gestion (dans ce cas le juge-commissaire fixe la rémunération à laquelle le failli a droit (art. 488).

Le failli ne conserve pas toujours sa liberté. D'après l'art. 455, le jugement déclaratif ordonne l'arrestation du failli ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice ou par un gendarme. Ainsi le syndic ne peut pas se soustraire par la fuite aux peines qui peuvent le menacer comme banqueroutier ou se mettre dans l'impossibilité de donner aux syndics les renseignements qui lui sont utiles. L'arrestation du failli est demeurée possible malgré la suppression de la contrainte par corps en 1867. Cette mesure n'intéresse pas, comme la contrainte par corps, un créancier unique, elle est prescrite dans l'intérêt de la masse des créanciers et dans l'intérêt de la répression pénale.

L'arrestation est opérée à la diligence soit du ministère public, soit des syndics, art. 460. Du reste, le Code (art. 457) laisse au tribunal la faculté d'affranchir le failli du dépôt ou de la garde de sa personne quand il a déposé son bilan conformément aux art. 438 et 439. On a voulu ainsi enlever au failli l'intérêt qu'il pourrait avoir à retarder la faillite en ne déposant pas son bilan. Lors même que l'arrestation du failli a été ordonnée, la mesure n'est pas définitive. Un sauf-conduit peut être accordé au failli sur la proposition du juge-commissaire, du syndic ou du failli (art. 472 et 473). Le tribunal peut subordonner le sauf-conduit à l'obligation pour le failli de fournir caution de se représenter et le sauf-conduit peut d'ailleurs toujours être révoqué.

Source BIU Cujas

F. — *Du ministère public.*

1063. Le rôle du ministère public dans les faillites est très restreint. Il ne peut intervenir dans les assemblées des créanciers, mais a seulement un droit de contrôle destiné à assurer la découverte des crimes et délits que les faillites permettent parfois de connaître. Le greffier du tribunal de commerce doit adresser dans les 24 heures au procureur de la République extrait des jugements déclaratifs, art. 459. Le ministère public peut ainsi faire arrêter le failli si son arrestation a été ordonnée, art. 460. Les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli et y assister à l'inventaire dressé par les syndics, art. 483. Le ministère public doit aussi recevoir communication du rapport que les syndics ont à dresser dans les 15 jours de leur entrée en fonctions pour indiquer notamment les principales causes et circonstances de la faillite et le caractère qu'elle paraît avoir, art. 432. Enfin un décret du 25 mars 1880 prescrit la tenue, au greffe de chaque tribunal de commerce ou de chaque tribunal civil jugeant commercialement, d'un registre sur lequel sont inscrits, par chaque faillite, article par article et à leurs dates respectives, les actes relatifs à la gestion des faillites et le greffier doit soumettre tous les trois mois au procureur général un relevé indiquant sommairement la situation de chaque faillite d'après les énonciations de ce registre.

Source BIU Cujas

CHAPITRE III.

ADMINISTRATION DE LA FAILLITE ET PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARER LA SOLUTION (1).

1064. Avant que les créanciers puissent se prononcer sur le point de savoir s'ils veulent accorder au failli un concordat ou se mettre en état d'union, il faut que l'actif soit constaté, que des mesures soient prises pour éviter que des biens soient détournés au préjudice de la masse des créanciers, qu'il soit pourvu à l'administration du patrimoine du failli et qu'enfin le montant du passif soit fixé avec toutes les garanties désirables pour écarter les créances qui ne seraient pas sincères et véritables. La constatation de l'actif et du passif est nécessaire afin de permettre aux créanciers d'apercevoir quelle est pour eux la solution la plus avantageuse à donner à la faillite.

A. — *De la constatation de l'actif du failli.*

1065. Il importe qu'aucun détournement ne soit opéré entre le moment où le jugement déclaratif est rendu et celui où le syndic prend en mains l'administration des biens du failli. Il faut aussi, au point de vue des comptes à rendre plus tard par le syndic, qu'on constate exactement les biens dont la remise lui est faite. Dans le premier but est prescrite l'apposition des scellés, dans le second la confection d'un inventaire.

Apposition des scellés. — Elle doit être ordonnée par le jugement déclaratif (art. 455, 1er alin.) à moins que le juge-commissaire n'estime que l'inventaire peut être dressé en un seul jour (art. 455, 2e alin.). Dans ce dernier cas, les détournements ne sont guère à craindre. Exceptionnellement, l'apposition des scellés peut être faite avant le jugement déclaratif par le juge de paix soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou de plusieurs créanciers, quand le débiteur est en fuite ou a détourné tout ou partie de son actif, art. 457, 2e alin. En dehors de ces hypothèses, les scellés sont apposés par le juge de paix d'office ou sur la réquisition des syndics après le jugement

(1) C. com., art. 455, 468 à 503.

Source BIU Cujas

déclaratif dont le greffier transmet au juge de paix la disposition ordonnant l'apposition des scellés, art. 455, 1er alin.

Les scellés sont apposés, en principe, sur tous les objets mobiliers se trouvant chez le failli, art. 458. Mais cette mesure appliquée sans aucune restriction priverait le failli de choses indispensables à la vie et empêcherait, au préjudice des créanciers, des actes urgents ou très utiles. Aussi, d'après l'art. 469, le juge-commissaire peut, sur la demande des syndics, les dispenser de faire placer sous les scellés, ou les autoriser à en faire extraire, si les scellés ont été déjà apposés : 1° les vêtements, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille; 2° les objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation immédiate; 3° les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce du failli, quand cette exploitation ne peut être interrompue sans préjudice pour les créanciers. L'art. 469-1° s'explique par des raisons d'humanité, l'art. 469, 2° et 3°, par l'intérêt même de la masse des créanciers; il importe qu'on puisse vendre les objets qui se détériorent ou se déprécient promptement (art. 470). Enfin, pour que l'exploitation du fonds de commerce du failli puisse être continuée par les syndics, comme cela a lieu parfois (art. 470), il faut que les objets utiles pour cette exploitation soient remis aux syndics et ne soient pas placés sous scellés.

L'art. 471 autorise, en outre, le juge de paix à extraire des scellés et à remettre aux syndics : 1° les livres du failli, 2° les effets de portefeuille échus ou à courte échéance. L'examen des livres peut seul permettre au syndic de dresser le bilan quand il ne l'a pas été par le failli lui-même (art. 476), de connaître les créanciers pour les convoquer aux assemblées. — Il est utile aussi que les syndics aient entre les mains les effets de commerce dont le failli était porteur pour les faire accepter s'il y a lieu ou pour en opérer le recouvrement et pour remplir, à défaut de paiement, les formalités prescrites pour la conservation des droits du failli comme porteur (protêt, etc...)

Inventaire. — Les syndics peuvent requérir la levée des scellés dans les 3 jours de leur nomination, afin de procéder à la confection de l'inventaire, art. 479. Il contient la description et l'estimation des différents objets mobiliers trouvés chez le failli ainsi que la men-

Source BIU Cujas

tion, d'après les déclarations du failli, des immeubles dont il est propriétaire et de ses différentes dettes. — Dans un but d'économie, c'est le syndic et non pas un notaire qui est chargé par la loi de dresser l'inventaire. Le juge de paix doit assister à l'inventaire et le signer à chaque vacation, art. 480, 1er alin. L'inventaire est dressé en deux exemplaires dont l'un reste entre les mains du syndic et dont l'autre est déposé au greffe du tribunal de commerce à la disposition des intéressés, art. 480, 2e alin. — Le syndic se charge de l'actif par une déclaration inscrite au pied de l'inventaire.

Il se peut que la faillite soit déclarée après décès ou que le failli vienne à mourir avant que l'inventaire prescrit par l'art. 479 ait été dressé. Alors, si un inventaire a été fait par un notaire, conformément au droit commun, il suffit à la fois pour la faillite et pour la succession. Il faut seulement qu'une expédition en soit remise au syndic et qu'une autre soit déposée au greffe du tribunal de commerce. Du reste, afin d'éviter les frais, le Code (art. 481) se contente d'un inventaire dressé par le syndic en présence des héritiers et de la veuve du failli ou eux dûment appelés, même pour que les héritiers jouissent du bénéfice d'inventaire et que la veuve, commune en biens, ne soit tenue que jusqu'à concurrence de son émolument en vertu de l'art. 1483, C. civ.

Moyens d'information des syndics. — Les syndics, pour connaître l'état des affaires du failli, ses créances et ses dettes, peuvent dépouiller ses papiers et ses livres. Ils arrêtent ceux-ci, c'est-à-dire fixent la situation du failli avec chacune des personnes avec lesquelles il a été en relation, art. 475. — Bien que l'administration des postes ne doive remettre les lettres qu'aux personnes auxquelles elles sont adressées, le Code donne au syndic le droit de se faire remettre les lettres adressées au failli (il en est de même des télégrammes). Mais cela ne peut s'appliquer aux lettres confidentielles ou de famille. Aussi, le failli peut assister à l'ouverture des lettres et se faire remettre celles de la dernière espèce, art. 471, *in fine*. En outre, le syndic peut demander au failli toutes les explications qui lui semblent utiles, se renseigner auprès de toutes personnes qu'il croit en état de lui fournir des renseignements. C'est à l'aide

Source BIU Cujas

de tous ces moyens d'information que le syndic arrive à dresser le bilan, quand il ne l'a pas été par le failli, art. 476.

B. — *Administration des biens du failli.*

1066. Tant que les créanciers n'ont pas pris une décision sur la solution à donner à la faillite, on ignore si le failli sera replacé à la tête de ses affaires en vertu d'un concordat simple ou si tous ses biens seront vendus pour le prix en être réparti entre ses créanciers à la suite de l'union ou du concordat par abandon d'actif. Par suite, les syndics ne peuvent faire jusque-là aucun acte impliquant une décision des créanciers dans l'un ou dans l'autre sens. Cependant, il y a un grand nombre d'actes qu'il peut être nécessaire ou utile de faire dans l'intérêt du failli et des créanciers. Le Code indique les principaux de ces actes et détermine si le syndic peut les faire seul ou de quelles autorisations il doit se pourvoir.

Actes conservatoires. — Les syndics sont chargés de faire sans autorisation les actes conservatoires de toute espèce (art. 490, 1er al.), ainsi, ils peuvent interrompre les prescriptions courant contre le failli, pratiquer des saisies-arrêts entre les mains de ses débiteurs, requérir des inscriptions d'hypothèque ou de privilège sur les immeubles de ses débitenrs, faire inscrire l'hypothèque légale accordée à la masse par l'art. 490, C. com. (nº 1014), etc...

Recouvrement des créances. — Les syndics peuvent, sur leurs quittances, recouvrer toutes les créances du failli, spécialement les effets de commerce dont le failli était porteur et qui n'ont pas été placés sous les scellés ou en ont été extraits, art. 471, 3e alin.

Exercice des actions du failli. — Le droit d'agir en justice appartient aux syndics en tant qu'il s'agit de biens frappés par le dessaisissement (nº 1002). Ils agissent sous leur responsabilité sans avoir besoin d'aucune autorisation.

Transactions. — Il est utile qu'on puisse éviter par des sacrifices des procès qui prolongent souvent la durée des faillites et sont une source de frais énormes. Aussi, même durant la période préparatoire, les syndics peuvent conclure des transactions, mais ils ne peuvent transiger que sous certaines conditions qui varient avec l'im-

Source BIU Cujas

portance pécuniaire et la nature mobilière ou immobilière de l'objet de la transaction.

En principe, les syndics ont besoin pour transiger d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire, le failli dûment appelé, art. 487, 1er alin. Cette autorisation ne suffit pas toujours. Il faut de plus l'homologation de justice quand l'objet de la transaction, c'est-à-dire le droit litigieux, est d'une valeur indéterminée ou excède 300 fr. Il faut, en outre, le consentement du failli, si l'on se trouve en matière immobilière. — D'après l'art. 487, le tribunal compétent pour statuer sur l'homologation est le tribunal civil ou le tribunal de commerce, selon que la transaction concerne des droits immobiliers ou des droits mobiliers. Cette distinction ne peut pas être prise absolument à la lettre. Elle signifie que le tribunal de commerce n'a compétence pour se prononcer sur l'homologation, qu'autant que la contestation sur laquelle porte la transaction est de la compétence de ce tribunal. Ainsi, s'il s'agit d'une transaction sur une demande en nullité d'une vente ou d'une donation d'immeuble, fondée sur les art. 446 et suiv., le tribunal de commerce étant compétent pour statuer sur une semblable demande, quoiqu'elle soit de nature immobilière, ce sera ce tribunal aussi qui aura à se prononcer sur l'homologation de la transaction (1).

Ventes d'effets mobiliers et de marchandises. — En principe, les syndics ne doivent pas vendre les biens du failli, ils doivent les conserver pour les remettre au failli en cas de concordat. Toutefois les syndics peuvent vendre : 1° les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver (art. 470). C'est pour rendre la vente de ces objets possible que le juge-commissaire peut dispenser de les placer sous scellés (art. 469-2°) ; 2° les autres objets, s'il est indispensable de les vendre pour se procurer les fonds nécessaires aux opérations de la faillite (art. 486, 1er alin.). — Les syndics ne peuvent procéder à la vente de ces différents objets qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et après que le failli a été entendu ou appelé.

En autorisant la vente, le juge-commissaire détermine, d'après

(1) Le Code ne parle ni du compromis, ni du désistement, V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2847 et 2848.

Source BIU Cujas

la nature des objets et les circonstances, si la vente doit avoir lieu à l'amiable ou aux enchères publiques. Dans ce dernier cas, le juge-commissaire indique par quelle classe d'officiers publics il sera procédé à la vente. Ce sont soit des courtiers inscrits, soit des commissaires-priseurs, soit des notaires, soit des agents de change. Les syndics choisissent sous leur responsabilité, dans la classe d'officiers publics indiquée par le juge-commissaire, celui dont ils veulent employer le ministère, art. 486, dern. alin.

Ventes d'immeubles. — Le Code ne prévoit pas qu'il y soit procédé durant la période préparatoire. Cependant il pourrait être nécessaire de vendre des immeubles spécialement pour se procurer les fonds indispensables à la marche des opérations de la faillite. Il semble juste de permettre aux syndics d'y procéder avec l'autorisation du tribunal de commerce (c'est la garantie la plus grande qui puisse être exigée) et d'observer les formalités prescrites par les art. 572 et 573 pour les ventes d'immeubles après l'union.

Continuation du commerce du failli. — Les syndics peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation du commerce du failli (art. 470). La cessation brusque du commerce, en laissant la clientèle se disperser, pourrait rendre plus tard le concordat simple sans avantage pour le failli ou diminuer la valeur du fonds de commerce qui forme le gage des créanciers, s'il est vendu après l'union. V. n° 1107.

Secours alimentaires. — En dessaisissant le failli, le jugement déclaratif le prive de ses moyens d'existence. Des secours alimentaires peuvent lui être accordés sur l'actif de la faillite. Le montant de ces secours réclamés par le failli est fixé par le juge-commissaire (sauf appel) sur la proposition des syndics (art. 474).

Sommes touchées par les syndics. — Des sommes assez importantes peuvent se trouver entre les mains des syndics, notamment par suite du recouvrement des créances du failli ou des ventes de quelques-uns de ses biens. Il importe que ces sommes ne soient pas détournées et ne restent pas improductives. D'après l'art. 489, ces sommes, sous déduction de celles arbitrées par le juge-commissaire pour le montant des frais et dépenses, doivent être versées à la Caisse des dépôts et consignations (Ordonnance du 3 juillet 1816, art. 14).

Source BIU Cujas

Dans les trois jours des recettes il doit être justifié au juge-commissaire des versements faits à cette caisse. En cas de retard, les syndics doivent les intérêts au taux légal (5 p. 0/0) des sommes qu'ils n'ont pas versées.

Avances à faire par le Trésor public. — Le jugement déclaratif et les mesures qui le suivent, donnent lieu à des frais. Comme il s'agit de mesures et de formalités utiles pour le commerce en général, le Code (art. 461) met les avances des frais qu'elles occasionnent à la charge du Trésor. La nécessité des avances est constatée par une ordonnance du juge-commissaire et elles sont remboursées au Trésor sur les premiers recouvrements.

C. — *Constatation des dettes du failli. Procédure de vérification et d'affirmation* (1).

1067. *But général de la procédure de vérification et d'affirmation des créances.* — Le bilan dressé par le failli ou par les syndics (art. 439 et 476) indique les créances qui existent contre le failli et l'inventaire contient aussi une déclaration du failli les mentionnant. Mais il se peut que le failli par erreur ou par fraude signale à sa charge des dettes éteintes ou susceptibles d'être annulées en vertu des art. 446 et suiv., ou de quelqu'autre disposition légale, ou qu'il y ait quelque cause de résolution à invoquer contre elles. Pour éviter l'admission à la faillite de créances simulées, éteintes, exagérées, susceptibles d'être annulées ou résolues, la loi a organisé une procédure spéciale terminant la période préparatoire et appelée *procédure de vérification et d'affirmation des créances.* Cette procédure sert à déterminer les personnes qui, en qualité de créanciers, ont le droit de voter dans l'assemblée chargée de se prononcer sur le concordat à accorder au failli (art. 504). Du reste, les créanciers ne peuvent délibérer en connaissance de cause sur la solution à donner à la faillite que lorsqu'on est bien fixé sur le montant du passif.

Malgré la similitude des dénominations, la vérification des créances en matière de faillite diffère complètement de la procédure de vérification d'écriture, réglée par les art. 193 et suiv., C. proc. civ. La vérification d'écriture a pour unique but de constater si un acte

(1) C. com., art. 491 à 513.

Source BIU Cujas

sous-seing privé invoqué contre une personne émane bien d'elle, cette procédure ne concerne point le fond du droit.

Trois questions générales doivent être résolues à propos de la vérification et de l'affirmation des créances : 1° En quoi consiste cette procédure ; 2° quels sont les différents cas qui peuvent se produire à son occasion (admission, rejet, contestation, etc...) ; 3° quelles créances sont soumises à cette procédure.

1068. 1° *Formalités de la procédure de vérification et d'affirmation des créances.* — Il faut avant tout que les créanciers se fassent connaître. Pour cela, ils doivent déposer (produire) leurs titres. Les créanciers peuvent les déposer entre les mains du greffier aussitôt après le jugement déclaratif, mais ils n'ont pas la faculté de produire ensuite indéfiniment. Un délai est imparti aux créanciers qui n'ont pas encore déposé leurs titres lors de l'assemblée chargée d'émettre un avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires. Aussitôt après cette assemblée, les créanciers connus sont avertis par lettre individuelle du greffier, les autres par insertions faites dans les journaux d'annonces légales d'avoir à déposer leurs titres en personne ou par un fondé de pouvoirs entre les mains du greffier ou du syndic.

Les délais donnés aux créanciers pour produire ainsi à la faillite ne sont pas les mêmes pour tous. En s'attachant au lieu de leur domicile, le Code (art. 492 et 497) distingue trois classes de créanciers : *a*. Les créanciers domiciliés dans le lieu où siège le tribunal qui a déclaré la faillite. Ils ont, pour déposer leurs titres, un délai de 20 jours courant de l'insertion des avertissements faite dans les journaux. *b*. Les créanciers domiciliés en France en dehors du lieu où la faillite a été déclarée. Pour eux le délai de 20 jours est augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance entre ce lieu et leur domicile. *c*. Les créanciers domiciliés en pays étranger ou dans les colonies françaises. Pour eux le délai de production est augmenté conformément à l'art. 73, C. proc. civ.

Ces délais n'ont pas la même portée pour les trois catégories de créanciers. On attend l'expiration des délais accordés aux créanciers des deux premières classes domiciliés en France pour réunir l'assemblée générale qui statue sur les propositions du concordat (art. 502)

Source BIU Cujas

et, comme aucune répartition de deniers provenant de l'actif du failli n'a lieu avant cette assemblée, ces créanciers sont assurés qu'aucune répartition ne sera faite avant l'expiration des délais. Au contraire, l'on n'attend pas pour tenir l'assemblée du concordat la fin des délais accordés aux créanciers domiciliés en pays étranger ou dans les colonies françaises (art. 502). Cependant ces délais ont pour ces créanciers mêmes une grande importance. Si l'on procède à des répartitions de deniers avant que ces délais soient écoulés, on réserve une part correspondante aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés hors de France sont portés au bilan. Mais une fois ces délais expirés, les sommes mises en réserve sont réparties entre les créanciers connus, si les créanciers domiciliés hors de France n'ont pas produit leurs titres, art. 567 et 568.

Le dépôt à faire par chaque créancier comprend : 1° le titre de créance, c'est-à-dire soit l'acte authentique ou sous-seing privé, soit le jugement, soit un extrait de livres de commerce, soit des lettres échangées entre le failli et le créancier, etc... 2° Un bordereau (sur papier timbré) de la somme réclamée par le créancier. Ce bordereau est utile à côté du titre; parfois la somme réclamée est inférieure ou supérieure à celle que le titre indique. Elle est supérieure si la créance a produit des intérêts, elle est inférieure si la créance a été éteinte en partie par le paiement ou par toute autre cause.

1069. *De la vérification.* — La vérification peut commencer dans les 3 jours après l'expiration des délais donnés aux créanciers domiciliés en France pour produire leurs titres, art. 493. Le juge-commissaire indique les lieu, jour et heure auxquels il y est procédé; ils sont mentionnés aussi dans les insertions prévenant les créanciers qu'ils ont à produire à la faillite (art. 492). De plus, pour éviter les oublis, les créanciers sont de nouveau convoqués à cet effet tant par lettres du greffier que par insertions dans les journaux (art. 492).

La vérification se fait en assemblée générale en présence des créanciers et du failli. Les créances sont vérifiées contradictoirement entre chaque créancier ou son mandataire et le syndic. Comme un syndic ne peut vérifier lui-même ses propres créances, pour les créances du syndic contre le failli, la vérification est faite par le juge-commissaire, art. 493. Tout créancier (ou son mandataire) a le droit indi-

Source BIU Cujas

viduel d'élever des réclamations et de s'opposer à l'admission. Le failli a le même droit, art. 494. Il est dressé un procès-verbal des opérations par les soins du juge-commissaire, art. 493, *in fine*.

1070. 2° *Des différents cas qui peuvent se produire à la suite de la vérification.* — Il peut se faire qu'une créance soit admise ou contestée. Ces deux cas doivent être examinés distinctement.

Admission. — Elle a lieu quand il ne s'est produit aucune réclamation contre une créance ou que les réclamants ont eux-mêmes reconnu le mal fondé de leurs objections. L'admission se constate de deux manières. D'abord une déclaration, signée par les syndics et visée par le juge-commissaire, est faite sur le titre de créance. Elle est ainsi conçue: *admis à la faillite de... pour la somme de... le..* art. 497. Puis elle est mentionnée dans le procès-verbal, art. 495. Cette dernière mention est utile pour le cas où il n'y a pas de titre écrit et pour celui où le titre viendrait à être égaré, art. 569, al. 3.

Tout n'est pas achevé après l'admission. Il peut y avoir eu des fraudes ou des erreurs. Un dernier appel est fait à la conscience du créancier admis : il doit affirmer entre les mains du juge-commissaire que sa créance est sincère et véritable, art. 497, 3e alin. L'affirmation n'est pas nécessairement faite sous serment. Mais une fausse affirmation, quelle qu'ait été sa forme, est punie des travaux forcés à temps, art. 593-2°. Du reste, l'affirmation peut être faite par un mandataire. — Elle se fait au plus tard huit jours après la vérification, le plus souvent elle suit immédiatement l'admission.

1071. *Effets de l'admission.* — Il est certain que, même après l'admission, tant que l'affirmation n'a pas eu lieu, une créance peut encore être contestée et que l'erreur commise peut être rectifiée. Mais des contestations sont-elles encore possibles à l'égard d'une créance déjà admise et affirmée? Si, sous prétexte d'une erreur commise, une admission régulière pouvait être remise en question, la situation des créanciers demeurerait incertaine et l'on ne pourrait procéder aux opérations de la faillite avec sécurité. Aussi la jurisprudence, bien qu'il n'y ait aucun texte formel sur ce point, décide, en principe, que l'admission est irrévocable : l'admission suivie d'affirmation vaut reconnaisance de la créance de la part des intéressés, elle équivaut à une sorte de contrat judiciaire. On ne pour-

Source BIU Cujas

rait donc soutenir postérieurement qu'une créance est, en réalité, inférieure ou supérieure à la somme pour laquelle l'admission a été prononcée, qu'elle doit être écartée à raison d'une cause de nullité ou de résolution. Mais on reconnaît tout au moins que l'admission est révocable quand des manœuvres frauduleuses ont été employées pour écarter toute contestation relativement à une créance.

L'admission d'une créance n'est que la constatation d'un droit préexistant. On ne peut décider, comme on l'a parfois soutenu, qu'elle entraîne novation. Mais l'admission impliqne tout au moins reconnaissance de la créance et, par suite, entraîne interruption de la prescription qui courait contre le créancier. Par suite, quand le porteur d'un effet de commerce produit à une faillite d'un des signataires de l'effet, la prescription de 5 ans est bien interrompue, mais il n'y a pas reconnaissance par acte *séparé* dans le sens de l'art. 189 et la prescription trentenaire ne court pas à la place de la prescription quinquennale (n° 653, *à la fin*).

1072. *Contestation des créances.* — Quand une créance est contestée, il y a lieu à un procès. Le tribunal compétent est selon les cas le tribunal de commerce (art. 498), le tribunal civil (art. 500, 1er al.) ou un tribunal de répression (art. 500, 2e alin.). Par exemple, le tribunal de commerce est compétent s'il s'agit d'une demande en nullité fondée sur les art. 446 à 449 ; la compétence appartient au tribunal civil si la demande en nullité est fondée sur l'incapacité d'une des parties ; enfin un tribunal de répression est compétent si une personne lésée se porte partie civile à raison de faits délictueux reprochés au failli.

1073. *Sursis. Admission provisionnelle.* — Quand des créances sont contestées, deux questions se posent : 1° Faut-il attendre que le procès soit terminé pour réunir l'assemblée des créanciers qui statue sur le concordat? — 2° S'il n'est pas sursis à la réunion de cette assemblée, le créancier contesté peut-il prendre part au vote provisionnellement? La même juridiction n'est pas toujours compétente pour trancher ces deux questions. La question du sursis est tranchée dans tous les cas par le tribunal de la faillite, quel que soit le tribunal saisi du procès (art. 499 et 500). Seul ce tribunal peut apprécier s'il y a ou non inconvénient grave à retarder la réunion de

Source BIU Cujas

l'assemblée des créanciers. Si le sursis est admis, il n'y a pas d'autre question à trancher; mais s'il est passé outre à l'assemblée du concordat, il y a à examiner si le créancier contesté sera admis ou non à titre provisoire à voter dans cette assemblée. La question d'admission provisionnelle est résolue par le tribunal civil ou par le tribunal de commerce saisi du procès. Cette question touche quelque peu au fond; l'admission provisionnelle ne doit être prononcée que lorsque la contestation ne paraît pas sérieuse. Ainsi elle constitue dans une certaine mesure un préjugé. C'est pourquoi, quand la contestation est de la compétence d'un tribunal de répression, l'admission provisionnelle ne peut jamais être prononcée. Il faut, pour que le créancier contesté prenne part aux opérations de la faillite, que le tribunal de répression compétent ait reconnu l'existence de la créance : quand la vie ou l'honneur d'une personne est en jeu, on ne veut pas qu'un préjugé défavorable puisse être établi.

1074. *Créances définitivement rejetées.* — Quand une créance est définitivement rejetée de la faillite, les effets du rejet ne sont pas toujours les mêmes. Quand elle est rejetée en vertu d'une cause de nullité dérivant des art. 446 à 449, la nullité n'existant qu'au profit des créanciers de la masse (nos 1026 et 1046), le créancier ne peut rien réclamer à la faillite, mais il conserve ses droits contre le failli. Au contraire, quand la créance a été reconnue éteinte, quand elle a été annulée pour vice du consentement, pour incapacité, etc..., le créancier n'a pas plus de droit contre le failli qu'à l'égard de la masse.

1075. *Défaut de production dans les délais légaux.* — Le créancier qui n'a pas produit dans les délais (art. 492), encourt une déchéance. Sans doute il reste créancier, mais on procède sans lui aux vérifications et affirmations des autres créances, au vote sur le concordat, aux répartitions de dividendes. Cependant, s'il se présente avant la clôture des opérations de la faillite, il n'est pas dénué de tous droits. Il peut former opposition aux répartitions de deniers à faire. Cette opposition ne suspend pas l'exécution des répartitions déjà ordonnées par le juge-commissaire; mais, s'il est procédé à des répartitions nouvelles avant qu'il ait été statué sur l'opposition, il y est compris pour la somme provisoirement déterminée par le tri-

Source BIU Cujas

bunal et elle est tenue en réserve jusqu'au jugement de l'opposition. Si l'opposant se fait ultérieurement reconnaître créancier, il peut réclamer sur les répartitions à faire, outre la part afférente à sa créance, les dividendes qu'il aurait obtenus dans les répartitions précédentes, s'il avait produit en temps utile, art. 502 et 503.

1076. *Quelles créances sont soumises à la procédure de vérification.* — Les créances chirographaires sont soumises à cette procédure. En est-il de même des créances hypothécaires ou privilégiées? Il est certain que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ont le droit de s'y soumettre; ils ont avantage même à le faire si l'on reconnaît, avec la Cour de cassation, qu'une admission les met à l'abri de toute contestation soit quant à leurs créances, soit quant à leurs hypothèques ou à leurs privilèges. Mais faut-il aller jusqu'à dire qu'ils sont tenus de se soumettre à la vérification? On a soutenu l'affirmative en faisant remarquer que le Code (art. 491, etc.) ne fait pas de distinction entre les différentes sortes de créanciers et en ajoutant qu'il serait singulier que des créanciers qui, à raison de leur droit de préférence, nuisent plus à la masse que les créanciers chirographaires, échappassent à la vérification. La jurisprudence admet avec raison l'opinion contraire. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont en dehors de la faillite si bien qu'elle ne les empêche pas, malgré la suspension du droit de poursuite individuelle, de faire saisir et vendre les biens qui leur sont affectés (n° 1004), aucune disposition légale ne subordonne leurs droits à une vérification préalable qui en retarderait l'exercice. Bien plus, l'article 552, C. com., n'exige pour ces créanciers la vérification que lorsque leur gage étant insuffisant ils veulent concourir dans la faillite avec les créanciers chirographaires. Du reste, le syndic peut toujours contester les hypothèques ou les privilèges dans l'ordre ouvert sur le prix des immeubles. Cela ne suffit-il pas pour sauvegarder les droits des créanciers de la masse?

1077. *Créanciers de la masse et créanciers dans la masse.* — La procédure de vérification et d'affirmation s'applique aux créanciers du failli qu'on désigne souvent sous le nom collectif de *masse de la faillite* (n° 1067). Cette sorte d'être moral peut avoir lui-même des créanciers. Ceux-ci ne font pas partie de la masse qui est leur débi-

Source BIU Cujas

trice, on dit parfois qu'*ils sont créanciers de la masse et non dans la masse.* Des causes multiples peuvent faire naître des dettes à la charge de la masse; elles proviennent ou d'opérations faites par le syndic pour le compte de la masse des créanciers, ou de procès soutenus par lui en la même qualité. Ainsi quand un syndic, autorisé à continuer provisoirement le commerce du failli, contracte des dettes, les créanciers ont la masse pour débitrice; de même, quand un syndic, au lieu de demander la résiliation du bail du failli, le continue après le jugement déclaratif, c'est la masse qui est débitrice des loyers; si un syndic reçoit l'indû d'un tiers qui se croit par erreur débiteur du failli, ce tiers a la masse pour débitrice de la somme indûment payée; quand, dans l'intérêt de la masse, les syndics soutiennent un procès, succombent et sont condamnés aux dépens, les dépens sont une dette à la charge de la masse, etc. (1).

Les créanciers de la masse ne sont pas soumis à la procédure de vérification, ils ne subissent pas la loi du dividende; mais, en principe, ils n'ont d'action contre la masse que jusqu'à concurrence de la valeur des biens du failli. L'art. 533 admet, dans un cas exceptionnel, que certains créanciers ayant donné mandat au syndic d'agir pour eux sont tenus sur tous leurs biens (n° 1107).

(1) V., sur les dépens dans les procès en séparation de biens ou de corps, *Précis de Droit commercial*, n° 2880.

Source BIU Cujas

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE (CONCORDAT SIMPLE, UNION, CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF) ET DE LA CLÔTURE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF (1).

1077 *bis.* Les opérations et la procédure postérieures au jugement déclaratif ont pour but notamment de préparer la solution que la faillite doit recevoir et de mettre les créanciers à même de choisir celle de ces solutions qui est la plus conforme à leurs intérêts. Trois solutions sont possibles: *le concordat simple, l'union, le concordat par abandon d'actif.* L'union est la solution la plus rigoureuse pour le failli : le dessaisissement ne cesse pas, tous les biens du failli sont vendus, le prix en est réparti entre les créanciers et, s'il est insuffisant pour les désintéresser, le failli, restant débiteur de l'excédent, peut être poursuivi par chacun de ses créanciers. Mais cette solution n'est admise qu'autant que les créanciers repoussent le *concordat simple* et *le concordat par abandon.* En cas de *concordat simple,* le dessaisissement du failli prend fin, le failli est remis à la tête de ses affaires et, pour lui faciliter le retour à meilleure fortune, les créanciers lui accordent des délais ou même lui font remise d'une partie de ses dettes. Quand il y a *concordat par abandon d'actif,* le dessaisissement ne prend pas fin pour les biens actuels du failli, ils sont vendus comme en cas d'union, mais si le prix ne suffit pas pour désintéresser les créanciers, ils ne peuvent pas agir contre le failli pour l'excédent. Un incident peut mettre obstacle au vote des créanciers sur la solution à donner à la faillite, c'est *la clôture pour insuffisance d'actif.* Il sera traité ci-après de chacune des solutions de la faillite et de cet incident.

Section Ire. — Du concordat simple (2).

1078. L'union, qui aboutit à la vente des biens du failli, entraîne des frais et des délais assez longs. Elle rend très difficile le retour du

(1) C. com , art. 504 à 541, 552 à 556, 527 à 529.
(2) C. com., art. 504 à 527.

Source BIU Cujas

failli à meilleure fortune en le privant de toutes ressources et en rendant à chaque créancier le droit de poursuite individuelle. C'est une solution rigoureuse pour le failli, qui, parfois, a été victime d'événements imprévus ou qui n'a commis que de légères négligences. L'intérêt des créanciers peut leur commander de remettre le failli à la tête de ses affaires, de lui accorder des délais ou même de lui faire remise d'une partie de ses dettes, ce qui peut lui permettre de se relever. Ils obtiennent parfois ainsi un dividende plus fort que s'ils se mettaient en état d'union et laissaient vendre tous les biens du failli.

Le concordat constitue une faveur pour les commerçants en faillite; car la majorité des créanciers, en le votant, lie la minorité. La loi, pour protéger celle-ci, exige seulement que le concordat réunisse certaines conditions. Il produit des effets que la loi et la convention déterminent. Il peut être annulé ou résolu. Il peut, du reste, se faire qu'un débiteur obtienne de tous ses créanciers avant toute faillite des délais ou une remise de ses dettes. On dit alors qu'il y a *concordat amiable*. Cette dénomination est opposée à celle de *concordat judiciaire* qui désigne le concordat conclu entre le failli et la minorité de ses créanciers, concordat exigeant l'intervention de la justice. — Il sera traité ci-après : *De la formation du concordat simple.* — B. *De ses effets.* — C. *Des causes qui peuvent le faire tomber.* — D. *Du concordat amiable.*

A. — *De la formation du concordat simple.*

1079. Pour qu'un concordat soit conclu, trois conditions sont nécessaires. Il faut : 1° que l'assemblée des créanciers l'ait voté à la majorité fixée par le Code ; 2° qu'il ait reçu l'homologation de justice ; 3° que le failli n'ait pas été condamné comme banqueroutier frauduleux.

1080. 1° *Vote du concordat à la majorité fixée par la loi.* — Le juge-commissaire doit, dans les trois jours qui suivront l'expiration des délais fixés pour l'affirmation, faire convoquer les créanciers par le greffier. La convocation se fait à la fois par lettres individuelles adressées à chaque créancier et par insertion dans les journaux (art. 504). Le juge-commissaire fixe le jour de la réunion.

Source BIU Cujas

L'assemblée ayant à se prononcer sur le concordat, comprend les créanciers vérifiés et affirmés, les créanciers contestés admis par provision et les créanciers contestés au profit desquels est intervenu un jugement favorable au fond. Au contraire, elle ne comprend ni les créanciers non vérifiés, ni les créanciers contestés non admis à titre provisionnel, art. 505, 1er alin. Le failli doit être appelé à cette assemblée. Il ne peut s'y faire représenter que pour des motifs approuvés par le juge-commissaire, art. 505, 2e alin.

Les syndics font un rapport écrit sur l'état de la faillite et le remettent au juge-commissaire, art. 506. Le failli fait ensuite ses propositions de concordat en indiquant quels délais il désire obtenir ou de quelle partie de ses dettes il demande la remise. Une discussion peut s'engager sur ces propositions, puis on passe au vote.

1081. Au vote sur le concordat peuvent participer, en principe, tous les créanciers composant l'assemblée. Toutefois les créanciers hypothécaires et privilégiés, quand même ils ont été vérifiés, ne peuvent participer à ce vote, à moins qu'ils ne renoncent à leur garantie. Celle-ci leur assure qu'ils seront payés et, par suite, il serait à craindre qu'ils ne se laissassent trop facilement entraîner à admettre un concordat qui ne peut leur nuire. Si un créancier hypothécaire ou privilégié vote au concordat, son vote est considéré par la loi comme emportant de plein droit renonciation à sa garantie, de telle sorte qu'il est traité alors comme créancier chirographaire, art. 508, 2e alin. Pour que le vote soit considéré comme entraînant cette renonciation, il faut que le créancier soit capable de la faire. Ainsi une femme mariée ne perdrait pas son hypothèque légale en votant au concordat de la faillite de son mari si elle n'était autorisée par lui ou par justice. Du reste, aucune réserve du créancier ne peut le mettre à l'abri de la perte de sa garantie. Elle est encourue par le seul fait du vote, de telle sorte que le créancier ayant voté la subirait quand même il serait prouvé qu'il a voté contre le concordat, quand même le concordat aurait été rejeté ou serait soit annulé, soit résolu postérieurement.

Mais que décider quand l'hypothèque ou le privilège d'un créancier est contesté? L'art. 501 visant ce cas dit que ce créancier est admis aux délibérations de la faillite comme créancier ordinaire.

Source BIU Cujas

Il faut combiner cette disposition avec celle de l'art. 508. Ce créancier peut participer à l'assemblée du concordat, mais il ne peut voter sans perdre sa garantie. Si un créancier pouvait voter par cela seul que son hypothèque ou son privilège serait contesté, on pourrait redouter que, de connivence avec un créancier bien disposé, le failli ne contestât l'hypothèque ou le privilège de celui-ci, dans le but d'augmenter la majorité en faveur du concordat.

Il va de soi que le créancier, qui a à la fois une créance chirographaire et une créance hypothécaire contre le failli, peut prendre part au vote du concordat pour la première sans perdre l'hypothèque garantissant la seconde. Par suite, celui qui a deux créances hypothécaires peut, en déclarant qu'il ne prend part au vote que pour l'une d'elles (celle pour laquelle il suppose que son hypothèque ne vient pas en rang utile), conserver l'hypothèque garantissant l'autre créance. On doit même aller, bien que cela soit contesté, jusqu'à admettre qu'un créancier n'ayant qu'une seule créance hypothécaire, ne perd pas son hypothèque en votant au concordat, s'il déclare renoncer à son hypothèque pour une partie de sa créance celle pour laquelle il suppose que l'hypothèque ne suffit pas.

D'après son texte même, l'art. 508 ne régit pas le cas où un créancier dont la créance est garantie par une caution, vote au concordat ; par suite le créancier qui vote au concordat conserve pourtant le bénéfice du cautionnement. Cela se conçoit. Il n'a pas une garantie aussi sûre que le créancier hypothécaire ou privilégié ; pouvant toujours craindre que la caution ne devienne insolvable, il a intérêt à examiner avec soin les conditions du concordat. Du reste, l'extinction de l'obligation de la caution ne profiterait pas aux créanciers chirographaires comme leur profite la perte du privilège ou de l'hypothèque admise par l'art. 508. Mais le créancier qui ayant à la fois une caution et une hypothèque, vote au concordat perd aussi bien la caution que l'hypothèque. Il perd l'hypothèque en vertu de l'art. 508, C. com., et il est privé de l'obligation de la caution en vertu de l'art. 2037, C. civ., à raison de ce qu'en participant au vote du concordat il a rendu la subrogation de la caution à son hypothèque impossible.

1082. *Formation de la majorité.* — Le concordat est une con-

Source BIU Cujas

vention conclue entre le failli et ses créanciers. D'après les principes généraux du droit on devrait exiger que l'unanimité de ceux-ci y consentit. Cette exigence rendrait le concordat impossible. Aussi le législateur s'est contenté de la majorité. Mais l'adoption du concordat est une décision grave par cela même que la minorité des créanciers est liée par dérogation au principe de l'art. 1165, C. civ. Aussi le Code exige deux majorités en tenant compte à la fois du nombre des créanciers et de l'importance de leurs intérêts. Il faut, pour l'adoption du concordat : *a.* la majorité en intérêt (ou en sommes) consistant dans les trois quarts des créances vérifiées et affirmées; *b.* la majorité en nombre, consistant dans la moitié plus un des créanciers, art. 507. Si pour la majorité en sommes, l'art. 507 indique bien qu'elle se calcule sur l'ensemble des créanciers vérifiés et non pas seulement sur les créanciers présents à l'assemblée, aucune disposition légale n'indique si la majorité en nombre se calcule sur les uns ou sur les autres. La jurisprudence admet que la majorité en nombre se calcule sur l'ensemble des créanciers vérifiés. Il serait, en effet, singulier que l'art. 507 consacrât des systèmes opposés pour les deux majorités. Le concordat a un caractère assez exceptionnel pour que, dans le doute, on préfère la solution qui donne à la minorité les plus sérieuses garanties (1).

1083. *Résultats du vote.* — Le vote peut donner trois résultats différents.

1° Aucune des deux majorités n'a été obtenue. — Le concordat est définitivement rejeté et les créanciers sont, par suite, en état d'union.

2° Les deux majorités en nombre et en sommes ont été obtenues. — Le concordat est voté. Dès que le concordat est accepté, les créanciers doivent le signer séance tenante à peine de nullité, art. 509. On ne veut pas que le failli, en allant trouver individuellement chaque créancier pour obtenir sa signature, ne parvienne plus facilement à ses fins que lors qu'il est en présence de tous les créanciers.

3° On obtient seulement l'une des deux majorités soit en nombre, soit en sommes. — Il n'y a alors rien de définitif. L'assemblée des

(1) V., sur le cas de cessions d'une créance faites à plusieurs personnes ou de cession de plusieurs créances à une seule personne, *Précis*, etc. t. II, n° 2898.

Source BIU Cujas

créanciers doit être remise à huitaine, art. 507. Chaque créancier demeure libre d'émettre un vote contraire à celui qu'il a émis huit jours avant. Du reste, le failli peut modifier dans l'intervalle les conditions du concordat qu'il propose. Si dans cette seconde assemblée l'on n'obtient pas les deux majorités en nombre et en sommes en faveur du concordat, il est définitivement repoussé. Dans le cas, au contraire, où elles sont obtenues, le concordat est adopté. Cette seconde délibération ne peut pas, comme la première, amener trois résultats différents : il faut bien arriver à une solution définitive.

1084. 2° *Homologation du concordat.* — Le concordat n'est obligatoire pour les créanciers qu'autant qu'il a été homologué (c'est-à-dire approuvé) par le tribunal de commerce. La justice est ainsi appelée à défendre les intérêts des créanciers dissidents ou absents auxquels le concordat doit être opposable. En outre, il importe dans un intérêt public qu'un concordat ne soit pas accordé à un failli qui est indigne de cette faveur par sa conduite.

L'homologation est poursuivie par la partie la plus diligente, article 513, 1er alin., (le failli, le syndic, un ou plusieurs créanciers). Tout créancier peut, du reste, former opposition au concordat. Mais le droit d'opposition n'appartient ni au failli qui a proposé le concordat ni au syndic, représentant naturel de la majorité. Les oppositions doivent être signifiées au syndic et au failli dans les huit jours qui suivent le concordat, art. 512, 2e alin. Afin de laisser aux oppositions le temps de se produire, le tribunal ne doit statuer qu'après l'expiration du délai de huitaine dans lequel elles doivent être formées, art. 513, 1er al. Le tribunal statue en même temps sur l'homologation et sur les oppositions.

1085. *Pouvoirs du tribunal.* — Le tribunal peut ou homologuer le concordat ou refuser l'homologation, mais il n'a pas le pouvoir d'y apporter une modification quelconque. Pour opter entre les deux partis qui lui sont laissés, le tribunal a un pouvoir d'appréciation illimité. Il peut refuser l'homologation : 1° en cas d'inobservation des règles contenues dans les art. 507 à 514; 2° quand des motifs tirés de l'intérêt public semblent devoir empêcher le concordat (par exemple, condamnation du failli pour escroquerie, pour abus de confiance, pour banqueroute simple, négligences graves de sa part dans

Source BIU Cujas

ses affaires, etc.); 3° quand des motifs tirés de l'intérêt des créanciers paraissent de nature à empêcher le concordat (remises excessives faites au failli, garanties insuffisantes d'exécution du concordat, etc.), art. 515. — Dans le premier cas seul, le tribunal doit refuser l'homologation, dans les autres il apprécie librement.

Le jugement statuant sur l'homologation est susceptible d'appel; il n'est pas compris par l'art. 583 parmi les jugements rendus en matière de faillite contre lesquels l'appel n'est pas admis. Mais les personnes par lesquelles l'appel peut être formé diffèrent selon que l'homologation a été refusée ou accordée. Contre le jugement refusant l'homologation l'appel peut être formé par tout intéressé, c'est-à-dire par le failli, par le syndic, par tout créancier. Au contraire, les créanciers ayant formé opposition à l'homologation peuvent seuls interjeter appel contre le jugement qui l'a accordée. Il n'y a donc pas d'appel possible si aucune opposition n'a été formée. La loi ne veut pas qu'indirectement les créanciers ressaisissent le droit d'opposition après l'expiration du délai de huitaine qui leur est donné pour l'exercer.

1086. 3° *Absence de banqueroute frauduleuse.* — La condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse met obstacle au concordat, art. 510, 1er alin. S'il était accordé par les créanciers, le tribunal devrait refuser l'homologation. Il faut et que la banqueroute frauduleuse se rattache à la faillite actuelle et qu'il y ait eu une condamnation prononcée. Mais il peut se faire qu'il intervienne une condamnation seulement après l'homologation sur des poursuites entamées depuis ou qu'au moment du vote des créanciers des poursuites soient pendantes. Dans le premier de ces deux cas, le concordat est annulé (art. 520). Dans le second cas, les créanciers ne peuvent voter : s'ils adoptaient le concordat, il y aurait à craindre qu'il ne fut annulé à raison de la condamnation prononcée postérieurement; s'ils le repoussaient, il pourrait se faire qu'un acquittement prononcé ensuite leur fit regretter leur décision. Aussi le Code (art. 510, 2e et 3e alin.) donne aux créanciers le droit de décider s'ils veulent se mettre immédiatement en état d'union ou s'ils préfèrent surseoir à statuer sur le concordat en cas d'acquittement. Ce sursis a une certaine gravité en ce qu'il prolonge la procédure. Aussi pour l'ad-

Source BIU Cujas

mission du sursis le Code exige les deux mêmes majorités en nombre et en sommes que pour l'adoption du concordat.

Comme la banqueroute simple, à la différence de la banqueronte frauduleuse, suppose seulement des négligences ou des fautes et non des fraudes, le Code (modifié en 1838) admet que le concordat peut être acordé même en cas de banqueroute simple, art. 511. Comme cependant une condamnation pour banqueroute simple peut exercer une influence sur le vote des créanciers, quand des poursuites sont exercées pour ce délit, les créanciers peuvent décider, à la double majorité exigée pour le concordat, qu'ils surseoient à statuer jusqu'à ce qu'un jugement ait été rendu sur ces poursuites.

B. — *Des effets du concordat simple.*

1087. Le concordat simple entraîne la cessation du dessaisissement et, d'après l'usage, il contient presque toujours une remise partielle de ses dettes accordée au failli. Il faut examiner séparément chacun de ces deux effets du concordat simple et déterminer à quelles personnes il est opposable.

1088. 1. *Cessation du dessaisissement.* — C'est là l'effet essentiel du concordat simple. Le failli concordataire est remis à la tête de ses affaires. En conséquence, les fonctions des syndics prennent fin; ils rendent au failli leur compte définitif et lui remettent l'universalité de ses biens, papiers et livres. Il est dressé du tout procès-verbal par le juge-commissaire dont les fonctions cessent aussi, art. 519. Le dessaisissement prend fin après que, par l'expiration des délais d'appel, le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée (1). Mais, comme il ne cesse que pour l'avenir, les actes faits par les syndics depuis le jugement déclaratif jusqu'au moment où le jugement d'homologation acquiert autorité de chose jugée, sont opposables au failli concordataire.

En principe, le dessaisissement prenant fin, le failli reprend d'une façon absolue le droit d'administrer ses biens et d'en disposer. Mais parfois il est convenu par le concordat que le failli concordataire

(1) Par dérogation au droit commun (art. 457, C. proc. civ.), le délai d'appel est ici suspensif.

Source BIU Cujas

sera soumis pour certains actes graves à la surveillance ou devra obtenir l'autorisation de certaines personnes désignées parmi les créanciers.

D'ailleurs, par cela même que le dessaisissement n'a d'effets que relativement à l'exercice des droits civils du failli, la cessation du dessaisissement n'en produit que pour ces droits : les incapacités politiques dont le failli a été frappé par suite du jugement déclaratif subsistent dans leur intégralité. Elles ne peuvent cesser que par la réhabilitation qui suppose l'entier paiement des dettes du failli en principal et intérêts (art. 604).

1089. 2. *Remise partielle des dettes.* — Le plus souvent, d'après le concordat, le failli obtient une remise partielle de ses dettes, de telle sorte qu'il doit être tenu quitte envers ses créanciers par cela seul qu'il paie sur elles un certain dividende, c'est-à-dire tant pour cent. Cette remise a de l'analogie avec la remise de la dette dont traite le Code civil (art. 1284 et suiv.). Mais il y a une différence considérable à laquelle se rattachent des conséquences pratiques importantes. La remise de la dette est une donation et, par suite, un acte purement volontaire de la part du créancier qui le fait à son débiteur. Il n'en est pas de même de la remise contenue dans le concordat. Ce n'est pas un acte de libéralité spontanée. D'abord elle produit ces effets même à l'encontre des créanciers qui n'ont pas voté ou des créanciers formant la minorité qui ont émis un vote contraire. Puis ceux-là même qui ont voté pour le concordat, n'ont pas une intention libérale, ils ont fait un sacrifice dans la crainte d'éprouver une perte plus grande par suite des frais et des délais occasionnés par la procédure de l'union ou par suite de la dépréciation des biens. *Melius est pauca dividere quàm totum perdere* (Straccha).

1090. De cette idée fondamentale découlent les conséquences suivantes qui constituent des différences entre la remise de la dette ordinaire et la remise de la dette contenue dans le concordat.

a. La remise de la dette ordinaire entraîne extinction complète, de telle sorte que pour la portion remise la dette ne subsiste même plus comme obligation naturelle. Le débiteur qui en paierait le montant ferait une donation à son créancier. Au contraire, le failli concordataire demeure obligé naturellement de payer la portion de ces dettes

Source BIU Cujas

dont remise lui a été faite. S'il paie cette portion, il fait un paiement et non pas une donation. En général, le débiteur tenu d'une obligation naturelle ne peut être contraint ni directement ni indirectement de l'exécuter. Ici il y a un moyen de contrainte indirect, résultant de ce que le failli, même concordataire, ne peut obtenir sa réhabilitation qu'après avoir payé ses dettes en entier (art. 604).

Parfois la remise partielle des dettes contenue dans le concordat n'est accordée au failli que *sauf retour à meilleure fortune*. Cette formule n'a pas toujours le même sens. Tantôt elle signifie que le failli demeurera tenu d'une obligation naturelle qu'il exécutera en cas de retour à meilleure fortune. Alors elle est superflue. Tantôt elle veut dire que le failli sera de nouveau obligé *civilement*, s'il revient à meilleure fortune. C'est alors aux tribunaux à apprécier, en cas de contestation, si le changement qui s'est produit dans la situation du failli est assez notable pour qu'on puisse dire qu'il y a retour à meilleure fortune.

b. La remise de la dette ordinaire accordée au débiteur principal libère la caution, art. 1287, C. civ. Autrement, à raison du recours qu'aurait la caution après avoir payé contre le débiteur principal, celui-ci ne profiterait pas de cette remise. Au contraire, en cas de concordat, les créanciers conservent le droit d'agir pour le tout contre la caution du failli (art. 545). Cela se justifie aisément quand le créancier d'un commerçant demande une caution, c'est afin d'avoir une garantie au cas de faillite de son débiteur. Il serait singulier que cette garantie disparut quand cet événement se réalise. Du reste, le cautionnement suppose bien une obligation principale, mais il suffit que celle-ci soit une obligation naturelle.

1091. La caution qui reste ainsi obligée, malgré le concordat, n'a pas, après avoir payé, de recours contre la faillite du débiteur principal ni pour la somme qu'elle a déboursée, ni même pour la partie de cette somme équivalente à celle dont le failli n'a pas été libéré par le concordat. Ainsi supposons une dette de 12,000 fr. garantie par une caution; le débiteur principal en faillite a obtenu une remise de 75 p. 0/0 dans le concordat. Le créancier a touché dans la faillite 3,000 fr. et s'est fait payer 9,000 fr. par la caution. Elle ne pourra pas d'abord réclamer ces 9,000 fr. au débiteur principal, ce serait

Source BIU Cujas

enlever à celui-ci le bénéfice du concordat. Elle ne pourra même pas se faire rembourser par le failli concordataire 25 p. 0/0 de cette somme, soit 2,250 fr., autrement les conditions du concordat seraient méconnues. Le failli concordataire ayant payé un dividende de 75 p. 0/0 sur 12,000 fr. au créancier et sur 9,000 fr. à la caution, la créance se trouverait avoir figuré à la faillite pour ces deux sommes réunies, soit 21,000 fr. La caution n'a donc pas de recours contre le failli qui n'est tenu envers elle que d'une obligation naturelle.

Il résulte de là que c'est, en définitive, la caution qui supporte la perte résultant de la remise faite par le concordat. Ne doit-on pas, par suite, admettre la caution au vote du concordat? On ne saurait y admettre à la fois le créancier et la caution; alors la créance figurerait au concordat pour une somme double de son montant. Il est naturel que le droit de vote appartienne au créancier. Si la caution désire avoir elle-même ce droit, elle n'a qu'à payer intégralement le créancier; elle lui est alors subrogée (art. 1251-3° et 2028, C. civ.). On ne saurait dire qu'ainsi la caution est livrée au caprice des créanciers; l'homologation de justice est une garantie contre les remises exagérées faites par le concordat.

Ces solutions ne sont pas en contradiction avec l'art. 2032, al. 2, C. civ., d'après lequel la caution peut, même avant d'avoir payé, agir contre le débiteur principal pour être indemnisée, quand le débiteur a fait faillite. La caution peut, en vertu de cette disposition, produire à la faillite du débiteur principal, mais il faut pour cela que le créancier n'y produise pas. On conçoit qu'en présence d'une caution d'une solvabilité certaine, le créancier se désintéresse de la faillite du débiteur principal.

Ce n'est pas seulement la caution qui reste tenue malgré le concordat, de la dette entière, ce sont encore tous les autres coobligés du failli, spécialement ses codébiteurs solidaires (art. 545). A ce point de vue encore les effets du concordat diffèrent de ceux de la remise ordinaire de la dette qui, faite à un débiteur solidaire, libère tous les codébiteurs (art. 1285, C. civ.).

1092. Le concordat fait recouvrer aux créanciers leur droit de poursuite individuelle, mais avec les restrictions qu'il indique, c'est-à-dire à charge de respecter les délais ou les remises accordées au failli.

Source BIU Cujas

Parfois, pour assurer l'exécution du concordat, les créanciers exigent du failli une ou plusieurs cautions. Les cautions sont souvent des parents du failli qui ont consenti à s'obliger pour déterminer les créanciers à accorder le concordat. La caution qui s'oblige ainsi est tenue de payer les dettes dans la mesure où le failli reste tenu de les acquitter. Outre cette garantie conventionnelle très fréquente, les créanciers ont aussi l'hypothèque légale de l'art. 490 sur les immeubles de leur débiteur (nos 1014 à 1016). Comme cela a été dit, cette hypothèque est particulièrement utile, en cas de concordat, aux créanciers de la masse : grâce à elle ils priment les créanciers envers lesquels le débiteur s'est obligé après le concordat. Il va de soi que cette hypothèque ne subsiste qu'autant que les créanciers n'y renoncent pas dans le concordat et qu'elle existe seulement dans la mesure où le failli concordataire est tenu de payer ses dettes. Aussi l'art. 517 prescrit de transcrire au bureau des hypothèques le jugement d'homologation du concordat.

On a parfois soutenu que le concordat entraîne novation, de telle sorte qu'il faut considérer le failli comme tenu de dettes nouvelles dans la mesure fixée par le concordat. Mais il nous semble plus exact de ne pas admettre la novation. Elle ne se présume pas plus en matière commerciale qu'en matière civile (art. 1273, C. civ.). En cas de concordat, il est naturel de penser que les parties ont voulu réduire les dettes du failli, non en changer la nature. Par suite, la prescription de trente ans n'est pas substituée à celle de cinq ans à l'égard des créanciers porteurs d'effets de commerce.

1093. *Questions de réduction et de rapport.* — Il n'est pas douteux que la remise consentie dans le concordat n'est pas sujette à réduction, lorsqu'un créancier laisse des héritiers à réserve. Cette remise n'est pas une libéralité et la réduction ne frappe que les donations ou les legs portant atteinte à la réserve. Au contraire, une grave controverse s'élève sur le point de savoir si les sommes dont il a été fait remise par le concordat, sont soumises au rapport, quand le failli vient à la succession d'un créancier avec d'autres héritiers. On ne saurait assurément soumettre la remise résultant du concordat au rapport comme libéralité. Mais, ne doit-on pas appliquer ici les règles sur le rapport des dettes, même à la portion remise (art. 829

Source BIU Cujas

et 830, C. civ.)? Trois opinions sont soutenues sur cette question. D'après l'une, le rapport serait toujours dû; d'après la seconde, il n'y aurait lieu à rapport que selon une distinction spéciale; enfin, d'après une troisième opinion à laquelle nous adhérons, le rapport ne serait jamais dû.

Pour soutenir que le rapport est dû dans tous les cas (1), on invoque, outre l'opinion d'anciens jurisconsultes, différentes considérations. La loi oblige les héritiers au rapport des dettes (art. 829 et 830, C. civ.). En admettant même que la dette soit complétement éteinte dans la mesure fixée par le concordat, il n'en est pas moins vrai, dit-on, que l'un des héritiers a reçu du défunt une valeur et que l'égalité exige que les autres héritiers reçoivent une valeur égale. Du reste, le failli concordataire n'est pas libéré complétement de la portion remise; il reste tenu d'après la loi positive, puisqu'il doit payer le tout pour obtenir sa réhabilitation (art. 604). Sans doute, il ne peut être poursuivi pour cette portion, mais pourquoi ne serait-il pas contraint de se libérer entièrement, alors qu'on peut l'y forcer sans le priver d'aucun bien, au moyen d'un rapport en moins prenant fait à la succession d'un créancier?

Cette opinion ne nous semble pas admissible. Le seul moyen de contrainte indirecte admis par la loi relativement à la portion remise, consiste en ce que le failli ne peut pas obtenir sa réhabilitation avant d'avoir tout payé. La loi n'autorise pas à exiger le paiement intégral du failli par un autre moyen.

En général, les arrêts (2) et les auteurs se rangent à une opinion intermédiaire. Ils admettent que le successible concordataire n'est pas tenu au rapport de la partie de la dette dont il a obtenu la remise, quand il était débiteur du *de cujus* en vertu d'un acte à titre onéreux, par exemple d'une vente ou d'un prêt à intérêt. Mais ils admettent, au contraire, le rapport quand le failli était obligé envers le défunt par suite d'un acte à titre gratuit, par exemple d'un prêt sans intérêt. Ils fondent cette dernière solution sur ce que l'héritier doit rapporter tous les avantages qu'il a reçus du défunt.

Cette doctrine intermédiaire n'est pas, selon nous, plus exacte

(1) Bordeaux, 15 août 1870, S. 1872. 2. 306; D. 1871. 2. 235.
(2) Req. 17 avril 1850, S. 1850. 1. 510.

Source BIU Cujas

que la première et le rapport doit être exclu dans tous les cas pour la partie de la dette remise par le concordat. Cette dette n'existe plus pour cette portion que comme dette naturelle, et les obligations naturelles échappent à toute contrainte, par conséquent, au rapport. S'il y avait lieu ici au rapport des dettes, il serait dû, que la dette fût née d'un acte à titre gratuit ou d'un acte à titre onéreux. On ne peut pas non plus invoquer dans la doctrine intermédiaire la règle sur le rapport des libéralités. Si ces règles s'appliquaient, le rapport devrait être dû, non pour le montant de la dette, mais pour celui du profit que le successible a tiré de l'acte fait avec le défunt.

1094. *A qui le concordat est opposable.* — Par dérogation à la règle : *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* (art. 1165, C. civ.), le concordat dûment homologué produit, en principe, ses effets à l'égard de tous les créanciers du failli antérieurs au vote du concordat : il est obligatoire pour tous les créanciers portés ou non portés au bilan, vérifiés ou non vérifiés, même domiciliés hors du territoire continental de la France, pour les créanciers contestés, admis ou non par provision à délibérer sur le projet de concordat (art. 516). Toutefois, le concordat n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, par cela même qu'ils sont en dehors de la faillite. Il en serait autrement s'ils renonçaient à leur garantie ou s'ils se présentaient comme créanciers chirographaires parce qu'elle est insuffisante. — Il va de soi que le concordat ne peut pas être opposé aux créanciers qui ont pour débitrice la masse et non le failli (n° 1077).

Le failli concordataire est tenu civilement de payer ses dettes dans la mesure fixée par le concordat. Cette obligation est sanctionnée par le droit pour les créanciers de demander la résolution du concordat quand elle n'est pas exécutée (n° 1098).

1095. Des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si certaines dispositions qui ne visent expressément ni le cas du concordat ni celui de l'union, s'appliquent au premier cas comme au second (V. art. 550, dern. alin., art. 553, etc., art. 557, etc., et ci-après n°s 1116 et suiv.). Parmi ces dispositions il en est qui ont déjà été expliquées, celles des art. 446 à 449 concernant les nullités des actes du failli antérieurs au jugement déclaratif. Ces nullités

Source BIU Cujas

peuvent-elles être invoquées même après le concordat? La difficulté provient de ce que ces nullités sont introduites dans l'intérêt de la masse des créanciers qui, par suite du concordat, n'existe plus. On en arrive par conséquent à se demander si elles peuvent être invoquées soit par le failli, soit par chaque créancier individuellement. Les opinions sont très divisées. La Cour de cassation a admis qu'après le concordat les nullités des art. 446 à 449 ne peuvent plus être invoquées (1). En faveur de cette solution, on dit que ces nullités ayant été introduites dans l'intérêt de la masse ne peuvent plus être demandées par les créanciers quand ils ne forment plus une masse, qu'elles ne peuvent pas non plus l'être par le failli à l'égard duquel les actes frappés par les art. 446 à 449 subsistent (n° 1026). Dans une doctrine opposée, on permet au failli concordataire de se prévaloir de ces nullités dans des cas divers. Les uns lui reconnaissent ce droit quand les créanciers le lui ont expressément cédé par le concordat. Les autres prétendent que, même en l'absence de toute cession, le failli a ce droit, tant qu'il n'a pas exécuté complétement le concordat, en se fondant sur ce que ces actes pourraient nuire aux créanciers en empêchant l'exécution du concordat. Nous croyons plus conforme aux principes de refuser absolument le droit de se prévaloir des nullités au failli concordataire et de le reconnaître à chaque créancier individuellement. D'un côté ces nullités ne sont pas faites par le failli, d'un autre côté il est naturel de reconnaître après le concordat individuellement à chaque créancier des droits dont la masse jouissait collectivement avant sa disparition, analog., art. 517 (2).

C. — *Des causes qui font tomber le concordat.*

1096. Le concordat homologué par justice est, en principe, irrévocable comme un contrat. Cependant il tombe en cas d'annulation, de résolution ou de déclaration d'une seconde faillite pour le même commerçant. Ces causes de destruction du concordat doivent être distinguées ; elles ont quelques effets différents.

1097. De l'annulation du concordat. — Le concordat ne peut

(1) Cass. 18 fév. 1878, D. 1878. 1. 10.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, nos 2922.

Source BIU Cujas

pas être annulé pour des causes aussi nombreuses que les contrats en général. Pour les contrats, le Code civil (art. 1109 et s.) reconnaît comme causes de nullité trois vices du consentement, le dol, l'erreur et la violence. En matière de concordat, le dol seul est une cause de nullité (art. 518). Il ne faut pas que le concordat, qu'entoure la garantie spéciale de l'homologation judiciaire, puisse être trop facilement remis en question, ce qui serait une cause de frais et de perte de temps. Le dol n'est même une cause de nullité du concordat qu'autant qu'il a consisté dans l'exagération de l'actif ou dans la diminution du passif, art. 518. Ce sont ces faits qui sont constitutifs de la banqueroute frauduleuse, art. 591. L'art. 520 paraît reconnaître deux causes de nullité en plaçant à côté du dol une condamnation pour banqueroute frauduleuse après l'homologation. V. aussi art. 522, 1er alin. En réalité, il n'y a là que deux manières d'exprimer une même idée; il n'y a qu'une cause de nullité du concordat consistant dans l'exagération de l'actif ou dans la diminution du passif; seulement les choses peuvent se passer de deux façons différentes.

a. Il se peut d'abord qu'il y ait condamnation pour banqueroute frauduleuse. Alors l'annulation doit être prononcée par cela même sur la demande des créanciers. *b*. Il se peut qu'il n'y ait pas eu de poursuite pour banqueroute frauduleuse; mais cela ne nuit pas à l'intérêt privé des créanciers en les privant du droit de faire annuler le concordat.

1098. De la résolution du concordat. — Le concordat peut être résolu lorsque le failli ne paie pas les dividendes promis. Il y a là une application de l'art. 1184, C. civ., qui sous-entend la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties n'exécute pas ses obligations. En vertu de l'art. 1184, C. civ., cette résolution n'a pas lieu de plein droit; au lieu de demander la résolution, les créanciers ont le droit d'exiger l'exécution du concordat et de poursuivre à cet effet le failli auquel le tribunal peut accorder des délais de grâce.

Chaque créancier peut demander la résolution du concordat par cela seul qu'il n'est pas exécuté à son égard, l'eût-il été à l'égard des autres créanciers. Le jugement rendu sur la demande d'un

Source BIU Cujas

créancier produit, du reste, ses effets *ergà omnes*, de telle sorte que le concordat est résolu pour tous. Une résolution partielle causerait de grandes complications. Il est ainsi dérogé ici, comme cela a lieu souvent en matière de faillite (n° 981), au caractère relatif de la chose jugée.

1099. *Règles communes à l'annulation et à la résolution du concordat.* — Il y a plusieurs règles identiques qui s'appliquent à l'annulation et à la résolution du concordat :

a. Le droit de demander l'annulation ou la résolution appartient à chaque créancier individuellement.

b. La demande est de la compétence du tribunal de commerce qui a homologué le concordat.

c. Les effets du jugement prononçant la résolution ou l'annulation se produisent à l'égard de tous les créanciers.

d. La faillite à laquelle le concordat avait mis fin est rouverte. On est ainsi ramené à la procédure préparatoire antérieure au concordat. Dans un but de célérité et d'économie, la loi prescrit seulement de se servir autant que possible des actes qui ont été faits avant le vote du concordat (art. 522). Le tribunal de commerce nomme un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics. Les scellés peuvent être apposés. Mais l'ancien bilan et l'ancien inventaire sont utilisés : les syndics dressent seulement un bilan et un inventaire supplémentaires. On ne recommence pas la vérification et l'affirmation ; on se borne à réduire ou à écarter les créances payées en tout ou en partie depuis le concordat (art. 523) et l'on ne procède à la vérification et à l'affirmation que pour les créances nées depuis le concordat (article 522). Après l'accomplissement de ces formalités, l'assemblée des créanciers a de nouveau à se prononcer sur la solution que la faillite doit recevoir. Il en est du moins ainsi quand le concordat a été *résolu*. Mais les créanciers n'ont pas à se prononcer sur cette question et sont nécessairement en état d'union quand le concordat a été annulé à la suite d'une condamnation pour banqueroute frauduleuse, car cette condamnation rend tout concordat impossible (art. 510). Il semble, quoique la question soit douteuse, que le concordat ne peut pas non plus être de nouveau conclu quand il y a eu annulation pour cause de dol. Le dol implique l'indignité du failli et le tribunal

Source BIU Cujas

de commerce qui a annulé un premier concordat se mettrait en contradiction avec lui-même en homologuant un second concordat.

e. L'annulation ou la résolution a, d'après les principes généraux, un effet rétroactif et fait considérer le concordat comme non avenu même dans le passé. Mais le Code, dans l'intérêt soit des tiers qui ont contracté avec le failli depuis le concordat, soit des créanciers liés par le concordat, apporte à cette rétroactivité deux restrictions notables (art. 525 et 526).

Après le concordat, le failli remis à la tête de ses affaires a pu faire des actes nombreux. Si l'annulation ou la résolution avait un effet rétroactif absolu, le dessaisissement serait réputé n'avoir pas cessé et, par suite, les créanciers de la masse de la faillite terminée par le concordat pourraient faire annuler ces actes à leur égard. Mais cette solution nuirait au crédit des faillis concordataires et serait d'une excessive rigueur pour les tiers de bonne foi. Les actes faits par le failli depuis l'homologation du concordat sont donc, en principe, valables. Non seulement ils ne peuvent pas être annulés à raison du dessaisissement, mais ils ne sont pas même atteints par les nullités des art. 446 à 449: ils ne peuvent être annulés qu'au cas de fraude aux droits des créanciers, en vertu de l'art. 1167, C. civ.

Le Code restreint aussi les effets de l'annulation ou de la résolution dans le passé au point de vue de la remise de dettes contenue dans le concordat. Cette remise n'est pas absolument réputée non avenue, de telle sorte que les créanciers ne recouvrent pas sans distinction le droit de réclamer le paiement intégral de leurs créances. Le Code (art. 526) distingue principalement à cet égard selon qu'il s'agit des rapports des anciens créanciers avec le failli ou des rapports de ces créanciers avec les créanciers postérieurs à l'homologation du concordat.

Contre le failli les créanciers antérieurs au concordat rentrent dans l'intégralité de leurs droits, de telle façon que la remise ne peut plus être invoquée à leur encontre par le failli. Ainsi un concordat avait, par exemple, fait remise au failli de 25 p. 0/0 de ses dettes, de telle sorte que sur une dette de 100,000 fr. il s'engageait à payer 75,000 fr. Le concordat est annulé ou résolu à un moment où un dividende de 50,000 fr. avait déjà été payé. Si un nouveau concordat n'est pas

Source BIU Cujas

accordé, le créancier pourra se présenter dans la faillite pour 50,000 fr. et s'il obtient 10,000 fr., il aura le droit, après la clôture de l'union, de poursuivre le failli pour 40,000 fr.

La même règle ne s'applique pas dans les rapports entre les créanciers antérieurs au concordat avec les créanciers postérieurs au point de vue des sommes pour lesquelles les premiers peuvent produire à la faillite rouverte. Ici le Code fait une sous-distinction fondée sur ce que les créanciers antérieurs ont déjà touché ou n'ont pas encore touché, un dividende en vertu du concordat résolu ou annulé. — Les créanciers qui n'ont touché aucun dividende en vertu de ce concordat, ont le droit de produire à la faillite rouverte pour l'intégralité de leurs créances. Ainsi si le concordat contenait une remise de 25 p. 0/0, le créancier de 100,000 fr. qui n'a rien touché peut produire à la faillite pour 100,000 fr. Mais la même solution n'est pas admise quand les créanciers antérieurs au concordat ont déjà touché tout ou partie des dividendes promis (art. 526, 2e alin.). Le paiement de tout ou partie de ces dividendes vaut dans les rapports entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs ce qu'il aurait valu sans l'annulation ou la résolution du concordat. En matière de faillite, le dividende représente la créance elle-même, de telle sorte que celui qui a touché l'entier dividende n'a plus rien à réclamer. En conséquence, les créanciers antérieurs au concordat qui ont reçu tout le dividende ne peuvent plus, quand il est annulé ou résolu, rien réclamer dans la nouvelle faillite. Ainsi un concordat a fait remise des dettes pour 25 p. 0/0; il est annulé ou résolu, le créancier de 100,000 fr. qui a reçu 75,000 fr. ne peut plus rien réclamer dans la faillite ouverte à nouveau. De même le créancier qui a reçu une partie seulement de son dividende, perd le droit de figurer dans la masse nouvelle, non pas pour la somme même qu'il a reçue, mais pour la portion de sa créance que cette partie du dividende représente. Ainsi si le concordat annulé ou résolu a accordé au failli une remise de 25 p. 0/0, le créancier de 100,000 fr. qui a reçu 37,500 fr. c'est-à-dire la moitié de son dividende, pourra produire à la faillite pour la moitié de son ancienne créance, c'est-à-dire pour 50,000 fr.

Cette restriction aux effets de l'annulation ou de la résolution du

Source BIU Cujas

concordat se justifie par une raison d'équité. Les nouveaux créanciers, ayant connu l'existence du concordat, ont dû compter, dans le cas où le failli a payé des dividendes, sur une extinction proportionnelle des créances antérieures.

1100. *Différences entre l'annulation et la résolution du concordat.* — On peut signaler les suivantes :

a. L'annulation provient d'un vice du concordat qui a existé dès le principe. La résolution a sa source dans un fait postérieur.

b. Conformément au droit commun, l'action en nullité dure 10 ans à partir de la découverte du dol (art. 1304, C. civ.), l'action en résolution 30 ans à compter du jour où le failli concordataire a manqué à ses engagements (art. 2262, C. civ.).

c. Un nouveau concordat est possible en cas de résolution, non en cas d'annulation. V. n° 1099 *d.*

d. L'annulation du concordat libère de plein droit les cautions que le failli avait fournies pour en assurer l'exécution (art. 520, al. 1). Au contraire, la résolution du concordat ne libère pas ces cautions. Le législateur paraît surtout avoir redouté une collusion entre certains créanciers et la caution qui se serait entendue avec eux pour qu'ils demandassent la résolution et non l'exécution du concordat afin d'être déchargée. Au cas d'annulation une pareille collusion n'est guère à craindre; car cette annulation peut donner l'éveil au ministère public et provoquer des poursuites pour banqueroute frauduleuse.

La même distinction paraît devoir être admise pour les autres garanties qui peuvent être données pour assurer l'exécution du concordat (gage, hypothèque, etc.).

1101. 3. Déclaration d'une seconde faillite. — On peut rapprocher de la résolution pour inexécution des obligations du failli concordataire le cas de déclaration d'une seconde faillite du même commerçant. Celle-ci met obstacle à l'exécution du concordat par le dessaisissement qui frappe de nouveau le failli. Mais soit par sa cause, soit par ses effets, la déclaration d'une seconde faillite diffère de la résolution.

a. La résolution provient du défaut de paiement des créanciers antérieurs au concordat. La déclaration d'une seconde faillite a lieu

Source BIU Cujas

en cas de non-paiement des créanciers postérieurs. D'un côté les créanciers antérieurs ne pourraient pas demander une seconde déclaration de faillite : la faillite d'un commerçant ne peut pas être déclarée à deux reprises à raison des mêmes créances : *faillite sur faillite ne vaut* (n° 1121). D'un autre côté les créanciers postérieurs ne sauraient demander la résolution du concordat par cela même qu'il ne contient aucun engagement à leur égard.

b. Il y a deux faillites successives, non une faillite close par un concordat puis rouverte. On doit, par suite, remplir les mêmes formalités que pour la première faillite (vérification des créances, fixation d'une nouvelle date de cessation de paiements, etc.). De là résulte aussi que, pour les actes faits par le failli depuis le concordat et avant la seconde faillite, il y a lieu d'appliquer les art. 446, etc., C. com., et non pas l'art. 1167, C. civ., comme en cas d'annulation ou de résolution (n° 1099).

A d'autres points de vue on applique en cas de seconde faillite les mêmes règles qu'en cas de résolution du concordat. Ainsi les droits des anciens créanciers déjà payés en tout ou en partie de leurs dividendes sont dans la seconde faillite les mêmes qu'en cas de résolution à l'égard des créanciers postérieurs au concordat (art. 526, dern. alin.), les cautions du concordat restent obligées, l'hypothèque de la première masse subsiste et permet aux créanciers qui la composaient de passer sur le prix des immeubles avant les créanciers de la seconde faillite.

D. — *Du concordat amiable.*

1102. Il arrive parfois qu'avant toute déclaration de faillite, pour éviter des lenteurs et les frais de la faillite et le déshonneur qu'elle attire sur le failli, les créanciers concluent avec leur débiteur une convention par laquelle ils lui font remise d'une partie de ses dettes ou lui accordent des délais de paiement. On appelle parfois cette convention antérieure à la faillite *concordat amiable* (1), par opposition

(1) Cette expression a été parfois aussi prise dans un sens tout spécial pour désigner les concordats que des lois provisoires ont autorisés les faillis à conclure avec leurs créanciers, pour éviter les effets de la faillite et être relevés de la qualification de faillis, notamment au point de vue des incapacités politiques. Des lois de ce genre ont été faites aux époques de révolution ou de guerre étrangère.

Source BIU Cujas

au *concordat judiciaire*. Le concordat amiable n'a pas été même prévu par le Code de commerce. Il n'y a qu'à lui appliquer les principes généraux du droit. De là résultent de nombreuses différences entre le concordat amiable et le concordat judiciaire quant aux conditions de sa formation, à ses effets et aux causes qui peuvent le faire tomber (1).

a. Le concordat amiable n'oblige que ceux des créanciers qui y consentent (art. 1165, C. civ.). Aussi, pour qu'il atteigne son but, faut-il qu'il soit consenti par l'unanimité des créanciers. Un créancier dissident ou n'ayant pas pris part au vote peut poursuivre le débiteur pour sa créance entière et le faire déclarer en faillite. Par suite, l'homologation judiciaire, qui est surtout destinée à protéger la minorité en cas de concordat après faillite, n'est pas exigée pour le concordat amiable.

b. Les cautions et les coobligés du débiteur qui obtient le concordat amiable sont libérés dans la même mesure que lui, art. 1287, C. civ. *Secùs*, art. 545, C. com.

c. Le concordat amiable peut être annulé pour toutes les causes entraînant la nullité des contrats. Il peut donc l'être pour dol, alors même que le dol ne consisterait pas à avoir augmenté l'actif ou diminué le passif.

Mais les remises contenues dans le concordat amiable n'ont pas plus le caractère de libéralités que celles que renferme le concordat judiciaire. Les créanciers qui y ont consenti ont voulu réduire leurs pertes plutôt que se montrer généreux envers leur débiteur. Il n'y a donc pas lieu à réduction de ces remises et elles ne sont pas soumises au rapport, si l'on admet avec nous qu'en cas de concordat judiciaire, le failli venant à la succession d'un de ses créanciers n'est pas tenu au rapport (n° 1093).

Décret du 22 août 1848 et loi du 12 novembre 1849; lois du 22 avril et du 9 septembre 1871. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, p. 912, note 1.

(1) On conçoit qu'après le jugement déclaratif de faillite, *tous* les créanciers connus consentent à un concordat Quels effets produit-il ? V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2939.

Source BIU Cujas

Section II. — De l'union (1).

1103. Quand il y a union, le dessaisissement ne cesse pas, le failli n'est pas remis à la tête de ses affaires, les syndics continuent la liquidation, ils vendent les biens du failli et le prix est avec les autres sommes provenant de la faillite distribué entre les créanciers. Si les créanciers ne sont pas entièrement payés, ils rentrent dans l'exercice de leurs droits individuels et peuvent poursuivre le failli pour ce qui leur reste dû.

S'il n'intervient pas de concordat, les créanciers sont de plein droit en état d'union. Il y a donc union : *a.* Quand les propositions de concordat faites par le failli n'ont pas été votées par la double majorité exigée par l'art. 507; *b.* quand le failli n'a pas présenté de projet de concordat; *c.* quand le concordat n'est pas possible à raison d'une condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse; *d.* quand le concordat n'a pas été homologué. Ainsi l'union n'implique pas, comme le concordat, une convention entre le failli et la majorité de ses créanciers; elle peut se former même contrairement à leur volonté, c'est ce qui a lieu en cas de refus d'homologation. Il faut donc se garder de parler du *contrat d'union*. L'union est un état dans lequel se trouvent les créanciers à l'égard du failli par cela seul que le concordat n'a pas lieu.

A propos de l'union, trois questions doivent être examinées : 1° Comment doit-elle être organisée; 2° quels actes et opérations peuvent être la conséquence de l'union; 3° comment l'état d'union prend-il fin et quelles sont les conséquences de sa dissolution.

A. — *De l'organisation de l'union.*

1104. Quand le concordat est écarté, le juge-commissaire doit consulter l'assemblée des créanciers tant sur les faits de la gestion des syndics que sur l'utilité de leur maintien ou de leur remplacement, art. 529, 2e alin. Ce ne sont pas seulement les créanciers chirographaires qui sont appelés à donner leur avis sur ce point, ce sont aussi les créanciers hypothécaires et nantis de gage (art. 529, 2e alin.); la raison en est qu'après l'union les syndics peuvent avoir à agir

(1) C. com., art. 529 à 541.

Source BIU Cujas

même pour ces derniers créanciers. V. n° 1110. Si les syndics sont remplacés, ils doivent rendre leurs comptes, non au failli, comme dans le cas de concordat simple, mais aux nouveaux syndics en présence du juge-commissaire, le failli dûment appelé, art. 529, 4e alin.

En principe, les syndics nommés ou maintenus au début de l'union restent en fonctions pendant toute sa durée. Toutefois quand (ce qui est fréquent) les opérations de l'union se prolongent pendant plusieurs années, les créanciers doivent être convoqués chaque année et émettre un avis sur le point de savoir s'il y a lieu de maintenir ou de remplacer les syndics, art. 536.

B. — *Des actes et opérations qui sont la conséquence de l'union.*

1105. Les opérations qui suivent la mise du failli en état d'union, ont pour but la continuation de la liquidation commencée pendant la période préparatoire, la réalisation de l'actif du failli et les répartitions de deniers entre les créanciers. Les pouvoirs des syndics reçoivent après l'union une grande extension. Mais les actes tendant à la réalisation de l'actif et à la répartition des sommes en provenant ne sont pas les seuls. Il y a à statuer sur les secours à accorder au failli. En outre, il peut y avoir divers obstacles à la réalisation immédiate des biens ; les syndics peuvent être autorisés à continuer l'exploitation du commerce du failli, à faire des transactions, à conclure des traités à forfait.

1106. *Secours accordés au failli.* — Durant la période préparatoire, des secours peuvent être alloués au failli et à sa famille par une décision du juge-commissaire sans avis des créanciers (n° 1066, p. 788). Quand il y a union, dès la première assemblée, les créanciers doivent être consultés sur la question de savoir si un secours sera accordé au failli sur l'actif. Mais la quotité de ce secours est fixée par le juge-commissaire, sauf recours au tribunal de commerce de la part des syndics, art. 530.

1107. *Continuation de l'exploitation du commerce du failli.* — Pendant la période préparatoire c'est là une mesure normale. Aussi est-elle prise alors à la diligence des syndics sur l'autorisation du juge-commissaire (art. 470). Après l'union c'est une mesure exceptionnelle, puisqu'en principe, tous les biens du failli doivent être

Source BIU Cujas

convertis en argent. Il se peut pourtant que même alors il y ait intérêt à ne pas vendre immédiatement le fonds de commerce du failli (parfois l'état actuel des affaires ne permettrait d'en obtenir qu'un prix insuffisant). Dans l'intérêt même des créanciers du failli, le Code admet que, malgré l'union, le fonds de commerce ne soit pas vendu et que l'exploitation en soit continuée (art. 532). A cet effet, les créanciers peuvent donner mandat aux syndics ; il faut une majorité des trois quarts en nombre et en sommes (art. 532, 3e alin.). Le failli et les créanciers dissidents ont le droit de former opposition devant le tribunal de commerce.

Quand les syndics, continuant l'exploitation de commerce, contractent des engagements, les créanciers ne sont pas créanciers dans la masse, mais ont la masse pour débitrice. Ils peuvent, par suite, se faire payer sur l'actif de la faillite à l'exclusion de tous les créanciers du failli, même de ceux qui ont voté contre la continuation de l'exploitation. Bien plus si les engagements contractés par les syndics excèdent l'actif de l'union, *les créanciers de la faillite qui ont voté pour la continuation de l'exploitation sont tenus personnellement* même au-delà de leur part dans l'actif, art. 533 (n° 1077).

1108. *Transactions.* — On peut éviter des lenteurs et des frais en terminant par des transactions des contestations qui entravent les opérations de l'union. Les transactions sont subordonnées aux mêmes formalités et conditions que durant la période préparatoire (n° 1066), sauf une seule différence. Après l'union, l'opposition du failli ne peut pas empêcher les transactions même concernant des droits immobiliers. Quand il y a union, il faut tenir compte moins de l'intérêt du failli, qui doit être privé de tous ses biens par la réalisation à en faire, que de celui des créanciers.

Traités à forfait. — Dans beaucoup de faillites, spécialement dans celles des banquiers, il y a des créances qui, sans être litigieuses, sont d'un recouvrement difficile à raison du peu de solvabilité des débiteurs ou dont le recouvrement doit être éloigné à raison de l'époque lointaine de leur exigibilité. Il vaut mieux parfois se contenter de ce qu'on peut obtenir immédiatement que d'exercer des poursuites coûteuses ou d'attendre les échéances. Les syndics peuvent ou traiter à forfait avec les débiteurs, c'est-à-dire

Source BIU Cujas

convenir avec eux qu'ils paieront immédiatement une partie de ce qu'ils doivent et qu'ils seront quittes pour le surplus ou vendre les créances à des tiers. Ces sortes de conventions sont subordonnées à plusieurs conditions. Il faut : 1° qu'une délibération des créanciers y autorise ; 2° que le failli soit appelé à émettre son avis ; 3° que le tribunal de commerce donne son autorisation, art. 570.

1109. Vente des biens du failli. — On n'attend assurément pas pour faire des répartitions entre les créanciers que tous les biens du failli aient été vendus. Autrement on causerait parfois un grave préjudice aux créanciers en leur imposant une longue attente. Une répartition se fait toutes les fois que les sommes disponibles sont suffisantes ; la loi s'en remet sur ce point au juge-commissaire (art. 566). Mais comme ces répartitions supposent des ventes antérieures, il est naturel de traiter successivement des ventes des biens du failli et des répartitions entre les créanciers. Les formes des ventes diffèrent selon qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

Ventes de meubles. — Tous les meubles sans distinction sont vendus, art. 534. Il n'est besoin ni de l'autorisation du juge-commissaire, ni de l'appel du failli comme durant la période préparatoire. Cpr. art. 534 et 486. Par cela même qu'il s'agit de ventes forcées, elles ne peuvent être faites qu'aux enchères et par des officiers publics compétents. V. nos 404 à 406 et 806.

1110. *Ventes d'immeubles.* — La vente des immeubles peut être provoquée par les syndics. Eux seuls même ont ce droit quand il n'y a pas eu de poursuites commencées avant l'union par des créanciers hypothécaires ou privilégiés, art. 572. Ces créanciers n'ont plus aucun intérêt à poursuivre individuellement une vente à laquelle les syndics vont procédér et il est utile que les procédures soient centralisées.

Autant que possible, les syndics doivent faire procéder à la vente dans la huitaine, art. 572. Ils ont à se pourvoir de l'autorisation du juge-commissaire qui peut ainsi empêcher les ventes inopportunes. Dans un but de célérité et d'économie, la vente des immeubles du failli se fait dans les formes des ventes des biens de mineurs et non dans celles des ventes sur saisie, art. 572, *in fine*. V. art. 952 et suiv., C. proc. civ. Il y a cependant entre les deux sortes de ventes plusieurs différences. D'abord, il ne peut être question pour

Source BIU Cujas

la vente des immeubles du failli, de l'avis des parents (art. 953, C. proc. civ.), ni de l'appel du subrogé-tuteur à la vente. Enfin, les règles de la surenchère ne sont pas identiques (n° 1111).

Le tribunal *civil* du lieu de la déclaration de la faillite, quelle que soit la situation de l'immeuble à vendre, fixe le jour de l'adjudication et détermine si elle aura lieu devant l'un des juges du tribunal à l'audience des criées ou devant un notaire commis.

1111. *Surenchère.* — L'adjudication n'est pas nécessairement définitive. Elle peut, comme les autres adjudications en général, être suivie d'une folle enchère ou d'une surenchère. La folle enchère est régie par les règles générales de l'art. 964, C. proc. civ. Mais l'art. 573, C. com., admet, pour la surenchère, des dispositions qui s'écartent à la fois de celles qui régissent et la surenchère après l'adjudication des biens de mineurs ou après saisie (art. 708 et suiv., C. proc. civ.) et de la surenchère admise en cas d'aliénation volontaire au profit des créanciers hypothécaires et privilégiés (C. civ., art. 2185 et suiv.). 1° La surenchère doit être faite dans la quinzaine de l'adjudication; 2° elle doit être du dixième du prix, au moins; 3° toute personne (par conséquent même un créancier chirographaire) peut surenchérir ou concourir à l'adjudication suivant la surenchère; 4° la surenchère se fait au greffe du tribunal civil dans les formes prescrites par les art. 710 et 711, C. proc. civ.

Deux cas peuvent se présenter : ou il y a une surenchère ou aucune surenchère ne se produit. — Quand il y a une surenchère en vertu de l'art. 573, C. com., la nouvelle adjudication est définitive, même à l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés, *surenchère sur surenchère ne vaut* (art. 965, C. proc. civ.). Au contraire, quand il n'y a pas de surenchère dans les termes et dans les délais de l'art. 573, C. com., il va sans doute de soi que le prix est fixé définitivement à l'égard des créanciers chirographaires, mais l'est-il aussi à l'égard des créanciers hypothécaires privilégiés, de telle sorte que ceux-ci n'ont même pas la faculté de surenchérir en vertu des art. 2185 et suiv., C. civ.? Si cette faculté de surenchère restait ouverte aux créanciers hypothécaires et privilégiés, même après l'expiration des délais de l'art. 573, C. com., il faudrait, pour se mettre à l'abri du droit de suite des créanciers, que l'adjudicataire,

Source BIU Cujas

après union, remplit les formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.). Aussi formule-t-on souvent cette question ainsi : *l'adjudication des immeubles du failli après l'union opère-t-elle par elle-même la purge des hypothèques ?*

On sait que, parmi les adjudications, les unes opèrent la purge par elles-mêmes, tandis que les autres n'entraînent la purge, comme les aliénations volontaires, qu'après l'accomplissement des formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.). Dans la première catégorie, sont les adjudications sur saisie (art. 717, C. proc. civ.). Dans la seconde, se trouvent les adjudications de biens de mineurs, d'immeubles dépendant d'une succession vacante ou bénéficiaire, d'immeubles dotaux (art. 953 et suiv., art. 985, 997, 1001, C. proc. civ.).

On soutient, dans une première opinion, que l'adjudication après union ne fixe pas définitivement le prix à l'égard des créanciers privilégiés et hypothécaires, qu'en conséquence, il y a lieu de remplir, à leur égard, les formalités de la purge (art. 2181 et suiv., C. civ.). En ce sens, on fait observer que le Code de commerce (art. 572), assimile la vente des immeubles après union, à la vente des immeubles des mineurs et que certainement celle-ci n'entraîne pas la purge par elle-même. On ajoute que si, en cas d'adjudication sur saisie, la purge de plein droit est admise, c'est que les créanciers hypothécaires sont liés à la procédure par la sommation qui leur est faite de prendre communication du cahier des charges et d'assister à l'adjudication (art. 692, C. proc. civ.), de telle sorte qu'ils sont mis en demeure de faire tout le nécessaire pour la sauvegarde de leurs droits. Il n'y a rien de semblable en cas d'adjudication après union.

Nous croyons, malgré la force de cette argumentation, avec la Cour de cassation (1), que la purge est opérée de plein droit à l'égard des créanciers hypothécaire et privilégiés par l'adjudication après union et que, par suite, s'il n'y a pas eu surenchère dans les termes de l'art. 573, C. com., la purge n'a pas besoin d'être opérée conformément aux art. 2181 et suiv., C. civ. L'adjudication après union est une adjudication forcée. Si elle est assimilée par le Code (art. 572) à l'adjudication des immeubles des mineurs, c'est exclusivement au

(1) Civ. Cass. 3 août 1864, S. 1864. 1. 381, D. 1864. 1. 330.

Source BIU Cujas

point de vue de ses formes et la purge n'est pas une question de forme. D'ailleurs si, en cas d'union, les créanciers hypothécaires et privilégiés ne sont pas liés à la procédure à l'aide de sommations comme en cas d'ajudication après saisie, du moins ils sont avertis de la faillite par la large publicité dont elle est entourée. Il ne tient qu'à eux d'avoir connaissance de l'ajudication et d'y intervenir. Le Code paraît bien vouloir qu'après l'adjudication sur surenchère faite dans les termes de l'art. 573, tout soit terminé dès que la surenchère prévue par cet article n'a pas lieu (1).

1112. *Répartitions entre les créanciers.* — Les deniers provenant des ventes et des recouvrements sont, sous déduction des sommes arbitrées par le juge-commissaire pour le montant des dépenses et frais, versés immédiatement à la Caisse des dépôts et consignations (art. 489). Les syndics remettent tous les mois au juge-commissaire un état de situation de la faillite et des deniers ainsi déposés. Le juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, une répartition entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce que tous les créanciers soient avertis (art. 566). Selon la volonté du juge-commissaire, le syndic peut retirer les deniers déposés de façon que les créanciers reçoivent de lui les sommes auxquelles ils ont droit ou bien le juge-commissaire peut ordonner que les versements seront faits directement par la Caisse des dépôts et consignations entre les mains des créanciers de la faillite sur un état de répartition dressé par les syndics et ordonnancé par le juge-commissaire (art. 489). Dans ce dernier cas un mandat sur la caisse est remis à chaque créancier.

Il faut éviter qu'un dividende ne soit touché par une personne n'y ayant pas droit. Aussi aucun paiement ne peut être fait par le syndic à un créancier que sur la présentation d'un titre de la créance et sur ce titre le syndic mentionne la somme payée. Le juge-commissaire peut autoriser le paiement sur le vu du procès-verbal de vérification quand il y a impossibilité de représenter le titre (perte ou absence de titre). Enfin le créancier donne quittance en marge de l'état de répartition, art. 569.

1113. Sur les sommes à répartir on prélève : 1° *Les frais et dépenses de l'administration de la faillite ;* 2° *les secours accordés au*

(1) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 2954 et page 824, note 2.

Source BIU Cujas

failli et à sa famille; 3° *les sommes dues aux créanciers privilégiés.* Quand il s'agit d'un créancier gagiste ou de tout autre créancier ayant un privilège fondé sur le nantissement, les syndics peuvent trouver qu'il y a intérêt à ne pas les laisser procéder eux-mêmes à la vente. Ils ont le droit, pour rentrer ou rester en possession du gage, de prendre sur les deniers disponibles somme suffisante pour payer le créancier. C'est une dépense qui se rattache à l'administration de la faillite, art. 547 et 551.

Après ces prélèvements opérés, les sommes à répartir sont distribuées *au marc-le-franc*, c'est-à-dire proportionnellement au montant de leurs créances, entre tous les créanciers vérifiés et affirmés (article 565). Seulement, en faisant ces répartitions, on doit avoir soin de mettre en réserve : 1° la part correspondante aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés à l'étranger ou dans les colonies françaises ont été portés sur le bilan, art. 567 ; — 2° la part de réserve afférente aux créances contestées et sur l'admission desquelles il n'a pas encore été statué définitivement, art. 568, 2e alin; — 3° la part afférente aux créances conditionnelles quand la condition dont elles dépendent ne s'est pas encore accomplie. Cette réserve ne serait pas faite si l'on préférait payer immédiatement les créanciers conditionnels, à la charge par eux de donner caution de restituer en cas de défaillance de la condition.

1114. Droits respectifs des créanciers hypothécaires ou privilégiés et des créanciers chirographaires. — Les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent se faire payer non seulement sur les biens qui leur sont affectés, mais encore sur tous les autres biens du débiteur. Mais peuvent-ils indifféremment se présenter d'abord dans la masse chirographaire ou n'ont-ils le droit d'y figurer qu'en cas d'insuffisance du bien qui leur est affecté? Il faut distinguer entre les créanciers hypothécaires ou ayant des privilèges spéciaux sur les immeubles, les créanciers ayant des privilèges généraux, les créanciers gagistes ou ayant des privilèges mobiliers spéciaux.

1115. *Créanciers hypothécaires ou ayant des privilèges spéciaux sur les immeubles.* — Deux cas peuvent se présenter : ou bien l'ordre s'ouvre sur le prix de l'immeuble grevé avant la répartition des deniers compris dans la masse chirographaire ou les biens com-

Source BIU Cujas

pris dans cette masse sont vendus avant l'ouverture de l'ordre.

Le cas où l'ordre s'ouvre le premier est très simple, art. 552. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont colloqués dans l'ordre pour les sommes qui, d'après leur rang, peuvent leur revenir. S'ils sont complétement désintéressés ainsi, ils n'ont évidemment plus rien à réclamer dans la masse chirographaire. S'ils ne viennent pas en ordre utile, ils figurent dans cette masse pour l'intégralité de leurs créances. S'ils ont été désintéressés en partie par suite de leur collocation dans l'ordre, ils concourent pour ce qui leur reste dû avec les créanciers chirographaires. Il faut seulement que, pour figurer dans cette masse, les créanciers hypothécaires et privilégiés aient fait vérifier leurs créances (n° 1076).

Le cas où les répartitions chirographaires précèdent l'ordre est plus compliqué : les créanciers hypothécaires et privilégiés peuvent y participer immédiatement pour leurs créances entières, art. 553. Seulement, quand l'ordre s'ouvre ensuite, on procède à des rectifications destinées à empêcher que les créanciers chirographaires soient plus mal traités que si l'ordre s'était ouvert antérieurement, art. 554 et 555.

Il va d'abord de soi que si les créanciers hypothécaires ou privilégiés ayant participé aux répartitions chirographaires ne sont pas colloqués en ordre utile sur l'immeuble grevé, ils conservent tout ce qu'ils ont touché dans ces répartitions. Pour qu'il y ait lieu à une rectification, il faut que les créanciers viennent en ordre utile sur le prix de l'immeuble grevé pour la totalité (art. 554) ou pour une partie de leurs créances (art. 555).

Si le créancier hypothécaire ou privilégié vient en ordre utile pour la totalité de sa créance sur le prix de l'immeuble, on déduit du montant de la collocation hypothécaire tout ce qu'il a touché dans la masse chirographaire. La somme déduite n'est pas attribuée aux créanciers hypothécaires subséquents, mais versée dans la masse chirographaire, art. 554. Si donc, par exemple, un créancier hypothécaire de 100,000 fr. a touché dans les répartitions chirographaires 10,000 fr. et touche ensuite dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble grevé 100,000 fr. on déduira de cette dernière somme 10,000 fr. qui seront versés à la masse chirographaire. C'est là le

Source BIU Cujas

résultat qui se serait produit si l'ordre avait précédé les répartitions chirographaires.

Lorsque le créancier hypothécaire ou priviligié ne vient en ordre utlie sur le prix de l'immeuble que pour une partie de sa créance, il restitue à la masse chirographaire tout ce qui dépasse le dividende qu'il aurait touché dans le cas où l'ordre se serait ouvert avant les répartitions chirographaires, art. 555. Supposons, par exemple, qu'un créancier hypothécaire de 100,000 fr. ait touché dans les répartitions chirographaires un dividende de 10 0/0 soit 10,000 fr. et qu'il obtienne ensuite dans l'ordre 50,000 fr., il aura à reverser dans la masse chirographaire 5,000 fr., de telle façon qu'il n'aura au total que 55,000 fr. Le même résultat se serait produit si l'ordre avait précédé la répartition chirographaire : il aurait touché 50,000 fr. dans l'ordre et demeurant créancier de 50,000 fr., il aurait reçu 10 0/0, soit 5,000 fr. dans les répartitions chirographaires (1).

1116. Les dispositions de l'art. 553 à 555, qui viennent d'être expliquées, s'appliquent certainement au cas d'union. Sont-elles aussi applicables en cas de concordat simple ? La question revient à se demander si, dans le cas de concordat, les créanciers hypothécaires ou priviligiés peuvent se faire payer, avant l'ordre, un dividende par le failli, sauf ensuite, s'ils sont colloqués utilement dans l'ordre, à rendre au failli les sommes auxquelles ils n'auraient pas eu droit, si l'ordre avait été ouvert tout d'abord. On a soutenu qu'il y a lieu d'appliquer, même au cas de concordat simple, les art. 553 à 555, en se fondant sur ce que ces dispositions se trouvent dans le chapitre VII du titre I, livre III, qui, en général, régit le faillite, quelle que soit la solution qu'elle reçoive. Au contraire, on prétend dans une autre opinion que les art. 553 à 555 sont inapplicables au cas de concordat simple et que, par suite, si le failli concordataire a payé des dividendes à un créancier hypothécaire ou privilégié avant le règlement des droits de celui-ci sur l'immeuble grevé, le failli ne peut obtenir la distraction à son profit d'une partie de la collocation hypothécaire de ce créancier. On a dit en ce sens que les art. 553 et suiv. supposent une faillite encore subsistante, puisqu'ils ont pour

(1) On s'accorde généralement à étendre les dispositions des art. 552 à 555 au cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire.

Source BIU Cujas

but de protéger la masse des créanciers chirographaires que le concordat fait disparaître. Nous croyons préférable d'admettre que la question de l'application au cas de concordat des art. 553 à 555 ne peut pas se présenter, à raison de ce que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne peuvent pas, tant que l'ordre n'est pas réglé, réclamer au failli une part dans les dividendes promis par le concordat. L'art. 556, en effet, n'admet les créanciers hypothécaires et privilégiés à invoquer le concordat que quand ils ne viennent pas en ordre utile.

1117. *Droits respectifs des créanciers ayant des privilèges généraux et des créanciers chirographaires.* — Il faut ici tenir compte de l'art. 2105, C. civ., qui n'admet ces créanciers à exercer leurs privilèges sur les immeubles qu'en cas d'insuffisance ou à défaut de meubles. Il résulte de là: 1° que, si l'on commence par distribuer le prix des meubles du failli, ces créanciers ayant un privilège général figurent à cette distribution jusqu'à parfait paiement et ne viennent dans la masse hypothécaire qu'autant que le prix des meubles n'a pas suffi pour les désintéresser; 2° que, si la distribution du prix des immeubles a lieu tout d'abord, les créanciers peuvent se faire payer intégralement, sauf à reverser ensuite dans le masse hypothécaires ce qu'ils auront reçu, quand le prix des meubles aurait suffi pour les désintéresser.

1118. *Droit respectif des créanciers gagistes et des créanciers chirographaires.* — On distingue selon que le créancier gagiste a ou non fait vendre le gage avant toute répartition chirographaire. Quand la vente du gage a précédé ces répartitions, le créancier payé en partie sur le prix du gage ne participe que pour l'excédent aux répartitions chirographaires. Quand, au contraire, le créancier gagiste n'a pas encore fait vendre le gage lors des répartitions chirographaires, il n'y est pas compris. L'art. 546 décide, en effet, que, dans ces répartitions, le créancier gagiste n'est inscrit que pour mémoire. Il y a ainsi une différence profonde entre la solution admise pour les créanciers hypothécaires par les art. 554 et 555 et celle que consacre pour les créanciers gagistes l'art. 546. La réalisation du gage se fait à peu de frais et promptement, tandis que la vente d'un immeuble hypothéqué donne lieu à une procédure longue et coûteuse. On peut

Source BIU Cujas

donc, en général, dire que, si un créancier gagiste ne réalise pas le gage, c'est qu'il y trouve une suffisante sûreté, tandis que ce sont souvent les lenteurs et les frais de la procédure qui empêchent un créancier hypothécaire de faire vendre l'immeuble grevé avant les répartitions chirographaires. Mais il faut reconnaître que la situation faite au créancier gagiste est d'une excessive rigueur quand il ne peut pas faire vendre le gage à raison de ce que sa créance n'est pas encore exigible.

C. — *De la clôture de l'union et de ses effets. De la déclaration d'excusabilité.*

1119. Quand tous les biens du failli ont été vendus et quand toutes les sommes en provenant ont été réparties entre les créanciers, les opérations de l'union sont terminées. Toutefois, pour que l'union soit considérée comme dissoute, une dernière assemblée de créanciers doit être réunie, art. 537, dern. alin. Dans cette assemblée les syndics rendent leur compte aux créanciers en présence du failli ou lui dûment appelé, art. 537, 2e alin., puis les créanciers donnent leur avis sur son excusabilité, art. 537, 3e alin. Le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire, déclare si le failli est ou non excusable, art. 538.

1120. La dissolution de l'union fait cesser le dessaisissement pour l'avenir en ce qui concerne les biens que l'ex-failli peut acquérir par la suite et rend aux créanciers l'exercice de leurs actions individuelles, art. 539. Chaque créancier peut donc saisir les biens de son débiteur ou l'actionner en justice. Avant la loi du 22 juillet 1867, chaque créancier recouvrait le droit d'exercer la contrainte par corps. Le failli ne pouvait même pas s'y soustraire par la cession de biens (art. 541, al. 1); du reste, après l'union, cette cession n'aurait eu aucune signification par cela même que tous les biens du failli ont été vendus. Mais le failli échappait à la contrainte par corps quand le tribunal l'avait déclaré excusable. Cette utilité de la déclaration d'excusabilité a disparu avec la contrainte par corps; cette déclaration a conservé seulement une valeur morale. V. sur les personnes qui ne peuvent être déclarées excusables, art. 540.

1121. Les créanciers non désintéressés ont bien le droit individuel de saisie, mais ils ne peuvent pas, après la clôture de l'union, faire

Source BIU Cujas

déclarer de nouveau leur débiteur en faillite : *faillite sur faillite ne vaut*. Ce droit n'appartient qu'aux créanciers envers lesquels le failli s'est obligé après la clôture de l'union. Si ceux-ci usent de ce droit, les créanciers antérieurs peuvent produire à la faillite.

Toutefois si, après la clôture de l'union, on découvre des biens du failli qui n'ont pas été vendus par les syndics, il semble juste d'admettre qu'en ce qui concerne ces biens la faillite sera rouverte et que des syndics auront à faire procéder à la vente et à la répartition du prix. Cette découverte prouve qu'on s'est trompé en considérant l'union comme dissoute, alors que sa dissolution suppose la vente de tous les biens du failli.

Section III. — Du concordat par abandon d'actif (1).

1122. On désigne sous ce nom un traité par lequel le failli fait à ses créanciers abandon de tout ou partie de ses biens, sous la condition que le failli sera libéré envers eux, quand même le prix des biens abandonnés que les créanciers font vendre ne suffirait pas pour les désintéresser complétement. Le concordat par abandon d'actif a un caractère mixte : il tient à la fois de l'union et du concordat simple. Il tient de l'union en ce que le failli ne conserve pas ses biens qui sont vendus pour payer les créanciers. Il tient du concordat simple en ce que les créanciers consentent à faire remise au failli de ce qu'ils ne pourront pas toucher sur le prix des biens.

Cette solution de la faillite n'était prévue ni par le Code de 1807 ni par la loi de 1838. Cette forme de concordat s'était introduite pourtant dans la pratique. La validité n'en était pas douteuse : on peut insérer dans un concordat toutes les clauses possibles non contraires à l'ordre public. Cette solution présente, du reste, des avantages pour les créanciers et pour le failli. Les créanciers, quand ils n'ont pas pleine confiance dans le débiteur, ne lui remettent pas l'administration de leurs biens comme en cas de concordat simple. En outre, le failli échappe à la défaveur qui pèse sur celui qui n'obtient pas de concordat et il est libéré en partie de ses dettes. Mais le défaut de réglementation par la loi du concordat par abandon

(1) C. com., art. 541, 2e, 3e et 4e alin.

Source BIU Cujas

avait des inconvénients. Les répartitions se faisaient arbitrairement et, comme il n'y avait plus de juge-commissaire, des faits de banqueroute frauduleuse restaient cachés et ne donnaient pas lieu à des poursuites. La loi du 17 juillet 1856 a réglementé le concordat par abandon par des dispositions qui ont à tort été placées dans l'art. 541, C. com. (n° 1124).

1123. Formation du concordat par abandon. — Il faut, comme pour le concordat simple : 1° la majorité des créanciers en nombre et la majorité des trois quarts en sommes; 2° l'homologation du tribunal de commerce ; 3° l'absence de banqueroute frauduleuse (n°s 1079 et suiv.).

1124. Effets du concordat par abandon. Annulation. — Le dessaisissement ne cesse pas pour les biens actuels du failli ; ils sont vendus et il est procédé à la répartition du prix entre les créanciers. Les syndics ont les mêmes pouvoirs qu'en cas d'union. La liquidation de l'actif se fait comme s'il y avait union (art. 541). Ainsi l'on ne peut dire que le concordat par abandon permet d'éviter les frais et les lenteurs de la liquidation après union. Il est certain que les art. 553 à 555 sont applicables et que la masse subsistant peut invoquer les art. 446 à 449, C. com.

Le failli est, après la vente des biens, libéré envers ses créanciers même pour ce dont ses dettes excèdent le prix des biens vendus. Il y a ainsi dans le concordat par abandon une remise ; elle a le même caractère et les mêmes effets que celle qui est contenue dans le concordat simple (n°s 1089 et suiv.).

Les effets du concordat par abandon montrent que le législateur s'est trompé en présentant, dans l'art. 541 modifié en 1856, le concordat par abandon comme une dérogation à la règle selon laquelle la cession de biens n'est pas admise en cas de faillite. Le concordat par abandon n'a aucun rapport avec la cession de biens. Celle-ci faisait échapper le débiteur à la contrainte par corps, mais ne le libérait d'aucune partie de ses dettes. Le concordat libère le failli, mais ne produisait aucun effet quant à la contrainte par corps exclue par cela même qu'il y avait faillite. La seule institution ayant de l'analogie avec la cession de biens était la déclaration d'excusabilité.

Le concordat par abandon peut être annulé pour les mêmes causes

Source BIU Cujas

que le concordat simple. Mais, par cela même que le failli qui fait l'abandon ne contracte aucun engagement envers ses créanciers, il ne peut être question de la résolution du concordat par abandon pour inexécution des obligations du failli.

Section IV. — De la clôture de la faillite pour insuffisance d'actif (1).

1125. Le Code de 1807 n'avait pas prévu le cas assez fréquent où dans une faillite les fonds manquent pour continuer les opérations. Quand ce cas se produisait, les opérations de la faillite étant arrêtées en fait, les syndics ne s'en occupaient plus et, si le failli parvenait à acquérir des biens, les créanciers ne pouvaient ni les saisir ni exercer la contrainte par corps, le droit de poursuite individuelle étant suspendu. Aussi des commerçants attendaient avant de se faire déclarer en faillite d'avoir un actif insuffisant pour pourvoir aux frais et ainsi ils avaient l'avantage de se mettre à l'abri de toutes poursuites. La loi de 1838 a remédié à ces inconvénients en organisant la clôture pour insuffisance d'actif. Ce cas peut se produire malgré l'art. 461 d'après lequel le Trésor fait l'avance des frais. D'abord il ne s'agit là que des premiers frais à faire après le jugement déclaratif, puis le Trésor n'est pas tenu de faire l'avance quand la situation de la faillite est telle qu'il n'y a pas espoir de se faire rembourser ces frais.

1126. Quand le cours des opérations de la faillite est arrêté par suite de l'insuffisance de l'actif, avant l'homologation du concordat ou la formation de l'union, le tribunal de commerce peut, sur le rapport du juge-commissaire, prononcer la clôture des opérations de la faillite soit sur la demande d'un intéressé soit même d'office (art. 527, 1er alin.).

1127. Les effets de la clôture pour insuffisance d'actif peuvent se résumer dans les deux règles suivantes : 1° Les créanciers recouvrent chacun leur droit de poursuite individuelle ; 2° la faillite elle-même n'est pas close, le fonctionnement en est seulement arrêté.

1127 *bis.* Chaque créancier a ainsi le droit de saisir les biens du

(1) C. com., art. 527 et 528.

Source BIU Cujas

failli. Avant la loi du 22 juillet 1867 chacun recouvrait le droit d'exercer contre le failli la contrainte par corps (art. 528). On veut ainsi exciter le failli à faire tous ses efforts pour se procurer les sommes nécessaires pour la continuation des opérations de la faillite. En outre, par cela même que les créanciers sont nombreux et habitent dans des lieux divers, ils apprennent plus aisément que le syndic les acquisitions réalisées par le failli. Mais cette restitution du droit de poursuite individuelle est rigoureuse et l'était surtout quand la contrainte par corps existait. Aussi, pour donner le temps au failli de se procurer des fonds, l'exécution du jugement qui prononce la clôture pour insuffisance d'actif, est suspendue pendant un mois à partir de sa date (art. 527, *in fine*). En outre, le failli ou tout intéressé peut faire rapporter ce jugement en justifiant qu'il existe des fonds suffisants pour faire face aux opérations de la faillite ou en faisant consigner entre les mains des syndics la somme suffisante pour y pourvoir (art. 528).

1128. Mais, à tous autres égards que la suspension du droit de poursuite individuelle, les effets du jugement déclaratif continuent à se produire. Le jugement de clôture pour insuffisance d'actif suspend les opérations de la faillite sans mettre fin à la faillite elle-même. Le dessaisissement subsiste donc avec tous les effets y attachés. De là découlent notamment les conséquences suivantes : *a*. Les syndics conservent leurs fonctions. Les sommes dues au failli ne peuvent être payées valablement qu'entre leurs mains. *b*. Si le failli est actionné en justice par des créanciers. Les syndics peuvent intervenir afin d'assurer l'égalité entre les créanciers. *c*. Les syndics peuvent s'opposer au nom de la masse à ce que le failli fasse une opération au préjudice de celle-ci.

Quand un créancier usant du droit de poursuite individuelle s'est fait payer sur les biens du failli, conserve-t-il ce qu'il a ainsi reçu alors même que le jugement de clôture est rapporté? Il semble bien qu'il en doit la restitution, de façon à ce que la somme payée profite à la masse. La clôture pour insuffisance d'actif ne fait pas cesser le dessaisissement par suite duquel un créancier ne peut se faire payer au détriment des autres. L'art. 528, 2e alin., paraît confirmer cette solution en décidant que les frais de poursuites individuelles sont

Source BIU Cujas

remboursés au créancier qui les a faits. Cela ne se concevrait pas si ces poursuites devaient profiter seulement au créancier qui a exercé les poursuites.

L'état créé par la clôture pour insuffisance d'actif peut se continuer indéfiniment ou cesser par la reprise des opérations de la faillite. Le premier cas se réalise quand le failli n'acquiert pas de nouvelles ressources. Le second cas se présente quand le jugement de clôture est rapporté.

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que la clôture pour insuffisance d'actif n'est pas, comme l'union et le concordat, une solution de la faillite, puisque la faillite subsiste avec tous ses effets à l'exception d'un seul, la suspension des poursuites individuelles. Elle devient même définitive si le jugement n'est pas rapporté.

Source BIU Cujas

CHAPITRE V.

DES DIVERS DROITS QUI PEUVENT ÊTRE INVOQUÉS CONTRE UNE FAILLITE. DE LA REVENDICATION. DES PRIVILÈGES ET DES HYPOTHÈQUES. DES DROITS DE LA FEMME DU FAILLI. DES DROITS DES CRÉANCIERS CONTRE LES CODÉBITEURS SOLIDAIRES ET LES CAUTIONS.

1129. Toutes les personnes ayant des droits à invoquer contre une faillite ne sont pas créanciers. Il en est qui sont propriétaires de biens détenus par le failli. Celles-ci peuvent revendiquer leurs biens et ne sont pas soumises à la loi du dividende. En outre, parmi les créanciers il y en a qui ont un privilège ou une hypothèque. Enfin il en est qui ont soit des débiteurs solidaires, soit un débiteur principal et une caution. La loi a dû déterminer les cas principaux dans lesquels la revendication est possible, fixer les privilèges et les hypothèques qui peuvent être invoqués en cas de faillite et préciser les droits de créanciers ayant plusieurs codébiteurs solidaires ou un débiteur principal et une caution, quand un ou plusieurs de ceux-ci sont en faillite. Parmi les personnes qui peuvent avoir à revendiquer des biens, à se présenter comme créancier hypothécaire ou chirographaire se trouve la femme du failli. Le Code s'est occupé spécialement d'elle. La loi est, en général, peu favorable au cas de faillite aux revendications, aux privilèges et aux hypothèques qui nuisent à la masse chirographaire. Il sera traité ci-après : — *Section I.* De la revendication. — *Section II.* Des privilèges et des hypothèques. — *Section III.* Des droits de la femme du failli. — *Section IV.* Des coobligés et des cautions.

Section Ire. — De la revendication (1).

1130. Il y a revendication quand une personne réclame en qualité de propriétaire un bien détenu par le failli. Elle correspond aux demandes en distraction en cas de saisie (art. 608, 725 et s., C. proc. civ.) et a pour but de faire remettre un bien au revendiquant à l'ex-

(1) Art. 574 à 579.

Source BIU Cujas

clusion de tous les créanciers. Il importe aux intéressés de former les demandes en revendication le plus tôt possible; car il est à craindre que les biens pouvant être revendiqués soient vendus et, s'il s'agit de meubles, l'art. 2279, C. civ., met obstacle à la revendication contre les tiers possesseurs de bonne foi. Les demandes de cette sorte sont formées par une requête adressée aux syndics. Ils peuvent, avec l'approbation du juge-commissaire, admettre ces demandes. S'ils y contredisent, un procès s'engage.

Le Code a traité des cas de revendication les plus fréquents. Il parle : 1° de la revendication des marchandises déposées ou consignées au failli (art. 575) ; 2° de la revendication des effets de commerce et autres titres (art. 574) ; 3° de la revendication du vendeur de meubles non payé (art. 576); 4° des demandes en revendication qui peuvent être formées par la femme du failli (art. 557 et s.). L'énumération du Code n'est pas limitative. Il sera traité des quatre cas de revendication mentionnés dans le Code et quelques autres cas du même genre seront ensuite indiqués à titre d'exemples.

1131. Revendication des marchandises déposées ou consignées (art. 575). — Il se peut que des marchandises ou d'autres objets aient été déposées chez le failli avant le jugement déclaratif ou lui aient été consignées avec ordre de les vendre. Ce dernier cas est fréquent quand le failli est commissionnaire. Le déposant ou le commettant peut revendiquer les objets déposés ou consignés. Il va de soi qu'il en serait autrement en cas de dépôt irrégulier, le déposant ayant alors, comme un prêteur, cessé d'être propriétaire, ne peut se présenter à la faillite du dépositaire que comme créancier chirographaire. — La revendication des marchandises déposées ou consignées est subordonnée à trois conditions. Pour qu'elle soit possible il faut :

1. *Que les marchandises existent encore en nature.* Ainsi, il n'y aurait pas de revendication possible si les marchandises ayant été vendues, d'autres avaient été achetées avec le prix, ou si les marchandises avaient subi une transformation les rendant méconnaissables, transformation du lin en toiles, du grain en farine, etc...

2. *Que l'identité des marchandises déposées ou consignées puisse être établie.* On ne peut revendiquer que des corps certains : le

Source BIU Cujas

droit de propriété ne peut porter, en effet, sur des choses fongibles. Ainsi la revendication ne serait pas possible si les marchandises déposées ou consignées ont été mêlées à d'autres semblables dont on ne peut pas les distinguer.

3. *Les frais faits par le dépositaire ou par le consignataire pour les marchandises doivent être remboursés.* Autrement, le droit de rétention pourrait être exercé par les syndics, art. 1948, C. civ. et 95, C com.

1132. Ainsi que cela a été expliqué plus haut (nos 454 et 741, page 517), lorsque les marchandises consignées ont été vendues par le consignataire, bien que celui-ci ait fait la vente en son nom, le commettant peut revendiquer la créance du prix c'est-à-dire se faire payer directement par l'acheteur et éviter ainsi de subir le concours des autres créanciers du consignataire en faillite, art. 575, 2e alin. La créance du prix est pour ainsi dire subrogée aux marchandises vendues. Mais, pour que la revendication de la créance du prix soit possible, il faut qu'elle ne soit pas encore éteinte au moment de la déclaration de faillite. L'art. 575, 2e alin., dispose que le prix ne peut plus être revendiqué quand il a été *payé* ou *réglé en valeurs*, ou *compensé en compte-courant entre le failli et l'acheteur*. — *Paiement.* Le consignataire ayant été payé valablement, le commettant ne peut contraindre l'acheteur à payer une seconde fois et il ne peut pas non plus revendiquer dans la faillite la somme versée au failli à titre de prix; les espèces monayées ne peuvent être revendiquées par cela même que ce ne sont pas des corps certains. Mais, si le paiement avait été fait après la déclaration de faillite du consignataire, le commettant n'aurait pas à craindre le concours des créanciers de la faillite du consignataire, il aurait pour débitrice la masse de la faillite qui a reçu ce qui était dû au commettant. — *Règlement en valeurs.* Par ces expressions, l'art. 575, 2e alin , vise le cas où, pour s'acquitter, l'acheteur a remis un effet de commerce au consignataire en le lui endossant. Mais le droit de revendication subsisterait si l'acheteur avait souscrit au profit du consignataire un effet de commerce que celui-ci avait encore dans son portefeuille lors de la déclaration de faillite. Il n'y a alors ni paiement ni l'équivalent d'un paiement.

Source BIU Cujas

Compensation en compte-courant entre le failli et l'acheteur. — A propos du compte-courant (n° 541, p. 717) des explications ont été données sur les cas dans lesquels on peut dire qu'il y a compensation en compte-courant.

L'art. 575, 2e al., admet le droit de revendication de la créance du prix pour le cas où les marchandises ont été vendues par le consignataire qui avait été chargé de les vendre. Mais il n'est pas douteux que le même droit appartiendrait au déposant si le dépositaire, en violant le dépôt, avait vendu les marchandises déposées à un tiers possesseur de bonne foi contre lequel la revendication de ces marchandises n'est pas possible en vertu de l'art. 2279, C. civ.

1132 *bis*. REVENDICATION DES EFFETS DE COMMERCE ET DES AUTRES TITRES (Art. 574). — Les effets de commerce et les titres de créance peuvent assurément être revendiqués dans la faillite de la personne à laquelle ils ont été déposés ou consignés, conformément à l'art. 575. Mais il est d'autres cas très usuels prévus par l'art. 574 dans lesquels la revendication soit d'effets de commerce, soit d'autres titres de créance est possible.

Quand un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre, chèque) a été endossé au failli, la revendication de la part de l'endosseur est possible d'après l'art. 574 à deux conditions. Il faut: 1° que l'endossement n'ait eu lieu qu'à titre de procuration pour en faire le recouvrement; 2° que ces effets existent encore en nature dans le portefeuille du failli, lors de déclaration de la faillite.

1° Il va de soi que, si le porteur d'un effet de commerce en a fait au failli un endossement translatif de propriété, la revendication n'est pas admise. C'est là ce qui a lieu notamment quand le failli a reçu l'effet d'un porteur avec lequel il est en compte-courant. Au contraire, l'endosseur restant propriétaire de l'effet quand il l'endosse à titre de procuration avec le mandat de recouvrer le montant, peut le revendiquer. On a déterminé plus haut (nos 562 et suiv., n° 689, p. 480) dans quels cas l'endossement soit d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, soit d'un chèque vaut comme procuration d'en faire le recouvrement. L'art. 574 assimile au cas d'endossement fait à titre de procuration l'endossement fait avec affectation à des paiements indiqués par l'endosseur. Cette affec-

Source BIU Cujas

tation implique qu'en réalité, le porteur a donné seulement un mandat en endossant l'effet.

2° Il faut aussi, pour que la revendication soit possible, que l'effet se trouve en nature dans le portefeuille du failli, lors de la déclaration de faillite. Il n'y a donc plus lieu à revendication de l'effet : *a.* quand *avant* le jugement déclaratif le failli avait touché le montant de l'effet. Les espèces payées ne formant pas un corps certain ne peuvent pas non plus être revendiquées. Mais si le paiement de l'effet avait lieu *après* le jugement déclaratif, l'endosseur pourrait du moins réclamer à la masse des créanciers, considérée comme sa débitrice, la somme indûment perçue par le syndic; *b.* quand le failli a fait lui-même à un tiers un endossement translatif de propriété. La revendication demeurerait, au contraire, possible, si le failli avait à son tour fait un endossement à titre de procuration au profit d'une autre personne.

Tout ce qui vient d'être dit des effets de commerce à ordre est applicable aux titres nominatifs et au porteur et généralement à tous les titres de créance. L'art. 574 mentionne, du reste, expressément *les autres titres non encore payés*. V. sur les difficultés relatives à la preuve de l'identité des titres au porteur, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 3003.

1133. Revendication du vendeur. — Sous le nom de droit de revendication, le Code (art. 576 et 577) reconnait sous certaines conditions restrictives au vendeur d'effets mobiliers le droit de demander la résolution de la vente faite au failli. Il est parlé ci-après de ce droit à propos du privilège du vendeur de meubles. V. n°s 1139 et suiv.

1134. Revendication de la femme du failli. — A raison même de son régime matrimonial le failli est souvent détenteur de biens dont sa femme a la propriété. Celle-ci peut les revendiquer. Mais, afin d'éviter les collusions, la loi subordonne la preuve du droit de la femme à des conditions spéciales, art. 557 et s. V. ci-après, n°s 1156 et suiv.

1135. Cas de revendication non prévus par le code. — Le Code n'a fait que mentionner les cas de revendication les plus fréquents. Mais, en règle générale, toute personne qui est proprié-

Source BIU Cujas

taire de biens se trouvant en fait entre les mains du failli, peut les revendiquer. C'est surtout pour le cas de faillite qu'il y a un grand intérêt à déterminer si une personne a un simple droit de créance ou est propriétaire. Ainsi la revendication est notamment possible : *a.* de la part de la personne qui a prêté des objets à usage au failli, ou qui les lui a donnés en gage, quand la dette garantie est acquittée ; *b.* de la part de celui qui a donné des objets à loyer au failli (livres, meubles meublants, etc...); *c.* de la part de l'acheteur qui a acheté des marchandises non livrées par le failli, si elles constituent un corps certain ou ont été individualisées avant la faillite (n° 383).

Section II. — Des privilèges et des hypothèques (1).

1136. La faillite laisse, en principe, subsister les privilèges et les hypothèques grevant les biens du failli, à moins qu'ils ne soient annulés en vertu des art. 446, 447 ou 448. Mais, si l'on excepte une disposition (art. 549) extensive du privilège de l'art. 2101-4°, C. civ., on doit constater que le Code, peu favorable aux garanties qui rompent l'égalité entre les créanciers, supprime ou restreint certains privilèges et limite l'hypothèque légale de la femme mariée. —Il sera parlé dans cette section des privilèges et ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme du failli sera exposé dans la section suivante (n°s 1160 et suiv.).

1137. Privilèges généraux. — Ce sont ceux-là même qu'établissent le Code civil et les lois spéciales, sauf une extension. L'art. 2101-4°, C. civ., attache un privilège général aux *salaires des gens de service, pour l'année échue et ce qui est dû sur l'année courante.* Avant 1838, on admettait généralement que ce privilège n'appartenait pas aux ouvriers et aux commis qu'on ne peut comprendre sous le nom de *gens de service.* La loi de 1838 (art. 549, C. com.) accorde un privilège aux ouvriers pour le salaire *du mois* antérieur au jugement déclaratif et aux commis pour les salaires des *6 derniers mois.* Ce privilège porte, comme celui de l'art. 2101-4°, sur les meubles et subsidiairement sur les immeubles. Par cela même

(1) C. com., art. 450, 550, 563.

Source BIU Cujas

que, comme tous les privilèges, il est de droit étroit, il ne garantit pas l'indemnité due à un commis congédié et il ne peut pas être invoqué par des acteurs en cas de faillite d'un entrepreneur de spectacles. Ce ne sont ni des ouvriers ni des commis.

1138. Privilèges spéciaux sur les meubles. — Le Code ne touche pas, en cas de faillite, aux privilèges immobiliers spéciaux. Au contraire, il modifie profondément le privilège et les garanties dont jouit d'ordinaire le vendeur d'effets mobiliers et restreint notablement le privilège du bailleur.

1139. Privilège du vendeur d'effets mobiliers. Droit de revendication. Droit de résolution. — Quand l'acheteur n'est pas en faillite, d'après le droit commun, le vendeur de meubles a quatre garanties destinées à assurer le paiement : 1° le droit de rétention, quand la vente a été faite au comptant (C. civ. art. 1612) ; 2° un privilège sur la chose vendue, que la vente ait été faite au comptant ou à crédit (art. 1184 et 1654, C. civ.); 3° le droit de demander de la résolution pour défaut de paiement du prix, aussi dans l'un et l'autre cas (art. 2102-4°, C. civ.); 4° enfin un droit appelé *droit de revendication* dans l'art. 2102-4°, C. civ., et conféré seulement au vendeur au comptant. La nature des trois premières garanties est claire, il n'en est pas de même de celle du droit de rétention. On sait que, pour que le vendeur jouisse de ce dernier droit, il faut non seulement que la vente n'ait pas été faite à crédit, mais encore que ce droit soit exercé dans la huitaine de la livraison, que l'objet vendu soit encore en la possession de l'acheteur, qu'il se trouve dans l'état dans lequel il lui a été livré. Il est évident qu'il ne s'agit pas là de la revendication qui sanctionne le droit de propriété ; le vendeur cesse d'être propriétaire soit lors de la vente même quand il s'agit d'un corps certain, soit lors de l'individualisation de la chose vendue qui a lieu au plus tard au moment de la tradition (n° 383). On a soutenu que le droit de revendication de l'art. 2102-4° n'est autre que le droit de résolution du vendeur de meubles en tant qu'il prétend l'exercer non contre l'acheteur seul, mais au préjudice des créanciers de celui-ci. Cette doctrine n'explique point les conditions spéciales auxquelles l'art. 2102-4° subordonne le droit de revendication. Il paraît plus exact d'admettre, avec une opinion qui triomphe

Source BIU Cujas

aujourd'hui, qu'il ne s'agit pas dans l'art. 2102-4° d'un droit de résolution anéantissant la vente, mais du droit pour le vendeur de se faire remettre en possession de la chose vendue, afin d'éviter que son privilège ne soit perdu par la transmission de cette chose à un tiers prossesseur de bonne foi. Ainsi le vendeur reste obligé, mais il recouvre le droit de rétention qu'il voit perdu en opérant la livraison. Les conditions auxquelles la loi subordonne le droit de rétention viennent à l'appui de cette doctrine. Il faut que la vente soit faite sans terme, car dans la vente au comptant le vendeur n'a jamais le droit de rétention et ne peut, par suite, prétendre le recouvrer en exerçant la revendication. Le droit de revendication doit être exercé dans la huitaine de la livraison; le silence prolongé du vendeur peut être interprété comme impliquant une renonciation définitive au droit de rétention. Enfin si la chose vendue a subi de notables changements, on ne peut pas remettre le vendeur dans la situation où il était avant la livraison.

1140. En cas de faillite de l'acheteur avant le paiement du prix, les droits du vendeur d'effets mobiliers ne sont pas toujours les mêmes. Trois situations différentes sont, en réalité, distinguées par le Code. Il se peut: 1° que, lors de la faillite de l'acheteur, les marchandises se trouvent déjà dans ses magasins; 2° qu'elles aient été expédiées à l'acheteur, mais soient encore en route au moment où est rendu le jugement déclaratif; 3° que les marchandises se trouvent encore à ce moment chez le vendeur.

1140 *bis.* 1° *Cas où, lors de la faillite de l'acheteur, la livraison a déjà eu lieu.* — C'est le cas où le Code se montre le plus rigoureux pour le vendeur: il est dépouillé de toutes ses garanties ordinaires et traité comme un créancier chirographaire. Quand l'acheteur a reçu les marchandises dans ses magasins, elles ont dû contribuer à augmenter son crédit; il ne faut pas que les personnes qui ont eu confiance dans le failli voient leur échapper une partie de leur gage. Aussi l'art. 550, dern. alin., C. com., enlève, au vendeur: 1° son privilége; 2° le droit de revendication établi par l'art. 2102-4°, C. civ. L'art. 550 ne déclare pas que le vendeur est privé aussi de son droit de résolution. Mais il n'est pas douteux qu'il le perd également. Il serait bien singulier qu'il conservât ce droit, alors que le Code le

Source BIU Cujas

prive de son privilège et de son droit de revendication, beaucoup moins nuisibles aux créanciers de l'acheteur. Du reste, il résulte des art. 576 et 577, C. com., qui, sous le nom de droit de revendication, désignent le droit de résolution, qu'au cas où les marchandises ont déjà été livrées dans les magasins de l'acheteur lors du jugement déclaratif le droit de résolution est perdu. — Mais l'art. 550, dern. alin., ne visant que l'art. 2102-4°, C. civ., on doit en conclure que la même déchéance ne s'applique pas au privilège du vendeur de navire établi par l'art. 191-8°, C. com.

1141. 2° *Cas où les marchandises vendues ont déjà été expédiées par le vendeur, lors de la faillite de l'acheteur.* — Il se peut que le jugement déclaratif de la faillite soit rendu à un moment où les marchandises expédiées à l'acheteur sont encore en route. Il aurait été trop rigoureux d'enlever en pareil cas au vendeur le droit de résolution : les créanciers n'ont pu compter sur les marchandises qui n'ont jamais été dans les magasins de l'acheteur. A l'approche de leur faillite, les commerçants font souvent de nombreux achats et il importe que les vendeurs ne soient pas victimes de leur confiance dans l'acheteur.

Le droit que l'art. 576, C. com., réserve sous certaines conditions au vendeur en l'appelant *droit de revendication*, est, en réalité, le droit de résolution pour défaut de paiement du prix. Il ne peut pas s'agir ici de la revendication de la propriété, car, dans la plupart des cas, le vendeur n'a plus la propriété des objets expédiés par lui à l'acheteur. Il ne s'agit pas non plus de la revendication de la possession admise par l'art. 2102-4°, C. civ., dans les ventes sans terme. Car l'art. 576 admet le droit du vendeur même dans les ventes à crédit et il oblige le vendeur qui revendique à restituer les à-comptes par lui reçus sur le prix, ce qui implique que la vente est résolue. Ce qui justifie dans une certaine mesure l'expression de droit de revendication, c'est qu'en définitive le vendeur obtenant la résolution est traité comme s'il n'avait jamais cessé d'être propriétaire de la chose vendue.

Le droit de résolution est sans doute fondé sur les règles du droit commun (art. 1154 et 1654, C. civ.) (1). Mais le législateur s'y est

(1) Dans les discussions qui ont eu lieu en 1838 on s'est parfois mépris sur

Source BIU Cujas

montré défavorable parce que ce droit détruit l'égalité qui doit régner entre les créanciers en cas de faillite : il a subordonné ce droit à des conditions multiples et imposé au vendeur qui l'exerce une obligation spéciale.

1142. *Conditions de la revendication du vendeur.* — Pour que le vendeur soit admis à revendiquer, c'est-à-dire à faire résoudre la vente, il faut : 1° que le prix n'ait pas été payé ou que le vendeur n'ait pas été autrement satisfait ; 2° que l'identité des choses vendues soit établie ; 3° que la tradition des marchandises expédiées au failli n'ait point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour le compte du failli ; 4° qu'avant leur arrivée, les marchandises n'aient pas été vendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signées par l'expéditeur. De ces quatre conditions les deux premières sont tout à fait naturelles, les deux dernières ont été exigées dans un but restrictif.

1° *Non-paiement du prix.* — Il va de soi que le droit de revendication, qui est une garantie de la créance du prix, cesse d'exister quand celle-ci est éteinte. Du reste, quand le prix n'a pas été payé avant la faillite de l'acheteur, comme celle-ci ne résout pas de plein droit la vente, les syndics peuvent, s'ils y trouvent avantage pour la masse, payer le prix, ce qui exclut le droit de revendication du vendeur.

2° *Identité des choses vendues.* — Le Code de 1807 (anc. art. 580) déterminait dans quels cas on devait considérer que cette identité n'était pas prouvée. Le nouvel art. 576, pour laisser à cet égard au juge un large pouvoir d'appréciation, ne mentionne pas cette condition d'identité sans laquelle la revendication ne se conçoit pas. V. analog. art. 575, 1er alin.

3° *Absence de tradition dans les magasins de l'acheteur.* — Cette condition a été exigée principalement à raison de ce qu'une fois que les marchandises sont parvenues dans les magasins de l'acheteur, les créanciers de celui-ci doivent compter avoir sur elles leur droit de gage général. Mais il n'est pas toujours facile de décider si les

ce point et il a été déclaré qu'il s'agit là d'un droit exceptionnel. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 3010.

Source BIU Cujas

marchandises doivent être considérées comme livrées dans les magasins de l'acheteur, de telle sorte que le vendeur a perdu le droit de revendication. Pour résoudre les nombreuses difficultés qui se présentent à cet égard, on peut, en s'inspirant des motifs mêmes de l'art. 576, poser le principe suivant : la marchandise doit être considérée comme livrée dans les magasins de l'acheteur quand elle se trouve là où l'acheteur en fera commerce, l'offrira au public, de telle sorte qu'elle doit augmenter aux yeux du public l'actif et, par suite, le crédit de l'acheteur. En conséquence, une délivrance consistant à montrer à l'acheteur des objets non portatifs, la remise qui en avait été faite à une gare de chemins de fer, sur un bateau sur lequel l'acheteur ne fait pas son commerce, etc., ne peut être considérée comme une tradition faite dans les magasins de l'acheteur excluant la revendication. Au contraire, il y a tradition dans les magasins de l'acheteur au sens légal et la revendication n'est plus possible quand le vendeur a remis matériellement à l'acheteur des effets portatifs, tels que des bijoux ou des livres, quand des marchandises ont été remises dans un magasin général ou dans un entrepôt, quand elles ont été livrées sur un bateau sur lequel l'acheteur exerce son commerce (par exemple vend des fruits ou des bois). De même, quand il s'agit de la vente d'une coupe de bois, le parterre de la coupe sur lequel elle est mise à la disposition de l'acheteur, doit être considéré comme le magasin de l'acheteur, par cela même que celui-ci y débite du bois.

A la livraison dans les magasins du failli, l'art. 576 assimile la livraison faite dans les magasins du commissionnaire de l'acheteur *chargé de vendre* les marchandises. Les motifs qui ont fait écarter la revendication en cas de livraison dans les magasins de l'acheteur s'appliquent ici. Mais la revendication subsisterait si les marchandises se trouvaient, lors de la faillite de l'acheteur, chez un commissionnaire de transport chargé de les réexpédier.

Il va de soi que, si la livraison dans les magasins de l'acheteur a lieu *après* la déclaration de faillite, la revendication n'est pas exclue. Il n'est pas à craindre alors que les marchandises aient augmenté le crédit du failli.

1143. *Absence de vente sur factures et connaissements ou lettres*

Source BIU Cujas

de voiture signées par l'expéditeur. — Il se peut que le droit de revendication du vendeur soit perdu même avant l'arrivée des marchandises dans les magasins de l'acheteur. Souvent des marchandises encore en route sont vendues par l'acheteur. Le législateur veut dans ce cas protéger les acheteurs de bonne foi. Toutefois le seul fait de la vente ne suffit pas pour faire échec au droit de revendication. Il faut pour que ce droit soit perdu : *a.* qu'il y ait eu revente; *b.* que cette revente ait été faite sans fraude; *c.* qu'elle ait été opérée sur connaissement ou lettre de voiture et sur facture émanée du premier vendeur; *d.* que ces deux pièces soient signées de l'expéditeur.

Les deux premières conditions n'exigent aucune explication. Il va de soi que, s'il y avait une fraude concertée pour faire disparaître le droit de revendication, il devrait subsister. D'après la troisième condition, il faut que le failli ait revendu sur le connaissement ou la lettre de voiture et sur la facture qu'il tient du premier vendeur. Il est certain qu'on doit assimiler à la lettre de voiture le récépissé qui, dans l'usage, l'a presque complétement remplacée. Ces deux pièces doivent être signées de l'expéditeur. On a voulu par là que l'attention du vendeur fut attirée sur la gravité de l'acte qu'il fait en les remettant à l'acheteur, de telle sorte qu'on puisse dire qu'il a pour ainsi dire consenti par avance à perdre son droit de revendication. Dans l'usage la facture n'est guère signée par le vendeur que, lors du paiement du prix, pour donner quittance. — Ce sont les deux pièces mentionnées dans l'art. 576 qui doivent être signées du vendeur; la revendication subsisterait donc si ces deux pièces non signées avaient été adressées par le vendeur à l'acheteur dans une lettre revêtue de sa signature.

1143 *bis.* Il est un point sur lequel l'art. 576 n'est pas très clair. Faut-il décider que la revendication est perdue par cela seul que l'acheteur a revendu à un tiers auquel il a montré le connaissement ou la lettre de voiture et la facture signées du vendeur? On soutient qu'il est nécessaire, pour que le droit de revendication soit perdu, que la lettre de voiture ou le connaissement aient été transmis au sous-acheteur (par la tradition si le titre est au porteur, par un endossement s'il est à ordre). On dit en faveur de ce système qu'il

Source BIU Cujas

n'est pas probable que le Code ait prévu le cas peu pratique où le sous-acheteur, n'exigeant pas une transmission régulière, est resté exposé à ce que l'acheteur (son vendeur) transmit à un autre le titre dont il s'agit. Mais, selon nous, cette opinion ajoute à la loi. L'art. 576, 2e al., sans exiger la transmission des titres, parle d'une revente faite *sur* facture et connaissement ou lettre de voiture. Il suffit donc que le failli ait produit ces deux titres au sous-acheteur ou lui en ait fait une remise n'ayant pas le caractère d'une transmission régulière (tradition, par exemple, d'un connaissement à ordre). Cette doctrine a de grands avantages pratiques, avec elle le failli peut, tout en conservant ses titres, pour régler ses comptes avec le premier vendeur, mettre le sous-acheteur à l'abri de la revendication de celui-ci. En outre, il permet des reventes partielles supprimant le droit de revendication; elles ne seraient pas possibles avec le système opposé par cela même qu'on ne peut pas diviser une lettre de voiture ou un connaissement pour en opérer la transmission.

Mais si, en fait, le failli a transmis régulièrement au sous-acheteur la lettre de voiture (récépissé), ou le connaissement, cela suffit-il pour que le droit de revendication du premier vendeur soit perdu? Nous croyons que l'art. 576, 2e alin., n'a pas prévu ce cas. Il faut y appliquer les principes généraux du droit. Ils conduisent à refuser la revendication. Elle n'est pas, en effet, possible contre un tiers possesseur de bonne foi. C'est bien la qualité du sous-acheteur quand il a reçu la transmission régulière d'un titre lui donnant le droit exclusif d'exiger la livraison de la marchandise (1). C'est seulement à défaut de transmission régulière de ce titre que, pour faire disparaître le droit de revendication, la revente doit avoir eu lieu sur les deux pièces visées par l'art. 576.

Par application des mêmes principes, la revendication ne serait pas non plus admise si le failli, au lieu de revendre les marchandises, les avait constituées en gage à un tiers de bonne foi auquel il aurait transmis le connaissement, la lettre de voiture ou le récépissé (2).

1144. *Charges imposées au vendeur en cas de revendication.* —

(1) Paris, 1er décembre 1860, D. 1861. 2. 88.

(2) V. *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 3023 et note 3 de la page 858.

Source BIU Cujas

Par cela même qu'il y a là une résolution de la vente, il va de soi que le vendeur doit restituer tous les à-comptes qu'il a reçus sur le prix. L'art. 576, 3e al., ne s'en tient pas là, il oblige le vendeur revendiquant à rembourser à la masse toutes avances faites pour fret ou voiture, commission ou autres frais et de payer les sommes pouvant être dues pour les mêmes causes. A ce dernier point de vue, l'art. 576 déroge au droit commun : on ne conçoit pas rationnellement que le vendeur soit tenu de rembourser les frais relatifs à la chose vendue quand la résolution a lieu par la faute de l'acheteur. Les rédacteurs du Code ont été amenés à imposer cette obligation au vendeur, parce qu'ils sont partis de l'idée fausse selon laquelle la revendication constituerait une faveur faite au vendeur (note 1, page 844). *A fortiori* le vendeur ne pourrait-il pas réclamer des dommages-intérêts dans la faillite de l'acheteur à raison de ce que la chose vendue a diminué de valeur depuis la vente.

1145. La résolution résultant de la revendication n'a pas lieu de plein droit. Les syndics peuvent l'empêcher en payant le prix (article 578). Le syndic peut admettre les demandes en revendication avac l'approbation du juge-commissaire. Le tribunal statue s'il y a contestation.

1146. Le droit de revendication appartient-il au commissionnaire dans les conditions de l'art. 576, lorsqu'il a expédié des marchandises achetées par lui à son commettant tombé depuis en faillite ? Le commissionnaire n'a certainement pas ce droit de son chef, il ne joue pas le rôle de vendeur par rapport à son commettant. Mais il peut avoir le droit de revendication comme subrogé au vendeur. Il y a cet égard une distinction à faire. Dans le cas très rare où le commissionnaire a acheté au nom du commettant, le commissionnaire n'étant pas obligé au paiement du prix, doit, quand il l'acquitte, être traité comme un tiers qui paie la dette d'autrui. En conséquence, il ne peut obtenir le droit de revendication comme subrogé au vendeur que lorsque la subrogation a eu lieu à son profit dans les termes de l'art. 1250-1°, C. civ. Mais, quand le commissionnaire a acheté en son nom pour le compte du commettant, il est subrogé légalement au vendeur comme ayant acquitté une dette dont il était tenu pour un autre, en vertu de l'art. 1251-3°, C. civ.

Source BIU Cujas

1147. 3° *Cas où les marchandises n'ont pas encore été expédiées lors de la faillite de l'acheteur.* — Dans ce cas, les marchandises se trouvant encore entre les mains du vendeur, n'ont pas pu contribuer à donner du crédit à l'acheteur. Aussi le vendeur jouit-il de toutes les garanties que le droit commun lui accorde. Il peut exercer le droit de rétention, art. 577, C. com. et 1612, C. civ. Ce droit lui appartient même en cas de vente faite à crédit, par cela même que la faillite de l'acheteur rend le prix exigible, art. 444, C. com. et 1613, C. civ. — Le vendeur a aussi le droit de demander la résolution pour défaut de paiement du prix, art. 1184 et 1654, C. civ.

1148. DE LA SITUATION DU BAILLEUR EN CAS DE FAILLITE DU LOCATAIRE ET SPÉCIALEMENT DU PRIVILÈGE DU BAILLEUR. — Le bailleur est un créancier qui se rencontre dans presque toutes les faillites. La loi du 12 février 1872, dont les dispositions sont insérées dans les art. 450 et 550, C. com., a modifié assez notablement les droits résultant au profit du bailleur d'immeuble de l'art. 2102-1°, C. civ., tel qu'il était interprété par la jurisprudence. On ne saurait comprendre la portée de la loi nouvelle sans connaître les règles appliquées antérieurement.

1149. *Situation du bailleur avant la loi de 1872.* — La seule disposition du Code de commerce relative au bailleur en cas de faillite du locataire était l'art. 450. Le bailleur, en sa qualité de créancier privilégié, conserve son droit de poursuite individuelle et, par suite, il peut saisir et faire vendre les meubles de son locataire failli. Mais ce droit, s'il était exercé aussitôt après le jugement déclaratif, pourrait avoir de graves inconvénients. Il empêcherait la continuation de l'exploitation parfois très avantageuse pour la masse (art. 470). Les avantages du concordat seraient ainsi compromis; il pourrait même être rendu par là inutile. Aussi l'art. 450 suspendait-il pendant 30 jours à partir du jugement déclaratif les voies d'exécution sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce du failli. Le failli et ses créanciers avaient le temps de se procurer les fonds nécessaires pour payer au bailleur ses loyers.

En l'absence de toute disposition spéciale dans le Code de commerce, le bailleur pouvait invoquer l'art. 2102-1°, C. civ., en cas de faillite de l'acheteur. Cet article, pour éviter les fraudes, fait varier

Source BIU Cujas

l'étendue de la créance privilégiée des loyers selon que le bail a ou non acquis date certaine. Le privilège est admis pour tous les loyers échus et à échoir dans le premier cas, tandis que, dans le second, il est restreint aux loyers échus, à ceux de l'année courante et de l'année suivante.

Deux questions graves se posaient au sujet des droits du bailleur : 1° Le jugement déclaratif de la faillite du locataire entraînait-il de plein droit la faillite du locataire ? 2° Conférait-il le droit au bailleur de se faire payer immédiatement par privilège tous les loyers échus et même à échoir, quand le bail avait date certaine ?

La jurisprudence avait avec raison repoussé la résiliation de plein droit. Le jugement déclaratif de faillite laisse subsister les contrats passés par le failli, quand ils ne sont pas annulés comme ayant été faits durant la période suspecte en vertu des art. 446 et 447. Mais le bailleur pouvait évidemment réclamer la résiliation en vertu des principes généraux, quand il n'était pas payé de certains loyers, quand il avait à se plaindre d'abus de jouissance de la part du locataire, quand le locataire ne lui donnait pas, par les meubles placés dans les lieux loués, des sûretés suffisantes pour assurer le paiement des loyers à venir.

Quant à l'étendue de la créance privilégiée, la difficulté était plus grave. Il était reconnu sans peine que, lorsque les meubles garnissant les lieux loués étaient vendus, le bailleur perdant son gage, pouvait se faire payer par privilège de tous les loyers à échoir si le bail avait date certaine. Mais souvent les meubles du failli ne sont pas vendus (c'est ce qui a lieu notamment en cas de concordat) ou ils sont remplacés par d'autres (sous-location ou cession de bail). Fallait-il admettre que le bailleur pouvait exercer son privilège pour tous les loyers à échoir même dans les cas de la dernière espèce, bien que le bailleur conservât ses garanties? Des auteurs et quelques arrêts avaient admis que le bailleur ne pouvait exercer son privilège pour les loyers à échoir qu'autant que les meubles du failli étaient vendus et non remplacés par une garantie équivalente pour le bailleur. Ils prétendaient à l'appui de cette solution que la créance des loyers n'est pas une créance à terme pouvant comme telle devenir exigible de plein droit par la faillite du loca-

Source BIU Cujas

taire, mais une créance sous condition suspensive naissant au fur et à mesure de la jouissance de l'immeuble loué procurée au locataire. La jurisprudence avait admis, au contraire, que la créance des loyers est une créance à terme et elle en déduisait que les loyers devenant exigibles par suite de la faillite, le privilège pouvait s'exercer pour tous les loyers à échoir sans qu'on eut à examiner si le bailleur conservait ou non ses garanties (1). Cette jurisprudence avait les plus graves inconvénients. Quand la durée du bail était longue et quand le loyer était élevé, l'actif était presque absorbé par le bailleur, et les créanciers refusaient le concordat. Le bailleur s'enrichissait au préjudice des créanciers de la masse et du failli. La loi du 12 février 1872 a eu pour but principal de remédier à cet état de choses en restreignant les droits du bailleur au cas de faillite du locataire.

1150. *Loi du 12 février 1872. Suspension des voies d'exécution. Action en résiliation.* — Conformément à l'opinion qui avait prévalu, la loi nouvelle écarte la résiliation du bail comme résultant de plein droit du jugement déclaratif. Le bailleur peut seulement faire résilier le bail quand il a une cause spéciale à invoquer, ce qui est fréquent (loyers arriérés, abus de jouissance de la part du locataire, meubles insuffisants apportés dans les lieux loués, etc.). Cette résiliation est grave; elle peut empêcher la continuation de l'exploitation du fonds de commerce et compromettre la conclusion du concordat. La loi de 1872 donne aux syndics des facilités pour éviter la résiliation en tentant des arrangements avec le bailleur.

Elle ne suspend pas seulement après le jugement déclaratif les voies d'exécution, mais aussi l'action en résiliation. Cette double suspension a lieu pendant un délai différent de celui fixé par le Code avant 1872 (trente jours depuis la déclaration de faillite). Toutes voies d'exécution et toutes actions en résiliation du bail sont suspendues jusqu'à l'expiration des 8 jours qui suivent le délai accordé par l'art. 492, C. com., aux créanciers domiciliés en France pour la vérification des créances. Quand les délais de vérification sont expirés, on connaît, en général, à peu près complétement le

(1) Cass. 28 mars 1865, S. 1865. 1. 201; D. 1865. 1. 201. — V. sur la question, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 3030.

Source BIU Cujas

montant de l'actif et celui du passif. Le syndic peut apercevoir s'il y a des chances de conclusion d'un concordat. Le syndic, s'il estime que le bail doit continuer, doit dans un délai de huit jours notifier son intention au bailleur en offrant d'exécuter toutes les obligations du locataire. Cette notification est faite avec autorisation du juge-commissaire, le failli entendu. — Le bailleur a, après la notification qu'il reçoit, un délai de quinzaine pour adhérer à l'offre de continuation du bail émanant du syndic ou pour en demander la résiliation. Comme il ne faut pas qu'une demande en résiliation reste toujours suspendue sur la tête du failli et de la masse, le bailleur qui ne s'est pas prononcé dans la quinzaine est déchu du droit de réclamer la résiliation pour des causes anciennes.

Du reste, la suspension des voies d'exécution et du droit d'agir en résiliation, ne met pas obstacle aux mesures conservatoires que pourrait avoir à prendre le bailleur. Il peut donc, même pendant les délais fixés par l'art. 450 modifié en 1872, empêcher de dégarnir les lieux loués des objets qui s'y trouvent ou même les revendiquer s'ils avaient été déplacés sans son consentement (art. 2102-1°, C. civ.). La loi ne pouvait contraindre le bailleur à rester inactif en présence du locataire qui compromet ses intérêts. La suspension même des voies d'exécution et du droit de demander la résiliation n'est pas opposable au bailleur qui a le droit acquis de reprendre possession des lieux loués. C'est là ce qui se présenterait si le bail avait pris fin.

Les règles relatives à la suspension des voies d'exécution ne concernent que les objets servant à l'exploitation du commerce (article 450). La vente de ces objets seuls peut rendre impossible ou difficile la conclusion du concordat. Quant aux dispositions (art. 450) concernant la suspension du droit de demander la résiliation du bail, elles s'appliquent aux immeubles affectés au commerce et à l'industrie du failli et aux locaux dépendant de ces immeubles et servant à l'habitation personnelle du failli. C'est pour les immeubles consacrés au commerce qu'il importe surtout que la résiliation ne soit admise qu'après mûre réflexion, puisqu'elle peut empêcher la continuation de l'exploitation et, par suite, le concordat. La loi y assimile les locaux attenant qui servent à l'habitation personnelle du failli ; souvent il y a un seul loyer pour les deux sortes de locaux

Source BIU Cujas

ou tout au moins la volonté des parties a été de lier ensemble le sort des deux baux.

1151. Réduction de l'étendue de la créance privilégiée du bailleur. — Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que le bail est résilié ou que la résiliation n'a pas lieu selon les cas. Dans l'une et l'autre hypothèse la loi restreint le privilège du bailleur et écarte, dans un but de simplification, toute différence entre le cas où le bail a acquis et celui où il n'a pas acquis date certaine avant la faillite.

1. *Cas de résiliation du bail.* — Les loyers sont privilégiés pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif et pour l'année courante. Il y a ici une dérogation au droit commun, en ce que, d'après l'art. 2102-2°, tous les loyers échus sont privilégiés. Le législateur a donc restreint le privilège du bailleur dans le passé. Les créanciers du locataire doivent penser qu'il paie régulièrement ses loyers et ne doivent pas souffrir d'un privilège trop étendu s'appliquant à une créance qu'ils ont dû croire éteinte.

Le bailleur peut, du reste, invoquer son privilège non seulement pour les loyers dans la mesure qui vient d'être indiquée, mais encore pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux.

2. *Cas où le bail n'est pas résilié.* — C'est alors que se présentait la grave question relative à l'exigibilité des loyers à échoir. Le législateur de 1872 a reconnu que la créance des loyers est à terme, mais qu'étant privilégiée elle ne doit pas devenir exigible par suite de la faillite (n° 1008). Il ne s'est pas borné à cela, il n'a pas voulu que le bailleur fut privilégié pour tous les loyers à échoir même lorsque les garanties du bailleur disparaissent par suite de la vente des meubles du failli.

Quand le bail n'est pas résilié, la loi distingue deux cas : ou les meubles garnissant les lieux loués ne sont pas vendus ou, au contraire, il y a vente de ces meubles. Quand il n'y a pas vente de ces meubles (concordat, cession du bail, etc...), le bailleur conserve les sûretés sur lesquelles il comptait. Aussi ne peut-il réclamer le paiement ni des loyers en cours ni des loyers à échoir; il n'a son privilège que pour les deux années de loyers échus avant la faillite.

Source BIU Cujas

Quand, au contraire, il y a vente des meubles du failli, le bailleur peut réclamer par privilège d'abord deux années échues et l'année courante, puis une année de loyers à partir de l'expiration de l'année courante, de telle sorte que le privilège n'est pas admis pour tous les loyers à échoir même quand le bail a date certaine.

Mais le bailleur peut-il du moins se présenter comme créancier chirographaire dans la faillite pour les loyers échus ou à échoir que son privilège ne garantit point ? L'affirmative n'est pas douteuse, elle a été admise expressément dans les travaux préparatoires de la loi de 1872. Elle résulte, d'ailleurs, de ce que l'on a reconnu le caractère de créance à terme à la créance des loyers. Mais ce cas se présente rarement; le plus souvent le bailleur, au lieu de s'exposer à ne recevoir qu'une partie des loyers qui lui sont dus, préfère recouvrer la libre disposition de son immeuble en faisant résilier le bail.

1152. *Droit de relocation.* — L'art. 2102-1°, C. civ., reconnaît aux créanciers du locataire, quand le bailleur exerce son privilège, le droit de relouer l'immeuble. Ce droit a donné lieu à plusieurs difficultés. Le législateur de 1872 a voulu les résoudre au moins pour le cas de faillite du locataire. L'art. 450 distingue selon que le bail ne contient pas ou renferme l'interdiction de sous-louer.

Quand le bail ne contient pas l'interdiction de sous-louer, les syndics peuvent sous-louer jusqu'à l'expiration du bail. Ils exercent alors les droits du failli par application de l'art. 1166. Il suffit que les syndics ou le sous-locataire maintienne des meubles suffisants dans les lieux loués et que les obligations résultant du bail soient exécutées au fur et à mesure des échéances. — Quand, au contraire, le bail contient l'interdiction de sous-louer, rigoureusement les syndics ne devraient pas pouvoir le faire; mais il serait exorbitant que le bailleur pût percevoir les loyers et rentrer cependant en jouissance de l'immeuble. Aussi les syndics peuvent, malgré la clause prohibitive, sous-louer, mais seulement pour le temps à raison duquel les loyers ont été touchés par anticipation.

1153. Les règles restrictives du privilège du bailleur, comme celles qui concernent la suspension du droit de demander la résiliation du bail (n° 1150), s'appliquent aux immeubles affectés au

Source BIU Cujas

commerce ou à l'industrie du failli et aux locaux consacrés à son habitation personnelle qui en dépendent.

En conséquence, le privilège du bailleur conserve toute l'étendue que lui donne l'art. 2102-1°, C. civ. : 1° Même en cas de faillite, à l'égard de locaux servant à l'habitation personnelle du failli et ne dépendant pas de l'immeuble affecté à son commerce et à son industrie ; 2° en cas de déconfiture d'un non-commerçant.

Section III. — Des droits de la femme du failli (1).

1154. La femme du failli a souvent des droits à exercer contre lui. Ces droits sont d'autant plus nombreux que, très souvent, la déclaration de faillite du mari détermine sa femme à demander la séparation de biens qui entraîne, soit la dissolution de la communauté, soit la restitution des biens propres ou dotaux. Les droits de la femme peuvent être de plusieurs sortes. Tantôt elle a la propriété des biens détenus par son mari en qualité d'administrateur ; elle peut alors les revendiquer. Tantôt elle a contre son mari des créances, comme dans les cas où un bien propre de la femme a été vendu, où elle a payé une dette contractée par elle avec son mari, où elle a apporté à la communauté ou à son mari la jouissance de biens se consommant par le premier usage, etc...

L'exercice des droits de la femme dans la faillite du mari avait donné lieu avant 1807 à de graves scandales. Les femmes parvenaient souvent à soustraire au droit de gage des créanciers de leurs maris des biens appartenant à ceux-ci ou exerçaient, au préjudice de la masse, leur hypothèque légale sur des immeubles acquis avec l'argent du failli. Le Code de 1807 avait cherché à empêcher ces abus à l'aide de mesures rigoureuses qui ont été atténuées un peu en 1838.

1155. De la femme considérée comme propriétaire. — Le mari détenant les biens que la femme revendique, c'est à elle à prouver qu'elle en a la propriété. Si elle ne fait pas cette preuve, les biens dont il s'agit sont traités comme faisant partie de l'actif du failli, art. 559. A cet égard, le Code de commerce ne déroge pas aux

(1) C. com., art. 557 à 564.

Source BIU Cujas

règles ordinaires; il y déroge, au contraire, en imposant à la femme certains genres de preuves. Le Code distingue suivant qu'il s'agit de la revendication des meubles ou de celle des immeubles.

1156. *Revendication des immeubles.* — La femme peut avoir à revendiquer, soit des immeubles dont elle avait déjà la propriété avant le mariage, ou qu'elle a acquis à titre gratuit pendant sa durée, soit des immeubles qu'elle a acquis à titre onéreux. Pour les deux premières classes d'immeubles, le Code se borne à appliquer le droit commun (art. 557) : elle prouve qu'elle en a la propriété par son contrat de mariage, par l'acte de partage, l'acte de donation ou le testament. Mais il y a des règles spéciales pour la preuve quant aux immeubles acquis à titre onéreux; c'est, en effet, pour ces immeubles que les fraudes si fréquentes autrefois sont à redouter.

L'art. 558 suppose que la femme du failli a reçu ou recueilli par donation, legs ou succession soit une somme d'argent qui doit lui rester propre, soit une créance propre dont le montant a été payé. Si les choses restaient dans cet état, la femme du failli serait créancière de cette somme. Mais, si elle a été employée à l'achat d'un immeuble, la femme peut revendiquer cet immeuble. Seulement pour que la revendication réussisse, il faut : 1° qu'il ait été expressément stipulé dans l'acte d'acquisition fait au nom de la femme que l'immeuble était acquis pour servir d'emploi; 2° que l'origine des deniers soit prouvée par inventaire ou par tout autre acte authentique, par exemple par un acte de partage, un testament, un acte de donation. — Il faut, bien entendu, considérer les clauses du contrat de mariage pour déterminer s'il a été possible de transformer ainsi le droit de créance de la femme en un droit de propriété au moyen d'un emploi.

Le Code n'a pas prévu d'autres cas dans lesquels la femme est admise à revendiquer des immeubles acquis à titre onéreux. Il est certain que, dans toutes les hypothèses où elle a la propriété d'immeubles ainsi acquis, elle peut les revendiquer : l'art. 559 réserve en termes généraux la preuve contre la présomption en vertu de laquelle le mari est réputé propriétaire des immeubles acquis pendant le mariage. Aussi la femme du failli peut revendiquer l'im-

Source BIU Cujas

meuble acquis par elle en échange d'un propre ou en remploi. A défaut de dispositions spéciales dans le Code de commerce, il ne semble pas qu'on puisse exiger, comme quelques auteurs proposent de le faire, que l'acquisition en échange soit faite par acte authentique ou qu'en cas de remploi un acte de cette sorte prouve l'origine des deniers. A plus forte raison ne doit-on pas exiger une preuve par acte authentique de l'origine des deniers quand la femme du failli revendique un immeuble qu'elle prétend avoir acquis à l'aide d'économies réalisées sur les revenus de ses biens si elle est séparée de biens ou si, mariée sous le régime dotal, elle a des paraphernaux. On comprend seulement qu'en s'inspirant de l'esprit de la loi le juge se montre difficile au point de vue de la preuve.

Il va de soi que la femme ne reprend ses immeubles qu'à la charge soit des hypothèques dont ils ont été légalement grevés (art. 561) soit de tous autres droits réels valablement constitués.

1157. *Revendication des meubles.* — La femme du failli peut revendiquer les meubles détenus par son mari dont elle est propriétaire, quelle que soit leur origine ou leur nature. Ainsi elle peut revendiquer sous le régime de la communauté réduite aux acquêts les meubles dont elle avait la propriété lors de la célébration du mariage ou qu'elle a acquis à titre gratuit pendant sa durée, sous le régime dotal les biens mobiliers qui ont été constitués en dot sans estimation ou avec une estimation accompagnée de la clause que l'estimation ne valait pas vente, etc... etc... Mais, pour revendiquer avec succès des meubles, il faut que la femme prouve leur origine et leur identité par un inventaire ou par un autre acte authentique (art. 560, contrat de mariage, partage notarié, état estimatif annexé, en vertu de l'art. 948, C. civ., à l'acte de donation; etc...). L'acte authentique ne pourrait pas être remplacé même par un acte sous-seing privé ayant acquis date certaine avant le jugement déclaratif.

A défaut de preuve par acte authentique, tous les effets mobiliers sont considérés comme acquis au mari et font partie de l'actif de la faillite. Les syndics peuvent seulement, avec l'autorisation du juge-commissaire, remettre à la femme les linges et les hardes à son usage personnel. Il y a là une disposition dictée par des considéra-

Source BIU Cujas

tions d'humanité. D'ailleurs, quand, par suite du défaut d'un acte authentique, la femme ne peut pas se présenter comme propriétaire, rien n'empêche qu'elle réclame comme créancière la valeur des meubles qu'elle n'est pas admise à revendiquer. Le législateur est moins rigoureux pour la preuve au point de vue des droits de créance que du droit de propriété; cela s'explique à raison de ce que ce dernier droit cause à la masse un préjudice plus grand.

1158. Les art. 557 à 560 impliquent deux solutions importantes:

a. Il résulte de l'art. 560 que, contrairement à une ancienne doctrine, la femme conserve, sous le régime de la communauté, la propriété des meubles comme celle des immeubles propres, c'est-à-dire que les meubles propres ne tombent pas dans la communauté, de telle sorte que la femme ne pourrait en réclamer que la valeur.

b. Pour que la revendication soit admise, il faut d'après, les termes formels des art. 557 et suiv., que les biens revendiqués existent encore en nature. Aussi a-t-il été toujours admis qu'en cas de faillite du mari la femme dont le propre a été vendu, sans qu'il ait été fait un remploi, ne peut exercer aucune revendication à l'encontre des créanciers de son mari. Avant 1858, en dehors du cas de faillite, la Cour de cassation avait admis, sur la célèbre *question des reprises*, que la femme pouvait en pareil cas se présenter comme propriétaire et passer ainsi avant les créanciers de la communauté.

1159. Le Code n'a pas parlé des cas où des meubles *acquis à titre onéreux* peuvent être revendiqués. Il n'est pas douteux cependant qu'il y a des cas de ce genre; on peut citer celui où des meubles (rentes, obligations, actions) ont été acquis en remploi de biens propres ou en emploi de deniers propres. La loi n'a prescrit pour ce cas aucune preuve spéciale et l'on ne peut étendre par analogie la disposition rigoureuse de l'art. 558. Il y a là dans le Code une lacune qui peut causer des abus.

1160. De la femme créancière. De l'hypothèque légale de la femme. — La femme du failli peut prouver les créances qu'elle a contre son mari par tous les moyens. Les art. 557 et 560 ne régissent que le cas où elle prétend revendiquer en qualité de propriétaire. Mais cela n'est absolument exact que lorsque la femme du failli se présente comme créancière *chirographaire*. Quand elle in-

Source BIU Cujas

voque son hypothèque légale, le Code (art. 563) la soumet, pour certaines créances, à une preuve spéciale. En outre, il restreint cette hypothèque au point de vue à la fois des immeubles qui en sont grevés et des créances qu'elle garantit.

1161. *Restrictions relatives aux immeubles grevés.* — En droit commun, l'hypothèque légale de la femme s'étend à tous les immeubles présents et à venir du mari. En cas de faillite, les seuls immeubles grevés de cette hypothèque sont : 1° ceux qui appartenaient au mari lors de la célébration du mariage; 2° les immeubles qui lui sont advenus ensuite par succession, par donation ou par legs. En conséquence, l'hypothèque légale ne frappe pas les immeubles acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage. La loi présume que ces immeubles ont été acquis avec l'argent des créanciers. Cependant si le mari avait, pendant le mariage, échangé un immeuble soumis à l'hypothèque légale, l'immeuble acquis en contre-échange en serait aussi grevé. Dans ce cas il n'est pas possible de dire que le mari a employé l'argent des créanciers à l'acquisition de l'immeuble. Cette solution pourrait même être maintenue si l'échange avait été fait moyennant une soulte payée par le mari, pourvu que la soulte fut peu importante.

1162. A l'occasion de ces restrictions apportées à l'hypothèque légale de la femme du failli quant aux immeubles grevés, deux difficultés se présentent, l'une concerne les constructions élevées par le mari, l'autre les immeubles qui lui sont attribués par un partage ou une licitation.

Quand sur un immeuble grevé de l'hypothèque légale de sa femme, le failli a élevé des constructions ou a fait des améliorations, l'hypothèque s'étend-elle à ces constructions ou améliorations ? On a parfois décidé l'affirmative en invoquant l'art. 2133, C. civ., d'après lequel l'hypothèque s'étend aux améliorations que peut recevoir l'immeuble grevé. Mais cette solution n'est pas conciliable avec les motifs et l'esprit de l'art. 563. La valeur immobilière résultant des constructions ou améliorations faites pendant le mariage est présumée avoir été acquise avec l'argent des créanciers.

Une autre difficulté est relative au cas où le mari étant copropriétaire d'un immeuble et sa part indivise étant grevé de l'hypothèque

Source BIU Cujas

légale de sa femme, a reçu ou acquis, en vertu soit d'un partage soit d'une adjudication sur licitation, la totalité de l'immeuble. On discute alors sur le point de savoir si l'hypothèque ne grève toujours que la part indivise ayant appartenu primitivement au mari ou s'étend à l'immeuble entier. Trois opinions ont été soutenues. D'après l'une, la femme pourrait toujours dans ce cas exercer son hypothèque légale sur l'immeuble entier. On se prévaut en ce sens du principe de l'art. 883, C. civ., selon lequel le copartageant est présumé avoir été propriétaire exclusif des objets placés dans son lot à partir du jour où a commencé l'indivision. D'après une autre opinion, au contraire, la femme ne pourrait jamais exercer son hypothèque que sur la part indivise appartenant dès l'origine au mari. On prétend, en effet, que l'art. 883, C. civ., établit une fiction ayant une portée restreinte parce qu'elle a pour but d'éviter les recours auxquels donneraient lieu sans elle les droits réels constitués sur des parts indivises, qu'elle est étrangère aux rapports de chaque copropriétaire avec ses ayant-cause. Enfin, la troisième doctrine, qui a nos préférences, écarte comme la seconde l'art. 883, et fait une distinction. La totalité de l'immeuble peut avoir été attribuée au mari par un partage ou lui avoir été adjugée sur licitation. Dans le premiers cas, les copropriétaires du mari ayant été remplis de leurs droits avec des valeurs indivises, on ne peut songer à appliquer la présomption selon laquelle les immeubles acquis à titre onéreux par le mari l'ont été avec l'argent des créanciers, dès lors l'immeuble entier doit être atteint par l'hypothèque légale de la femme. Dans le second cas, au contraire, cette présomption reprend toute sa force et dès lors l'hypothèque doit être restreinte à la part indivise qui appartenait seule au mari avant l'adjudication.

1163. *Créances garanties par l'hypothèque légale de la femme. Preuve.* — En droit commun toutes les créances de la femme contre son mari sont garanties par l'hypothèque (2121-2°, C. civ.) et la femme n'est soumise à aucune règle spéciale de preuve pour les créances à raison desquelles elle veut exercer cette hypothèque. En cas de faillite du mari, des exceptions aux règles du droit commun sont admises soit quant aux créances garanties par l'hypothèque, soit quant à la preuve de ces créances.

Source BIU Cujas

1. La femme ne peut invoquer l'hypothèque légale pour les avantages que son mari lui a faits dans son contrat de mariage ou pour les donations qu'elle a reçues de lui pendant le mariage. Du reste, la femme ne peut même pas se présenter dans la faillite de son mari comme créancière chirographaire à raison de ces libéralités, art. 564, (V. n° 1169).

2. Pour les deniers et effets apportés en dot par la femme ou qui lui sont advenus depuis le mariage par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, elle doit faire la preuve de la délivrance ou du paiement fait au mari par un acte authentique ou par un acte sous-seing privé ayant acquis date certaine avant le jugement déclaratif, (art. 563-2°). Le Code est ainsi moins rigoureux pour la femme qui veut exercer son hypothèque légale que pour la femme qui revendique comme propriétaire. Cpr. art. 563-2° et art. 560. Il résulte de là qu'en cas de faillite du mari, la femme ne pourrait pas, pour prouver la réception de la dot par lui et pour exercer, en conséquence, son hypothèque légale, invoquer la présomption de l'article 1569, C. civ., en vertu de laquelle, sous le régime dotal, le mari est présumé avoir reçu les biens dotaux quand dix ans se sont écoulés depuis la date fixée pour le paiement ou la délivrance de la dot.

L'exigence d'un acte authentique ou d'un acte sous-seing privé ayant date certaine ne se réfère qu'au cas où la femme veut exercer son hypothèque légale. Elle pourrait donc, sans être astreinte à la preuve par un de ces moyens, prouver qu'elle est créancière *chirographaire* de son mari à raison de biens qui lui sont advenus par succession, legs ou donation. Elle pourrait, par suite, invoquer l'art. 1569, C. civ.

3. Conformément au droit commun (art. 2135-3°, C. civ.), la femme peut invoquer son hypothèque légale à raison de dettes qu'elle a contractées avec son mari dont elle est réputée caution, art. 563-3°. Mais, quand elle a payé, la loi (art. 562) présume qu'elle l'a fait des deniers de son mari. Elle doit donc prouver, pour être admise comme créancière, qu'elle a payé de son argent.

A tous autres égards, la femme du failli peut faire la preuve des créances pour lesquelles elle invoque son hypothèque légale, con-

Source BIU Cujas

formément aux règles du droit commun. Ainsi, s'agit-il du prix d'un propre vendu ? Il suffit que la femme prouve que la vente a eu lieu sans avoir besoin d'établir que le prix a été versé entre les mains de son mari. Si l'acte de vente doit avoir date certaine, c'est pour la fixation du rang hypothécaire de la femme, non pour la preuve de sa créance, en vertu de l'art. 1328, C. civ.

1164. Les restrictions relatives à l'hypothèque légale de la femme (immeubles grevés, créances garanties, preuve des créances) ne sont pas toujours applicables en cas de faillite du mari. Le législateur veut que la femme ait pu en se mariant prévoir au moins la possibilité d'une faillite de son mari. Par suite, pour que ces restrictions s'appliquent, il faut, d'après l'art. 563, que le mari ait été commerçant lors de la célébration du mariage ou que n'ayant pas alors de profession déterminée, il soit devenu commerçant dans l'année. — Mais, par une singulière contradiction, le Code admet que les règles de preuves spéciales imposées à la femme qui revendique des biens dont elle prétend être propriétaire, s'appliquent même au cas où le mari avait une profession non commerciale lors de la célébration du mariage ou est devenu commerçant ensuite à une époque quelconque.

1165. Annulation des avantages matrimoniaux. — La femme ne peut réclamer l'exécution des libéralités que son mari lui a faites dans son contrat de mariage, quand le mari était commerçant lors de la célébration du mariage ou que n'ayant pas alors de profession il est devenu commerçant dans l'année, art. 564. Le législateur ne veut pas que la femme puisse réaliser un bénéfice alors que les créanciers de son mari éprouvent un préjudice par suite de la faillite. Il a redouté, du reste, qu'au moyen de libéralités le mari ne parvint à transmettre à sa femme des biens qui forment le gage de ses créanciers. La femme ne peut même pas se présenter comme créancière *chirographaire* à raison de ces libéralités; l'art. 564 dit qu'elle n'a *aucune* action. — Il faut appliquer par *a fortiori* l'art. 564 aux donations faites par le mari à sa femme durant le mariage. Ces donations sont révocables au gré du donateur et ne font pas, par suite, acquérir au donataire un droit définitif comme celles qui sont faites pendant le mariage. — Cette nullité atteint les libéralités dont il s'agit,

Source BIU Cujas

sans qu'il y ait à considérer si elles ont été faites avant ou pendant la période suspecte. Elle les frappe à raison de leur nature et non de leur date.

Dans les cas où la femme ne peut pas réclamer l'exécution des donations de son mari, par une juste réciprocité les créanciers de celui-ci ne peuvent pas non plus se prévaloir des libéralités de la femme du failli, art. 564.

1166. *Par qui peuvent être invoqués les art. 557 à 564, C. com.* — La masse des créanciers représentée par les syndics peut certainement se prévaloir contre la femme du failli des dispositions restrictives des art. 557 à 564. Mais peuvent-elles aussi être invoquées individuellement par des intéressés? Cette question se pose notamment pour les créanciers hypothécaires du mari et pour les tiers acquéreurs d'immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage par le mari en faillite. Ainsi, un immeuble a été acquis à titre onéreux par le mari pendant le mariage. Cet immeuble a une valeur de 100,000 fr.; la femme a contre son mari une créance d'une somme égale et un créancier hypothécaire postérieur est inscrit aussi sur cet immeuble pour 100,000 fr. La masse des créanciers n'a pas d'intérêt à faire décider que, d'après l'art. 563, l'hypothèque légale de la femme ne peut pas être exercée sur cet immeuble, car le créancier hypothécaire postérieur en prendrait alors le prix intégral. Le créancier hypothécaire aurait, au contraire, le plus grand intérêt à se prévaloir contre la femme de l'art. 563. De même on peut supposer que le failli ayant acquis à titre onéreux un immeuble pendant le mariage, l'a aliéné. Il y a lieu de décider si le tiers acquéreur, pour se soustraire au droit de suite de la femme, a le droit de faire déclarer qu'en vertu de l'art. 563 l'hypothèque légale n'a pas frappé l'immeuble.

On a soutenu que toute personne intéressée peut invoquer les art. 557 et suiv. On s'est prévalu en ce sens de ce que les art. 557 et suiv. ne limitent pas le bénéfice des dispositions restrictives qu'ils renferment à la masse des créanciers (1). Nous croyons qu'on doit, au contraire, réserver à la masse seule représentée par les syndics le droit d'invoquer ces dispositions contre la femme du failli. Elles sont faites pour le cas de faillite, c'est-à-dire pour le cas où il y a

(1) Nancy, 27 mai 1865, *J. Pal.*, 1866, p. 1265.

Source BIU Cujas

une masse et pour cette masse seule, comme les dispositions des art. 446 à 449 (1).

1167. Les dispositions des art. 557 à 564 s'appliquent certainement en cas d'union et de concordat par abandon. Sont-elles aussi applicables en cas de concordat simple. On peut en douter à raison de ce qu'en vertu de ce concordat même la masse des créanciers cesse d'exister. V. question anal. à propos des art. 446 et s., n° 1095. Sans doute le failli concordataire ne peut pas se prévaloir de ces dispositions, spécialement de l'art. 563; ces règles restrictives n'ont pas été posées dans son intérêt. Mais chaque créancier peut les invoquer. Comme semble le prouver l'art. 517, en cas de concordat, chaque créancier succède individuellement aux droits de la masse.

A quel moment donc, en cas de concordat, la femme recouvre-t-elle la plénitude de ses droits, spécialement celui d'exercer son hypothèque légale sans aucunerestriction? Beaucoup d'auteurs et d'arrêts admettent qu'elle ne les recouvre qu'après que le failli a été réhabilité. Ils s'appuient sur ce que les effets de la faillite ne cessent complétement que par la réhabilitation. Il ne suffirait donc pas, selon cette opinion, que le failli eut exécuté le concordat pour que l'art. 563 cessât de s'appliquer. Nous ne pouvons adhérer à cette opinion. Selon nous, l'exécution complète du concordat doit faire écarter l'application des art. 557 et suiv. et spécialement de l'art. 563; les créanciers de la faillite n'ont plus dès lors rien à réclamer, leur intérêt est hors de cause et l'on ne peut déclarer l'art. 563 applicable, en permettant au failli de s'en prévaloir.

Section IV. — Des créanciers garantis par la solidarité ou par un cautionnement (2).

1168. Un failli peut être codébiteur solidaire. Cela se présente spécialement quand il a, à un titre quelconque, apposé sa signature sur un effet de commerce (n° 599). Il faut alors résoudre les deux questions suivantes : 1° pour quelle somme le créancier peut-il se présenter dans la faillite, quand il a déjà reçu un à-compte d'un ou de plusieurs des codébiteurs du failli? 2° quels sont les droits soit du

(1) Agen, 22 juillet 1859, S. 1860. 2. 86.

(2) Art. 542 à 544. — V. sur l'art. 545, nos 1090 et 1091.

Source BIU Cujas

codébiteur du failli qui a payé une partie de la dette contre la masse, soit de la masse qui a ainsi acquitté une portion de la dette contre les codébiteurs du failli? Des questions semblables se posent quand une dette est garantie par un cautionnement. Si le débiteur principal est en faillite, pour quelle somme le créancier, qui a reçu un à-compte de la caution, peut-il figurer dans la masse ? La caution qui a payé a-t-elle un recours contre la masse du débiteur principal ? Les solutions données à ces questions sont les mêmes pour le cas de solidarité et pour celui de cautionnement. Selon les circonstances, elles sont conformes au droit commun (art. 544) ou elles y dérogent (art. 542 et 543). L'une des difficultés de la matière est de fixer dans quels cas s'applique la règle de droit commun contenue dans l'art. 544 et quels cas sont régis par les dispositions dérogatoires des art. 542 et 543. Il sera parlé d'abord des cas certains d'application des unes ou des autres de ces dispositions et on examinera ensuite deux cas dans lesquels le doute existe.

1169. *Cas certains d'application des art. 542 et 543.* — Quand tous les codébiteurs solidaires ou le débiteur principal et la caution sont en faillite avant qu'aucun paiement ait été fait, le créancier peut évidemment produire pour le tout dans telle faillite qui lui convient. Mais le Code ne se borne pas à admettre cette conséquence naturelle de l'obligation de chacun au tout. Supposant que les faillites se liquident successivement, l'art. 542 admet que, malgré le dividende reçu dans une faillite, le créancier continue à pouvoir figurer dans les autres pour le montant intégral de sa créance. Ainsi s'il s'agit d'une dette de 100,000 fr. et si le créancier a obtenu dans la faillite d'un des débiteurs solidaires 75,000 fr. (75 p. 0/0), il peut néanmoins se présenter comme créancier de 100,000 fr. dans la faillite de chacun des codébiteurs jusqu'à parfait paiement. Si le dividende d'une seconde faillite est de 25 p. 0/0, il touchera 25,000 fr. et n'aura plus rien à réclamer dans les autres. Si le dividende de la seconde faillite dépasse 25 p. 0/0, le créancier ne prendra que 25,000 francs. Ce système, qui avait prévalu à la fin du XVIIIe siècle devant le Parlement de Paris, donne au créancier la chance d'être payé intégralement malgré la faillite des coobligés (1).

(1) Deux autres systèmes avaient été soutenus sous l'empire de l'Ordonnance

Source BIU Cujas

Il y a là une dérogation au droit commun, car un paiement partiel éteignant la dette pour partie ne la laisse subsister que pour l'excédent. Cette dérogation a été admise parce qu'elle favorise la circulation des effets de commerce et peut ainsi contribuer au développement du crédit commercial.

Le créancier figure dans chaque faillite pour le montant nominal de sa créance, qu'il ait reçu des à-compte à titre de dividende comme créancier chirographaire ou même comme créancier soit hypothécaire, soit privilégié. L'art. 542 ne fait pas de distinction à cet égard.

1170. D'après les principes généraux du droit, la caution qui a payé la dette en tout ou en partie a un recours contre le débiteur principal (art. 2028, C. civ.) et le codébiteur solidaire qui acquitte une portion supérieure à celle qu'il doit supporter définitivement dans la dette a un recours contre ces codébiteurs (art. 1213 et 1244, C. civ.). Quand le créancier a touché un dividende dans la faillite soit de la caution soit d'un débiteur solidaire, la masse a-t-elle un recours contre la faillite soit du débiteur principal, soit des autres débiteurs? L'art. 543 résout cette question en posant une règle générale et en y indiquant une exception.

La règle est qu'aucun recours pour raison des dividendes payés n'est ouvert aux faillites des coobligés les unes contre les autres. Il y a là une conséquence nécessaire de l'art. 542 : par cela même que le créancier figure dans chaque faillite pour le montant intégral de la créance, aucun recours n'est possible entre les faillites : sans cela la même créance figurerait dans chaque faillite pour son entier montant augmenté du montant du recours. Ainsi un créancier de 100,000 fr. a touché 75 0/0 soit 75,000 fr. dans la faillite du débiteur principal et 25 0/0, soit 25,000 fr. dans celle de la caution ; la caution ne peut pas se présenter pour ces 25,000 fr. dans la faillite du débi-

de 1673 qui ne tranchait pas la question. — D'après l'un de ces systèmes, défendu par Savary, le créancier s'étant présenté dans la faillite de l'un des codébiteurs, ne pouvait plus rien réclamer dans celle d'un autre codébiteur, n'eût-il reçu dans la première faillite qu'un simple dividende. D'après un second système admis par Dupuys de la Serra, Pothier, Emérigon et Jousse, le créancier pouvait se présenter successivement dans les faillites des différents obligés, mais sous la déduction des sommes déjà touchées par lui dans les faillites où il s'était présenté. (V. sur la critique de ces systèmes repoussés par le Code de commerce, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 3062).

Source BIU Cujas

teur principal. Sans cela la créance qui n'est que de 100,000 fr. figurerait pour 125,000 fr. dans la faillite de celui-ci.

Mais à cette règle l'art. 543 apporte une exception. Le créancier, comme il a été dit plus haut, ne peut se présenter dans chaque faillite pour le montant intégral de sa créance que jusqu'à parfait paiement. Quand donc les dividendes réunis que donnent les faillites excèdent le montant total de la créance en principal et accessoires, le créancier ne touche pas l'excédent. Dans la mesure de cet excédent les recours entre les masses des faillites sont admis; ces recours ne conduisent pas, en effet, à faire figurer la créance dans les faillites pour un chiffre dépassant son montant. Comment détermine-t-on quelles masses ont un recours et quelles y sont soumises? L'art. 543 répond à cette question en disposant : *l'excédent est dévolu suivant l'ordre des engagements à ceux des obligés qui auraient les autres pour garants.* Cette disposition s'applique bien littéralement dans le cas fréquent où il s'agit de débiteurs tenus en vertu d'un effet de commerce; la date des signatures y fixe qui est garant ou garanti, chaque endosseur étant garant de l'endosseur qui le suit. Mais, en dehors de ce cas, l'ordre *chronologique* des engagements ne doit pas être pris en considération, les faillites des garantis ont un recours contre celles des garants indépendamment des dates des engagements : l'excédent est dévolu à la masse garantie par préférence à la masse garante. Quelques exemples rendront compte de la portée de l'art. 543 :

a. Une dette de 100,000 fr. est garantie par une caution et le créancier a obtenu 75,000 fr. dans la faillite de la caution; il figure dans la faillite du débiteur principal qui donne un dividende de 50 p. 0/0. Le créancier ne peut prendre dans cette dernière faillite que 25 p. 0/0, soit 25,000 fr. L'autre partie du dividende, soit 25,000 fr., est attribuée à la faillite de la caution.

b. Un billet à ordre de 10,000 fr. a été souscrit par Pierre au profit de Primus qui l'a endossé à Secundus et, par suite d'endossements successifs, il a passé entre les mains de Tertius et de Quartus, qui en est le porteur. Le souscripteur et les trois endosseurs sont débiteurs solidaires du montant du billet (art. 140). Le porteur et chaque endosseur est garanti par les endosseurs précédents

Source BIU Cujas

et par le souscripteur. Ici c'est bien l'ordre chronologique des engagements qui détermine quels sont les garants et quels sont les garantis.

Si l'on suppose que les faillites liquidées successivement donnent celle de Tertius 1,000 fr., celle de Secundus 2,000 fr., celle de Primus 5,000 fr., celle de Pierre 6,000 fr., les trois premières faillites donnant un dividende total de 8,000 fr., le porteur ne pourra prendre dans la faillite de Pierre que 2,000 fr. sur 6,000 fr., de telle sorte que 4,000 fr. resteront disponibles. D'après l'art. 543, cette dernière somme constituant l'excédent des dividendes sur le montant de la dette sera dévolue, selon l'ordre des engagements, à ceux des obligés qui ont les autres pour garants. Par suite, la masse de Tertius reprendra avant tous autres les 1,000 fr. qu'elle a payés; puis 2,000 fr. seront attribués à la masse de Secundus et la masse de Primus qui a payé 5,000 fr. ne recouvrera que les 1,000 fr. restants.

Le résultat définitif serait le même, mais les recours seraient réglés d'une façon plus simple si les faillites des différents signataires du billet à ordre étaient liquidées dans un ordre absolument inverse de celui qui vient d'être supposé. Dans ce cas le porteur toucherait 6,000 fr. dans la masse du souscripteur Pierre et 4,000 sur 5,000 francs dans celle du premier endosseur Primus. Les 1,000 fr. restants seraient distribués aux créanciers de la masse de la faillite de Primus et de même les dividendes afférents au billet dans les faillites de Secundus et de Tertius y resteraient.

c. Quand il s'agit, en dehors du cas d'un effet de commerce, de codébiteurs solidaires qui sont tous en faillite et que les dividendes réunis des diverses faillites afférents à la créance excèdent son montant, l'excédent doit être dévolu aux différentes masses de façon à ce que, si tous les codébiteurs ont un intérêt égal dans la dette, chacun en supporte une part égale en y ajoutant les parts des insolvables.

Ainsi la dette solidaire est de 30,000 fr. et il y a trois codébiteurs dont la part est pour chacun de 1/3, soit 10,000 fr. La faillite du codébiteur Primus donne un dividende de 16,000 fr., celle de Secundus en donne un de 3,000 fr., enfin celle de Tertius en fournit

Source BIU Cujas

un de 25,000 fr. Dans la faillite de Tertius, le créancier ne pourra pas prendre ces 25,000 fr., puisque sa créance est de 30,000 fr. et qu'il a déjà reçu 19,000 fr. dans les deux autres faillites; il ne prendra que 11,000 fr. sur 25,000 fr., ce qui laissera un excédent de 14,000 fr. Comme la faillite de Secundus ne donne que 3,000 fr. au lieu de 10,000 fr. que Secundus devait supporter définitivement s'il était solvable, Primus et Tertius doivent supporter, outre leur part de 10,000 fr. dans la dette, la moitié de ce que Secundus ne peut payer, c'est-à-dire 3,500 fr.; ainsi Primus et Tertius doivent supporter chacun 10,000 fr. + 3,500 fr., ce qui fait en tout 13,500 fr. La masse de Primus recourra pour 2,500 fr. contre celle de Tertius. Ainsi chacun paiera, en définitive, 13,500 fr. En effet, la masse de Primus, qui a payé un dividende de 16,000 fr., recevra 2,500 fr. de la masse de Tertius qui a déjà payé 11,000 fr.

1171. *Cas certain d'application de l'art. 544.* — L'art. 544 prévoit un tout autre cas que celui visé par les art. 542 et 543; il suppose que, tous les débiteurs étant encore solvables, l'un d'eux a payé une portion de la dette, puis un codébiteur vient à être déclaré en faillite. Dans ce cas le droit commun est appliqué; la créance étant éteinte pour la partie payée, le créancier ne peut se présenter à la faillite que sous la déduction de ce qu'il a déjà reçu. Si donc un débiteur a payé 75,000 fr. sur une dette de 100,000 fr., le créancier ne peut figurer à la faillite subséquente d'un autre codébiteur que comme créancier de 25,000 fr.

Comment expliquer la différence entre cette solution et celle de l'art. 543? Quand, au moment du paiement partiel, la solvabilité de tous les débiteurs permet au créancier d'espérer un paiement intégral, il n'y a aucune raison pour ne pas laisser produire au paiement partiel son effet extinctif naturel. Au contraire, quand les débiteurs sont en faillite au moment où un paiement partiel a lieu, on conçoit que la loi, interprétant la volonté des parties, ne considère pas la dette comme partiellement éteinte à l'égard des autres faillites. Il y a là une interprétation de volonté raisonnable et conforme à l'intérêt du crédit (1).

(1) Les art. 542 et 544 ont été expliqués de façons très diverses. V. *Précis de Droit commercial*, t. II, page 886, note 1.

Source BIU Cujas

1172. Dans le cas de l'art. 544, le créancier ne figurant dans la faillite que sous déduction du paiement partiel reçu par lui antérieurement, le codébiteur qui a payé l'à-compte peut aussi se présenter dans cette faillite pour ce qu'il a déboursé. L'art. 544, 2e al., dispose : *le coobligé ou la caution sera comprise dans la même masse pour tout ce qu'il aura payé à la décharge du failli.*

Ainsi si une dette de 100,000 fr. ayant été garantie par une caution, un paiement de 75,000 fr. a été fait par la caution avant toute faillite, le créancier ne peut figurer à la faillite du débiteur principal que pour les 25,000 fr. qui lui restent dus et, par suite, la caution peut s'y présenter en exerçant son recours pour les 75,000 fr. qu'elle a acquittés. La créance ne figure au total que pour 100,000 fr., son montant exact, dans la faillite du débiteur principal.

La disposition de l'art. 544, qui consacre cette solution, s'applique certainement dans les rapports de la caution avec la faillite du débiteur principal. Mais s'applique-t-elle aussi dans les rapports de la caution avec le créancier de telle sorte que la caution puisse conserver pour elle seule, à l'exclusion du créancier, le dividende touché dans cette faillite ? Les avis sont partagés.

Des auteurs prétendent que la caution ne touche pas intégralement dans la faillite du débiteur principal le dividende afférent à l'à-compte qu'elle a payé, mais que sur ce dividende le créancier prend à l'exclusion des autres créanciers de la caution, une part afférente à ce dont son propre dividende est diminué par le concours de la caution (1). Ainsi une créance de 120,000 fr. est garantie par une caution et avant la faillite du débiteur principal la caution a payé un à-compte de 100,000 fr. Le passif de la faillite, y compris la dette de 120,000 fr., est de 600,000 fr. et l'actif de 300,000 fr. La faillite donne donc un dividende de 50 p. 0/0, de telle sorte que le créancier a droit à un dividende de 10,000 fr. et que le dividende afférent à la caution est de 50,000 fr. Dans l'opinion dont il s'agit, le créancier doit être traité à l'égard de la caution comme si celle-ci ne figurait pas dans la faillite. Dans ses rapports avec la caution, le créancier aurait droit ainsi à 60 et non à 50 p. 0/0 des 20,000 fr. qui lui restent dus soit 12,000 fr. ; il toucherait 2,000 fr. sur le divi-

(1) Demangeat sur Bravard, t. V, p. 611, note 1.

Source BIU Cujas

dende afférent à la caution qui conserverait seulement 48,000 francs.

On fait valoir en faveur de cette doctrine que la caution qui est garante du paiement ne peut par son concours empêcher le créancier de toucher ce qui lui est dû. *Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio.* On invoque aussi l'art. 1252, C. civ., d'après lequel la subrogation ne peut nuire au créancier qui n'a été payé qu'en partie, celui-ci peut exercer ses droits pour ce qui lui reste dû par préférence au subrogé dont il n'a reçu qu'un paiement partiel.

Nous pensons, au contraire, que la caution conserve le dividende afférent à l'à-compte payé par elle au créancier. La règle de l'article 1252, C. civ., n'est pas violée par là. L'art. 1252, suppose que la caution recourt contre le débiteur principal comme subrogé au créancier. Mais l'art. 1252 ne vise point le cas où la caution agit de son chef, en vertu de l'action de mandat ou de gestion d'affaires qu'elle a contre le débiteur principal. Or c'est bien de son chef qu'agit la caution quand elle recourt comme créancier chirographaire contre la faillite du débiteur principal. On ne peut nier sans doute qu'en concourant avec le créancier la caution nuit dans une certaine mesure au créancier dont le dividende est diminué par son concours. Mais il y a là un préjudice minime et le législateur a admis que la caution peut le causer au créancier; l'art. 544 dispose sans restriction qu'elle sera comprise dans la masse pour ce qu'elle a payé.

1173. *Difficultés sur les cas d'application des art. 542 et 543 ou 544.* — Les art. 542 et 543 sont certainement applicables quand un créancier a touché un dividende dans la faillite d'un des coobligés à un moment où tous étaient en faillite. V. n° 1069. D'un autre côté l'art. 544 s'applique sans aucun doute quand l'à-compte a été touché par le créancier d'un coobligé solvable à un moment où aucun des coobligés n'était en faillite. V. n° 1171. Mais dans plusieurs cas on discute sur le point de savoir s'il faut appliquer les art. 542 et 543 ou l'art. 544. Deux cas principaux donnent lieu à difficulté:

1° *Le créancier a reçu un dividende dans la faillite d'un des coobligés, alors que tous les autres étaient* IN BONIS, *mais ceux-ci ou plusieurs d'entre eux ont été ensuite déclarés en faillite.* — On

Source BIU Cujas

a soutenu qu'ici l'art. 544 est applicable, en disant que la loi n'a pas de protection spéciale à accorder au créancier qui peut se faire payer intégralement par un des codébiteurs du failli. Il nous paraît, avec la jurisprudence (1), plus conforme au texte et à l'esprit de la loi d'appliquer au contraire, les art. 542 et 543. L'art. 542 ne suppose pas expressément les faillites de *tous* les associés, mais celles de plusieurs, qu'elles soient simultanées ou successives comme dans notre hypothèse. Du reste, dès qu'il y a faillite d'un coobligé lors du paiement partiel, le créancier peut redouter de n'être pas payé entièrement et il est naturel de supposer qu'il n'a pas entendu attribuer à ce paiement partiel un effet extinctif pour une portion correspondante de la créance.

2° *Le créancier a reçu un paiement partiel d'un coobligé solvable, mais alors que d'autres obligés étaient en faillite.* — De nombreux auteurs soutiennent que l'art. 544 s'applique dans ce cas et que, par suite, le créancier ne peut figurer dans la masse des faillites que sous déduction de ce qu'il a déjà reçu.

On dit en faveur de cette doctrine que le paiement partiel, dès qu'il est volontaire, en ce sens que le créancier aurait pu le refuser, doit éteindre sa créance pour partie. Nous croyons plus exact, avec la jurisprudence (2), d'appliquer l'art. 542 et de permettre, par suite, au créancier de se présenter dans chaque faillite pour le montant intégral de sa créance sans aucune déduction. Cette solution est conforme au texte de l'art. 544; il suppose un à-compte reçu sur la créance *avant* la faillite, sans indiquer s'il s'agit de la faillite du débiteur qui a fait le paiement ou de celle d'un autre débiteur; l'article 544 n'est donc pas applicable dès qu'il y a faillite de l'un quelconque des débiteurs au moment où est fait le paiement partiel. En outre, il est d'accord avec les motifs de l'art. 542 de l'appliquer dès que la faillite d'un débiteur peut faire craindre au créancier de n'être pas payé intégralement lors du paiement partiel, que ce paiement partiel soit volontaire ou résulte d'un dividende touché dans une faillite.

(1) Req. 24 juin 1851, S. 1851. 1. 561; D. 1854. 5. 368; *J. Pal.*, 1852. 2. 500.

(2) Rouen, 27 avril 1861, S. 1862. 2. 121; D. 1862. 2. 157; *J. Pal.*, 1862. 929; Cass. 29 février 1879, S. 1879. 1. 153; D. 1879. 1. 149; *J. Pal.*, 1879. 384. — La jurisprudence belge est fixée en sens contraire.

Source BIU Cujas

1174. Dans les différents cas visés ci-dessus il a été toujours supposé que la caution a garanti toute la dette principale. Mais il se peut qu'elle n'en garantisse qu'une partie, par exemple qu'une dette de 100,000 fr. ne soit cautionnée que pour 60,000 fr. Il va de soi que, si la caution a payé soit les 60,000 fr., soit une partie de cette somme au créancier avant toute faillite, le créancier ne peut produire à la faillite postérieure du débiteur principal que pour ce qui lui reste dû et que la caution peut se présenter aussi comme créancière de l'à-compte qu'elle a payé. A cet égard la caution partielle n'est pas traitée autrement que la caution qui a garanti la dette entière.

Mais que doit-on décider quand la caution a payé toute la partie de la dette cautionnée par elle après la faillite du débiteur principal? Faut-il, appliquant ici les art. 542 et 543, admettre que le créancier pouvant figurer à la faillite du débiteur principal pour la créance entière, la caution ne peut s'y présenter? Ne doit-on pas au contraire admettre que le créancier ne peut figurer à la faillite que pour ce qui lui reste dû et que, par suite, la caution a le droit d'y figurer comme créancière du montant de son à-compte? Ainsi une dette de 100,000 fr. a été cautionnée pour 60,000 fr. et la caution a payé cette dernière somme alors que le débiteur principal était déjà en faillite; doit-on décider que le créancier figurera dans la faillite du débiteur principal pour 100,000 fr. et que la caution n'aura de recours contre la masse qu'autant que le dividende du créancier joint aux 60,000 fr. déjà reçus excédera 100,000 fr.? Ne faut-il pas, au contraire, n'accorder au créancier le droit de se présenter dans la faillite du débiteur principal que pour 40,000 fr. et reconnaître à la caution le droit d'y figurer pour 60,000 fr.?

La jurisprudence (1) admet que le créancier peut, à l'exclusion de la caution, se présenter en pareil cas pour le montant entier de la créance dans la faillite du débiteur principal. On dit en ce sens que les art. 542 et 543 posent une règle générale, sans distinguer selon que la caution, qui a payé un à-compte, a garanti la dette entière ou une partie de la dette. Nous n'admettons pas cette solution rigoureuse. Selon nous, le créancier ne doit figurer dans la faillite du débiteur principal que pour ce qui lui reste dû et, par

(1) Amiens, 12 décembre 1876, S. 1877. 2. 51; *J. Pal.*, 1877. 238.

Source BIU Cujas

suite, la caution peut s'y présenter pour la somme qu'elle a payée. Sans doute les art. 542 et 543 ne font aucune distinction entre la caution totale et la caution partielle ; mais les principes généraux conduisent à écarter ces dispositions quand il s'agit d'une caution partielle ayant payé la portion de la dette dont elle est tenue. Pour la caution partielle la dette est entièrement éteinte dès qu'elle a payé cette partie. Il faut donc la traiter comme l'on traite la caution qui a payé la dette entière. Or, dans ce dernier cas, assurément la caution a un recours contre la faillite du débiteur principal.

1175. Quand un même créancier a contre un failli plusieurs créances qui ne sont pas toutes garanties par une caution, il faut avoir soin de distinguer entre elles. Ainsi supposons que Pierre est créancier de Paul d'une somme de 10,000 fr. qui se décompose en deux créances, l'une de 6,000 fr. non garantie par une caution, l'autre de 4,000 fr. cautionnée par Jacques. Le débiteur principal et la caution Jacques sont tous deux tombés en faillite avant que le créancier ait reçu un à-compte. Aussi le créancier a le droit de figurer pour le montant nominal de sa créance dans chacune des deux faillites. La faillite du débiteur principal donne 50 p. 0/0, celle de la caution 75 p. 0/0. En conséquence, le créancier aura 5,000 fr. dans la faillite du débiteur principal et 3,000 fr. dans celle de la caution soit en tout 8,000 fr. Mais le créancier ne pourra pas garder ces 8,000 fr. En effet, sur les 5,000 fr. par lui touchés dans la faillite du débiteur principal, 3,000 fr. sont afférents à la dette de 6,000 fr. non cautionnée et 2,000 fr. seulement afférents à celle de 4,000 fr. cautionnée. Il n'est pas possible que le créancier garde ce dividende de 2,000 fr. plus 3,000 fr. reçus dans la faillite de la caution ; car il aurait 5,000 fr. pour la dette cautionnée qui n'est que de 4,000 fr. La caution peut reprendre, en vertu de l'art. 543, dans la faillite du débiteur principal ce dont les deux dividendes réunis excèdent 4,000 fr., soit 1,000 fr.

Source BIU Cujas

CHAPITRE VI.

DES BANQUEROUTES. DES CRIMES ET DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES. DES INCAPACITÉS DONT EST FRAPPÉ LE FAILLI. DE LA RÉHABILITATION.

1176. La faillite ne constitue pas par elle-même un délit, elle n'entraîne pas une peine, mais certaines incapacités (n° 1192) (1). Il n'en est ainsi que quand la faillite provient de causes fortuites ou de fautes légères. Quand elle est accompagnée, soit de fautes lourdes ou de fraudes, il y a soit un délit correctionnel, la *banqueroute simple*, soit un *crime*, la banqueroute frauduleuse. V. sur l'origine du mot banqueroute, n° 966. Le Code de commerce a déterminé les faits constitutifs de ce délit et de ce crime. En même temps il a prévu des délits ou des crimes qui sont parfois commis par des personnes autres que le failli et qui se rattachent à la faillite.

A. — *De la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse* (2).

1177. A propos des deux sortes de banqueroutes, les questions suivantes sont à examiner : 1° Dans quel cas y a-t-il banqueroute simple ou banqueroute frauduleuse ? 2° Quelles sont les peines infligées par la loi à ce délit ou à ce crime? 3° Qui peut poursuivre le banqueroutier et quelle est la procédure à suivre en cette matière ? 4° Par qui doivent être supportés les frais des poursuites ? 5° Quelles règles régissent l'administration des biens du failli en cas de banqueroute ?

1178. *Conditions générales de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse.* — Bien que des faits différents constituent l'une ou l'autre banqueroute, il y a des conditions générales communes aux deux infractions. Elles supposent l'une et l'autre :

a. Que l'auteur des faits dont il s'agit est un commerçant, car il

(1) Il faut rappeler que, par exception, il en est autrement de la faillite des agents de change et des courtiers privilégiés; elle est punie comme constituant le délit de banqueroute simple, V. n°s 777 et 768.

(2) C. com., art. 584 à 592 et art. 601 à 603.

Source BIU Cujas

n'y a pas de banqueroute sans faillite et la faillite est spéciale aux commerçants. En conséquence, une femme mariée, un mineur non autorisés à faire le commerce conformément aux art. 2 et 4, C. com., ne peuvent être condamnés comme banqueroutiers.

b. Que l'individu poursuivi ait été préalablement déclaré en faillite par le tribunal de commerce. Cette seconde condition que nous admettons n'est pas, au contraire, admise par la jurisprudence : comme nous l'avons dit plus haut (n° 993), celle-ci reconnaît qu'un tribunal correctionnel ou une Cour d'assises peut constater que l'état de faillite existe par suite de la cessation de paiements et prononcer les peines de la banqueroute, bien que la faillite n'ait pas été déclarée par le tribunal de commerce.

1179. *Faits constitutifs de la banqueroute simple.* — Ces faits sont plus nombreux dans le Code revisé en 1838 qu'ils ne l'étaient dans le Code de 1807. Le législateur de 1838 a transformé en faits constitutifs de la banqueroute simple des faits que le Code de 1807 punissait comme constituant la banqueroute frauduleuse. On hésitait à appliquer à quelques-uns de ces faits les peines prononcées par la loi à raison de leur rigueur. Le législateur de 1838 a voulu assurer la répression en modérant la peine.

Les cas de banqueroute sont rangés par le Code en deux catégories. Il y a des cas dans lesquels le failli *doit* être condamné comme banqueroutier simple (art. 585). Il en est d'autres dans lesquels le juge *peut*, selon son appréciation, prononcer ou non les peines de la banqueroute simple (art. 586).

Les cas de banqueroute simple *obligatoire* sont au nombre de quatre. D'après l'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* (1)*; 3° si, dans l'intention de retarder sa faillite, il a*

(1) Il s'agit ici d'opérations qui, bien que se présentant sous l'apparence de marchés à terme ou de marchés à livrer, ne doivent pas, d'après l'intention des parties, aboutir à une livraison de titres ou de marchandises, mais bien se résoudre en un simple paiement de différences selon les variations des cours. Depuis la loi du 28 mars 1885, l'exception de jeu n'est plus admissible à propos

Source BIU Cujas

fait des achats pour revendre au-dessous des cours; si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, circulations, ou autres moyens ruineux pour se procurer des fonds; 4° si, après cessation de ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse.

Les cas de banqueroute simple *facultative* sont au nombre de six. D'après l'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 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 art. 69 et 70 (1); *4° Si, dans les trois jours de la cessation de ses paiements, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les art. 436 et 437 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 présenté à la justice; 6° S'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire, si ses livres ou inventaires sont irrégulièrement tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active et passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude* (2).

1180. *Cas de banqueroute frauduleuse.* — Le Code ne distingue pas une banqueroute frauduleuse facultative et une banqueroute frauduleuse obligatoire. Dès que les éléments constitutifs de ce crime existent, le juge doit prononcer les peines édictées par le Code pénal. D'après l'art. 591, C. com., *doit être déclaré banqueroutier frauduleux : Tout commerçant failli qui a soustrait ses livres, détourné*

de ces sortes d'opérations (nos 399 et 792); mais les juges peuvent encore reconnaître le caractère fictif de ces opérations pour appliquer les peines de la banqueroute simple.

(1) Sanction de l'obligation pour les époux qui deviennent commerçants pendant le mariage de rendre public le régime sous lequel ils sont mariés. V. n° 95. Le Code de 1807 (art. 69) admettait qu'alors il y avait banqueroute frauduleuse.

(2) Le Code de 1807 (art. 587) considérait comme banqueroutier frauduleux le commerçant failli qui n'avait pas tenu de livres ou dont les livres ne présentaient pas sa véritable situation.

Source BIU Cujas

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, s'est frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il ne devait pas.

1181. *Tentative et complicité.* — Conformément aux règles générales des art. 2 et 3, C. pénal, la tentative de banqueroute frauduleuse est punie comme le crime consommé, tandis que la tentative de banqueroute simple n'est pas assimilée au délit, et n'entraîne aucune peine.

Les principes généraux de la complicité s'appliquent en matière de banqueroute frauduleuse; l'art. 593-2°, C. com., renvoie à l'art. 60, C. pén. V. aussi art. 403, C. pén. On admet généralement, au contraire, que les principes de la complicité ne s'appliquent pas en matière de banqueroute simple (1).

1182. *Peines de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse.* — La banqueroute simple est punie d'un emprisonnement d'un mois au moins et de deux ans au plus (C. com., art. 584; C. pén., art. 402); la banqueroute frauduleuse l'est des travaux forcés à temps (C. com., art. 591; C. pén., art. 402) et cette dernière peine est applicable aux complices de ce crime (art. 403, C. pén.). Toutefois, par exception, les agents de change et les courtiers privilégiés poursuivis comme banqueroutiers simples, par cela seul qu'ils sont en faillite, encourent les travaux forcés à temps et, s'ils sont convaincus de banqueroute frauduleuse, la peine est celle des travaux forcés à perpétuité, C. com., art. 89 et C. pén., art. 404.

1183. *Des personnes pouvant exercer des poursuites et de la procédure.* — En matière de banqueroute simple, les syndics ou un ou plusieurs créanciers peuvent, soit agir par voie de citation directe, soit se porter partie civile, art. 584. Les syndics n'ont ce droit qu'en vertu d'une autorisation donnée par la majorité des créanciers, art. 589. Cette autorisation est exigée à raison de ce que les créanciers sont tenus personnellement de payer les frais en cas d'acquittement du failli (n° 1184). En matière de banqueroute frauduleuse, les mêmes personnes peuvent se porter parties civiles (art. 592 *in fine*); mais les syndics n'ont pas besoin, pour le faire,

(1) Cass. crim., 10 octobre 1844, S. 1844. 1. 750; D. 1845. 1. 25.

Source BIU Cujas

de l'autorisation de la majorité des créanciers. Alors, en effet, même en cas d'acquittement, la masse ne doit pas au Trésor public le remboursement des frais, de telle sorte que l'action du syndic ne peut nuire aux créanciers (n° 1184).

1184. *Des frais de poursuite.* — Le Code distingue entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse, art 587, 589 et 590.

Banqueroute simple. — Quand les poursuites ont été exercées par le ministère public, le Trésor public supporte les frais en cas d'acquittement sans avoir aucun recours. Quand il y a condamnation, le banqueroutier doit rembourser les frais au Trésor. Mais le Trésor ne peut les réclamer au préjudice des créanciers. Ainsi le Trésor n'a de recours qu'après la dissolution de l'union ou, en cas de concordat, après l'acquittement des dividendes promis (art. 587). — Quand les syndics ont agi par voie de citation directe, ou se sont portés parties civiles au nom des créanciers, le Trésor public supporte les frais en cas de condamnation, sauf son recours contre le failli, après la dissolution de l'union ou l'exécution des obligations résultant du concordat. S'il y a acquittement, la masse des créanciers est débitrice des frais. — Quand enfin un ou plusieurs créanciers ont agi par voie de citation directe ou se sont portés parties civiles, ils supportent les frais en cas d'acquittement; les frais sont supportés par le Trésor public, en cas de condamnation, sauf recours contre le failli (art. 590, C. com.).

Banqueroute frauduleuse. — Les mêmes solutions qu'en cas de banqueroute simple sont admises quand les poursuites ont été exercées par le ministère public ou par des créanciers. Mais lorsque le syndic a agi au nom de la masse, les frais ne retombent pas sur celle-ci même en cas d'acquittement. L'action du syndic ne peut nuire à la masse. La répression de la banqueroute frauduleuse intéresse l'ordre public à un plus haut degré que celle de la banqueroute simple et le législateur a voulu éviter que la crainte de mettre des frais à la charge de la masse empêchât le syndic d'agir.

1185. *Administration des biens du failli en cas de banqueroute.* (art. 601 à 603). — Malgré les poursuites et la condamnation, le tribunal de commerce reste compétent pour connaître de tout ce qui concerne la faillite et la procédure réglée par le Code de commerce

Source BIU Cujas

suit son cours comme s'il n'y avait pas faillite (art. 600). Deux restrictions seulement sont apportées à cette règle :

1° L'inventaire une fois terminé, les livres et papiers du failli sont remis d'ordinaire aux syndics qui s'en chargent au bas de cet inventaire (art. 484), dont les officiers du ministère public peuvent requérir communication (art. 483). Quand il y a poursuite en banqueroute, la remise des pièces au ministère public est prescrite aux syndics. V. art. 602 et 603.

2° Le tribunal correctionnel ou la Cour d'assises statue, lors même qu'il y a acquittement, à l'exclusion du tribunal de commerce : *a.* d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits ; *b.* sur les dommages-intérêts qui seraient demandés, même en cas d'acquittement, art. 595.

1186. Quand il y a condamnation pour banqueroute frauduleuse à une peine criminelle, le condamné étant interdit légalement reçoit un tuteur (art. 29, C. pén.) ; mais les syndics de la faillite n'en demeurent pas moins en fonctions ; le tuteur représente seulement le failli dans les actes où, d'après le Code de commerce, celui-ci doit figurer en personne.

B. — *Des crimes et délits commis dans les faillites par d'autres que par le failli* (1).

1187. Le Code de commerce distingue trois classes de personnes qui peuvent commettre des crimes ou des délits se rattachant à une faillite : 1° Des tiers (c'est-à-dire des personnes qui ne sont ni syndics ni créanciers), art. 593 à 595 ; 2° Des syndics, art. 596 ; 3° Des créanciers, art. 597 à 599.

1188. *Crimes ou délits commis par des personnes autres que les syndics et les créanciers du failli.* — Le Code ne se borne pas à punir, d'après les principes généraux, ceux qui sont coupables de faits de complicité, art. 593-1° ; il applique encore les peines de la banqueroute à des tiers qui ne sont pas des complices dans le sens rigoureux du mot. L'art. 593 punit de ces peines : *1° les individus convaincus d'avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recelé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, meubles ou immeubles ; 2° les*

(1) C. com., art. 593 à 600.

Source BIU Cujas

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 sont rendu coupables des faits prévus par l'art. 591. — V. sur les règles spéciales applicables aux conjoints, aux descendants, aux ascendants et alliés en ligne directe du failli, *Précis de Droit commercial*, t. II, n° 3088.

1189. *Infractions commises par les syndics.* — Les syndics étant des mandataires commettent le délit d'abus de confiance (art. 408, C. pén.) quand ils détournent ou dissipent des effets dépendant de la faillite. La loi punit spécialement aussi certains actes d'infidélité commis par le failli et ne rentrant pas rigoureusement dans la définition de l'abus de confiance. Les peines de l'abus de confiance (art. 406 et 408, C. pén.) sont applicables, d'après l'art. 597, C. com., *à toute malversation* des syndics dans leur gestion. Le mot *malversation* a un sens très large.

1190. *Infractions commises par les créanciers du failli.* — Les faits par lesquels la sincérité des votes ou l'égalité des créanciers est compromise sont réprimés au point de vue pénal et civil.

L'art. 597 édicte des peines correctionnelles contre deux sortes d'actes. — Le premier cas prévu par cet article est celui où *un créancier a stipulé, soit avec le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la faillite.* La loi veut frapper le créancier qui vend son vote. — Le second cas visé par l'art. 597 est celui où *un créancier a fait un traité particulier duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli.*

La peine frappant les deux délits prévus par l'art. 597 consiste dans une amende qui ne peut dépasser 2,000 fr. et dans un emprisonnement qui ne peut excéder une année. L'emprisonnement peut être porté à deux ans, si le créancier délinquant est syndic de la faillite.

A ces faits se rattache une sanction civile rigoureuse. D'après l'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*

Source BIU Cujas

reçues en vertu des conventions annulées. — Le tribunal correctionnel doit d'office prononcer la nullité de ces conventions, et ordonner les restitutions; mais les intéressés peuvent aussi, en agissant par la voie civile, porter leurs actions devant le tribunal de commerce, art. 599.

Afin d'assurer l'annulation des actes frappés par l'art. 597, le Code admet que leur nullité est absolue et, par suite, elle peut être demandée non seulement par le syndic au nom de la masse, mais encore par le créancier ou par le failli lui-même. Il y a donc une différence profonde entre le caractère de la nullité prononcée par l'art. 598 et le caractère des nullités dont sont atteints les actes faits par le failli soit pendant la période suspecte (art. 446 et s.), soit après le jugement déclaratif (art. 443). Ces dernières nullités n'existent qu'à *l'égard de la masse* (nos 1026 et 1046). Cette différence profonde donne naissance à des difficultés pour déterminer dans quels cas il y a lieu d'admettre soit les nullités relatives des art. 446 et suiv., soit la nullité absolue de l'art. 598. Voici sur ce point quels principes paraissent devoir être posés.

Il va d'abord de soi que, si un créancier a reçu ou stipulé une rémunération pour son vote d'une autre personne que le failli, l'art. 598 est seul applicable; les art. 446 et 447 supposent des actes émanés du failli lui-même. Au contraire, les actes faits par le failli depuis le commencement de la période suspecte ne sont pas atteints par l'art. 598, quand ils ont été faits avec une personne qui n'était pas créancier ou même quand ils ont été faits avec un créancier, s'ils n'avaient pas pour but de l'avantager ou de déterminer son vote.

Mais ne faut-il pas considérer les paiements faits à un créancier, les gages ou les hypothèques qui lui sont constitués comme tombant nécessairement sous le coup de l'art. 598 ? Si l'affirmative était admise, les art. 446 et 447 resteraient sans application en tant qu'ils visent ces actes et les déclarent nuls à l'égard de la masse seulement. Il n'en peut être ainsi. D'abord les paiements faits et les garanties données à un créancier depuis la date de la cessation des paiements ou même dans les dix jours précédents peuvent être atteints par l'art. 446 malgré la bonne foi des créanciers; ils ne le sont point par l'art. 598.

Source BIU Cujas

Quant à ceux de ces actes qui sont postérieurs à la cessation des paiements, ils sont régis par les art. 446 et 447, non par l'art. 598, à moins qu'il n'y ait un avantage accordé à un créancier comme prix de son vote ou qu'il y ait une fraude caractérisée (dissimulation de ces actes, actes faits contrairement aux clauses du concordat qui exige l'égalité entre les créanciers, etc...).

1191. *Publicité des jugements et arrêts.* — Toutes les décisions judiciaires rendues, soit contre les banqueroutiers, soit contre les tiers coupables de délits ou de crimes se rattachant aux faillites, doivent être affichées et publiées dans les formes prescrites par l'art. 42, C. com. (art. 600).

Section II. — Des incapacités dont est frappé le failli et de la réhabilitation (1).

1192. Les condamnations pour banqueroute entraînent les incapacités attachées d'ordinaire aux condamnations à des peines correctionnelles ou criminelles. Mais le failli, alors même qu'il n'est pas condamné comme banqueroutier, encourt certaines incapacités, qui, sans se rattacher au dessaisissement, dérivent du jugement déclaratif. Ces incapacités peuvent cesser par la *réhabilitation*. Il sera traité : A. des incapacités dont est frappé le failli, alors même qu'il n'a encouru aucune condamnation pénale ; B. de la réhabilitation.

A. — *Des incapacités encourues par le failli.*

1193. En frappant d'incapacités spéciales le failli, la loi poursuit le but d'exciter les commerçants à faire de grands efforts pour éviter la faillite. Du reste, l'état de faillite entache toujours quelque peu l'honneur du commerçant et paraît le rendre indigne d'exercer certains droits. Les incapacités affectent les droits politiques ou des droits se rattachant à la qualité de commerçant.

Le failli n'est ni électeur, ni éligible aux deux Chambres, aux conseils généraux, aux conseils d'arrondissement, aux conseils municipaux, il ne peut être juré, ni témoin instrumentaire dans un acte notarié, sauf dans un testament.

Le failli n'est ni électeur, ni éligible aux tribunaux de commerce,

(1) C. com., art. 604 à 614.

Source BIU Cujas

aux conseils des prud'hommes, aux Chambres de commerce, aux chambres consultatives des arts et manufactures. Il ne peut être ni agent de change, ni courtier privilégié, ni porté sur la liste des courtiers de marchandises inscrits. Il ne peut se présenter à la Bourse (C. com., art. 613) et sa signature n'est pas admise à l'escompte à la Banque de France.

Enfin, le failli ne peut exercer les droits attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur ou de décoré de la médaille militaire. Il ne peut porter les insignes ni de ces ordres, ni d'un ordre étranger. Ces incapacités ne peuvent être étendues par voie d'analogie. Par suite, le failli n'est pas exclu des fonctions de tuteur, il peut être choisi comme arbitre ou désigné comme expert, être témoin d'un acte de l'état civil.

B. — *De la réhabilitation.*

1194. La réhabilitation est le seul moyen de faire cesser les incapacités qui viennent d'être énumérées. Le concordat même suivi de son exécution complète n'a pas cet effet et la déclaration d'excusabilité n'a qu'une portée théorique (n° 1119).

Aussi faut-il distinguer avec soin les incapacités politiques et autres mentionnées ci-dessus (n° 1193) des autres effets du jugement déclaratif tels que le dessaisissement. Ces derniers effets cessent par le concordat ou par la dissolution de l'union, tandis que même après ces événements le failli continue à être inéligible aux Chambres, etc.

Il y a lieu d'examiner les questions suivantes : 1° A quelles conditions la réhabilitation peut-elle être accordée ? 2° Quelle est la procédure à suivre pour l'obtenir ? 3° Quels effets la réhabilitation produit-elle ? 4° Sous quels rapports la réhabilitation du failli diffère-t-elle de la réhabilitation organisée par le Code d'instruction criminelle (art. 605 à 613) pour faire cesser les incapacités résultant des condamnations à des peines criminelles ou correctionnelles ?

1194 *bis.* 1° Conditions de la réhabilitation. — En admettant la réhabilitation et en la considérant comme le seul moyen de faire cesser les incapacités, le législateur veut exciter le failli à payer

Source BIU Cujas

toutes ses dettes. Deux conditions sont exigées pour que la réhabilitation soit possible :

a. Le failli doit avoir acquitté toutes ses dettes en capital, intérêts et frais. — Il est évident que tout autre acte que le paiement donnant satisfaction aux créanciers (dation en paiement, compensation, confusion), permettrait la réhabilitation comme le paiement lui-même. — Les dettes doivent être payées même en intérêts. Les intérêts ne cessent de courir par suite du jugement déclaratif qu'à l'égard de la masse, mais ils continuent de courir à la charge du failli.

b. Le failli ne doit pas être compris par la loi au nombre des personnes indignes de la réhabilitation. — D'après l'art. 612, ne peuvent être réhabilités, alors même qu'ils ont intégralement payé leurs dettes, *les personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de confiance; les stellionataires, les tuteurs, administrateurs ou autres comptables qui n'ont pas rendu et soldé leurs comptes.* Les banqueroutiers simples peuvent être réhabilités (art. 612, 2e al.). Les faillis énumérés par l'art. 612, C. com., qui ne peuvent pas obtenir leur réhabilitation commerciale, peuvent, du moins, obtenir leur réhabilitation pénale (art. 605 à 613, C. instr. crim.) et les banqueroutiers frauduleux n'obtiennent cette réhabilitation qu'en justifiant du paiement de toutes leurs dettes ou de la remise qui leur en a été faite (art. 623, 3e al., C. instr. crim.). Mais, même après avoir obtenu sa réhabilitation pénale, le failli reste incapable d'obtenir sa réhabilitation commerciale conformément à l'art. 612, C. com. (art. 634, 2e alin. C. instr. crim.)

L'existence actuelle du failli n'est pas exigée pour la réhabilitation; elle peut être accordée après sa mort. Les héritiers du failli ont ainsi un intérêt d'honneur et d'affection à acquitter intégralement ses dettes.

1195. 2° Procédure de la réhabilitation. — Toute demande en réhabilitation doit être adressée à la Cour d'appel dans le ressort de laquelle le failli est domicilié. Elle se forme par voie de requête signée d'un avoué (art. 605). Afin que la Cour d'appel soit éclairée, des formalités de publicité sont prescrites: elles font connaître la demande en réhabilitation aux intéressés qui peuvent former opposition.

Source BIU Cujas

Le Procureur général adresse des expéditions de la demande en réhabilitation au Procureur de la République et au Président du tribunal de commerce du domicile du failli (art. 606) en les chargeant de recueillir des renseignements sur la vérité des faits exposés. Copie de la requête est affichée pendant deux mois dans les salles d'audience du tribunal civil et du tribunal de commerce, à la Bourse et à la mairie; elle est aussi insérée dans les journaux (art. 607). Les renseignements à réunir doivent porter seulement sur le point de savoir si le failli a acquitté ses dettes, non sur sa conduite.

Tout créancier payé ou non peut faire opposition à la réhabilitation (art. 608). Mais il ne peut y avoir de débat contradictoire entre l'opposant et le failli.

Après l'expiration du délai de deux mois, le Procureur général, quand il estime que tous les renseignements possibles sont réunis, fait rendre l'arrêt par la Cour (art. 611). Elle prononce la réhabilitation ou rejette la demande. La réhabilitation *doit* être prononcée dès que la Cour estime que l'acquittement de toutes les dettes du failli est prouvé; elle n'a aucun examen à faire de sa conduite. A titre de mesure de publicité, il faut que l'arrêt de réhabilitation transmis au Procureur de la République et au Président du tribunal de commerce soit lu en audience publique et transcrit sur les registres (art. 611).

En cas de rejet, la demande en réhabilitation peut être formée à nouveau. Mais, pour qu'elle soit valablement renouvelée, il faut qu'il se soit écoulé un an depuis la date de la demande précédente. La loi veut ainsi éviter les demandes trop fréquentes (art. 610).

1196. 3° Effets de la réhabilitation. — La réhabilitation fait cesser les incapacités du failli qui ne se rattachent pas au dessaisissement (n° 1192). La jurisprudence admet que ces incapacités cessent aussi lorsque, avant que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée le failli, paie toutes ses dettes, parce que, selon elle, le tribunal ou la Cour saisi de l'opposition ou de l'appel doit dans ce cas rapporter le jugement déclaratif. Nous avons combattu cette solution. V. n° 988.

On a soutenu que la réhabilitation a encore un autre effet, qu'elle seule met fin aux restrictions apportées par l'art. 563 à l'hypothèque

Source BIU Cujas

légale de la femme du failli. Nous avons repoussé cette solution, en décidant que l'exécution complète du concordat a cet effet. V. n° 1167.

1197. 4° COMPARAISON DE LA RÉHABILITATION COMMERCIALE ET DE LA RÉHABILITATION PÉNALE. — Ces deux espèces de réhabilitations diffèrent profondément. Les différences qui les séparent ont été diminuées par la loi du 14 août 1885 qui a modifié les art. 619 à 638, C. instr. crim. — *a*. La réhabilitation pénale n'est pas un droit comme la réhabilitation commerciale; la première laisse à la Cour compétente un large pouvoir d'appréciation. *b*. La première implique un examen de la conduite du demandeur en réhabilitation que la seconde n'entraîne pas avec elle. — Avant la loi du 14 août 1885, le Président de la République statuait sur la réhabilitation pénale et la Cour d'appel n'avait qu'un avis à émettre; d'après l'article 623 nouv., C. instr. crim., la Cour d'appel statue sur la réhabilitation pénale comme elle a toujours eu compétence pour le faire sur la réhabilitation commerciale.

Source BIU Cujas

APPENDICE I.

DE LA FAILLITE DES SOCIÉTÉS (1).

1198. Les sociétés, comme les individus, peuvent être déclarées en faillite, si ce sont des *sociétés commerciales*. La faillite ne saurait s'appliquer aux *société civiles*, quand même elles auraient revêtu une forme commerciale (V. plus haut, n° 318). La faillite ne se conçoit non plus que pour les sociétés qui ont une existence distincte de celle des associés; les associations en participation ne peuvent donc pas être déclarées en faillite (V. n° 311). Toutes les autres sociétés commerciales sont exposées à la faillite; on a essayé de le nier pour les sociétés anonymes en disant qu'aucun associé n'y étant tenu personnellement, on ne pourrait appliquer les dispositions du Code sur les incapacités qu'entraîne la faillite, l'emprisonnement du failli, etc. Cette objection est sans valeur: les dispositions auxquelles on fait allusion n'ont qu'un caractère accessoire et ce qui le prouve, c'est que l'impossibilité de les appliquer n'empêche pas de déclarer en faillite un commerçant après sa mort (V. plus haut, n° 973).

1199. Conformément au principe général posé précédemment (n° 976), le tribunal compétent pour déclarer la faillite d'une société est celui dans le ressort duquel se trouve le siège de son principal établissement. L'art. 438, al. 2, le dit expressément pour la société en nom collectif et il n'y a pas de raison pour admettre une règle différente en ce qui concerne les autres sociétés.

1200. La faillite personnelle d'un associé n'entraîne pas celle de la société, même s'il s'agit d'un associé tenu personnellement; on comprend, en effet, qu'une société puisse se trouver dans un état prospère, malgré la ruine d'un ou de plusieurs de ses membres. — Mais la faillite de la société n'entraîne-t-elle pas celle de tous les associés? La négative est certaine pour les associés qui ne sont tenus des dettes sociales que jusqu'à concurrence de leurs mises (commanditaires ou actionnaires), ceux-ci peuvent seulement être dé-

(1) C. com., art. 438, al. 2, 458, al. 2, 531 et 604, al. 2.

Source BIU Cujas

clarés individuellement en faillite, s'ils font un commerce indépendant de la société, Cf. n° 161. La question ne peut se poser que pour les associés tenus personnellement : la faillite d'une société en nom collectif n'entraîne-t-elle pas de plein droit celle de tous les associés ou la faillite d'une commandite celle de tous les commandités? L'affirmative est généralement admise (1), par cela même que ces associés sont tenus indéfiniment de tous les engagements de la société, on peut dire que les dettes sociales sont en même temps des dettes de chacun d'eux. Plusieurs textes impliquent d'ailleurs cette solution, l'art. 438, al. 2, en exigeant que la déclaration de cessation de paiement contienne le nom et l'indication du domicile de chacun des associés solidaires, et l'art. 458 en disant qu'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, aj. art. 531. Nous pensons donc qu'un seul jugement déclaratif suffit pour constituer en état de faillite la société et tous les associés tenus indéfiniment des dettes sociales, que ces associés soient ou non domiciliés dans le ressort du tribunal. De ce qu'il y a un seul jugement déclaratif, une seule procédure de faillite, il ne résulte pas qu'il y ait une seule masse de créanciers. Chaque associé est bien en faillite à l'égard de ses créanciers personnels comme des créanciers sociaux, mais les uns et les autres n'ont pas une situation identique. Les créanciers sociaux sont en même temps créanciers de la société et créanciers des associés; ils peuvent donc participer aux opérations et de la faillite de la société et des faillites des divers associés tenus personnellement. Il en est autrement des créanciers personnels qui ne peuvent intervenir que dans les opérations de la faillite de leur débiteur et non dans celles de la faillite de la société ou des autres associés. Ce n'est qu'une conséquence du principe de la personnalité des sociétés de commerce, Cf. n° 122. V. ci-après des applications de ces idées, n° 1203.

1201. Nous avons vu qu'un individu commerçant peut être déclaré en faillite sur son aveu, à la requête du créancier ou d'office,

(1) Ch. req. 13 mai 1879, D. 1880. 1. 29; 9 juin 1882, *Journal des Faillites*, 1882, p. 265.

Source BIU Cujas

art. 440 et nos 979 et suiv. La déclaration d'office se conçoit pour une société dans les mêmes conditions que pour un individu ; de même, les créanciers d'une société peuvent agir comme ceux d'un individu. L'aveu de la faillite peut et doit être fait par les associés en nom collectif et par les commandités, qu'ils soient ou non gérants ; les associés étant tenus personnellement de toutes les dettes sociales, la cessation des paiements de la société implique la cessation de leurs paiements. Rien de semblable ne peut être dit des commanditaires ou des actionnaires, il est même à remarquer, qu'aucune disposition légale n'oblige les administrateurs des sociétés anonymes à déposer le bilan de la société qui a cessé ses paiements ; c'est d'ailleurs une lacune regrettable. On s'est demandé si les commanditaires et actionnaires peuvent, quand ils n'ont aucune créance étrangère à leur qualité d'associés, requérir la déclaration de faillite de la société. Nous ne le pensons pas. Nous avons bien admis que l'action ou l'intérêt dans une société tenait de la nature du droit de créance (no 183), mais on ne saurait voir un créancier ordinaire dans l'actionnaire ou dans le commanditaire qui a exposé ses capitaux aux risques de l'entreprise, qui ne peut rien réclamer sur le fonds social tant que les créanciers sociaux ne sont pas entièrement désintéressés (Cf. no 152). S'il pense qu'il convient de mettre fin aux opérations de la société, il n'a que le droit d'en provoquer la dissolution et la liquidation.

1202. La faillite des sociétés produit, soit dans le passé, soit dans l'avenir, les mêmes effets que celle des individus. Nous avons toutefois déjà remarqué (no 1198) que, dans les sociétés anonymes, certains effets ne sauraient se produire par cela même qu'aucun individu n'est personnellement atteint par la faillite. — La faillite de chaque associé tenu personnellement étant une conséquence de la faillite de la société (no 1200), il s'ensuit que l'époque de la cessation des paiements est la même pour la société et pour chacun des associés, ce qui entraîne d'importantes conséquences pour l'application des art. 446 à 449. — Les dettes à terme de la société deviennent exigibles conformément à l'art. 444. Faut-il dire, par application de cet article, que les actionnaires et les commanditaires qui ne doivent opérer leurs versements qu'à des époques fixées d'avance, sont obligés

Source BIU Cujas

de les effectuer immédiatement sur la demande des syndics, les termes stipulés étant effacés par la déclaration de faillite? On l'a jugé (1) en disant que la liquidation des faillites des sociétés serait compliquée et retardée si on laisse subsister les termes stipulés à l'origine pour le versement des mises sociales. Cette considération pratique ne nous paraît pas suffisante : la faillite rend exigibles *les dettes du failli;* ici le failli c'est la société et non chaque actionnaire ou commanditaire. — Les syndics représentent, suivant les cas, la société ou les créanciers. Cette représentation est exclusive en ce sens que les actionnaires ou les créanciers ne peuvent agir à la place des syndics, mais seulement se plaindre au juge-commissaire. V. du reste plus haut, nº 1067.

1203. Pour les assemblées de créanciers, il y a une observation importante à faire en ce qui touche les sociétés dans lesquelles tous les associés ou du moins certains d'entre eux sont tenus personnellement. Pour la faillite de la société, l'assemblée se compose exclusivement des créanciers sociaux, tandis que, pour la faillite de chaque l'assemblée se compose à la fois des créanciers sociaux et des créanciers personnels de cet associé. Par application de cette idée, il faut décider que, si un créancier de la société se présente pour être vérifié, tous les créanciers sociaux et les créanciers personnels des divers associés peuvent assister à la vérification et fournir des contredits, tandis que, s'il s'agit d'un créancier personnel d'un associé, ce droit n'appartient qu'aux créanciers personnels de cet associé et aux créanciers sociaux (Cf. art. 494).

1204. Les faillites des sociétés sont susceptibles des mêmes solutions que les faillites des individus. Toutefois la possibilité d'un concordat, admise expressément pour la société en nom collectif (art. 531), a été contestée pour la société anonyme par ce motif que la société étant dissoute par la faillite ne pouvait traiter avec ses créanciers. Nous avons déjà dit (nº 332) que la faillite de la société n'en entraîne pas la dissolution ; un concordat est donc possible. Nous croyons toutefois que les administrateurs de la société ne continuent pas à la représenter, que leur mandat est révoqué par suite de la faillite de leur mandant, qui est la société (Cf. art. 2003, C. civ.);

(1) Paris, 8 février 1884, *Journal du Pal.*, 1884, p. 619.

Source BIU Cujas

les actionnaires devraient donc être appelés à désigner une personne chargée de conclure un concordat au nom de la société (1).

1205. Dans la société en nom collectif et dans la commandite, la société et les associés tenus personnellement, étant également en faillite, le concordat se conçoit pour la société et pour les associés ; il n'y a pas indivisibilité de situation. Ainsi l'on comprend que les créanciers sociaux s'étant mis en état d'union à l'égard de la société, un concordat soit accordé à tel ou tel associé (art. 531, al. 1), si celui-ci obtient la double majorité exigée par l'art. 507 sur la masse formée de ses créanciers sociaux et de ses créanciers personnels. L'associé concordataire doit naturellement payer le dividende promis sur son actif propre et non sur l'actif social qui ne lui appartient pas et qui est soumis au régime de l'union (art. 531, al. 2) ; quand il a payé ce dividende, il est libéré à l'égard des créanciers sociaux quoique ceux-ci ne soient pas entièrement désintéressés au moyen des dividendes produits par les faillites de la société et des autres associés, c'est ce qu'exprime l'art. 531, al. 3, en disposant que *l'associé qui aura obtenu un concordat particulier sera déchargé de toute solidarité*. Cette décharge ne produit d'effet qu'à l'égard des créanciers, mais non à l'égard de ceux des autres associés qui se trouveraient avoir payé plus que leur part dans les dettes sociales, le recours de ces associés ne peut être supprimé par l'effet d'un concordat auquel ils sont restés étrangers ; seulement ce recours ne peut être exercé au préjudice des créanciers sociaux à l'égard desquels les associés sont encore obligés. A l'inverse, on concevrait que la société obtint un concordat et que les associés ou certains d'entre eux n'en obtinssent pas. Cela s'explique facilement puisque les assemblées qui délibèrent pour la société et pour les associés ne sont pas composées de la même manière. La masse des créanciers sociaux peut être d'avis du concordat pour la société tandis que, les créanciers personnels d'un associé ne voulant pas d'un concordat pour leur débiteur, les deux majorités de l'art. 507 peuvent ne plus se trouver réunies.

1206. Les associés en nom collectif et les commandités peuvent être coupables de banqueroute simple ou frauduleuse ; il n'en saurait

(1) En sens contraire, Paris 12 juillet 1869, *Journal du Pal.*, 1871, 791.

Source BIU Cujas

être de même des commanditaires ou actionnaires qui ne sont pas en faillite par suite de la faillite de la société. — Cette distinction doit être également faite en ce qui touche les incapacités dérivant de la faillite et de la réhabilitation. Il faut appliquer la règle générale d'après laquelle, pour obtenir sa réhabilitation, un failli doit payer intégralement ses dettes en capital, intérêts et frais, eût-il même obtenu un concordat; la solidarité qui lie les associé rend rigoureuse l'application de cette règle. Il en résulte, en effet, qu'un associé ne peut obtenir sa réhabilitation qu'en justifiant que toutes les dettes de la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, lors même qu'il aurait obtenu un concordat particulier (art. 604, al. 2).

1207. Peut-on déclarer en faillite non seulement une société existante, mais une société dissoute ou nulle?

Il faut admettre sans difficulté qu'une société dissoute peut être déclarée en faillite, puisque nous avons vu (n° 343) qu'une société dissoute est considéré comme subsistant pour les besoins de sa liquidation. La situation est en général différente pour une société nulle, puisque celle-ci est réputée n'avoir jamais eu d'existence légale. La question ne se pose que pour la nullité résultant du défaut de publicité ou de l'inobservation des conditions spéciales prescrites par la loi de 1867 pour les sociétés par actions. Après des divergences, la jurisprudence semble se fixer en ce sens que les sociétés annulées pour l'une de ces causes peuvent être déclarées en faillite (1). Elles ne sont pas, en effet, considérées comme absolument inexistantes, mais plutôt comme dissoutes à partir de leur annulation. Du reste, les créanciers sociaux doivent conserver tous leurs moyens d'action à l'égard de la société, notamment le droit de la faire déclarer en faillite, par cela même que les nullités dont il s'agit ne peuvent leur être opposées par la société ou par les associés, Cf. nos 133, 247, 249. — Pour une société dissoute ou annulée mise en faillite, on conçoit l'union ou le concordat par abandon d'actif, mais non le concordat simple. Comment une société qui a cessé d'exister reprendrait-elle ses affaires?

(1) Cass. 15 mars 1875, D. 1876. 1. 312; Lyon, 18 mars 1884, *Journal des Faillites*, 1884, p. 195. En sens contraire, Cass. 24 août 1863, D. 1864. 1. 353; Paris, 3 mars 1870, D. 1870. 2. 103.

Source BIU Cujas

APPENDICE II.

SITUATION DES ÉTRANGERS ET CONFLITS DE LOIS EN MATIÈRE DE FAILLITE.

1207 *bis*. Par suite du développement des relations commerciales entre les peuples, il arrive fréquemment qu'un commerçant fait des opérations ou a même le siège principal de ses affaires ou des succursales au dehors de son pays. S'il cesse ses paiements, il se présente à régler une situation compliquée résultant non seulement de ce que des lois différentes peuvent paraître également applicables, mais aussi et surtout de ce que les autorités de plusieurs pays peuvent être appelées à intervenir et à rendre des décisions qui ne seront pas toujours conciliables entre elles et dont l'exécution dans tous les cas soulèvera des difficultés en dehors du pays auquel appartiennent les autorités qui les ont rendues. C'est une matière dont l'importance pratique augmente tous les jours ; notre législation ne l'a pas réglée (1) ; la jurisprudence et la doctrine sont encore fort incertaines sur des points très importants. Nous nous en tiendrons à quelques notions sommaires.

1208. Les étrangers font le commerce en France dans les mêmes conditions que les Français, ils peuvent donc y être déclarés en faillite comme les Français. La jurisprudence applique cela d'abord aux étrangers qui ont un établissement commercial en France, quand même ce ne serait pas leur établissement principal ; les dispositions qui attribuent une compétence exclusive au tribunal du domicile du failli (V. plus haut, n° 976), paraissent faites pour les commerçants qui n'ont des biens et des créanciers qu'en France, elles sont étrangères aux rapports internationaux. Il y a plus, la jurisprudence va jusqu'à décider qu'en vertu de l'art. 14, C, civ., un créancier a le droit de faire déclarer en faillite en France un étranger, son débi-

(1) Une législation peut tracer à ce sujet des règles pour ses tribunaux, mais on comprend qu'on ne pourrait arriver à un résultat tout-à-fait satisfaisant que par suite d'une entente internationale. Il n'y a encore que quelques conventions isolées ; V. notamment le traité franco-suisse du 15 juin 1869 (articles 6-9).

Source BIU Cujas

teur, qui n'y a ni domicile ni résidence (1). Elle se fonde sur ce que le motif même de l'art. 14, la protection à accorder aux Français et la crainte de la partialité des juges étrangers, doit faire reconnaître une portée très générale à cet article et, par conséquent, faire admettre qu'il déroge à toutes les dispositions spéciales attributives de compétence.

1209. Les créanciers étrangers sont, en principe, traités en France comme les créanciers français; ils peuvent recourir aux mêmes voies d'exécution et, par suite, provoquer la faillite de leur débiteur commerçant, français ou étranger. Comme ils ne peuvent invoquer le bénéfice de l'art. 14, C. civ., à moins d'être dans le cas de l'art. 13 du même Code, ils ne peuvent demander au tribunal français de prononcer la faillite de leur débiteur que si ce débiteur a un établissement commercial dans le ressort du tribunal. Une faillite étant prononcée, les créanciers étrangers y ont les mêmes droits que les Français (2).

1210. Supposons qu'un individu a été déclaré en faillite par un tribunal étranger. Cet individu a des intérêts en France, il y est créancier ou débiteur, il y a des biens, peut-être un établissement; quels effets y produira le jugement déclaratif? D'après ce que nous avons dit plus haut (n° 1208), ce jugement, même s'il émane du tribunal dans le ressort duquel le failli avait son principal établissement, ne mettrait pas obstacle à une nouvelle déclaration de faillite en France, le principe de l'unité de la faillite n'étant appliqué que dans les rapports entre tribunaux français. Le cas où le même commerçant (individu ou société) est ainsi déclaré en faillite dans plusieurs pays soulève des complications et des difficultés que nous ne pouvons exposer ici. Prenons le cas plus simple et plus fréquent où aucune déclaration de faillite n'intervient en France et où il s'agit de déterminer les effets produits en France par le jugement déclaratif rendu à l'étranger. Cela se rattache à la question générale qui s'élève au sujet de l'autorité des jugements étrangers, question qui n'est pas résolue d'une manière assez précise par les art. 2123, C. civ. et

(1) Ch. req. 12 novembre 1870, S. 1873. 1. 17.

(2) V. une application intéressante, Montpellier, 8 avril et 12 juin 1884, *Journal des Faillites*, 1884, p. 526 et 410.

Source BIU Cujas

546, C. pr. Il est certain que ces jugements ne sont exécutoires en France qu'après avoir été déclarés tels par un tribunal français; mais on discute sur le point de savoir s'ils n'ont pas au moins autorité de chose jugée et si, à ce titre, ils ne sont pas susceptibles de produire les effets qui ne se rattachent pas à la force exécutoire. La jurisprudence semble fixée en ce sens que les jugements étrangers n'ont par eux-mêmes en France autorité de chose jugée à l'égard de personne et ne peuvent y produire aucun effet tant qu'ils n'ont pas été revêtus de l'*exequatur* d'un tribunal français (1). Voici quelles seraient les conséquences de cette doctrine générale appliquée au jugement déclaratif de faillite.

a. Le dessaisissement ne s'applique pas aux biens que le failli peut avoir en France; rien ne l'empêche de les administrer, d'en disposer, de recouvrer ses créances.

b. Les créanciers conservent le droit d'exercer des poursuites individuelles contre le failli.

c. Le Français déclaré en faillite à l'étranger n'est frappé en France d'aucune incapacité politique.

d. Les syndics nommés par le tribunal étranger n'ont aucun pouvoir en France, ils ne peuvent y procéder à des actes d'administration ou de poursuite.

Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le jugement déclaratif eût été rendu exécutoire en France et rien ne limiterait le pouvoir d'appréciation du tribunal français auquel on s'adresserait pour obtenir *l'exequatur*. Un texte législatif applique formellement cette règle à une des conséquences indiquées par nous; c'est le décret-loi du 2 février 1852, art. 15-17°, duquel il résulte que les individus déclarés en faillite par un tribunal étranger ne sont privés de l'électorat et de l'éligibilité au Parlement qu'autant que le jugement déclaratif a été déclaré exécutoire en France (2). Les autres conséquences indiquées par nous sont logiquement déduites de l'idée générale;

(1) V. notamment Nancy, 6 juillet 1877, S. 1878. 2. 129; Cass. 28 mai 1881, *Journ. du Droit intern. privé*, 1882, p. 170.

(2) La loi n'a pas prévu le cas où le Français, déclaré en faillite à l'étranger, y aurait été réhabilité. Si le jugement déclaratif a été déclaré exécutoire en France, le jugement de réhabilitation doit aussi être rendu exécutoire pour y produire ses effets.

Source BIU Cujas

elles n'en entraînent pas moins des inconvénients pratiques faciles à comprendre. Ces inconvénients ont amené la jurisprudence à écarter souvent la dernière conséquence et à admettre que le jugement déclaratif étranger fait foi par lui-même du mandat judiciaire donné aux syndics, de sorte que ceux-ci, même avant toute sentence d'*exequatur*, peuvent faire en France des actes conservatoires, y recouvrer des créances et y plaider devant les tribunaux (1). Nous constatons cette solution dont on peut contester l'exactitude juridique ; il est arbitraire de scinder ainsi les effets du jugement déclaratif.

1211. Les formalités de la faillite sont naturellement régies par la loi du pays où elle a été déclarée, ce qui s'applique notamment à la vérification des créances. On doit se conformer aux règles générales du droit international privé, pour déterminer si telle créance est valable en la forme ou au fond, si le failli était capable de s'obliger.

1212. Une difficulté particulière se présente en ce qui touche l'effet produit par le jugement déclaratif relativement aux actes passés antérieurement par le failli. Les diverses législations admettent que ces actes sont dans une condition particulière, mais elles ne s'accordent ni sur l'étendue de la période suspecte, ni sur les caractères des nullités. Quelle loi faut-il appliquer aux actes faits dans un pays autre que celui où la faillite a été déclarée? Nous pensons que c'est la loi de ce dernier pays qui est compétente pour déterminer si l'acte doit ou non être maintenu. Il ne s'agit pas d'une nullité ordinaire se rattachant aux conditions intrinsèques exigées pour la validité des actes, mais d'une nullité dérivant directement du jugement déclaratif et alors naturellement régie par la loi sous l'empire de laquelle ce jugement a été rendu.

1213. Les formes de la vente des biens du failli, le règlement des droits réels, privilèges ou hypothèques, invoqués sur les biens, sont régis par la loi du lieu de leur situation, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles ; ce sont des questions rentrant directement dans le *statut réel*.

1213 *bis.* Nous n'indiquerons plus qu'une question d'une assez grande importance pratique. Un concordat obtenu en pays étranger est-il opposable en France aux créanciers du failli? Ceux de ces

(1) Paris, 22 février 1872 et 14 décembre 1875, S. 1872. 2. 90 et 1876. 2. 70.

Source BIU Cujas

créanciers qui ont adhéré au concordat sont naturellement liés par leur adhésion même, mais que doit on décider pour les créanciers qui ont repoussé le concordat ou n'y ont pas participé? Les opinions sont très divergentes : nous nous bornerons à dire que le concordat puisant sa force à l'égard de ces créanciers dans le jugement qui l'homologue, il faut appliquer la règle ordinaire (V. plus haut, n° 1210) et dire que ce jugement aura autorité en France quand il y aura été déclaré exécutoire.

1214. Nous nous sommes bornés à indiquer les solutions généralement admises dans la pratique sur les points les plus importants. Ces solutions ne donnent pas satisfaction aux besoins du commerce international et elles ont souvent soulevé des réclamations. Certains auteurs ont essayé de faire prévaloir la *théorie de l'unité et de l'individualité de la faillite* qui se ramène à quelques idées essentielles. Le seul juge compétent pour déclarer la faillite est celui du domicile du failli; la déclaration émanée de ce juge doit être reconnue partout et ses effets doivent s'étendre à tous ses biens, meubles ou immeubles, en quelque lieu qu'ils soient situés; un jugement *d'exequatur* n'est nécessaire que pour procéder à des actes proprement dits d'exécution. Cette théorie se recommande à la fois au point de vue scientifique et pratique : elle tient compte de cette idée rationnelle que le patrimoine est un et qu'il y a une situation d'ensemble à régler; elle évite les inconvénients nombreux qui se produisent dans la pratique actuelle. Nous croyons que cette théorie ne concorde pas avec notre législation actuelle, mais qu'elle pourrait être avantageusement consacrée par des conventions internationales.

Source BIU Cujas

Source BIU Cujas

CINQUIÈME PARTIE.

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

1215. Le commerce n'a pas seulement ses lois particulières, il a encore des tribunaux spéciaux, qui sont les *tribunaux de commerce* et les *conseils de prud'hommes* dont nous allons nous occuper dans deux chapitres distincts. Il a aussi une sorte de représentation officielle dans les *chambres de commerce* et dans les *chambres consultatives des arts et manufactures*, dont les attributions sont purement administratives et consultatives et qui, par suite, ne rentrent pas dans l'objet direct de ce *Manuel* (1).

(1) V., sur leur organisation et leurs attributions, *Précis de Droit commercial*, II, nos 3257 et suiv.

Source BIU Cujas

CHAPITRE PREMIER.

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (1).

1216. Les règles qui concernent les tribunaux de commerce, sont relatives à leur *organisation*, à leur *compétence*, à la *procédure* à suivre devant eux; ces trois points vont être traités dans trois *sections*.

Section Ire. — Organisation des tribunaux de commerce.

1217. C'est pour les contestations nées à l'occasion des opérations qui se faisaient dans les foires, spécialement dans celles de Champagne et de Brie et dans celles de Lyon, qu'on semble avoir organisé d'abord ces juridictions spéciales au commerce. L'édit de novembre 1563, rendu par Charles IX sur la proposition du chancelier de l'Hospital, créa une juridiction commerciale à Paris; il donne aux juges le nom de *consuls des marchands* (2), d'où sont venues les expressions très usitées encore aujourd'hui de *juges-consuls*, de *juridiction consulaire* ou de *tribunaux consulaires* pour désigner les juges et les tribunaux de commerce. Des juges-consuls furent établis dans un grand nombre d'autres villes du Royaume (77 au XVIIIe siècle) et ils furent régis par l'édit de 1563 ainsi que par les divers édits ou déclarations l'ayant complété (Ord. de 1673, tit. XII, art. 1). La Révolution laissa subsister cette juridiction spéciale (Loi des 16-24 août 1790, tit. XII), dont les caractères essentiels n'ont pas changé depuis l'origine et qui peuvent se résumer ainsi :

1° Les tribunaux de commerce se composent, en principe, exclusivement de commerçants ou d'anciens commerçants, à l'exclusion de tout magistrat de profession;

2° Les juges de commerce sont électifs, ils sont élus par leurs pairs (3);

(1) C. com., art. 615-648; Loi du 8 décembre 1883 relative à l'élection des juges consulaires; C. pr. civ., art. 414-442.

(2) V. plus haut, p. 5, ce qui est dit au sujet du *Consulat de la mer*.

(3) C'est pour la composition du corps électoral que la législation a beaucoup varié.

Source BIU Cujas

3° Leurs fonctions sont temporaires et gratuites.

L'idée qui a fait introduire les tribunaux de commerce est qu'il faut des commerçants de profession pour connaître les usages commerciaux auxquels les parties se sont référées dans leurs opérations. Cette idée était surtout exacte alors que le droit commercial était coutumier, elle l'est moins depuis que ce droit a été codifié et qu'ainsi la tâche du juge commercial se rapproche beaucoup de celle du juge saisi d'une contestation de droit civil. Il ne faut pas méconnaître que les usages jouent encore un grand rôle en matière commerciale (V. plus haut, n° 13), que de plus l'intention des parties contractantes est très importante à connaître et que cette intention est plus facile à découvrir pour des juges sachant par leur propre expérience comment se font les opérations commerciales. Quelques-uns ont attaqué l'institution même des tribunaux de commerce; d'autres, en l'admettant réclament la modification de leur organisation, spécialement l'adjonction d'un magistrat de profession chargé de présider les juges commerçants (1).

1218. Le Code de commerce (art. 615) laisse au gouvernement le soin de déterminer, par un règlement d'administration publique, le nombre des tribunaux de commerce, les villes qui sont susceptibles d'en recevoir d'après l'importance de leur commerce et de leur industrie. En principe, un tribunal de commerce a le même ressort que le tribunal civil dans l'arrondissement duquel il est placé; il peut y avoir plusieurs tribunaux de commerce dans le même arrondissement et alors leur ressort respectif est fixé par le décret qui les établit (art. 616). Dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, le tribunal civil juge les affaires commerciales (art. 640) (2). — Les tribunaux de commerce sont dans les attributions et sous la surveillance du ministre de la justice (C. com., art. 630).

1219. Chaque tribunal de commerce est composé d'abord d'un *président*, puis de *juges* et de *suppléants* dont le nombre est fixé par le gouvernement d'après les besoins probables du ressort, il y a

(1) V., à ce sujet, *Précis de Droit commercial*, II, n° 3150 et *Annales de l'École des sciences politiques*, article de Ch. Lyon-Caen, 1886, p. 566 et suiv.

(2) En 1883, il y avait 216 tribunaux de commerce et 175 tribunaux civils jugeant commercialement.

Source BIU Cujas

au moins 2 et au plus 14 juges; il n'y a pas de limite fixée pour les juges-suppléants (art. 617). Il y a aussi des *juges complémentaires* créés par la loi du 8 décembre 1883, art. 18. V. ci-après n° 1224. Le tribunal se complète par un *greffier* nommé par le gouvernement comme les greffiers des autres tribunaux. Il n'y a pas de ministère public.

1220. Nous avons dit plus haut (n° 1217) que la magistrature consulaire a toujours été élective et que les électeurs ont toujours été, en principe, des commerçants; mais la composition du corps électoral a beaucoup varié sous l'influence des régimes politiques (1). Le Code de commerce de 1807 faisait élire les juges consulaires par une assemblée composée des commerçants notables dont la liste était dressée par le préfet et approuvée par le ministre de l'intérieur (anc. art. 619). Ce système, remplacé en 1848 par le suffrage universel, fut rétabli en 1852, puis supprimé par une loi du 21 décembre 1871 qui attribuait le choix des juges à des notables, mais faisait dresser la liste de ces notables par une commission composée d'éléments électifs (V. art. 619, les dispositions de la loi de 1871 avaient été incorporées dans le texte même du Code). Cette loi a été à son tour abrogée par la loi du 8 décembre 1883 actuellement en vigueur, qui est restée distincte du Code de commerce.

La loi nouvelle applique aux élections consulaires le principe du suffrage universel. Le droit de vote appartient à tous les *citoyens français* (ce qui exclut les étrangers faisant le commerce en France et les femmes commerçantes) réunissant dans le ressort du tribunal les conditions requises par la loi et non frappés d'incapacité (Loi de 1883, art. 1 et 2). Les électeurs comprennent trois classes de personnes :

1° Les commerçants patentés ou associés en nom collectif depuis cinq ans au moins. Tout individu, auquel la qualité de commerçant doit être reconnue d'après le Code de commerce (V. plus haut n° 45), est donc électeur, et on peut, par suite, s'étonner que ce droit ait été contesté aux agents d'affaires (2). Pour éviter les difficultés soulevées à propos des agents de change et des courtiers privilégiés

(1) Pour le tableau de ces variations, V. *Précis de Droit commercial*, II, n° 3153
(2) Ch. civ. c. 23 décembre 1884, *Journ. du Pal.*, 1885, p. 153.

Source BIU Cujas

(V. plus haut, n° 47), la loi de 1883 les mentionne expressément parmi les électeurs.

2° Les capitaines au long cours et les maîtres au cabotage ayant commandé des bâtiments pendant cinq ans; les directeurs des compagnies *françaises* anonymes de finance, de commerce, d'industrie. Il est à remarquer que ces directeurs et que les capitaines ne sont pas commerçants (V. plus haut, n°s 281 et 850) ni patentés, la loi a bien fait néanmoins de les admettre parmi les électeurs, parce qu'ils ont grand intérêt à la bonne composition des tribunaux de commerce devant lesquels seront portées les contestations relatives à leur société ou à leur navire.

3° Les membres anciens ou en exercice des tribunaux et des chambres de commerce, des chambres consultatives des arts et manufactures, les présidents anciens ou en exercice des conseils de prud'hommes. Pour ces personnes la loi n'exige ni la qualité actuelle de commerçants, ni l'inscription à la patente.

Toutes ces personnes doivent être domiciliées depuis 5 ans au moins dans le ressort du tribunal. — La loi de 1883 a établi un assez grand nombre d'incapacités, V. art. 2.

1221. La liste des électeurs pour chaque ressort est annuelle; elle comprend tous les électeurs remplissant au 1er septembre les conditions exigées par la loi; le maire la dresse assisté de deux conseillers municipaux (Loi de 1883, art. 3). La loi contient des règles sur la publication de la liste (art. 4), sur les réclamations tendant à inscription ou à radiation (art. 5-7); nous ne pouvons ici que renvoyer à ces dispositions.

1222. Sont éligibles : 1° les électeurs inscrits sur la liste électorale et âgés de 30 ans; 2° les anciens commerçants français ayant exercé leur profession dans l'arrondissement et y résidant (Loi de 1883, art. 8). Pour être élu président, il faut avoir été juge deux ans et pour être juge, il faut avoir été suppléant un an (même article); on impose ainsi aux présidents et aux juges titulaires une sorte de stage qui leur permet d'acquérir les connaissances et l'expérience nécessaires. — Les art. 9-12 de la loi de 1883 règlent les formes, les causes de nullité de l'élection ainsi que la juridiction compétente pour statuer.

Source BIU Cujas

Les membres des tribunaux de commerce ne sont nommés que pour deux ans et, pour que les traditions ne soient pas brusquemment rompues, ces tribunaux se renouvellent par moitié chaque année. Ainsi, lors de la première élection qui suit la création d'un tribunal de commerce, le président et la moitié des juges et des suppléants sont nommés pour deux ans; la seconde moitié des juges et des suppléants n'est nommée que pour un an. Aux élections postérieures, toutes les nominations sont faites pour deux années (art. 622). Le président et les juges sortant d'exercice après deux années, peuvent être réélus immédiatement pour deux autres années; mais cette seconde période écoulée, ils ne sont rééligibles qu'après un an d'intervalle (art. 623, al. 2). La loi n'a pas voulu que les fonctions judiciaires fussent toujours exercées par les mêmes personnes. La loi de 1883 a posé une règle particulière pour le président, en ce que, même après avoir été quatre ans juge titulaire, on peut être deux fois président sans avoir à attendre un an d'intervalle (art. 13).

1223. Sous les régimes monarchiques les juges consulaires élus devaient recevoir l'*institution* du chef de l'État; aujourd'hui ils doivent être *reçus publiquement* par la Cour d'appel de leur ressort ou par le tribunal de leur arrondissement délégué par la Cour sur leur demande, s'ils ne siègent pas dans l'arrondissement où est la Cour (art. 14, loi du 1883). Ils prêtent serment devant la juridiction qui les reçoit et sont ensuite installés en audience publique par leurs prédécesseurs.

1224. Les jugements des tribunaux de commerce, comme ceux des tribunaux civils, doivent être rendus par trois juges au moins dont un titulaire; un jugement ne serait pas valablement rendu par trois suppléants (C. com. art. 626; Loi de 1883, art. 15, al. 2). Il est possible que, par suite de causes diverses, on ne puisse réunir un nombre suffisant de juges ou de suppléants. Le président tire alors au sort en séance publique les noms de *juges complémentaires* pris dans une liste dressée chaque année par le tribunal. Cette liste de 50 noms pour Paris, de 25 pour les tribunaux de 9 membres et de 15 pour les autres tribunaux, ne peut comprendre que des éligibles ou, en cas d'insuffisance, des électeurs ayant les uns et les autres leur résidence dans la ville où siège le tribunal (Loi de 1883, art. 16).

Source BIU Cujas

Les juges complémentaires sont dans la condition des juges suppléants en ce qu'ils ne peuvent composer le tribunal à eux seuls; mais deux d'entre eux peuvent siéger avec un juge titulaire.

1225. Chaque tribunal de commerce choisit un certain nombre d'*huissiers* parmi ceux qui résident dans le lieu où siège le tribunal; ils font le service d'ordre aux audiences et sont chargés de l'appel des causes. — Auprès des tribunaux de commerce, il n'y a pas d'avoués comme auprès des tribunaux civils (C. pr., art. 414, C. com., art. 627). Pour éviter les lenteurs et les frais, la loi laisse aux parties la faculté de comparaître et de plaider elles-mêmes ou par un tiers qui doit être muni d'un pouvoir spécial, si la partie présente à l'audience ne l'autorise. Le tiers assistant ou représentant la partie ne peut être un huissier (C. com., art. 627). Sauf cette interdiction, les parties sont libres dans leur choix; ainsi elles peuvent prendre comme mandataire un avoué qui alors n'agit pas comme officier ministériel, mais comme un mandataire ordinaire. — Les tribunaux de commerce des villes de quelque importance ont l'habitude de dresser une liste de mandataires qu'ils recommandent aux choix des justiciables et qui sont appelés *agréés*, parce qu'ils ont l'agrément du tribunal. Les agréés ne sont pas des officiers ministériels et, en droit, leur condition ne devrait pas différer de celle des mandataires ordinaires. En fait, leur organisation ressemble beaucoup à celle des officiers ministériels surtout dans les grandes villes; le tribunal les désigne sur la présentation de leur prédécesseur qui cède son cabinet; il exerce sur eux une sorte de pouvoir disciplinaire en les excluant de la liste; il n'use pas de la faculté d'en augmenter le nombre. Dans cette limite, il n'y a rien d'illégal; mais, à propos de la procédure, nous aurons à rechercher si quelquefois la jurisprudence n'a pas excédé cette limite et n'a pas admis des différences de droit entre les mandataires ordinaires et les agréés.

Les tribunaux de commerce ont aussi l'habitude de désigner un certain nombre d'individus qu'ils chargent ordinairement des fonctions de *liquidateurs* des sociétés, faute par les intéressés de s'entendre sur leur choix, de *syndics des faillites* (V. plus haut, n° 1058) et d'*arbitres rapporteurs* dans les cas prévus par l'art. 429, C. pr.

Source BIU Cujas

Section II. — Compétence des tribunaux de commerce.

1226. Il faut rechercher : *A.* Quelles sont les affaires dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de commerce (compétence *ratione materiæ*) ; *B.* Quel est pour ces affaires le tribunal de commerce compétent (compétence *ratione personæ*).

A. — *Compétence ratione materiæ.*

1227. La juridiction consulaire est une juridiction d'exception et, par suite, elle n'est compétente que pour les affaires dont la connaissance lui est attribuée par la loi (1). Ces affaires peuvent être rangées sous six chefs différents : 1° contestations relatives aux *actes de commerce* (art. 631, 3° et 1°) ; 2° contestations relatives aux *billets à ordre* et aux *chèques*, par cela seul qu'un de leurs signataires est obligé commercialement (art. 636 et 637) ; 3° *contestations entre associés* pour raison d'une société de commerce (art. 631-2°) ; 4° tout ce qui concerne les *faillites* (art. 635) ; 5° *actions contre les facteurs, commis des marchands ou leurs serviteurs* pour le fait du trafic du marchand auquel ils sont attachés (art. 634-1°) ; 6° *billets faits par les receveurs*, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics (art. 634-2°). Enfin nous verrons dans le chapitre II ci-après que les tribunaux de commerce connaissent en appel des sentences des conseils de prud'hommes.

1228. 1° *Actes de commerce.* — Les procès concernant ces actes forment la catégorie la plus nombreuse des affaires réservées aux tribunaux de commerce et c'est précisément à propos de la compétence que le Code a énuméré les actes de commerce (Cf. plus haut, n° 16). Du moment qu'un acte est commercial (2), le tribunal de

(1) Cette règle s'applique non seulement aux demandes principales portées devant les tribunaux de commerce, mais encore aux demandes reconventionnelles ou en garantie. Le principe d'après lequel la personne assignée incidemment en garantie doit procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante, encore qu'elle dénie être garante (C. pr. civ., art. 59-8 et 181), suppose que le tribunal originaire n'est pas incompétent *ratione materiæ* pour connaître de la demande en garantie.

(2) Tous les contrats maritimes, étant des actes de commerce (art. 633), rentrent dans la juridiction commerciale ; avant la Révolution, les amirautés connaissaient des affaires maritimes (V. plus haut, n° 810).

Source BIU Cujas

commerce est compétent pour les contestations auxquelles il donne lieu, quelle que soit la qualité des auteurs de cet acte, qu'ils soient ou non commerçants. Toutefois il est facile de comprendre que les justiciables des tribunaux de commerce sont ordinairement des commerçants, d'abord parce que ce sont surtout des commerçants de profession qui font des opérations de commerce, ensuite parce que les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce sont considérés comme des actes de commerce, bien que n'étant pas commerciaux par eux-mêmes (Cf. plus haut, n° 37). Enfin la loi répute commerciaux jusqu'à preuve contraire les actes faits par un commerçant (Cf. n° 42); un tribunal de commerce, saisi d'une affaire contre un commerçant, peut donc connaître du procès, si cette présomption légale n'est pas détruite par la preuve contraire. Cette preuve peut être faite, ce qui montre que l'art. 631-1° est inexact en faisant rentrer d'une façon générale dans la juridiction commerciale *les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers*. Cf. n° 36.

1229. Nous avons vu qu'il y a des actes civils pour une partie et commerciaux pour l'autre (n° 24) et que ce caractère mixte soulève une difficulté pour la preuve (n° 380); il en soulève également une pour la compétence. Il n'y a pas de raison pour faire prévaloir exclusivement la juridiction civile ou la juridiction commerciale. Ce qui semble le plus naturel, c'est de décider que le tribunal compétent est le tribunal civil ou le tribunal de commerce suivant que l'acte litigieux est civil ou commercial pour le défendeur, *actor sequitur forum rei*. La jurisprudence est fixée en ce sens que la partie pour laquelle l'acte est civil ne peut être citée que devant le tribunal civil, mais qu'elle a, au contraire, le choix de citer son adversaire dans le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil (1); en ce sens on invoque les précédents (Ord. de 1673, tit. XII, art. 10) et aussi ce motif que la partie pour qui l'acte est civil ne peut être contrainte de plaider devant des juges qui ne sont pas ses juges naturels et qui se référeraient peut-être à des usages commerciaux qu'elle n'est pas forcée de connaître.

(1) Cass. 11 janvier 1869, S. 1869. 1. 13; Aix, 15 janvier 1884, D. 1885. 2. 49.

Source BIU Cujas

1230. 2° *Contestations relatives aux billets à ordre, aux lettres de change ne valant que comme simples promesses, aux chèques.* — Nous avons vu que le billet à ordre, à la différence de la lettre de change, n'est pas par lui-même un acte de commerce (n° 666); la nature de l'engagement de chacun des signataires dépend donc de la nature de l'opération à raison de laquelle il est intervenu : les uns peuvent être tenus civilement et les autres commercialement. Le Code a modifié ici les règles ordinaires de compétence en deux points : *a*. Si tous ceux qui ont signé sont tenus civilement, ils doivent être poursuivis devant le tribunal civil et le tribunal de commerce serait incompétent ; seulement, bien qu'il s'agisse d'une incompétence *ratione materiæ*, le tribunal de commerce saisi n'est tenu de renvoyer au tribunal civil que s'il en est requis par le défendeur (art. 636). *b*. Par cela seul qu'il y a sur le billet des signatures de commerçants, le tribunal de commerce est compétent même à l'égard des non-commerçants (art. 637), qu'ils soient actionnés ensemble ou séparément; la loi ne distingue pas. Cela ne veut pas dire que l'engagement des signataires non commerçants devienne ainsi commercial ; l'art. 637 le montrait bien en disposant que la contrainte par corps ne devait pas être prononcée à leur égard. — Nous avons reproduit à peu près la formule du Code en parlant de *signataires commerçants* et de *signataires non commerçants;* elle est vraie le plus souvent, mais non toujours. La distinction exacte doit être tirée de la nature commerciale ou civile de l'engagement, la qualité de commerçant ou de non-commerçant ne produisant qu'une présomption. Si un signataire est non-commerçant, mais tenu commercialement, cela suffit pour faire appliquer l'art. 637 ; à l'inverse, la signature d'un commerçant qui serait tenu civilement, ne produirait pas ce résultat. — D'après les dispositions formelles des art. 636 et 637, les lettres de change réputées simples promesses en vertu de l'art. 112 (V. n° 660) sont traitées comme les billets à ordre au point de vue de la compétence. Cf. aussi n° 662. — Comme le billet à ordre, le chèque n'est pas, par sa nature, un acte de commerce et nous avons décidé qu'au point de vue de la compétence, il devait être assimilé au billet à ordre (n° 685) ; les règles que nous venons de poser lui sont donc applicables.

Source BIU Cujas

1231. 3° *Contestations entre associés pour raison d'une société de commerce.* — Nous avons déjà vu (n° 354) que le Code de 1807 avait été modifié sur ce point par la loi du 17 juillet 1856 qui a supprimé l'arbitrage forcé ; la compétence des tribunaux de commerce, par suite de cette suppression, est admise ici comme pour les actes de commerce en général.

1232. 4° *Contestations en matière de faillite.* — Nous renvoyons aux explications données précédemment (n° 1060).

1233. 5° *Actions contre les commis.* — D'après l'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 des marchands auxquels ils sont attachés.* Cela comprend d'abord les procès que les marchands intenteraient contre leurs commis ou serviteurs à raison de faits se rattachant à leur commerce. Le contrat qui intervient entre le patron et le préposé, est bien civil pour celui-ci (n° 466), mais le législateur a pensé que le tribunal de commerce était particulièrement apte à juger des questions de ce genre, qui d'ailleurs sont presque toujours urgentes et qui seront résolues plus promptement que devant la juridiction civile. Nous n'hésitons pas à dire que le contrat dont il s'agit étant commercial pour le patron (n° 466), le tribunal de commerce peut être saisi par les commis ou préposés conformément aux principes généraux ; il faut seulement tenir compte de la jurisprudence indiquée plus haut (n° 1229) pour les actes mixtes et dire que le préposé aura le choix entre la juridiction civile et la juridiction commerciale (1). — La formule de l'art. 634-1° est assez générale pour comprendre les actions que des tiers pourraient avoir à intenter contre les préposés d'un commerçant. Le cas est peu fréquent parce que les préposés traitent presque toujours au nom de leur patron et par suite ne sont pas obligés ; il faudrait supposer un fait particulier engageant leur responsabilité personnelle. — Nous avons déjà dit (n° 31) que l'art. 634-1° ne peut être invoqué par le directeur de théâtre poursuivant ses acteurs. Il ne s'applique pas non plus aux ouvriers et apprentis dont nous parlerons plus loin (n° 1270).

1) Cass. 22 février 1859, S. 1859. 1. 321.

Source BIU Cujas

1234. 6° *Billets de comptables de deniers publics.* — D'après l'art. 634-2°, les tribunaux de commerce connaissent des *billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs, ou autres comptables des deniers publics.* Cela ne comprend pas seulement les billets à ordre, mais tous les engagements écrits, authentiques ou sous-seing privé, pris par les comptables à raison de leur gestion. L'art. 638-2° admet ici une présomption analogue à celle qui est établie pour les commerçants (n° 42) : les billets de comptables sont censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y est pas énoncée. Il s'agit d'une simple présomption qui peut toujours être combattue pour la preuve contraire. Le but du législateur a été de donner du crédit aux billets des comptables qui se négocieront plus facilement s'ils ont les mêmes garanties que les billets des commerçants ; c'est ainsi que déjà dans l'ancien droit les billets des comptables entraînaient la juridiction commerciale et la contrainte par corps (Cf. loi du 17 avril 1832, art. 8 et 9). Cela se comprenait alors que le Trésor public, pour se procurer de l'argent avant la rentrée des impôts, se faisait souscrire par ses comptables des billets qu'il négociait à des banquiers; on ne procède plus aujourd'hui de cette façon et le maintien de la juridiction commerciale en cette matière n'a plus de raison d'être (la contrainte par corps ayant été abolie en 1867).

1235. La compétence des tribunaux de commerce dépend de la nature des contestations, mais non du montant de l'intérêt en cause. Une affaire commerciale, si minime soit-elle, est portée devant eux. Les juges de paix ne sont compétents que pour les affaires civiles; on a pensé qu'il n'y avait pas de raison d'étendre leur juridiction aux affaires commerciales alors que la procédure suivie devant la juridiction consulaire était rapide et économique. — Cependant la loi du 25 mai 1838, qui règle la compétence des juges de paix, admet à titre exceptionnel cette compétence pour des affaires qui ont un caractère commercial au moins pour un des plaideurs; d'après son art. 2, 2e et 3e alin., *les juges de paix prononcent sans appel, jusqu'à la valeur de 100 fr. et, à charge d'appel, jusqu'au taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de première instance; — sur les contestations entre hôteliers, aubergistes, ou logeurs et les voyageurs ou locataires en garni, pour dépenses d'hô-*

Source BIU Cujas

tellerie et perte ou avarie d'effets déposés dans l'auberge ou dans l'hôtel; — entre les voyageurs et les voituriers ou bateliers pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets accompagnant les voyageurs. Les contrats qui donnent lieu aux contestations dont il s'agit ici, ont un caractère mixte, ils sont commerciaux pour l'aubergiste ou le voiturier, civils pour le voyageur (Cf. n° 24). Si le voiturier ou l'aubergiste agit contre le voyageur, il ne peut le poursuivre que devant le juge de paix. Faut-il dire également que le voyageur demandeur ne peut saisir que le juge de paix? La loi de 1838 ne fait pas de distinction suivant la qualité du demandeur; toutefois la jurisprudence (1) applique ici la doctrine indiquée plus haut (n° 1229) pour les affaires mixtes; elle permet au voyageur de choisir entre la juridiction commerciale et la juridiction civile; suivant elle, il n'y a pas de raison pour écarter ici ce qu'elle considère comme le droit commun; la loi de 1838 a seulement ce sens que, si la juridiction civile est choisie, c'est, jusqu'à concurence de 1,500 fr., le juge de paix qui est compétent et non le tribunal civil.

1236. COMPÉTENCE EN PREMIER ET EN DERNIER RESSORT DES TRIBUNAUX DE COMMERCE. — Pour les affaires commerciales, les tribunaux de commerce tiennent la place des juges de paix et des tribunaux de première instance pour les affaires civiles. Ils connaissent des affaires commerciales de l'intérêt le plus minime et leurs jugements sont, quant au taux du premier et du dernier ressort, soumis aux mêmes règles que ceux des tribunaux civils. Voici ce que dispose l'art. 639, C. com. (modifié par la loi du 3 mars 1840): *les tribunaux de commerce jugent 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'excèdera pas la valeur de 1,500 francs; 3° les demandes reconventionnelles ou en compensation, lors même que, réunies à la demande principale, elles excèderaient 1,500 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*

(1) Cass., 4 novembre 1863, S. 1864. 1. 138.

Source BIU Cujas

dernier ressort sur les demandes en dommages-intérêts, lorsqu'elles seront fondées exclusivement sur la demande principale elle-même. Cf. la loi du 11 avril 1838 pour les tribunaux civils qui pose les mêmes règles, sauf qu'elle n'indique pas que les parties peuvent renoncer à la faculté d'interjeter appel et qu'elle parle des matières immobilières, qu'omet l'art. 639 parce que les opérations qui ont les immeubles pour objet, n'ont pas un caractère commercial. Cf. plus haut, n° 21. Nous verrons plus loin (n° 1259) comment est jugé l'appel des jugements des tribunaux de commerce.

1237. Nous avons encore à signaler une conséquence importante de l'idée que la juridiction commerciale est une juridiction d'exception. Les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements (art. 442, C. pr.). Les difficultés qui peuvent s'élever à propos de l'exécution d'un jugement, n'ont rien de commercial; elles sont jugées par le tribunal civil dans le ressort duquel l'exécution a lieu (art. 553, C. proc. civ.). Un avis du Conseil d'État du 17 mai 1809 a fait une application de cette règle en déclarant les tribunaux civils compétents en matière de vente de navires sur saisie (n° 965). — Si une sentence arbitrale a été rendue en matière commerciale, c'est le président du tribunal civil qui la déclare exécutoire (Cf. art. 1020, C. pr.). De même, la jurisprudence admet que la demande formée pour faire accorder l'*exequatur* à un jugement étranger (art. 2123, C. civ. et 546, C. proc.) doit toujours être portée devant un tribunal civil, quand même la contestation aurait un caractère commercial (1). Cela peut se concilier avec la solution d'après laquelle il peut toujours y avoir révision au fond de la sentence étrangère; cette sentence, quoique révisable, n'est pas inexistante; l'affaire ne se présente pas entière devant un tribunal français comme si rien n'avait été jugé: la demande ayant pour objet direct l'*exequatur* n'a pas un caractère commercial.

1238. *Nature de l'incompétence des tribunaux de commerce en matière civile et des tribunaux civils en matière commerciale.* — Il est certain que l'incompétence des tribunaux de commerce pour connaître des affaires civiles est une incompétence absolue, ce qui entraîne plusieurs conséquences :

(1) Chambéry, 12 février 1869, D. 1871. 2. 118.

Source BIU Cujas

a. Le tribunal de commerce doit d'office se déclarer incompétent (art. 170, C. proc.); V. ci-dessus, n° 1230, une dérogation contenue dans l'art. 636, C. com.

b. L'exception d'incompétence peut être opposée en tout état de cause et non pas seulement *in limine litis* (art. 170, C. proc.).

c. Elle peut être opposée même en appel pour la première fois. La jurisprudence admet qu'elle ne peut l'être pour la première fois devant la Cour de cassation (1); elle se fonde sur ce que l'incompétence, si elle existait, a été couverte par l'arrêt de la Cour d'appel; celle-ci a la plénitude de juridiction, comme étant juridiction d'appel à la fois pour le tribunal civil et pour le tribunal de commerce. L'exactitude de cette solution peut être contestée, notamment parce qu'elle supprime en réalité un degré de juridiction, si le tribunal de commerce était incompétent.

L'incompétence des tribunaux civils, pour connaître des affaires commerciales, n'a jamais été regardée comme absolue par la jurisprudence (2); ainsi elle ne peut être déclarée d'office par le tribunal ni opposée pour la première fois en appel. On invoque la plénitude de juridiction des tribunaux civils; pour les affaires commerciales, la loi leur préfère les tribunaux de commerce, mais n'exclut pas absolument les tribunaux civils; ainsi les tribunaux civils connaissent des affaires commerciales là où il n'y a pas de tribunal de commerce; cela ne se concevrait pas s'il s'agissait d'une incompétence absolue touchant à l'ordre public.

B. — *Compétence ratione personæ.*

1239. Une affaire étant du ressort de la juridiction consulaire, il s'agit de savoir devant quel tribunal de commerce elle doit être portée. La règle générale, en matière civile, est que, pour les actions personnelles ou réelles mobilières, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur, *actor sequitur forum rei* (art. 59, C. pr.). En matière commerciale, une plus grande latitude a été laissée au demandeur; voici ce que décide l'art. 420, C. pr.: *le demandeur pourra assigner à son choix, — devant le tribunal du domicile du défendeur,*

(1) Cass., 10 février 1885, *Journ. du Pal.*, 1885, p. 745.
(2) Cass., 17 juin 1884, D. 1884. 1. 416.

Source BIU Cujas

— *devant celui dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la marchandise livrée, — devant celui dans l'arrondissement duquel le paiement devait être effectué.* Il peut donc arriver que trois tribunaux soient également compétents.

1° Le tribunal du domicile du défendeur est compétent par application du droit commun; c'est le tribunal le plus souvent saisi parce que les circonstances de fait, nécessaires pour qu'un autre tribunal soit compétent, peuvent ne pas se rencontrer. — La disposition s'applique aux sociétés qui ont une personnalité et par suite un domicile (Cf. n° 122) où elles peuvent être poursuivies; pour les associations en participation, il ne peut être question du domicile de l'association, qui n'a pas d'existence ostensible, mais seulement du domicile des associés (Cf. n° 311). Une société, comme un individu, est domiciliée là où elle a son principal établissement; certaines sociétés, outre ce principal établissement, ont des succursales importantes en différents lieux, c'est ce qui se présente notamment pour les compagnies de chemins de fer qui, outre leur gare centrale, ont des gares principales sur les diverses parties de leur réseau. Pour des raisons d'utilité pratique plutôt que pour des motifs bien juridiques, la jurisprudence admet que ces sociétés peuvent être actionnées devant les tribunaux dans le ressort desquels se trouvent les succursales de ces gares, pourvu que la contestation se rattache à une opération traitée à la succursale ou dans son voisinage (1).

2° Un autre tribunal est compétent si dans son ressort la promesse a été faite (c'est-à-dire le marché conclu) et la marchandise livrée, les deux circonstances doivent se trouver réunies. Cela donne intérêt à la question de savoir en quel lieu un contrat a été conclu, Cf. n° 388.

3° Le lieu du paiement, qui est attributif de juridiction, peut être désigné dans le contrat ou être déterminé conformément au droit commun (art. 1247, C. civ.) : souvent le vendeur indique un lieu de paiement sur la facture, mais cette indication ne vaut qu'autant que la facture a été acceptée expressément ou tacitement par l'acheteur.

(1) Cass., 16 janvier 1861 et 7 mai 1862, D. 1861. 1. 126 et 1862. 1. 230. Jusqu'en 1859, la jurisprudence était en sens contraire : Cass., 5 avril 1859, S. 1859. 1. 673.

Source BIU Cujas

L'art. 420 a eu surtout en vue les contestations ayant une vente pour objet, ce qui se comprend puisque la vente est la plus fréquente des opérations commerciales ; mais il n'est pas limitatif et il s'applique à toutes les contestations dont la connaissance est attribuée aux tribunaux de commerce.

1240. La règle de l'art. 420, C. pr., forme le droit commun en matière commerciale ; elle est soumise aux mêmes restrictions ou dérogations que la règle *actor sequitur forum rei ;* voici quelques applications de cette idée :

a. S'il y a plusieurs défendeurs, le demandeur peut les poursuivre tous, soit devant le tribunal du domicile de l'un deux, soit devant l'un des tribunaux désignés par l'art. 420 ;

b. L'élection de domicile est attributive de compétence, Cf. art. 111, C. civ. Il reste à déterminer, d'après les circonstances, si le tribunal du domicile élu est exclusivement compétent ou s'il n'exclut que le tribunal du domicile réel.

c. Le garant actionné par le garanti doit plaider devant le tribunal saisi de la demande principale, quand même ce tribunal ne serait pas à son égard compétent en vertu de l'art. 420, Cf. C. pr., art. 59 et 181. Si le garanti agit par voie principale, l'art. 420 s'applique tout naturellement.

d. En matière de société, tant qu'elle existe, d'après l'art. 59, C. proc. civ., le défendeur est assigné devant le juge du lieu où elle est établie.

e. Pour les affaires nées de la déclaration de faillite, le tribunal compétent est celui qui l'a prononcée (art. 59, al. 7, C. pr.) ; cela s'applique, par exemple, aux demandes en nullité fondées sur les art. 446-449, C. com. Pour les demandes formées par les syndics qui ne dérivent pas de la déclaration en faillite, qui ont pour objet le recouvrement des sommes dues au failli, la règle de l'art. 420, C. pr., reprend son empire.

f. D'après l'art. 60, C. pr., *les demandes formées pour frais par les officiers ministériels seront portées au tribunal où les frais ont été faits*. — Cette règle s'applique aux demandes formées par les huissiers exerçant leurs fonctions auprès des tribunaux de commerce, mais non aux demandes en paiement de frais ou d'honoraires inten-

Source BIU Cujas

tées par les agréés, liquidateurs, arbitres-rapporteurs, syndics, puisque ces différentes personnes ne sont pas des officiers ministériels. Conformément au droit commun, le tribunal du domicile du défendeur sera compétent; si le défendeur est commerçant et si le procès pour lequel les frais sont dus se rattache à son commerce, nous pensons que, par application de la *théorie de l'accessoire* (n° 37), le tribunal de commerce est compétent, mais ce point est très controversé (1). Nous pensons aussi que ceux qui font leur profession d'être agréés, sont des agents d'affaires et par suite des commerçants, puisque la loi range l'entreprise d'agence d'affaires parmi les actes de commerce (n° 28); ils peuvent donc être poursuivis devant le tribunal de commerce pour les faits se rapportant à leur profession, mais la jurisprudence est contraire (2).

1241. *Contestations entre Français et étrangers ou entre étrangers.* — Un Français peut, en vertu de l'art. 14, C. civ., actionner un étranger devant un tribunal français encore que cet étranger n'ait en France ni domicile ni résidence et que le contrat ait été passé en pays étranger. Un étranger peut poursuivre un Français conformément aux règles ordinaires de compétence (Cbn. art. 15, C. civ. et 420, C. pr.); il est dispensé, en matière commerciale, de fournir la caution *judicatum solvi* qui, en général, est exigée des étrangers demandeurs (art. 16, C. civ., 423, C. pr.) : on a voulu ainsi favoriser le commerce et engager les étrangers à traiter avec des Français en rendant plus faciles les poursuites qu'ils auraient à exercer contre eux. S'il s'agit d'une contestation commerciale entre étrangers, la jurisprudence applique les mêmes règles de compétence qu'entre Français (3). Cela est important à noter, parce que la jurisprudence admet que le droit de recourir à la justice est un droit civil *stricto sensu* (Cf. art. 11, C. civ.) qui doit, par suite, être refusé, en principe, aux étrangers. Cette doctrine est fort contestable, mais ce n'est pas le lieu de la discuter, d'autant plus qu'en fait, la discussion n'a pas d'intérêt pour les matières commerciales.

(1) V., notamment dans le sens du texte, Riom, 27 février 1878, D. 1878. 2. 153; en sens contraire, Paris, 10 février 1883, *Journ. du Pal.*, 1883. 991.

(2) Douai, 4 janvier 1882 et Paris, 10 février 1883, *Journ. du Pal*, 1883, p. 991.

(3) Cass., 22 novembre 1875, S. 1876. 1. 213.

Source BIU Cujas

Section II. — Procédure commerciale.

1242. Pour répondre au but dans lequel les tribunaux de commerce ont été institués, la procédure à suivre devant eux devait être simple, rapide et peu coûteuse ; aussi, sous beaucoup de rapports, diffère-t-elle de la procédure suivie devant les tribunaux civils. Elle est réglée à la fois par le Code de procédure (art. 414-442) et par le Code de commerce (art. 641-648) qui, sauf sur quelques points, ne fait que confirmer les dispositions du Code de procédure. Toutes les questions ne sont pas prévues ; les lacunes de la législation doivent être comblées en partant de cette idée que les règles générales de la procédure devant les tribunaux civils s'appliquent à la procédure commerciale, quand il n'y a pas été dérogé expressément et que les règles de le procédure ordinaire ne sont pas incompatibles avec l'organisation des tribunaux de commerce et le caractère de la procédure commerciale. Nous n'indiquerons que les règles particulières à la procédure commerciale.

1243. *Introduction de l'instance.* — Les affaires commerciales sont, pour raison de célérité, dispensées du préliminaire de conciliation (art. 49-4°, C. pr.) ; elles sont donc portées directement devant le tribunal de commerce à la suite d'un exploit d'ajournement (art. 415, C. pr.). Le délai donné au défendeur pour comparaître est d'un jour franc (art. 416 et 1033, C. pr.) ; pour les tribunaux civils, le délai est de huitaine (art. 72, C. pr.). Il y a lieu à augmentation d'un jour par cinq myriamètres à raison de la distance entre le domicile du défendeur et le lieu où siège le tribunal. — Dans les cas requérant célérité, le président du tribunal de commerce peut permettre d'assigner même de jour à jour ou d'heure à heure (art. 417, C. pr.). Dans certains cas indiqués par la loi (affaires maritimes urgentes), l'assignation peut être donnée de cette façon même sans ordonnance préalable (art. 418, C. pr.).

1244. La loi donne au président du tribunal de commerce le droit de permettre au demandeur de saisir conservatoirement les effets mobiliers de la partie assignée (art. 417, C. pr.) ; cela peut être indispensable pour prévenir un détournement, mais cela peut aussi préjudicier au défendeur ; aussi le président peut-il astreindre le de-

Source BIU Cujas

mandeur à fournir caution ou à justifier d'une solvabilité suffisante, de manière que le défendeur puisse obtenir réparation du dommage qui lui aurait été injustement causé.

1245. *Référés.* — Le président du tribunal civil peut, sans préjuger le fond, statuer sur les affaires urgentes par voie de référé (art. 806 et suiv., C. pr.). Aucun texte ne donne le même pouvoir au président du tribunal de commerce et on ne peut lui appliquer par voie d'analogie les dispositions sur les référés qui concernent le président du tribunal civil; le caractère exceptionnel de la juridiction commerciale s'y oppose. On s'est demandé si, du moins, le président du tribunal civil n'était pas compétent pour juger en référé même en matière commerciale. La négative est généralement admise pour deux motifs : pour les affaires commerciales, il est pourvu aux cas d'urgence par les dispositions que nous venons de mentionner (nos 1243 et 1244) et la procédure commerciale est assez rapide pour que les référés n'y soient point nécessaires; de plus, le juge compétent pour statuer au fond doit avoir aussi seul compétence pour statuer provisoirement.

1246. Comparution. — Devant les tribunaux civils, la comparution du défendeur consiste dans la constitution d'un avoué; rien de semblable en matière commerciale, puisque le ministère des avoués y est interdit (art 414, C. pr.; 627, C. com.). Le défendeur, comme le demandeur, doit comparaître en personne ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale (art. 421, C. pr.). Nous avons déjà vu (no 1225) que les parties étaient, en principe, libres dans le choix de leur mandataire, qu'enfin elles étaient le plus souvent représentées ou assistées par des *agréés*, au moins devant les tribunaux de quelque importance. — Devant un tribunal civil, l'avoué justifie suffisamment de son pouvoir de représenter la partie en produisant l'original ou la copie de l'acte d'ajournement; devant le tribunal de commerce, le mandataire doit être autorisé par la partie présente ou muni d'un pouvoir spécial. Ce pouvoir, qui peut être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assignation, est exhibé au greffier avant l'appel de la cause et par lui visé sans frais (art. 627, C. com.). Les tribunaux de commerce exigent ordinairement que la signature du mandant soit légalisée; on ne peut considérer cette exigence

Source BIU Cujas

comme illégale, parce que les tribunaux doivent avoir le droit, dans l'intérêt des justiciables et dans un intérêt supérieur d'ordre public, de contrôler les actes produits par ceux qui prétendent représenter les parties (1). Mais où les tribunaux de commerce nous semblent commettre une véritable illégalité, c'est quand ils distinguent à ce point de vue entre les agréés et les autres mandataires, pour dispenser de la légalisation les procurations produites par les premiers; ils portent atteinte à la liberté que la loi a voulu laisser aux parties pour le choix de leurs mandataires puisque les diverses personnes sur lesquelles peut se porter leur choix ne sont plus sur le pied d'égalité.

1247. En matière civile, le plaideur qui allègue que son avoué ou son huissier a, sans mandat, fait, donné ou accepté des offres, des aveux, des consentements, ne peut se borner à alléguer que le mandant n'est tenu que dans les limites du pouvoir par lui donné et que ce pouvoir ne s'étendait pas à l'acte dont il s'agit (art. 1998, C. civ.); il doit recourir à la procédure spéciale du *désaveu* (art. 352-362, C. pr.). Le droit commun, exprimé par l'art. 1998, C. civ., doit reprendre son empire pour les mandataires qui figurent devant les tribunaux de commerce, puisqu'ils n'ont aucun caractère officiel. Néanmoins la jurisprudence admet la procédure du désaveu à l'égard des agréés qu'elle traite ainsi comme des officiers ministériels, ce qui nous paraît tout à fait illégal (2).

1248. Procédure devant le tribunal. — Si les parties comparaissent et qu'à la première audience il n'intervienne pas jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu où siège le tribunal, doivent y faire une élection d'un domicile qui est mentionné sur le plumitif de l'audience; à défaut, toute signification, même celle du jugement définitif, sera valablement faite au greffe du tribunal (art. 422, C. pr.). Cette disposition a pour but d'éviter la nécessité des significations au domicile de chaque partie qui entraîneraient des lenteurs et des frais. Il y a, du reste, moins de significations à faire qu'en matière civile; ainsi, notamment, les conclu-

(1) Civ. rej. 1er mai 1883, S. 1883. 1. 265.

(2) Pour une question de compétence qui s'élève à propos de l'action en désaveu qui serait intentée en matière commerciale, V. *Précis de Droit commercial*, II, n° 3208.

Source BIU Cujas

sions sont prises à la barre et ne sont pas signifiées (V., au contraire, art. 77 et 78, C. pr.); c'est de cette façon que sont formées les demandes reconventionnelles.

1249. *Exceptions.* — Nous avons déjà dit (n° 1241) que, dans les affaires commerciales, il n'y a pas lieu à l'exception de la caution *judicatum solvi* (art. 423, C. pr.). — Pour l'exception d'incompétence, l'art. 424, C. pr., dispose : *Si le tribunal est incompétent à raison de la matière, il renverra les parties encore que le déclinatoire n'ait pas été proposé. — Le déclinatoire pour toute autre cause ne pourra être proposé que préalablement à toute autre défense.* La distinction ainsi faite entre l'incompétence absolue et l'incompétence relative est conforme au droit commun (Cf. art. 168-170, C. pr.); mais les termes généraux de l'art. 424, C. pr., tranchent une question qui est, au contraire, controversée en matière civile. Il résulte du 2e alin. de l'article que le déclinatoire pour toute autre cause qu'une incompétence *ratione materiæ*, par exemple, pour litispendance ou connexité, doit être proposé *in limine litis;* quelques-uns prétendent, au contraire, que, devant les tribunaux civils, les exceptions de litispendance ou de connexité peuvent être opposées en tout état de cause. — En matière civile, le tribunal doit statuer par un jugement spécial sur la question de compétence avant de juger le fond (art. 172, C. pr.). Cette règle, fondée sur le motif rationnel qu'il est inutile de discuter une affaire devant un tribunal peut-être incompétent, a été, pour des raisons de célérité, écartée en matière commerciale; le tribunal peut ordonner de plaider à la fois sur l'incompétence et sur le fond. Le même jugement, dit l'art. 425, C. pr., *pourra, en rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par deux dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur le fond; les dispositions sur la compétence pourront toujours être attaquées par la voie de l'appel,* Cf. art. 454, C. pr.

1250. Les héritiers et les veuves communes en biens des justiciables du tribunal de commerce peuvent être assignés devant ce tribunal, soit par action nouvelle, soit en reprise d'instance, si leur auteur avait été actionné de son vivant (art. 426, C. pr.). Le défendeur peut nier sa qualité soit d'héritier, soit de veuve commune en biens ou prétendre être dans les délais pour prendre qualité et ne

Source BIU Cujas

l'avoir pas encore fait; ces questions n'ont rien de commercial et doivent être renvoyées au tribunal civil. Quand celui-ci aura statué, on reviendra au tribunal de commerce pour avoir une décision sur le fond (art. 426, C. pr., *in fine*).

1251. L'exception de garantie est soumise aux mêmes règles qu'en matière civile (Cf. art. 180 et suiv., C. pr.); nous avons vu que le tribunal de commerce, saisi de la demande originaire, n'est compétent pour la demande incidente en garantie que si celle-ci se fonde sur une obligation commerciale (note 1 de la page 908).

1252. *Incidents.* — Il y a quelques particularités à signaler pour l'administration des preuves en matière commerciale (pour les modes de preuves admissibles, V. plus haut, nos 363 et suiv.). — *Si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux et que la partie persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant les juges qui doivent en connaître et il sera sursis au jugement de la demande principale. Néanmoins, si la pièce n'est relative qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre au jugement des autres chefs,* art. 427, C. pr.; les questions de vérification d'écritures, d'inscription de faux n'ont rien de commercial. — La preuve testimoniale étant, en principe, admise sans réserve dans les affaires commerciales (no 378), les *enquêtes* sont fréquentes devant les tribunaux de commerce; il y est procédé dans les formes prescrites pour les enquêtes sommaires (art. 432, cbn. 407 et suiv.). En conséquence, les témoins sont entendus en audience publique par le tribunal tout entier et il n'est dressé de procès-verbal détaillé de leurs dépositions par le greffier que si le jugement est susceptible d'appel (art. 432, *in fine*); il faut que la Cour, qui serait saisie de l'affaire, puisse statuer en connaissance de cause. — Le tribunal peut, dans tous les cas, ordonner, même d'office, que les parties seront entendues en personne, à l'audience ou en chambre du conseil, et s'il y a empêchement légitime, commettre un des juges, ou même un juge de paix, pour les entendre, lequel dressera procès-verbal de leurs déclarations, art. 428, cbn. art. 119, C. pr.—La loi n'a rien dit de l'*interrogatoire sur faits et articles* (Cf. art. 324-336, C. pr.); il n'y a pas de raison pour ne pas l'admettre en matière commerciale.

1253. Le tribunal de commerce peut recourir à une *expertise*

Source BIU Cujas

(art. 429, al. 2, C. pr.) ; on procède alors comme en matière civile, Cf. art. 302-323, C. pr. Un mode d'instruction spécial aux tribunaux de commerce est prévu par l'art. 429, al. 1, C. pr. ; *s'il y a lieu à renvoyer les parties devant des arbitres, pour examen de comptes, pièces et registres, il sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties et les concilier, si faire se peut, sinon donner leur avis.* Ces arbitres ne ressemblent pas aux personnes ordinairement désignées de ce nom et qui sont chargées par les parties de terminer leur différend par une sentence (Cf. art. 1003 et s., C. pr.) ; les arbitres dont il s'agit ici doivent chercher à concilier les parties et, s'ils n'y réussissent pas, éclairer le tribunal de leur avis consigné dans un rapport ; c'est pour cela qu'on les appelle ordinairement *arbitres-rapporteurs.* Ce procédé se conçoit pour les affaires compliquées qu'il est difficile d'instruire à l'audience, comme celles prévues par l'art. 429 qui nécessitent l'examen de comptes, pièces et registres. Sans prétendre que l'indication soit limitative, on peut penser que certains tribunaux de commerce abusent de la faculté qui leur est ainsi accordée en renvoyant devant un arbitre, dès que l'affaire leur paraît soulever une difficulté de fait ou de droit. Cela entraîne des lenteurs et des frais, sans compter que le tribunal est trop aisément conduit à suivre l'avis de l'arbitre.

1254. Du jugement. — L'art. 433, C. pr., renvoie, pour la rédaction et l'expédition du jugement, aux art. 141 et 146, C. pr. Ajoutons qu'en matière civile, les *qualités du jugement* (noms, professions et demeures des parties, conclusions, points de fait et de droit) sont rédigées par l'avoué de la partie gagnante qui les signifie à l'autre partie (art. 142, C. pr.), tandis qu'en matière commerciale, par suite de l'absence d'avoué, c'est le greffier qui est chargé de les rédiger. — Les règles relatives aux dépens (art. 130 et 131, C. pr.) s'appliquent en matière commerciale. C'est le jugement même qui liquide les dépens, puisque les affaires commerciales sont considérées comme matières sommaires (Cf. art. 543, C. pr.). Le perdant ne doit payer que les frais qu'a dû nécessairement faire son adversaire ; cela ne comprend donc pas les honoraires de l'agréé, puisque le ministère de celui-ci, à la différence du ministère des avoués, est purement facultatif.

Source BIU Cujas

1255. *Jugements par défaut.* — Il faut distinguer le défaut du demandeur et le défaut du défendeur. *Si le demandeur ne se présente pas, le tribunal donne défaut et renverra le défendeur de la demande* (art. 434, al. 1, C. pr.); il y a alors ce qu'on appelle *défaut-congé*. La loi ne fait allusion à aucun examen que devrait faire le tribunal, ce qui peut porter à croire qu'alors il n'y a pas chose jugée contre le demandeur qui perd seulement le bénéfice de l'action intentée par lui, sauf à l'intenter de nouveau.

1256. *Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné défaut et les conclusions du demandeur lui seront adjugées, si elles se trouvent justes et bien vérifiées*, art. 434, al. 2, Cf. art. 150, C. pr. Le jugement ainsi rendu doit être signifié par un huissier commis par le tribunal, art. 435, al. 1; il est exécutoire un jour après la signification et jusqu'à l'opposition, art. 435, al. 2; celle-ci suspend donc l'exécution. Elle se fait dans les mêmes formes qu'en matière civile (art. 437 et 438, cbn. 162, C. pr.). Pour faciliter l'opposition, la loi exige, à peine de nullité, que la signification du jugement contienne élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est pas domicilié; c'est à ce domicile élu que sera signifiée l'opposition (art. 435 et 437, C. pr.).

Pendant combien de temps l'opposition est-elle recevable? Voici la règle de l'art. 436, C. pr. : *l'opposition ne sera plus recevable après la huitaine du jour de la signification;* il est à remarquer que cette disposition concorde avec celle qui est édictée pour les jugements des tribunaux civils rendus par défaut faute de conclure, Cf. art. 157, C. pr. On pourrait s'étonner que la même règle eût été donnée pour deux cas très différents : devant le tribunal civil, le défendeur défaillant a été touché par l'ajournement puisqu'il a constitué un avoué; on comprend qu'on lui donne un court délai pour se pourvoir. Il n'en est pas de même en matière commerciale où le défendeur non comparant a pu ne pas recevoir l'assignation. Le Code de commerce a voulu écarter les inconvénients qui pouvaient résulter de cette assimilation admise par le Code de procédure; malheureusement il n'a pas précisé suffisamment la portée de la modification qu'il introduisait. Après avoir dit, dans l'art. 642, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera régie par les dispo-

Source BIU Cujas

sitions du Code de procédure, il ajoute dans l'art. 643 : *Néanmoins les art. 156, 158, 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 articles visés concernent les jugements par défaut faute de comparaître; ils décident que ces jugements sont périmés par cela seul qu'ils n'ont pas été exécutés dans les six mois de leur date (art. 156), qu'ils peuvent être frappés d'opposition tant qu'ils n'ont pas été exécutés (art. 158) ou réputés exécutés dans les termes de l'art. 159. L'art. 643, C com., remplace-t-il purement et simplement l'art. 436, C. pr., de telle sorte qu'il n'y ait plus à tenir compte de celui-ci ? Alors tous les jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, dans quelque circonstance que ce soit, sont régis par les art. 156, 158 et 159, C. pr. ; c'est ce qu'on a soutenu. Mais la jurisprudence (1) est fixée en ce sens que l'art. 643, C. com., a complété l'art. 436, C. pr., sans le supprimer; l'un et l'autre sont également en vigueur et s'appliquent à des hypothèses distinctes.

a. Le défendeur ne comparaît, ni personnellement, ni par mandataire; la situation est la même que quand, en matière civile, il y a défaut faute de comparaître. Elle est prévue par l'art. 643, C. civ.; l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution et le jugement est périmé faute d'être exécuté dans les six mois.

b. Le défendeur a comparu ou s'est fait représenter; pour une cause quelconque, il n'a pas conclu au fond. Il a connu l'instance et il est dans une situation analogue à celle du défendeur qui, devant un tribunal civil, a constitué un avoué sans conclure. Le cas est resté soumis à l'art. 436, C. pr., qu'il n'y avait pas de raison de modifier ici, puisqu'il n'y a pas de surprise. L'opposition doit donc être formée dans la huitaine de la signification et il n'y a pas de préremption pour défaut d'exécution dans les six mois.

1257. *Du défaut profit-joint.* — D'après l'art. 153, C. pr., si de plusieurs défendeurs, les uns ne comparaissent pas, et les autres comparaissent, le profit du défaut est joint, c'est-à-dire que le tribunal ordonne que la cause des défaillants et celle des comparants

(1) Cass., 14 janvier 1880, S. 1880. 1. 160.

Source BIU Cujas

seront jointes, que le jugement de jonction sera signifié aux défaillants qui seront réassignés; il est statué alors par un seul jugement qui ne sera pas susceptible d'opposition. Le but du législateur a été d'éviter la contrariété de jugements dans une même affaire. Faut-il appliquer l'art. 153 en matière commerciale? D'après la jurisprudence (1), les tribunaux auraient à ce sujet un pouvoir discrétionnaire; ils écarteraient ou appliqueraient l'article, suivant que le besoin de célérité leur paraîtrait primer ou non les inconvénients de la contrariété possible de jugements. Ce système nous semble purement arbitraire et nous pensons que l'art. 153 doit être appliqué dans tous les cas parce que sa disposition se concilie avec l'organisation des tribunaux de commerce. Cf. n° 1242. Il ne suffit pas d'objecter, comme le font quelques-uns qui écartent absolument l'art. 153, que cet article n'est pas visé par l'art. 643 C., com.

1258. Du tribunal civil faisant fonction de tribunal de commerce. — Dans les arrondissements où il n'y a pas de tribunal de commerce, c'est le tribunal civil qui juge les affaires commerciales (art. 640, C. com. et plus haut n° 1218). *L'instruction aura lieu, dans ce cas, dans la même forme que devant les tribunaux de commerce et les jugements produiront les mêmes effets* (art. 641). Il faut donc appliquer les règles précédentes (n°s 1242-1257). Si, dans une affaire commerciale jugée par le tribunal civil, il se présente, par exemple, une question de vérification d'écriture, le tribunal devra renvoyer à l'une des audiences où il juge les affaires civiles; il pourra bien se faire que la composition du tribunal soit identique, mais on ne procédera pas de même, puisqu'il y aura alors le ministère des avoués.

On s'est demandé si le ministère public intervenait quand le tribunal civil jugeait commercialement. La jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens de l'affirmative (2). En chargeant le tribunal civil de juger les affaires commerciales, là où il n'y a pas de tribunal de commerce, la loi suppose par son silence que le tribunal civil a son organisation ordinaire et comprend, par conséquent, le ministère public; celui-ci doit donc y remplir ses fonctions habi-

(1) Paris, 13 janvier 1883, D. 1883. 2. 98.
(2) Cass., 5 avril 1848, D. 1848. 5. 361.

Source BIU Cujas

tuelles, c'est-à-dire que, suivant les cas, il doit ou peut donner ses conclusions. Cf. art. 83, C. pr.

1259. De l'appel des jugements rendus en matière commerciale. — Nous avons vu (n° 1236) dans quels cas les jugements des tribunaux de commerce étaient susceptibles d'appel; la règle est la même que pour les tribunaux civils. L'appel est interjeté dans la même forme (art. 456, C. pr.) et c'est la même juridiction qui statue sur l'appel des uns et des autres, la Cour dans le ressort de laquelle ils sont situés (art. 644, C. com.); elle statue dans la forme ordinaire. *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 1re partie du Code de procédure civile* (art. 648, C. com.).

1260. Le délai pour interjeter appel est de deux mois comme en matière civile; il court de la signification du jugement, si celui-ci est contradictoire et de l'expiration de l'opposition, si le jugement est par défaut, art. 645, C. com. Cbn. art. 443 et 422, C. pr. L'art. 645 *in fine*, C. com., dit que l'appel peut être interjeté du jour même du jugement; cela tient à ce que les jugements en matière commerciale sont exécutoires par provision nonobstant appel (V. ci-après, n° 1261); la partie condamnée a donc grand intérêt à obtenir le plus tôt possible la réformation du jugement. En matière civile, l'appel n'est pas recevable dans la huitaine du jugement, mais aussi le jugement n'est-il pas exécutoire dans cette huitaine, il y a un lien entre les deux idées, comme le montrent les art. 459 et 460, C. pr. — Il est à remarquer que la disposition de l'art. 645, C. com., d'après laquelle l'appel peut être interjeté du jour du jugement, est absolue et qu'ainsi elle s'applique aux jugements par défaut comme aux jugements contradictoires; la partie condamnée peut donc interjeter appel, quoique la voie de l'opposition lui soit ouverte. V., au contraire, art. 455, C. pr.

Pour les *jugements rendus en matière de faillite*, l'art. 582, C. com., réduit le délai d'appel à quinze jours à partir de la signification; ce délai est augmenté à raison des distances.

1261. *Exécution provisoire.* — En matière civile, le jugement ne peut plus être exécuté une fois l'appel interjeté, sauf certains cas énumérés par la loi dans lesquels les tribunaux doivent ou peuvent ordonner l'exécution provisoire (art. 457, al. 1 et 135, C. pr.). En

Source BIU Cujas

matière commerciale, l'exécution provisoire est, au contraire, de droit et elle peut avoir lieu sans que le jugement mentionne rien à ce sujet. Mais, en règle générale, elle n'est possible qu'après que l'intimé a donné caution ou justifié de solvabilité suffisante, afin que l'appelant puisse être indemnisé du préjudice causé par l'exécution, si le jugement vient à être réformé. Par exception, le tribunal peut ordonner que l'intimé n'aura pas à fournir caution s'il veut exécuter, *lorsqu'il y aura titre non attaqué, ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel.* Ces diverses solutions sont admises sans difficulté, bien que l'art. 439, C. pr., d'où on les fait résulter, n'ait pas toute la clarté désirable. — Les art. 440 et 441, C. pr., règlent les formes suivant lesquelles la caution est fournie, Cf. art. 518-520, C. pr.; si une contestation s'élève, elle est jugée par le tribunal de commerce qui connaît ainsi de l'exécution de son jugement, par dérogation au principe général de l'art. 442, C. pr. V. plus haut, n° 1237.

1262. En matière civile, si un jugement a été mal à propos qualifié en dernier ressort ou si l'exécution provisoire a été ordonnée hors les cas prévus par la loi, l'appelant peut obtenir des défenses à l'audience sur assignation à bref délai, art. 457, al. 2, et 459, C. pr. Rien de semblable en matière commerciale par cela même que les jugements sont toujours exécutoires par provision : *les Cours d'appel ne pourront, en aucun cas, à peine de nullité, et même des dommages-intérêts des parties, s'il y a lieu, accorder des défenses ou 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 heure fixes, pour plaider sur l'appel,* art. 647, C. com. Seulement si celui qui a gagné en première instance avait été à tort dispensé de fournir caution pour exécuter le jugement, la Cour pourrait, avant de statuer sur l'appel, décider que l'intimé devra donner caution s'il veut exécuter.

1263. Des voies de recours extraordinaires. — Aucune règle particulière n'est posée par la loi; il faut donc admettre que ces voies de recours sont les mêmes qu'en matière civile et sont régies par des règles semblables.

Source BIU Cujas

CHAPITRE II.

DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES (1).

1264. Les conseils de prud'hommes sont des tribunaux spéciaux ayant pour principale attribution de juger les contestations entre fabricants et ouvriers. Ils se rattachent, dans la hiérarchie judiciaire, aux tribunaux de commerce, puisque ceux-ci jouent à leur égard le rôle de tribunaux d'appel (V. ci-après, n° 1274); mais ils ressortissent du ministre du commerce et ils ont aussi diverses attributions administratives dont nous n'avons pas à parler (2). Nous allons traiter successivement : A. de leur *organisation;* B. de leur *compétence;* C. de la *procédure à suivre devant eux.*

A. — *Organisation des Conseils de prud'hommes.*

1265. Les conseils de prud'hommes actuels ont leur origine directe dans la loi du 18 mars 1806, qui en établissait un à Lyon, et portait en même temps que, par règlement d'administration publique, le gouvernement pourrait en établir là où il le jugerait convenable (art. 34; Cf. anal. C. com., art. 615 et plus haut, n° 1248). Le décret d'institution fixe le nombre des membres du conseil (6 au moins non compris le président et le vice-président) et détermine les industries pour lesquelles le conseil est créé ainsi que le ressort de ce conseil (3).

1266. Les membres de ces conseils, comme ceux des tribunaux de commerce, sont élus et non nommés par le gouvernement. Le corps électoral comprend deux éléments, d'un côté les patrons, de

(1) Les textes législatifs sont nombreux et on en réclame depuis longtemps la codification; un projet est même soumis aux Chambres. Voici les principaux : Loi du 18 mars 1806; Décret des 21 septembre 1807 et 11 juin 1809; Av. C. d'E. du 20 février 1810; Lois du 1er juin 1853, du 4 juin 1864, du 7 février 1880 et du 20 novembre 1883. Comme pour l'électorat aux tribunaux de commerce, les systèmes politiques ont exercé ici une grande influence.

(2) V. *Précis de Droit commercial,* II, n° 3256. Disons seulement que c'est au greffe des Conseils de prud'hommes que sont déposés les *dessins et modèles de fabrique* (Loi du 18 mars 1806, art. 14-19).

(3) En décembre 1884, il y avait 130 conseils de prud'hommes.

Source BIU Cujas

l'autre les chefs d'atelier, contre-maîtres et ouvriers, qui appartiennent aux industries dénommées par le décret d'institution.

Sont électeurs : 1° les patrons âgés de 25 ans accomplis, patentés depuis cinq ans au moins et depuis trois ans dans la circonscription du conseil; 2° les chefs d'atelier, contre-maîtres et ouvriers, âgés de 25 ans accomplis, exerçant leur industrie depuis cinq ans au moins et domiciliés depuis trois ans dans la circonscription (Loi du 1er juin 1853, art. 4 modifié par la loi du 24 novembre 1883).

Sont éligibles les électeurs âgés de 30 ans accomplis et sachant lire et écrire (Loi de 1853, art. 5).

Les deux catégories d'électeurs, réunies chacune en assemblée particulière, nomment un nombre égal de membres patrons et ouvriers (Loi de 1853, art. 9) : ils ne sont pas distingués en titulaires et suppléants.

1267. Les conseils de prud'hommes sont élus pour 6 ans et renouvelés par moitié tous les trois ans; le sort désigne, après la création d'un conseil, ceux des membres qui sortiront au bout de trois ans (Loi de 1853, art. 10). Les prud'hommes sont indéfiniment rééligibles, Cf. au contraire, n° 1222. Le président et le vice-président sont élus pour un an par les membres de chaque conseil réunis en assemblée générale, à la majorité absolue des membres présents. Si le président est choisi parmi les prud'hommes patrons, le vice-président ne peut l'être que parmi les prud'hommes ouvriers et réciproquement. Le président et le vice-président sont rééligibles. Sur ces divers points, V. Loi du 7 février 1880, art. 1-3. — Les fonctions des prud'hommes sont, en principe, gratuites, mais une rétribution peut leur être allouée.— Un secrétaire, nommé par le conseil, remplit auprès de lui les fonctions de greffier (Loi du 7 février 1880, art. 5).

1268. Chaque conseil de prud'hommes est divisé en deux bureaux : 1° le *bureau particulier* ou de *conciliation*, composé d'un patron et d'un ouvrier; 2° le *bureau général* ou de *jugement* composé, indépendamment du président et du vice-président, d'un nombre égal de prud'hommes patrons et de prud'hommes ouvriers.

1269. Les juges de paix connaissent des contestations entre patrons et ouvriers là où il n'y a pas de conseil de prud'hommes. Ils

Source BIU Cujas

statuent sans appel jusqu'à 100 fr. et, à charge d'appel, à quelque somme que la demande puisse monter (Loi du 25 mai 1838, article 5-3°). L'appel est porté devant le tribunal civil, Cf. n° 1270; il ne peut être question du tribunal de commerce qui n'appartient pas au même ordre de juridiction que le juge de paix.

B. — *Compétence des Conseils de prud'hommes.*

1270. *Au point de vue civil,* les conseils de prud'hommes connaissent des contestations entre fabricants, ouvriers, contre-maîtres, chefs d'ateliers, compagnons ou apprentis, relativement à des affaires concernant leur industrie ou aux conventions intervenues entre eux. Loi du 18 mai 1806, art. 6, 10 et 14; décret du 20 février 1810, art. 10. — Ils connaissent aussi de diverses affaires relatives à *l'apprentissage* (V. loi spéciale du 22 février 1851, art. 13-18). — La compétence *ratione personæ* se détermine non par le domicile des plaideurs, mais par la situation de la fabrique qu'ils dirigent ou à laquelle ils sont attachés, Décret du 11 juin 1809, art. 11.

Les prud'hommes sont compétents quel que soit le taux de la demande, mais ils ne statuent en dernier ressort que si la demande n'excède pas 200 fr. en capital; dans le cas contraire, il peut y avoir appel devant le tribunal de commerce (Loi de 1853, art. 13).

1271. *Au point de vue pénal,* les prud'hommes peuvent connaître de toute infraction tendant à troubler l'ordre et la discipline dans l'atelier et de tout manquement grave des apprentis envers leurs patrons; ils prononcent une peine qui ne peut excéder trois jours de prison, Décret du 3 août 1810, art. 4. Du reste, cette compétence n'exclut pas celle des tribunaux ordinaires de répression qui peuvent être saisis seuls ou même cumulativement avec eux, s'il s'agit de faits constituant à la fois des atteintes à la discipline et des infractions de droit commun.

C. — *Procédure des Conseils de prud'hommes.*

1272. *Affaires civiles.* — Dans toute affaire, il y a nécessairement une tentative de conciliation devant le *bureau particulier* (n° 1268), qui renvoie devant le *bureau général*, s'il ne peut concilier les parties (Décret du 11 juin 1809, art. 22). — Les parties peuvent se

Source BIU Cujas

présenter volontairement pour être conciliées; à défaut, une invitation est adressée par simple lettre, si le défendeur n'y défère pas, il est cité par huissier. Le délai est, en principe, d'un jour, Décret du 11 juin 1809, art. 29 et 30. — Au jour fixé, les parties comparaissent en personne devant le bureau particulier; elles ne peuvent, en cas d'absence ou de maladie, se faire représenter que par un de leurs parents, négociant ou marchand. On a voulu éviter les mandataires salariés qui rendent souvent la conciliation plus difficile. Les parties peuvent, du reste, être assistées d'un conseil. — Le bureau particulier doit faire ses efforts pour concilier les parties, Cf. décret de 1809, art. 36 et 46; s'il n'y réussit pas, il les renvoie devant le bureau général.

1273. La comparution devant le bureau général a lieu comme devant le bureau particulier. Le bureau général ne peut prendre de décision que s'il comprend au moins deux prud'hommes patrons, deux prud'hommes ouvriers et, en outre, le président, Loi de 1853, art. 11. On peut former opposition au jugement par défaut dans les trois jours de la signification; ce délai n'est ni absolu, ni fatal, V. les dispositions des art. 42 et 43 du Décr. du 11 juin 1809. Les jugements par défaut doivent être exécutés dans les six mois, sinon ils sont réputés non avenus (Loi de 1853, art. 15).

1274. Quand la demande excède 200 francs en capital, la sentence est susceptible d'appel (n° 1270); l'appel n'est plus recevable trois mois après la signification du jugement contradictoire, ou après l'expiration du délai d'opposition pour le jugement par défaut, Décr. de 1809, art. 38. — L'appel est porté devant le tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve le conseil dont la sentence est attaquée ou devant le tribunal civil faisant fonctions de tribunal de commerce (n° 1258).

1275. L'exécution provisoire nonobstant appel n'est jamais de droit; le jugement de condamnation peut ordonner l'exécution immédiate jusqu'à concurremce de 200 francs, sans qu'il soit besoin de fournir caution. Pour le surplus, l'exécution provisoire ne peut être ordonnée qu'à charge de donner caution, Loi de 1853, art. 14.

1276. Les jugements rendus en dernier ressort peuvent être attaqués devant la Cour de cassation, non-seulement pour incompétence

Source BIU Cujas

ou excès de pouvoir, comme les sentences des juges de paix, mais encore pour violation de la loi, conformément au droit commun.

1277. *Affaires pénales.* — Comme il n'y a pas de ministère public, le conseil des prud'hommes ne peut être saisi que par la citation de la partie lésée qui peut conclure à des dommages-intérêts; on suit en général les mêmes formes que pour les affaires civiles. L'appel est porté devant le tribunal correctionnel.

FIN.

Source BIU Cujas

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.

Pages.

I. — Du commerce et du droit commercial..... 1
II. — Histoire et sources actuelles du droit commercial..... 4
Plan général de l'ouvrage..... 15

PREMIÈRE PARTIE.

Des actes de commerce et des commerçants..... 17

CHAPITRE PREMIER.

DES ACTES DE COMMERCE..... 19
1° De l'utilité de la détermination des actes de commerce..... 19
2° Quels sont les actes de commerce..... 22
A. Des actes commerciaux par eux-mêmes..... 22
B. Des actes réputés commerciaux à raison de la qualité de ceux dont ils émanent..... 42

CHAPITRE II.

DES COMMERÇANTS ET DE LEURS OBLIGATIONS..... 49
1° De l'intérêt de la distinction des commerçants et des non-commerçants. 49
2° Qui est commerçant..... 50
3° De la liberté de faire le commerce et des restrictions qu'elle subit... 52
4° De la capacité requise pour faire le commerce..... 54
A. Du mineur..... 54
B. De la femme mariée..... 60
5° Des obligations spéciales aux commerçants..... 68
Sect. 1. *Des livres de commerce*..... 68
Sect. 2. *De la publicité du régime matrimonial des commerçants*.... 74
A. Publicité du contrat de mariage..... 75
B. Publicité des séparations de biens, des séparations de corps et des divorces..... 77

CHAPITRE III.

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES..... 80
Sect. 1. *Notions générales sur les sociétés et sur leurs différentes espèces.* 82
A. Notions générales sur les sociétés..... 82
B. Notions sur les différentes espèces de sociétés..... 89
Sect. 2. *De la constitution et du fonctionnement des diverses espèces de sociétés commerciales*..... 96
1. Des sociétés en nom collectif..... 96
A. Caractères distinctifs des sociétés en nom collectif..... 96

Source BIU Cujas

Pages.

B. Conditions de leur formation 98
C. Fonctionnement des sociétés en nom collectif; des engagements sociaux et de leurs effets 106
II. Des sociétés en commandite 111
1° De la Commandite en général 113
A. Caractères généraux 113
B. Formation, preuve, publicité 113
C. Droits et obligations des commanditaires et des commandités 114
D. Administration 117
2° Des Commandites simples ou par intérêts 120
III. Des sociétés par actions 121
Règles générales. Actions et obligations. Titres nominatifs et au porteur. Impôts 122
Historique 155
A. Des sociétés en commandite par actions 159
1° Constitution et organisation 159
2° Fonctionnement 184
B. Des sociétés anonymes 193
1° Constitution et organisation 194
2° Fonctionnement 198
IV. Des sociétés à capital variable 209
V. Des associations en participation 215
VI. Des sociétés civiles à formes commerciales 222
VII. Des sociétés étrangères 224
Sect. 3. *Dissolution, liquidation et partage des sociétés; prescription; contestations entre associés* 228
A. Dissolution 228
B. Liquidation 233
C. Partage 237
D. Prescription 237
E. Contestations entre associés 242

DEUXIÈME PARTIE.

Des contrats commerciaux 245

CHAPITRE PREMIER.

RÈGLES COMMUNES A TOUS LES CONTRATS COMMERCIAUX 246
A. Règles concernant le fond du droit 246
B. Des preuves en matière commerciale 247

CHAPITRE II.

DE LA VENTE COMMERCIALE 259
Sect. 1. *Règles générales* 259
Sect. 2. *Différentes espèces de ventes* 271

CHAPITRE III.

DU GAGE COMMERCIAL, DES MAGASINS GÉNÉRAUX ET DES WARRANTS 284
Sect. 1. *Règles générales sur le gage commercial* 285
Sect. 2. *Des magasins généraux* 294

Source BIU Cujas

Pages.

A. Des opérations auxquelles donnent lieu les marchandises déposées dans les magasins généraux..... 295
B. De la création des magasins généraux, des droits et des obligations des propriétaires de magasins généraux..... 302

CHAPITRE IV.

DE LA COMMISSION..... 305
Sect. 1. *Nature et caractères de la commission*..... 305
Sect. 2. *Obligations du commissionnaire envers le commettant et spécialement du commissionnaire ducroire*..... 310
Sect. 3. *Obligations du commettant envers le commissionnaire*..... 315
Sect. 4. *Effets, à l'égard des tiers, des actes du commissionnaire*.... 315
Sect. 5. *Garanties spéciales des droits du commissionnaire et du commettant*..... 317
Appendice. Des préposés (commis, commis-voyageurs, etc...)..... 322

CHAPITRE V.

DU CONTRAT DE TRANSPORT..... 325
1° Nature, et preuve du contrat..... 327
2° Obligations du voiturier ou du commissionnaire de transport..... 332
3° Obligations de l'expéditeur et du destinataire..... 345
4° Règles spéciales au transport des marchandises par chemins de fer. 346

CHAPITRE VI.

DES LETTRES DE CHANGE, DES BILLETS A ORDRE ET DES CHÈQUES; DES OPÉRATIONS DE BANQUE ET DU COMPTE-COURANT..... 352
Sect. 1. *Des lettres de change, des billets à ordre et des chèques*..... 352
Généralités..... 352
A. De la lettre de change..... 364
1. Emission et formes de la lettre de change..... 364
2. Négociation de la lettre de change..... 378
3. Garanties du paiement de la lettre de change..... 393
A. Provision..... 393
B. Acceptation..... 400
C. Aval..... 412
D. Du gage en matière de lettre de change et des traites documentaires..... 414
E. Solidarité..... 416
4. Du paiement et de ses effets..... 417
5. Du refus de paiement et de ses conséquences. Des droits et des devoirs du porteur et des endosseurs..... 427
6. Des déchéances encourues par les porteurs et par les endosseurs négligents..... 447
7. De la prescription..... 451
8. Des lettres de change imparfaites..... 456
B. Des billets à ordre..... 462
1er *Appendice.* — Du timbre et de l'enregistrement en matière de lettres de change et de billets à ordre..... 467
2e *Appendice.* — Des conflit de lois en matière de lettres de change..... 470
C. Des chèques..... 472

Source BIU Cujas

Pages.
Sect. 2. *Des opérations de banque et des comptes-courants*..... 488
A. Des opérations de banque..... 488
B. Du compte-courant..... 505

CHAPITRE VII.

DES BOURSES DE COMMERCE ET DES OPÉRATIONS DE BOURSE..... 523
A. Des bourses d'effets publics et autres : des opérations qui s'y font, des agents de change..... 525
B. Des bourses de marchandises, des opérations qui s'y font, des courtiers..... 558

TROISIÈME PARTIE.

Du commerce maritime..... 571
Introduction..... 571

CHAPITRE PREMIER.

DES NAVIRES ET DES MOYENS D'EN ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ..... 575

CHAPITRE II.

DES PERSONNES INTÉRESSÉES DANS LES EXPÉDITIONS MARITIMES. DES PROPRIÉTAIRES DE NAVIRES ET DES ARMATEURS. DE LA COPROPRIÉTÉ DES NAVIRES.... 582

CHAPITRE III.

DU PERSONNEL DES NAVIRES..... 588
1. Des gens de mer, en général..... 588
A. De l'inscription maritime..... 589
B. De l'engagement des gens de mer..... 590
2. Du capitaine..... 596

CHAPITRE IV.

DE L'AFFRÉTEMENT OU NOLISSEMENT..... 607

CHAPITRE V.

DES AVARIES ET DE LEUR RÈGLEMENT..... 626
Sect. 1. *Des avaries en général et de leur règlement*..... 626
A. Des avaries communes..... 628
B. Des avaries particulières..... 638
Sect. 2. *Des avaries provenant d'abordages*..... 639

CHAPITRE VI.

DES ASSURANCES MARITIMES..... 642
Sect. 1. *Principes généraux. Nature du contrat. Des risques. Des choses assurées. De la prime. Des formes du contrat*.... 644
Sect. 2. *Des obligations de l'assureur*..... 657
Sect. 3. *Des obligations de l'assuré. Du privilège qui garantit la créance de la prime*..... 673

CHAPITRE VII.

DES DROITS DES CRÉANCIERS CHIROGRAPHAIRES SUR LE NAVIRE. DU PRÊT A LA

Source BIU Cujas

Pages.

GROSSE. DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME. DES PRIVILÈGES SUR LES NAVIRES. DE LA SAISIE ET DE LA VENTE DES NAVIRES 677
Généralités 677
Sect. 1. *Des droits des créanciers chirographaires sur les navires et spécialement du droit de suite* 677
Sect. 2. *Du prêt à la grosse* 681
Sect. 3. *De l'hypothèque maritime* 686
Sect. 4. *Des privilèges sur les navires* 691
Sect. 5. *De la saisie et de la vente des navires* 692

QUATRIÈME PARTIE.

Des faillites et banqueroutes 696
Historique et généralités 696

CHAPITRE PREMIER.

DÉCLARATION DE FAILLITE : CONDITIONS, FORMES, EFFETS 701
Sect. 1. *A quelles conditions est possible une déclaration de faillite* .. 701
Sect. 2. *Du jugement déclaratif de faillite* 704
Sect. 3. *Des effets du jugement déclaratif de faillite* 721
§ 1. Dessaisissement 724
§ 2. Suspension des poursuites individuelles 732
§ 3. Déchéance du terme 733
§ 4. Cessation du cours des intérêts 736
§ 5. Hypothèque de la masse 738
§ 6. Nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif. 740
§ 7. Effets de la déclaration de faillite sur les actes antérieurs. 747

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS UNE FAILLITE 773
A. Des syndics 773
B. Du juge-commissaire 776
C. Du tribunal de commerce 777
D. Des créanciers 778
E. Du failli 780
F. Du ministère public 782

CHAPITRE III.

ADMINISTRATION DE LA FAILLITE ET PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARRE LA SOLUTION 784
A. De la constatation de l'actif du failli 784
B. De l'administration des biens du failli 786
C. De la vérification et de l'affirmation des créances 789

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE 797
Sect. 1. *Du concordat simple* 797
A. De la formation du concordat 798
B. Des effets du concordat simple 804
C. Des causes de nullité et de résolution du concordat 811
D. Du concordat amiable 817

Source BIU Cujas

Pages.

Sect. 2. *De l'Union*..... 819
A. De l'organisation de l'union..... 819
B. Des actes et opérations qui sont la conséquence de l'union (ventes, répartitions, etc)..... 820
C. De la clôture de l'union et de ses effets. De la déclaration d'excusabilité..... 830
Sect. 3. *Du Concordat par abandon d'actif*..... 831
Sect. 4. *De la clôture pour insuffisance d'actif*..... 833

CHAPITRE V.

DES DIVERS DROITS QUI PEUVENT ÊTRE INVOQUÉS CONTRE UNE FAILLITE..... 836
Sect. 1. *De la revendication*..... 836
Sect. 2. *Des privilèges et des hypothèques*..... 841
Sect. 3. *Des droits de la femme du failli*..... 856
Sect. 4. *Des créanciers garantis par la solidarité ou par un cautionnement*..... 865

CHAPITRE VI.

DES BANQUEROUTES. DES CRIMES ET DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES. DES INCAPACITÉS DU FAILLI. DE LA RÉHABILITATION..... 876
Sect. 1. *Des banqueroutes, des crimes et délits commis dans les faillites.* 876
Sect. 2. *Des incapacités dont est frappé le failli. De la réhabilitation.* 884
1er *Appendice.* — De la faillite des sociétés..... 889
2e *Appendice.* — Situation des étrangers et conflits de lois en matière de faillite..... 895

CINQUIÈME PARTIE.

Des tribunaux de commerce. Des conseils de prud'hommes.. 901

CHAPITRE PREMIER.

DES TRIBUNAUX DE COMMERCE..... 902
Sect. 1. *De l'organisation des tribunaux de commerce, de leur origine, de leur utilité*..... 902
Sect. 2. *De la compétence des tribunaux de commerce*..... 908
A. De la compétence *ratione materiæ*..... 908
B. De la compétence *ratione personæ*..... 915
Sect. 3. *De la procédure commerciale*..... 919

CHAPITRE II.

DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES..... 930

ERRATUM.

N° 535, p. 364, dans la formule du chèque la date a été mise par erreur en chiffres elle doit l'être *en toutes lettres*, V. n° 686.

Paris. — Impr. F. PICHON, 30, rue de l'Arbalète, et 24, rue Soufflot.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
Source BIU Cujas