

TRAITÉ
DES
SOCIÉTÉS CIVILES
ET COMMERCIALES

TRAITÉ
DES
SOCIÉTÉS CIVILES
ET COMMERCIALES

(AVEC FORMULES)

Sociétés françaises et étrangères — Assurances —
Associations et syndicats professionnels — Taxes fiscales

PAR

A. VAVASSEUR

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

4^e ÉDITION

Revue et mise au courant de la jurisprudence et de la doctrine

AVEC LA COLLABORATION DE

Jacques VAVASSEUR

DOCTEUR EN DROIT, AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

TOME SECOND



LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE JURISPRUDENCE
PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

MARCHAL ET BILLARD

IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

27, Place Dauphine, 27

1892

Tous droits réservés.

007001392

BIBLIOTECA

TITRE II.

Des sociétés anonymes.

CHAPITRE PREMIER.

ORIGINE DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

SOMMAIRE.

772. — La société anonyme dérive des anciennes *compagnies par actions*,
 773. — Régime de la société anonyme : — Sous le Code de commerce ;
 774. — Depuis la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée ;
 775. — Sous l'empire de la loi de 1867.

772. On a vu, dans l'introduction de cet ouvrage, quelle était l'origine ancienne de la société anonyme. Avant le Code de commerce, elle n'était pas connue sous cette dénomination, alors appliquée aux associations en participation, dont le caractère occulte était d'ailleurs ainsi exactement indiqué. Les *compagnies par actions*, d'où est dérivée la société anonyme moderne, n'étaient pas reconnues par la législation générale; chacune d'elles trouvait son titre légitime et son code particulier dans l'édit royal qui l'autorisait.

773. Le Code de commerce, en donnant à la société anonyme une existence normale et régulière, s'est borné à poser ses conditions fondamentales et constitutives. La première de ces conditions étant l'autorisation préalable du gouvernement, on n'avait pas alors songé à une réglementation détaillée et légalement obligatoire. Néanmoins pour amener une certaine uniformité dans le contrôle administratif, deux instructions ministérielles, des 22 octobre 1817 et 11 juillet 1818, avaient tracé la marche à suivre pour obtenir l'autorisation, et indiqué certaines conditions auxquelles devaient satisfaire les statuts.

Voici les principales règles auxquelles était soumise sous ce

régime la société anonyme; nous les résumons ici à cause de l'intérêt transitoire qu'elles présentent encore.

Malgré l'autorisation du gouvernement, les statuts conservent le caractère de conventions privées; d'où il résulte : 1° que les tiers lésés par une violation des statuts peuvent intenter leur action devant les tribunaux (1); 2° que l'interprétation des statuts appartient, non à la Cour de cassation comme celle des lois, mais aux juges du fait (2); 3° que les sociétés anonymes, comme toutes les autres, sont susceptibles d'être déclarées en faillite (3).

La société anonyme est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits (C. comm., 31).

Elle ne peut exister qu'avec l'autorisation du gouvernement et son approbation données dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique (C. comm., 37; inst. min., 22 oct. 1817 et 11 juil. 1818). — Elle ne peut être formée que par acte passé devant notaire (C. comm., 40).

L'autorisation peut être révoquée en cas d'inexécution ou de violation des statuts (inst. min., 11 juillet 1818). — Cependant les sociétés anonymes ont le droit et le pouvoir de faire tout ce qui se rattache, même indirectement, au but qu'elles se sont proposé (4). Mais elles ne peuvent faire ce qui est formellement interdit par leurs statuts (5), ou contraire à l'objet même de l'entreprise (6).

774. La loi du 23 mai 1863 vint modifier profondément le régime de l'anonymat. En créant la société à responsabilité limitée, dont le capital pourrait atteindre vingt millions, elle affranchit en réalité de la tutelle gouvernementale les sociétés anonymes qui auraient voulu se former avec un capital inférieur à cette somme. Mais en revanche, cette loi institua, comme contre-poids de la liberté concédée diverses règles empruntées en partie à la loi du 17 juillet 1856, sur la constitution et l'administration des sociétés.

775. La loi de 1807 complète l'œuvre commencée en 1863; car elle dispense de l'autorisation administrative toutes les sociétés anonymes qui se formeront à l'avenir, quel que soit le chiffre de

(1) Delangle, n. 488; Cass., 9 mars 1841.

(2) Delangle, 401; Cass., 16 juil. 1830.

(3) Delangle, n. 491 et 495.

(4) Paris, 9 fév. 1833.

(5) Delangle, n. 489; Cass., 15 fév. 1826, 5 avril 1830, 25 août 1842, 14 déc. 1852, 7 avril 1862.

(6) Vincens, *Lég. comm.*, I. p. 340; Troplong, n. 473.

leur capital. Mais elle s'approprie la réglementation établie, qui est presque textuellement maintenue. Dès lors la loi de 1863 n'avait plus de raison d'être, et elle est expressément abrogée par l'art. 47 de la loi nouvelle.

La législation qui doit dorénavant régir la société anonyme provient donc de deux sources différentes :

D'une part, du Code de commerce, dont les art. 29, 30, 32, 33, 34 et 36 sont maintenus;

D'autre part, du titre II de la loi du 24 juillet 1866 (1).

CHAPITRE DEUXIÈME.

DE L'ACTION DANS LA SOCIÉTÉ ANONYME.

SOMMAIRE.

776. — Une société anonyme pourrait-elle se constituer sans actions ?
La question est posée au Corps législatif, qui refuse de la résoudre.
777. — En cas d'insuffisance de la loi, la solution doit se trouver dans la liberté des conventions.
778. — L'usage contraire, antérieurement suivi, n'est pas opposable.
779. — Objection tirée de ce que la société anonyme est une société de capitaux.
780. — Il n'y a aucune raison sérieuse pour contraindre les associés à créer des actions.
781. — La loi de 1867 a statué *de eo quod plerumque fit*.
782. — L'article 34 du Code de commerce n'est pas rédigé en termes prohibitifs.
783. — Discussion confuse au Corps législatif. Le Gouvernement craint que l'anonymat sans actions ne soit pas soumis aux dispositions du titre II de la loi.
784. — C'était une crainte chimérique. — Erreur commune à MM. Ollivier et Rouher.
785. — Néanmoins, M. Rouher reconnaît que l'art. 34 n'a pas un caractère impératif. C'est la solution exacte de la question.

1. V. ces textes, *infra*, 1^{er} appendice.

786. — Le capital de la société anonyme se divise en parts égales, si elle est avec actions; les parts peuvent être inégales, si elle est par intérêt.

787. — Conditions imposées par la loi aux sociétés anonymes par actions.

776. Une société anonyme pourrait-elle se constituer sans actions? En d'autres termes est-ce une faculté, ou une obligation, qui est écrite dans l'art. 34 du Code de commerce, maintenu par l'art. 21 de la loi de 1867, et ainsi conçu :

« Le capital de la société anonyme se divise en actions, et même « en coupons d'action, d'une valeur égale. »

Telle est la première question qui se présente, et qui, en cette matière, domine toutes les autres par son importance et sa difficulté.

Lors de la discussion de l'art. 21 de la loi de 1867, elle a été posée d'une manière catégorique par un honorable député (1), et malgré l'insistance qu'il y a mise, elle n'a pas reçu de solution. Au nom du gouvernement, on a répondu que le Corps législatif n'avait pas à donner de consultations sur toutes les questions que faisait surgir la discussion des lois. C'est en vain qu'il a été répliqué qu'il ne s'agissait pas d'une question incidemment soulevée, mais de l'interprétation même d'un texte en délibération, puisque l'art. 34 du Code de commerce, d'où naît la difficulté, est expressément visé par la loi nouvelle qui se l'approprie en s'y référant. Le Corps législatif se montra sourd à ces représentations, et l'art. 21 fut voté sans autre explication.

On ne saurait se défendre d'une étrange impression en lisant le compte rendu de ces débats. Il faut, dit-on avec un touchant accord, favoriser l'esprit d'association, remanier une législation arriérée, affranchir l'industrie du joug gouvernemental; et l'on fait une loi qui élude sciemment les questions les plus vitales, qui, comme le sphinx, pose des énigmes à déchiffrer, sous peine pour le plaideur malencontreux d'être dévoré par les frais de justice! De pareilles prétentions sont regrettables sous tous les rapports; la loi n'est plus ainsi pour les citoyens ce qu'elle doit toujours être, une règle de conduite, mais un embarras, un obstacle et une source de discordes.

(1) V. le discours de M. Picard (*Moniteur* du 5 juin 1867).

777. Lorsque le législateur, mis en demeure de faire connaître sa pensée, reste muet, il y a, selon moi, une solution nécessaire, et qu'en pareille circonstance il faudrait toujours appliquer : c'est la solution par la liberté des conventions.

Je dis que c'est une solution nécessaire, non seulement parce qu'elle est conforme au sentiment philosophique, aux enseignements de l'économie politique, mais aussi parce qu'elle est commandée par les principes les plus certains du droit positif.

En effet, le juge est tenu de suppléer à l'obscurité ou à l'insuffisance de la loi (1) : mais lui appartient-il de créer des prohibitions et des nullités? N'y aurait-il pas de sa part usurpation de la fonction législative? D'ailleurs, à côté de la loi générale, il y a la loi privée, la convention (2), qui est souveraine aussi, surtout quand la première n'a pas parlé.

Lorsque la loi est obscure et insuffisante, au point que le législateur lui-même se déclare incompétent pour en donner l'interprétation, ce serait pour le juge un labeur difficile et une témérité manifeste que d'essayer à comprendre et à expliquer ce qui a paru inintelligible. Il y a droit et devoir pour lui, en pareil cas, à reconnaître et consacrer la convention privée, alors, bien entendu, qu'elle est honnête, juste, raisonnable, et qu'elle s'harmonise avec les règles générales de la matière.

778. Si la convention remplit ces conditions, il importe peu qu'elle soit contraire à l'usage généralement suivi jusque-là; car l'usage ne constitue qu'un préjugé, utile à consulter sans doute lorsqu'il s'agit seulement d'interpréter la convention, mais qu'il faut énergiquement repousser si l'on veut en faire un obstacle à la liberté même de la convention.

D'ailleurs, rien de variable comme l'usage. Ainsi, il est vrai que, sous le régime de l'anonymat officiel, on n'a jamais essayé de constituer une société anonyme sans actions; et il est probable, si la chose avait été tentée, que le Conseil d'État, effrayé d'une telle innovation, aurait refusé l'autorisation. Mais avait-on songé davantage à des sociétés anonymes composées de sept personnes? Si aujourd'hui cela est permis, c'est que les idées ont changé avec les mœurs; que de nouveaux faits économiques se sont produits; que le système de la responsabilité limitée, autrefois à l'état d'exception, tend à s'accli-

(1) Art. 4. C. civ.

(2) Art. 1134, C. civ.

mater de plus en plus dans le droit civil des nations modernes, et à devenir le principe dominant, le droit commun des associations.

779. L'objection capitale, et pour beaucoup d'esprits décisive, contre la liberté complète de l'anonymat, ce sera cette définition, devenue banale à force d'être répétée, que la société anonyme est une société de choses, de capitaux, et non de personnes. Et pourtant ce n'est là qu'une définition, incomplète et même inexacte, comme la plupart des définitions. Elle a été imaginée pour faire antithèse avec la société en nom collectif; et son plus grand, pour ne pas dire son seul mérite, c'est d'être une figure de rhétorique qui éveille l'attention et sollicite l'esprit. Mais on demeure bien vite, à la réflexion, convaincu que c'est, en réalité, une médiocre conception juridique; car il n'y a pas de capitaux sans capitalistes, et si, à la rigueur, j'admets la définition quand les capitaux sont versés en entier, je la rejette quand le versement n'est pas fait, parce qu'alors la personne reste engagée, c'est-à-dire associée. C'est ainsi que, dans toutes les sociétés dont le capital est surtout un capital de garantie, qui n'est jamais que partiellement libéré comme dans les compagnies d'assurance, les personnes restent engagées pendant toute la durée de la société pour faire face aux pertes imprévues et extraordinaires. Or, c'est là un engagement personnel, quoique limité à une certaine somme, et qui affecte tous les biens présents et à venir du débiteur.

780. Il n'y aurait donc là qu'une objection de mots; que si maintenant on interroge la nature des choses, on cherche en vain la merveilleuse raison qui obligerait les associés à créer des actions, c'est-à-dire des titres négociables par les voies commerciales; s'ils ne veulent pas de ces facilités, pourquoi les contraindre à en user? Est-ce que les garanties ne seront pas égales, sinon supérieures à celles qu'offrirait une société d'actionnaires! Les tiers sont donc désintéressés dans la question: l'ordre public n'y est engagé d'aucune façon. Pourquoi dès lors une restriction à la liberté de la convention?

781. Dira-t-on que la loi de 1867, comme celle de 1863, suppose nécessairement, par l'ensemble des dispositions, la division du capital en actions? Nécessairement, non; car, étant même admis que cette division est facultative, elle eût dû réglementer l'usage possible des actions; de là les dispositions nombreuses qui ont pour objet cette réglementation. Mais elle a statué ainsi, *de eo quod*

plurimum 50, dans la pensée que le plus souvent les sociétés anonymes, comme par le passé, se constitueraient par actions.

782. Il faut remarquer, d'ailleurs, que l'art. 34 du Code de commerce n'est pas rédigé en termes prohibitifs; si c'est en ce sens que l'usage et la jurisprudence du Conseil d'État l'ont interprété, rien n'empêche de l'admettre dans la législation nouvelle avec son sens naturel, c'est-à-dire purement énonciatif; car il existe dans la loi de 1867 une disposition où la considération des personnes semble avoir dominé dans l'esprit du législateur, c'est celle qui exige que les associés soient au nombre de sept au moins. Ces sept associés devraient-ils donc, à peine de nullité et d'amende, créer des actions pour représenter leurs droits? La loi anglaise du 7 août 1862, d'où est tiré ce nombre fatidique de sept membres, laisse l'action facultative (1). Je ne puis me résoudre à croire que, sur ce point encore, notre loi soit un plagiat infidèle et maladroît.

783. La discussion sur l'art. 21 au Corps législatif a été très confuse, et je crois pouvoir signaler la cause de cette confusion: M. Emile Olivier, après M. Picard, avait demandé que l'anonymat fût possible sans actions; et, fidèle au principe de liberté absolue qu'il avait développé précédemment, il ne dissimulait pas qu'il avait pour but, en obtenant l'anonymat par intérêt, de le soustraire aux diverses prescriptions du titre II de la loi; en conséquence, pour atteindre ce but, il proposait la suppression de l'art. 34 du Code de commerce, qui, selon lui, avait un caractère obligatoire.

784. Le gouvernement (2), redoutant un pareil résultat, qui ouvrirait une brèche à la liberté complète de la société anonyme, s'opposait à cette suppression. Pourtant c'était de sa part une crainte purement chimérique; car, fût-il expressément reconnu que, dans les sociétés anonymes, l'action est, comme je le soutiens, facultative, elles ne seraient pas moins soumises à toutes les dispositions du titre II, autres que celles relatives aux actions; c'est-à-dire qu'elles ne devraient se constituer qu'après la souscription entière du capital et l'approbation des apports; qu'elles seraient gérées par des administrateurs, surveillées par des commissaires, soumises à l'obligation des comptes annuels, à l'établissement d'un fonds de réserve, etc.

(1) Art. 21 de cette loi.

(2) V. les discours de M. Rouher
(*Moniteur* des 6 et 9 juin 1867)

Il n'est pas, en effet, de la société anonyme comme de la société en commandite, qui comprend deux branches différemment régies : l'une, la commandite simple, jouissant de toute la liberté d'organisation qu'avait laissée le Code de commerce ; l'autre, la commandite par actions, soumise aux dispositions restrictives de la loi de 1856 d'abord, puis du titre I^{er} de la loi de 1867.

Pour se convaincre de cette différence, il suffit de lire l'intitulé des deux premiers titres de cette dernière loi : le titre I^{er} est consacré aux sociétés en commandite par actions seulement, et le titre II aux sociétés anonymes en général. Celles-ci donnant naissance à un être moral irresponsable, ou du moins à responsabilité exceptionnellement restreinte, le législateur a exigé que leur constitution fût contrôlée, par l'État autrefois, et maintenant par les intéressés eux-mêmes.

C'était donc une erreur, chez M. Ollivier, comme chez M. Rouher parlant au nom du gouvernement, de croire que la suppression de l'art. 34 du Code de commerce eût affranchi l'anonymat par intérêt : on eût pu, sans faire naître ce danger, ou si l'on veut ce bienfait, consentir à la suppression, et, ce qui eût mieux valu, reconnaître, par une disposition spéciale, que l'action était facultative dans les sociétés anonymes.

785. Du reste, il est à remarquer que les dispositions protectrices de la loi étant sauvegardées, M. Rouher ne s'oppose plus à l'anonymat sans actions. En effet, la même question s'étant reproduite à l'occasion de l'art. 48 (1), il a donné de l'action une définition telle que, dans son esprit, elle se confond complètement avec l'intérêt : « L'action, dit-il, est dans l'engagement, dans la souscription. » Il est évident qu'à ce compte, tout associé promettant un capital serait un actionnaire. D'ailleurs, il ne tient pas au mot : « Vous appellerez le titre, ajoute-t-il, comme vous voudrez... Peu m'importe qu'il soit ou non sur du papier à vignettes (2). » Il n'y a en effet, qu'une chose qui lui importe, c'est l'application à toutes les sociétés anonymes, qu'elles soient par actions ou par intérêt, des dispositions légales destinées à prévenir la fraude et l'agiotage.

(1) *Infrà*, titre III, Des sociétés à capital variable.

(2) V. *le Moniteur* du 9 juin 1867. M. Ollivier remarqua cette confusion, mais il commit lui-même une autre erreur en faisant consister dans la

cessibilité du titre le caractère constitutif de l'action, qui réside uniquement dans la forme du titre et de sa négociation (*suprà*, n. 326 et s.).

D'ailleurs, dans la même séance, il se montre plus explicite encore : pressé de divers côtés pour dire enfin si l'action serait facultative ou obligatoire dans la société anonyme, il déclara, malgré la doctrine contraire affirmée par MM. Ollivier, Marie, et même par le rapporteur, M. Mathieu, que dans son opinion personnelle, la disposition de l'art. 34 du Code de commerce n'avait pas un caractère impératif ; ce qui est admettre, de la manière la moins douteuse, l'anonymat par intérêt, mais régi, autant que sa nature le comporte, par les dispositions du titre II.

Cette interprétation de l'art. 34 est un hommage au principe de la liberté des conventions, dont se sont montrés trop peu soucieux les partisans de la doctrine opposée. Heureusement la jurisprudence, autant que la loi ne le lui défend pas, n'hésite plus à suivre l'économie politique ; témoin l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris, qui proclame nettement le droit de chaque société à se constituer sous toute forme non prohibée par la loi (1).

786. Une autre question, mais secondaire et subordonnée à la précédente, avait été également posée devant le corps législatif (2) : on avait demandé si les actions ou coupons d'actions devaient, en vertu de l'art. 34, être nécessairement d'une somme égale. La réponse ne saurait être douteuse : oui, les parts du capital devront être égales lorsqu'elles seront représentées par des actions (3) ; mais si la société peut se constituer sans actions et use de cette faculté, il est clair que les parts peuvent être inégales ; car tout ce qui, dans la loi, concerne la création des actions, leur taux, leur négociation, devient en pareil cas inapplicable.

787. Il reste maintenant à examiner les conditions diverses imposées par le titre II de la loi aux sociétés anonymes qui diviseront leur capital en actions. Beaucoup de ces conditions étant communes à la société en commandite par actions, la tâche se trouve grande-

(1) Arrêt du 17 juillet 1866, *supra*, n. 347. La doctrine est partagée sur cette question. Se sont prononcés dans le sens de notre opinion : Rivière, n. 180 ; Alauzet, n. 529 ; Boistel, p. 208 ; Boudant *Rev. crit.*, t. XXXIV, p. 141. — Lyon-Caen et Bérnauld, *Droit comm.*, n° 371. Léon Lacour (*Rev. crit.*, juill. 85, p. 46) — *Contrà* : Bédarride, n° 330 et s. ; Dalloz, *v° Sociétés*, n° 1490 ; Pont, n° 1586.

(2) Cette question, émanant de M. Picard, avait été présentée d'une manière directe et principale ; mais elle impliquait la solution préalable de la première (V. *le Moniteur* du 5 juin 1867).

(3) Toutefois ce n'est là qu'une règle en quelque sorte facultative, car elle est dépourvue de sanction, *supra*, n. 473. — *Contrà*, Pont, n. 1586.

ment simplifiée par l'explication du titre I^{er} de la loi; il suffira donc souvent de renvoyer purement et simplement à cette explication. Quant au reste, un commentaire, suivant pas à pas les articles, courrait plus d'une fois le risque de n'en être qu'une paraphrase inutile. Pour éviter de doubles emplois ou des redites, et faire néanmoins un travail d'ensemble, toutes les règles concernant les sociétés anonymes seront examinées, puis réparties et groupées méthodiquement sous des chapitres distincts, de manière à n'omettre aucune difficulté digne d'être signalée.

CHAPITRE TROISIÈME

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

SOMMAIRE

788. — Caractères distinctifs de la société anonyme.
 789. — Résumé des conditions et formalité prescrites par la constitution de la société.
 790. — Règles communes à la société anonyme et à la société en commandite.

788. Les caractères distinctifs de la société anonyme sont les suivants :

1^o Elle est administrée par des mandataires à temps, révocable (1), pris parmi les associés, et responsables seulement de l'exécution de leur mandat (art. 22, loi du 24 juillet 1867);

2^o Les associés ne sont eux-mêmes responsables que jusqu'à concurrence de leur mise (art. 33, C. comm.);

3^o La société n'a pas de raison sociale, mais une simple dénomination tirée de l'objet de l'entreprise (Art. 29 et 33, C. comm.).

789. La société anonyme ne peut être constituée qu'après l'accomplissement de certaines conditions et formalités qui peuvent se résumer ainsi :

(1) L'ancien art. 31 du Code de commerce, remplacé par l'art. 22 de la loi de 1867, permettait de choisir des administrateurs *associés* ou *non associés*; la modification admise en 1867, restrictive de la liberté du choix, a été justement et très vivement critiquée par M. de Courcy, dans son ouvrage sur les *Sociétés anonymes*.

1° Les statuts sont rédigés par un acte notarié, ou sous seing privé en double original (1). MM. Lyon-Caen et Renault (2) font justement remarquer qu'il faut au moins quatre originaux, puisqu'en dehors du double déposé au siège social, de celui annexé à la déclaration notariée (articles 1^{er}, 21 et 24 de la loi de 1867), l'article 55 de la même loi prescrit, pour la publication, le dépôt d'un double au tribunal de commerce et d'un second à la justice de paix :

2° Le capital social doit être souscrit en totalité, et un quart versé sur chaque action (art. 24, loi de 1867) ;

3° Ces souscriptions et versements sont constatés par une déclaration notariée faite par les fondateurs ;

4° A cette déclaration sont annexés : l'un des doubles de l'acte de société s'il est sous signature privée, ou une expédition, s'il est notarié et reçu par un autre notaire ; — la liste des souscripteurs ; — l'état des versements. Toutes ces conditions, ainsi que la précédente, résultent de l'article 24 de la loi 1867, qui rend applicables aux sociétés anonymes, les formalités édictées par les articles 1, 2, 3 et 4 de la loi de 1867, pour les sociétés en commandite par actions ;

5° Les associés doivent être au nombre de sept au moins ; ce minimum est imposé par l'article 23 de la loi de 1867 ; il n'est pas exigé pour la signature des statuts, mais seulement pour la constitution ; il doit donc être atteint lors de la première assemblée constitutive (3) ;

6° Une première assemblée générale est réunie pour vérifier, avant tout, la sincérité de la déclaration faite par les fondateurs. Cette assemblée fait ensuite vérifier, soit par un ou plusieurs de ses membres délégués à cet effet, soit par des experts, la valeur des apports et la cause des avantages stipulés. Elle doit dans tous les cas s'ajourner pour prendre une résolution définitive ;

7° Un rapport sur la vérification dont on vient de parler est imprimé, et tenu à la disposition des souscripteurs cinq jours au moins avant la réunion de la seconde assemblée ;

(1) L'art. 37 du Code de commerce, qui exigeait un acte public, est abrogé par l'article 17 de la loi de 1867.

(2) Précis n° 463.

(3) Agen 19 mars 1886 (*Rev. des soc.* 1886, p. 600).

8° La seconde assemblée générale délibère et statue sur les conclusions de ce rapport ;

9° Ensuite, et séance tenante, elle nomme les premiers administrateurs et les commissaires (article 25 de la loi de 1867).

Du moment où les administrateurs et commissaires ont accepté leurs fonctions, la société se trouve immédiatement et de plein droit constituée. V. sur la nomination, les attributions et la responsabilité des administrateurs les chapitres iv et v (n° 791 et suiv.), sur les commissaires de surveillance, le chapitre vi (n° 886. et suiv.).

S'il n'y avait pas d'apports en nature ni d'avantages particuliers stipulés par les statuts, il suffirait d'une seule assemblée générale, qui aurait alors pour mission, d'une part, de vérifier la sincérité de la déclaration notariée faite par les fondateurs, et d'autre part de nommer les administrateurs et commissaires.

790. Ces diverses formalités sont à peu près les mêmes que celles exigées par le titre I^{er} pour les sociétés en commandite, sauf le nombre des associés, qui est ici déterminé par un minimum, sauf aussi les modifications nécessitées par le mode différent d'administration (1), et sauf, en dernier lieu, la composition des assemblées générales constitutives (v. infra, n° 894).

Quant aux règles concernant le taux des actions, leur forme ou leur négociation, elles sont communes aux deux sortes de sociétés (2).

CHAPITRE QUATRIÈME

DE L'ADMINISTRATION DES SOCIÉTÉS ANONYMES (3).

SECTION I^{re}

Nomination des administrateurs

SOMMAIRE.

791. — Les administrateurs sont nommés par les statuts ou par l'assemblée générale des actionnaires.
 792. — Ils sont pris parmi les associés.
 793. — Professions incompatibles avec l'administration des sociétés.

(1) *Suprà*, n° 337 et s.

(2) *Suprà*, n. 466 et s.

(3) V. *suprà*, n. 531 et s., ce qui est dit au sujet de l'administra-

tion des sociétés en commandite par actions, comparée à celle des sociétés anonymes.

794. — Durée des fonctions des administrateurs.
 795. — Les administrateurs sont essentiellement révocables.
 796. — Ils peuvent donner leur démission.
 797. — On ne doit pas confondre avec les administrateurs les directeurs de services.
 797 bis. — Ni même le directeur général, placé sous l'autorité du conseil d'administration. Critique de la jurisprudence.
 797 ter. — Le directeur général n'est aussi qu'un locataire de services, non révocable sans dommages-intérêts.
 797 quater. — Réfutation de l'objection tirée du mandat attaché à ses fonctions. Dernier état de la jurisprudence.

791. A l'origine de la société, les premiers administrateurs sont nommés par l'assemblée générale (1). Cependant ce n'est pas là une obligation absolue; la loi a voulu permettre aux fondateurs de se placer eux-mêmes, ou de placer des personnes de leur choix à la tête de l'entreprise; dans ce but, l'art. 25 dispose que les statuts pourront désigner les premiers administrateurs, et stipuler que cette désignation ne sera pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale.

Si c'est l'assemblée générale qui procède à la nomination, il n'est pas nécessaire que le vote réunisse la majorité absolue des votants; il suffit de la majorité relative, et la nomination ne peut être attaquée, surtout lorsque aucune protestation ne s'est élevée dans l'assemblée (2).

La nomination d'un administrateur peut être acceptée par un tiers se portant fort pour lui. D'ailleurs l'irrégularité ne pourrait entraîner la nullité lorsque le minimum statutaire a été observé (3).

792. Les administrateurs sont nécessairement choisis parmi les associés. Cette disposition de l'art. 22 est impérative, et elle doit d'autant plus être obéie qu'elle constitue une innovation législative, car l'art. 31 du Code de commerce, abrogé par la loi nouvelle, autorisait à choisir des administrateurs, associés ou non.

D'ailleurs il ne faut pas interpréter cette condition trop rigoureu-

(1) V. les articles 22 (1^{er} alin.), et 25, 3^e et 4^e alin.) de la loi du 24 juillet 1867.

(2) Trib. comm. de la Seine,

29 juin 1870. (*Ann. de la science et du droit commercial*, 1870).

(3) Lyon, 11 août 1892 (*Rev. des soc.* 1893, p. 158; D. 83.2.121).

sement ; ce que la loi a voulu, c'est que la société ne fût pas administrée par des tiers étrangers ; ainsi serait régulièrement nommé administrateur celui qui, n'étant pas porteur d'actions au moment de sa nomination, était alors muni d'une promesse de vente de la part d'un tiers et ne serait entré en fonctions qu'après avoir acquis ces actions (1) ; il a même été jugé qu'il n'était pas nécessaire d'être actionnaire au moment du vote, et qu'il suffisait d'acquérir le nombre statutaire d'actions de garantie avant l'entrée en fonctions (2).

Ils doivent rester associés tant qu'ils exercent leurs fonctions, et du reste cette obligation leur est rendue facile par l'art. 26 de la loi de 1867 qui les astreint à être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. V. *infra*, n° 822.

793. Il y a certaines professions officielles qui sont incompatibles avec l'administration des sociétés anonymes, et en général de toute société commerciale ou industrielle. Citons notamment les notaires, auxquels l'ordonnance du 4 janvier 1843 interdit de s'immiscer dans l'administration d'aucune société, entreprise, ou compagnie de finance, de commerce ou d'industrie. Une circulaire ministérielle du 24 décembre 1869 défend aussi à tout militaire ou fonctionnaire appartenant à l'armée, quel que soit son grade, d'entrer dans un conseil d'administration.

Les fonctions d'administrateur de société anonyme ne sont pas incompatibles en principe avec la profession d'avocat (3).

Il n'y a pas incompatibilité entre les fonctions de directeur d'une société et celles d'administrateur (4).

Mais il n'est pas défendu aux notaires de recevoir des actes pour une société anonyme dont ils seraient actionnaires, ou même qui auraient l'un de leur parents ou alliés au degré prohibé dans son conseil d'administration (5) ; ni en général pour toute société dont ils seraient simples actionnaires, pourvu toutefois que leur intérêt

(1) Paris, 13 déc. 1889 (*Rev. des soc.* 1890, p. 180).

(2) Lyon, 2 mars 1883 (*Rev. des soc.* 1883, n. 358) ; — Comp. Trib. corr. Seine, 12 juill. 1888 (*Rev. des soc.* 1889, p. 27) ; Douai 7 août 1890 (*Rev. des soc.* 1891, p. 29) ; — Mathieu p. 157.

(3) Bruxelles 9 mai 1883 (*Rev. des soc.* 1883, p. 614) ; pour le barreau

de Paris, il y aurait incompatibilité, suivant une décision du conseil de l'ordre du 27 juin 1865 (Molloi, règles de la profession d'avocat n. 147).

(4) Paris, 20 mai 1887 (*Rev. des soc.* 1887, p. 475).

(5) Cass., 30 juill. 1834 (D. 34.1. 122).

ne soit pas assez important pour permettre de suspecter leur impartialité (1).

De même un huissier, commanditaire ou actionnaire dans une société, peut valablement instrumenter pour les gérants ou administrateurs de cette société (2).

La loi du 20 novembre 1883 (3), portant approbation de la convention passée entre le ministre des Travaux publics et la compagnie des chemins de fer de Lyon, contient, dans son article 10, une disposition générale, d'après laquelle tout député ou sénateur, qui, au cours de son mandat, accepterait les fonctions d'administrateur d'une compagnie de chemins de fer, sera, par ce seul fait, considéré comme démissionnaire et soumis à la réélection; — l'article 10 de la loi du 28 juin 1883 (4) contient une disposition analogue sur les services maritimes postaux.

794. La loi appelle les administrateurs des mandataires à temps (art. 22), et elle détermine la durée de ce mandat (art. 25). D'où il suit que s'il était conféré pour une durée plus longue, elle serait de plein droit réduite au délai légal, maximum qui ne saurait être dépassé.

Le délai est différent, selon que la nomination a été faite par les statuts, ou procède de l'assemblée générale. Dans le premier cas, il est de trois ans, et dans le deuxième, de six ans.

Il peut arriver que les deux modes soient employés cumulativement, par exemple, si les statuts, après avoir désigné les premiers administrateurs, ajoutent que cette désignation devra être confirmée par la première assemblée générale. La durée de la fonction ainsi conférée peut être étendue jusqu'à six ans; car il est vrai de dire que l'élection procède plutôt des actionnaires que des fondateurs; la désignation par ceux-ci n'a été qu'une sorte de candidature officielle proposée aux actionnaires, seuls véritables électeurs.

Les administrateurs sont toujours rééligibles, à moins d'une stipulation contraire dans les statuts. Le silence du contrat implique liberté du choix.

795. Les administrateurs, qu'ils soient nommés par les statuts ou

(1) Paris, 22 mai 1848 (D. 48.2.116).

— Sic Dalloz, v. *Notaire*, n. 405. —
V. *supra* n. 318 bis.

(2) Cass., 22 janv. 1879 (*Le Droit*,

n. du 24 janvier), de Rouen, 30 avr. 1878.

(3) D. 81.4.17.

(4) D. 83.4.103.

par l'assemblée générale, à l'origine ou pendant le cours de la société, sont essentiellement révocables. L'art. 1856 du Code civil, qui confère l'inamovibilité à l'administrateur des sociétés civiles nommé par les statuts, n'est d'aucune application dans la circonstance actuelle. Déjà l'art. 31 du Code de commerce avait dérogé sur ce point à l'art. 1856, en déclarant révocables les administrateurs des sociétés anonymes; et l'art. 22 de la loi de 1867 consacre le même principe, qui est fondamental en cette matière. La révocation *ad nutum*, c'est-à-dire sans cause légitime, est donc toujours possible et à toute époque, sans que les administrateurs révoqués puissent se plaindre ni réclamer de dommages-intérêts (1).

Cependant un doute a été exprimé à cet égard; et l'arrêt cité à la note précédente a admis hypothétiquement que les associés, en déléguant l'administration, pourraient renoncer pour un temps déterminé au droit de révoquer les administrateurs, en ajoutant, il est vrai, qu'une telle renonciation ne saurait se suppléer et devrait tout au moins être formellement exprimée. Mais cette hypothèse doit être écartée et tout doute levé en présence de textes formels; la loi de 1867, particulièrement, a un caractère d'ordre public qui fait obstacle à toute clause dérogatoire (2), par exemple, à la clause portant que les administrateurs ne pourront être révoqués que pour causes graves. Et il n'y a pas à distinguer à cet égard, comme on vient de le voir, entre l'administrateur nommé par les statuts ou depuis; l'exception introduite par l'art. 1856, C. civ., en matière de sociétés civiles, au principe général de la révocabilité absolue du mandat, ne s'étendant pas aux sociétés anonymes (3).

La promesse faite à l'un des administrateurs par les fondateurs de la société de le maintenir dans ses fonctions pendant un temps déterminé serait donc nulle et réputée non avenue (4).

La révocation n'est pas soumise aux formes spéciales qui ont pu être prescrites par les statuts pour leur modification, puisqu'elle ne constitue pas une dérogation, mais au contraire l'exercice d'un droit statutaire et légal (5).

(1) Cass., 28 juill. 1868 (D. 68.1. 441); Paris, 8 nov. 1871 (*Bull. de la Cour*, n. 2143). Paris, 7 janv. 1882 (*le Droit*, n. du 29 janvier).

(2) Dalloz, v^o *Société*, n. 1515. Pont, n. 1608. — *Contra*, Pardessus, n. 1041; Mathieu et Bourguignat, n. 172.

(3) Cass. 30 avr. 1878, de Toulouse 25 août 1876 (Dall 78.1.314; et sur renvoi, Agen, 7 janv. 1879 (D.79.2. 247); Pont. 1610.

(4) Cass. civ. 10 janv. 1881 (D. 81.1.161).

(5) Arrêts cités à la note 1. Paris, 6 mars 1890 (*Rev. des Soc.* 1890, p. 250).

C'est donc l'assemblée générale des actionnaires, à la majorité ordinaire, qui prononce la révocation. Mais si elle refusait ou négligeait de le faire, des actionnaires individuellement seraient-ils fondés à poursuivre judiciairement la révocation pour cause légitime? C'est là un point qui dépend d'une question plus générale se rattachant au pouvoir des assemblées d'actionnaires et à l'exercice des actions sociales et individuelles; *suprà*, n. 745 et s. L'action en révocation serait toujours, sans nul doute, une action sociale; elle serait cependant recevable, si l'on se trouvait dans l'un des cas exceptionnels où la majorité est sans pouvoir sur l'action sociale.

796. De leur côté, les administrateurs peuvent se démettre de leurs fonctions. Cependant, étant assujettis aux devoirs des mandataires, ils seraient tenus d'observer les précautions et les tempéraments que les circonstances pourraient exiger, sous peine d'être responsables du préjudice que causerait à la société leur démission inopportune ou à contre-temps (1).

La démission qui serait donnée par un administrateur, postérieurement aux faits qui engagent sa responsabilité, ne saurait, bien entendu, l'en dégager. En vain soutiendra-t-il, ou qu'il n'a pas été régulièrement continué dans ses fonctions par l'assemblée générale des actionnaires, ou qu'il a reçu son quitus et que son cautionnement lui a été rendu (2).

De même les premiers administrateurs, reconnus responsables de tout le préjudice résultant de la nullité de la société, ne pourraient s'affranchir, en donnant leur démission, d'une portion quelconque de cette responsabilité (3).

797. Cependant on ne doit pas confondre avec l'administrateur de la société les directeurs ou chefs de services, leurs fonctions fussent-elles même étendues, par exemple à toute la direction industrielle ou à toute la direction commerciale de l'entreprise (4). Un directeur n'est autre chose qu'un préposé, et sa situation est régie par un contrat de louage de travail; il peut stipuler une durée déterminée, pendant laquelle il ne peut être révoqué sans dommages-inté-

(1) Arg. des art. 1869 et 2009. C. civ. — Comp. Trib. com. Seine 23 oct. 1890 (*Rev. des Soc.* 1891, p. 107).

(2) Paris, 14 mars 1868, Société des docks de Saint-Ouen (*Bull. de la Cour de Paris*, n. 1468).

(3) Cass., 27 janv. 1873 (D. 73.1. 331).

(4) V. sur la question de la révocation du directeur un article paru dans la *Revue des sociétés* 1880, p. 164.

rêts (1), à moins qu'il n'ait commis de fautes assez graves pour faire approuver sa révocation par les tribunaux. Il aurait encore droit à des dommages-intérêts, quoique aucune durée fixe n'ait été stipulée, s'il résultait de la convention que le proposé était autorisé à compter sur le paisible exercice de son emploi tant qu'il en remplirait convenablement les devoirs (2).

Les deux fonctions pourraient être réunies sur la même tête, chacune avec son caractère particulier; ainsi, rien n'empêcherait que celui qu'on peut appeler le directeur technique de l'affaire fût en même temps administrateur de la société; à ce dernier titre, il serait toujours révocable, mais non à l'autre; *infra*, n. 806 et s.

797 *bis*. Si, au lieu d'un directeur technique, préposé à des fonctions déterminées, il était établi, par les statuts, comme dans les compagnies d'assurances, un directeur général chargé, sous l'autorité du conseil d'administration, de pourvoir à l'administration courante, quotidienne, des affaires sociales, de signer la correspondance, de passer les actes ordinaires, d'effectuer les recettes et les dépenses, ce directeur général serait-il révocable *ad nutum* comme les administrateurs? Ou, au contraire, pourrait-il être valablement stipulé qu'il ne serait révocable que pour causes graves?

Question délicate, et qui intéresse à un très haut degré l'avenir économique des sociétés anonymes: car il en est des sociétés commerciales comme des grandes sociétés politiques, comme des États; leur bonne ou mauvaise fortune dépend le plus souvent de la manière dont elles sont administrées, de la forme de leur gouvernement. Sous cette discussion juridique, c'est, pour les sociétés anonymes, une question constitutionnelle qui s'agite; *suprà*, n. 560 et s.

La société anonyme, aux yeux de certains esprits, a un défaut capital: avec son administration multiple et amovible, elle ne possède jamais, dit-on, l'unité de vue, l'esprit de suite, aussi nécessaire dans les opérations du commerce et de l'industrie que dans le gouvernement des États. C'est l'instabilité républicaine menant tout droit à l'anarchie. « Admettre la liberté des sociétés

(1) Cass., 8 avril 1837 et 8 fév. 1839 (D. 58.1.134; 59.1.57) — Comp. Cass., 31 août 1864, 24 janvier 1865 (D.64.1.372; 65.1.40). Paris, 13 déc. 1883 (Rev. des soc., 1884, p. 238; D. 83.2.8); Trib. Seine, 8 janv. 1883 (Rev. des Soc., 1883, p. 292).

(2) Aix, 6 mars 1876 (Ann. Lehir, 1877, p. 203).

« anonymes, s'écriait avec terreur M. Langlois (de la Sarthe) dans son rapport sur la loi du 17 juillet 1856, qui réglementait si sévèrement les sociétés en commandite, ce serait introduire le régime républicain dans l'industrie. »

Il est vrai que, depuis, le spectre parut moins effrayant ; et le second Empire, s'éprenant, le jour venu, des libertés économiques, ouvrit lui-même les portes toutes grandes à la démocratie industrielle, lorsque, par ses lois de 1863 et 1867, il affranchit les sociétés anonymes de la tutelle gouvernementale.

Cependant, sans être aussi timoré que l'honorable rapporteur de la loi de 1856, sans avoir les répugnances qu'il semblait si heureux de saisir l'occasion de manifester, on peut trouver que cette faculté perpétuelle de révocation *ad nutum*, c'est-à-dire au caprice des assemblées générales désormais souveraines, ne laisse pas que de présenter un certain danger. On n'a pas oublié cet aventurier belge et sa troupe de reporters, faisant invasion dans l'assemblée générale du *Crédit mobilier*, et renversant en un tour de main l'ancienne administration pour se mettre à sa place ; *infra*, n. 905.

Avec la doctrine de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 19 avril 1875 (1) en faveur des reporters, les majorités factices deviennent des majorités légales, et il n'y a pas de conseil d'administration qui puisse résister à ces révolutions intérieures.

La pratique, heureusement, s'est efforcée de corriger ce qu'il y avait d'imprévoyant dans la loi. C'est ainsi, d'une part, que pour maintenir l'esprit de suite et ne pas briser les traditions, les conseils d'administration ont été généralement soumis à un renouvellement partiel et périodique. C'est aussi le procédé recommandé par les politiciens partisans d'une Assemblée unique. D'un autre côté, il a été institué, en dehors du conseil d'administration, un pouvoir dirigeant, quoique subordonné, chargé de l'expédition des affaires courantes ; c'est le pouvoir exécutif de la société, exercé par un directeur, soumis à l'autorité du conseil et veillant à l'exécution de ses délibérations.

C'est dans les compagnies d'assurances particulièrement qu'on trouve ce fonctionnaire, sous le titre habituel de directeur général, nommé tantôt par le conseil, tantôt par l'assemblée générale, quelquefois à l'origine par les statuts sociaux.

(1) Dalloz, 75.2.161.

Si ce directeur n'est pas révocable arbitrairement, mais seulement en cas de malversations prouvées, ou pour incapacité démontrée, en un mot pour une cause légitime, la société aura gagné un élément de stabilité qui lui manquait ; et le danger des révolutions subites sera singulièrement amoindri dans ses conséquences.

Mais est-il permis aux sociétés anonymes de se prémunir contre ce danger, et, réciproquement, au directeur de se garantir contre une révocation arbitraire et imméritée ? Ou bien le directeur est-il essentiellement révocable comme tout administrateur ?

La Cour de cassation s'est prononcée en ce dernier sens par un arrêt du 30 avril 1878 (1), cassant un arrêt de la Cour de Toulouse, qui avait alloué des dommages-intérêts à un directeur révoqué sans motifs, en se basant sur une clause statutaire portant qu'il ne pouvait être révoqué, « sinon pour des causes graves. »

La Cour suprême s'est fondée, d'une part, sur l'article 22, 1^{er} alinéa, de la loi du 24 juillet 1867, suivant lequel « les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps révocables, etc., etc. ; » d'autre part, sur l'article 41 de la même loi, qui prononce la nullité de toute société anonyme « pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, etc. » D'où il résulterait qu'en poussant cette doctrine jusqu'au bout, non seulement la clause statutaire limitant la faculté de révocation serait nulle, mais aussi la société elle-même, qui devrait être annulée par les tribunaux comme entachée d'un vice constitutionnel irrémédiable, la nullité étant absolue et d'ordre public.

La Cour d'Agen, saisie par le renvoi de la Cour de cassation, a adopté la même doctrine (2), en visant ce motif de fait que le directeur était, dans l'espèce, « investi du droit de nommer les agents, de les révoquer, de traiter pour la société, d'agir pour elle, etc. » (3), qu'il n'était pas un simple agent subordonné des représentants sociaux, que tout au contraire nommé, non par le conseil

(1) Dall. 73.1.314.

(2) Dall. 79.2 247.

(3) Il y a dans les statuts les clauses suivantes :

Art. 46 (1^{er} alinéa). — Le directeur général est chargé de l'exécution de toutes les décisions prises par l'assemblée générale des actionnaires et par le conseil d'administration.

(3^e alinéa). — Il soumet au conseil

le règlement des sinistres et dommages, ainsi que les divers paiements à la charge de la société. Il nomme et révoque tous les agents et employés de la compagnie, fixe leurs traitements, sauf ratification par le conseil d'administration.

Ces clauses sont, pour ainsi dire, de style dans les statuts des compagnies d'assurances.

« des administrateurs, mais par l'assemblée générale directement, et avec des attributions distinctes de celles du conseil, il ne relevait que de l'assemblée générale des associés, dont il était ainsi le mandataire direct. »

Cette solution est-elle juridique ? Constatons tout d'abord qu'elle de nature à jeter un profond étonnement dans le monde des assurances, où jamais l'on n'a confondu, comme semble le faire cet arrêt, le directeur de la compagnie avec le conseil d'administration. Nul homme pratique ne s'aviserait assurément de soutenir que le directeur n'est pas le subordonné du conseil. A la tête des compagnies des chemins de fer, des grandes industries, régies par des sociétés anonymes, il y a aussi un directeur qui a la signature, qui agit seul, qui est pourvu d'attributions personnelles, d'une initiative nécessaire, concentrant en ses mains toute la partie du pouvoir qui ne saurait s'exercer collectivement, pourvoyant ainsi aux besoins journaliers, à la gestion courante, en un mot tenant les rênes et dirigeant ; mais recevant, subissant l'impulsion première du conseil d'administration, à l'autorité duquel il est soumis, comme le conseil l'est lui-même à l'autorité souveraine de l'assemblée générale des actionnaires.

Lors de la discussion de la loi 1867, il s'est produit la même confusion, à l'occasion d'une question de responsabilité soulevée par le second alinéa de l'article 22 ; mais aucun des hommes compétents de l'assemblée ne s'y est trompé. Le garde des sceaux, M. Baroche, a marqué très nettement la différence existant entre le conseil d'administration et le directeur : « Ce conseil administre, a-t-il dit, et puis il y a des agents, de différence importance, de divers degrés, de diverses capacités, qui ont des missions différentes. Le directeur a la signature qu'il doit avoir ; il signe les ordres donnés aux agents ; il signe les règlements élaborés sous l'autorité du conseil d'administration ; mais enfin il n'est pas administrateur de la société, il est *agent* de la société. » Et il avait soin d'ajouter que la loi nouvelle ne changeait rien à ce qui existait, rien au droit, rien à la pratique (1). »

M. Delebecque, avec la longue expérience qu'il avait acquise dans l'administration des compagnies de chemins de fer, disait aussi : « Le directeur, c'est un *fonctionnaire* de la compagnie. »

(1) Tripier, n. 2840 et suiv.

Que le directeur soit nommé par le conseil d'administration ou par l'assemblée des actionnaires, il n'importe. M. Baroche, en 1867, raisonnait dans l'hypothèse d'un directeur nommé par l'assemblée. M. de Courcy, qui a publié un *Examen de la loi de 1867*, et qui a une grande compétence pratique en cette matière, n'attache aucune importance au mode de nomination : « Le directeur, dit-il, tantôt « nommé par l'assemblée, tantôt désigné par le conseil d'adminis- « tration, suivant la diversité et la liberté des conventions statutai- « res, est lui-même en dehors du conseil, et n'y entre qu'avec voix « consultative (1). » A ses yeux, le directeur n'est qu'un « employé « supérieur, chargé de diriger le travail des bureaux et l'expédition « des affaires, d'exécuter les décisions du conseil, et d'être, pour « le public, son délégué permanent et assidu. »

La nomination par l'assemblée générale est, d'ailleurs, sans inconvénient, et il n'y a pas à craindre ici le conflit que la constitution de 1848 avait si imprudemment suscité en remettant au suffrage universel la nomination d'un chef de pouvoir exécutif, indépendant et maître dans sa sphère. Qui ne se souvient de l'amendement Grévy, rejeté par des hommes qui croyaient avoir le monopole de l'esprit de sagesse et de conservation ? Mais, dans nos sociétés anonymes, le chef de l'exécutif, le directeur, n'a aucune indépendance, étant le subordonné du conseil d'administration ; il est sans doute le premier dans la hiérarchie des employés ; il est l'employé supérieur, selon l'expression de M. de Courcy ; mais il n'est qu'un employé, un agent, et non un administrateur.

Pourquoi la société, pourquoi cet employé, ne pourraient-ils se lier par un contrat ?

Non seulement cette assimilation du directeur aux administrateurs est en opposition manifeste avec tous les enseignements de la pratique, mais elle ne trouve, quoiqu'on dise, aucun appui dans les textes légaux.

797 *ter*. Si l'art. 22, 1^{er} alinéa, énonce que les sociétés anonymes sont administrées par des « mandataires à temps, » cette expression a toujours été appliquée et ne saurait raisonnablement l'être qu'aux seuls administrateurs. Elle est d'ailleurs reproduite de l'art. 31 du Code de commerce, et l'art. 32 lui donnait immédiatement sa signification : « Les administrateurs, porte cet article, ne

(1) *Les Sociétés anonymes*, 17.

« sont responsables que de l'exécution de leur mandat. » Ces administrateurs, responsables d'un mandat, ne sont-ils pas, bien évidemment, les mandataires à temps de l'article précédent ?

Et dans la loi de 1867, l'art. 22 n'est-il pas suivi également de plusieurs autres où les mandataires à temps sont qualifiés d'administrateurs ? De l'art. 25, qui règle le mode de nomination des premiers administrateurs. De l'art. 26, qui impose aux administrateurs la possession d'un certain nombre d'actions. Des art. 30, 37, 40, qui tous visent les mandataires et les administrateurs seuls. Des art. 42 et 44 enfin qui, à l'exemple de l'article 32, non abrogé d'ailleurs du Code de commerce, déterminent les responsabilités des administrateurs.

Au surplus, la distinction entre les administrateurs et le directeur résulte du texte même de l'art. 22, dont le 2^e alinéa es ainsi conçu : « Ces mandataires (les mandataires à temps du 1^{er} alinéa) peuvent « choisir parmi eux un directeur ; ou, si les statuts le permettent, « se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont « responsables envers la société. »

Il est à noter qu'aucun des deux cas ici prévus ne correspond à l'espèce dont nous nous occupons. Dans le premier cas, le directeur est choisi parmi les administrateurs, et dans notre espèce, il est en dehors du conseil d'administration. Ce directeur n'est donc autre chose qu'un administrateur délégué, et c'est sous ce dernier titre qu'il est toujours désigné dans l'usage des sociétés anonymes. Le deuxième cas ne s'est jamais vu, et ne se verra jamais, affirme, non sans raison, M. de Courcy ; comment admettre, en effet, que les administrateurs se substituent un mandataire étranger ? Ne serait-ce pas de leur part, comme l'a dit avec une honnête énergie M. Delebecque, lors de la discussion de la loi, une véritable désertion, un abus de confiance ? Dans notre espèce, le directeur n'était point le substitut des administrateurs, qui n'avaient nullement abandonné leurs fonctions.

Qu'était-il donc, ce directeur, ni administrateur, ni substitut des administrateurs, mais collaborant à côté d'eux à la gestion des affaires sociales ?

S'il n'est pas le mandataire à temps tombant directement et personnellement sous la loi de révocabilité écrite contre les administrateurs dans l'art. 22, n'y aurait-il pas tout au moins entre lui et eux une certaine analogie qui permettrait d'étendre jusqu'à lui l'application de cette loi ?

Oui, répondent les deux arrêts, mais sans justifier cette analogie, sinon par ce fait que le directeur est aussi un mandataire. Mais est-ce suffisant et ne fallait-il pas, en outre, établir la similitude des deux mandats ? Les arrêts ne l'ont pas fait, et c'est cette lacune qui vicia leur doctrine.

Est-il nécessaire de signaler les différences radicales que présentent les deux mandats, comme les deux situations, les deux rôles ? D'un côté, les administrateurs, hommes souvent considérables, exerçant des fonctions gratuites, presque honorifiques, ne se réunissant qu'à intervalles réglés, délibérant en conseil, plutôt sur l'administration financière que sur la conduite industrielle de l'entreprise. De l'autre, le directeur, qui est l'homme du métier, choisi pour ses aptitudes, pour son expérience prouvée par ses travaux antérieurs, se consacrant tout entier, exclusivement, au service de la société, en un mot exerçant une profession qui, en matière d'assurance, a même un nom particulier, la profession d'assureur.

Mais ce qui, par-dessus tout, marque la différence des rôles, c'est la prédominance du conseil d'administration sur le directeur ; le conseil tient le budget, et c'est là, aussi bien que dans les États constitutionnels, le signe de la souveraineté réelle et effective.

S'il arrive, comme dans l'espèce que nous avons citée, que la révocation du directeur appartienne à l'assemblée générale des actionnaires, non au conseil d'administration, le conseil est armé du droit de la provoquer, et cela suffit pour assurer son autorité, pour soumettre le directeur à sa discipline.

C'est ici précisément que nous allons reconnaître le caractère juridique du lien qui attache le directeur à la société. Qu'est-ce, en effet, que cette subordination du directeur au conseil d'administration, sinon la marque évidente d'un contrat de louage de services !

Que ce contrat soit mélangé de mandat, cela ne saurait se contester, mais, comme dans tous les contrats mixtes, il y a un caractère dominant qui se détermine par les éléments principaux de la convention.

Or, ici, ne voyons-nous pas, dans le conseil, un chef, c'est-à-dire un maître ; et dans le directeur un serviteur, c'est-à-dire un locataire de services ! Si celui-ci a un mandat, c'est pour l'exécution du contrat de louage.

Le directeur est commé le préposé commercial, devant tout son travail, tout son temps au maître qui l'occupe, et, à cause de cela

encore, locateur de services, quoique aussi pourvu d'un mandat indispensable pour l'accomplissement même de sa fonction (1). La jurisprudence confirme cette règle, loin de la méconnaître, en décidant qu'un directeur particulier, local, d'une compagnie d'assurances, est un mandataire, s'il ne doit pas exclusivement tout son travail et tout son temps à la compagnie qui l'emploie (2).

Ajoutons que le directeur général reçoit le prix de son travail, *merces*, et non un honoraire de mandat. Nous savons que le Code civil, oublieux de l'antique et noble distinction faite par les jurisconsultes romains entre les arts libéraux et mécaniques, entre l'honoraire, récompense honorifique du mandat gratuit par nature, et le prix du travail payé à l'homme de métier, a qualifié de salaire l'honoraire reçu par le mandataire. Mais l'équivoque n'est qu'à la surface et la distinction classique a survécu jusque dans nos temps positifs, où cependant l'art se confond si souvent avec l'industrie, que l'on a créé une expression nouvelle, l'art industriel, pour désigner ce mélange. Est-ce à dire que l'art s'abaisse, et n'est-ce pas plutôt l'industrie qui s'élève ? N'est-il pas vrai qu'il y a toujours des artistes à côté et au-dessus des artisans ? Qu'il y a toujours des professions libérales, ne recevant jamais, selon la judicieuse remarque de Pothier, le prix intégral du service rendu, car après l'honoraire versé il reste encore une dette de reconnaissance ?

797 *quater*. Veut-on ne tenir aucun compte de tous ces éléments essentiels, et soutenir que le caractère du mandat l'emporte sur celui du louage ? La solution ne change pas, car le mandat peut être irrévocable aussi bien que le louage ; nous parlons, bien entendu, non du mandat d'administrateur spécialement régit par l'art. 22 de la loi de 1867, mais du mandat ordinaire, tel que celui conféré aux employés ou agents d'une société. Ce mandat est même de plein droit irrévocable s'il a été consenti dans l'intérêt des deux parties, du mandataire aussi bien que du mandant, et l'on ne saurait nier que ce double intérêt se rencontre dans tous ces mandats que nous appellerons professionnels, comme ceux confiés à un directeur d'usine, à un assureur, pour être le préposé en chef d'une société anonyme. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé le 6 janvier

(1) Troplong, *Du mandat*, n. 236. | 31 juillet 1836 (Dalloz, 73.2.176; 56.
(2) Rouen, 17 mai 1871; Colmar, | 2.265).

1873 1) que les articles 2003 et 2004, C. civ., qui autorisent la révocation par le mandant, « quand bon lui semble, sont relatifs
 « au mandat ayant pour objet une affaire intéressant uniquement
 « le mandant, mais non au mandat donné dans l'intérêt des deux
 « parties. »

Il résulte même de la jurisprudence, spécialement en cette matière des assurances, « qu'il est permis de stipuler que le mandataire ne pourra être révoqué que pour des causes spécifiées et
 « moyennant indemnité 2); » — « que l'équité, d'accord en cela
 « avec les habitudes de cette espèce d'industrie, ne permet pas à
 « une compagnie de congédier sans dédommagement un agent qui
 « n'a pas démerité, pour s'approprier le fruit du labeur de ce dernier. Que l'exercice du droit de révocation n'est plus qu'une
 « rupture abusive et dommageable du contrat, quand la révocation
 « a lieu sans cause légitime 3); » que la mise en liquidation de la société équivaut à une révocation sans cause, et donne droit à une indemnité (4); — que la convention dérogeant à la révocabilité légale peut même n'être que tacite, par exemple, « lorsque l'intention manifeste des parties a été que l'agent pût conserver son
 « agence, à moins qu'il ne s'en rendit indigne, jusqu'à ce qu'il eût
 « trouvé dans la perception des remises une compensation à ses
 « frais et la récompense de ses soins et de son dévouement (5). »

Ainsi, ce n'est pas, bien entendu, l'irrévocabilité absolue qui est consacrée par ces arrêts; la révocation est autorisée, mais moyennant indemnité; et il ne saurait en être autrement, le mandat, comme le louage de services, ne créant que des rapports purement personnels entre les parties, et la personne humaine ne pouvant, sans dommage pour sa dignité ou sa liberté, être attachée par un lien indissoluble; la contrainte matérielle n'est pas admissible en cas pareil: *nemo potest cogi ad factum*; mais le divorce qui survient sans cause légitime est une rupture du contrat obligeant celui qui l'a voulue aux dommages-intérêts édictés par l'art. 1149, C.

(1) Dalloz, 73.1.116.

(2) Rouen, 17 mai 1871 (Dalloz, 73.2.176).

(3) Colmar, 31 juillet 1856 (Dalloz, 58.2.265). — Paris, 13 déc. 1883 (Rev. des soc., 1884, p. 239. D. 83.2.8). — Trib. civ. Seine, 8 janv. 1885 (Rev. des soc., 1885, p. 293).

(4) Paris, 4 nov. 1886 (Rev. des Soc., 1887, p. 211; D. 87.2.148). Toulouse 16 nov. 1887. (Rev. des Soc., 1888, p. 94). — Comp. Paris, 24 nov. 1884 (Rev. des Soc., 1885, p. 304).

(5) Cass., 8 avril 1857, Req. de Colmar ci-dessus (Dalloz, 58.1.134). Aix, 6 mars 1876 (Ann. Lehir, 1877, p. 26).

civ. ; c'est-à-dire, que nécessairement se résout toujours l'inexécution de ces contrats, louage d'ouvrage ou mandat.

Dans les espèces que nous venons de rapporter il s'agissait, non du directeur général de la société, mais seulement de directeurs particuliers ou agents locaux ; et la doctrine établie par les arrêts s'applique *a fortiori* au premier. La Cour de Paris a, en effet, par un arrêt du 12 juin 1857 (1), reconnu la légalité de la clause qui déclarait le directeur général d'une société anonyme non révocable sans motifs graves ; et si, dans cette affaire, des dommages-intérêts ont été refusés au directeur général révoqué, c'est parce que, en fait, il avait reçu, à l'origine de la société, une très large rémunération, et en droit, les statuts sociaux conféraient à l'assemblée générale un droit absolu de révocation.

On a vainement essayé de soutenir que dans le cas où les statuts défendent la révocation sans motifs graves, l'appréciation de la gravité des motifs appartiendrait souverainement à l'assemblée générale des actionnaires. Car ce serait rendre la société juge et partie dans sa propre cause, et une telle interprétation serait la destruction de la convention elle-même.

A aucun point de vue, la théorie nouvelle inaugurée par la Cour de cassation dans son arrêt du 30 avril 1878 ne saurait se soutenir. Nous la soumettrons néanmoins à cette dernière mais décisive épreuve :

Supposons que le directeur général de la compagnie d'assurance ait été nommé, non par les statuts sociaux, mais au cours de la société et par un contrat particulier qui porte la même clause de non-révocabilité sans motifs graves ; sera-t-il encore un mandataire à temps, révocable *ad nutum*, sans indemnité, à l'instar des administrateurs ? Mais alors les directeurs particuliers, ou locaux, seront de même révocables, malgré toute clause contraire ? Que deviendrait ainsi la liberté des conventions ? En vérité, donner une telle extension à l'art. 22 de la loi de 1867, ce n'est plus de l'interprétation ; c'est une addition par le juge au texte légal ; et une addition qui a pour résultat de mettre hors du droit commun l'un des contrats les plus respectables : le contrat de travail.

Il est une secte de faux économistes qui poursuivent ardemment

(1) Journ. des ass., t. 27, p. 360. — Bull. de la C. d'app., n. 4290 (Compagnie le Monde).

le règlement, par une loi générale, des rapports entre capitalistes et travailleurs. Sans nul doute, ils ignorent ou méconnaissent la loi supérieure, inviolable, de l'offre et de la demande. Mais pourquoi défendre au contrat, loi privée, de régler ce rapport entre deux ou plusieurs personnes, individus ou sociétés? Est-il donc fatal que, dans la société anonyme, association de capitaux, l'élément travail soit à la merci de l'autre? Croit-on que les sociétés gagneraient à cette omnipotence qu'on prétend leur assurer? Quels sont les hommes, capables et honnêtes, qui consentiraient à subir ce joug, et s'exposeraient à tout perdre en un jour de caprice? Est-il bien digne aussi pour une société de s'approprier, selon l'énergique expression des arrêts, l'œuvre d'autrui, sans bourse délier; car cette œuvre est, dans toute la vérité du mot, le bien d'autrui, lorsque le directeur général, ainsi qu'il arrive quelquefois, a été le fondateur de la société!

La jurisprudence semble toutefois, nous devons le reconnaître, persister dans cette théorie de la révocabilité du directeur de société anonyme (1); mais elle ne serait pas applicable au directeur technique, préposé du conseil d'administration (*suprà*, n° 797); car les arrêts supposent toujours, pour admettre la révocabilité *ad nutum* du directeur, qu'il était chargé de la gestion de l'ensemble des affaires sociales, et était par conséquent le mandataire de la société.

SECTION II.

Délégations des pouvoirs des administrateurs.

SOMMAIRE.

798. — Les sociétés anonymes sont soumises au régime représentatif.
 799. — Les statuts peuvent distribuer les pouvoirs entre les administrateurs, ou en autoriser la délégation.
 800. — La délégation peut être totale et permanente. Si elle n'est que partielle, prévenir les conflits.

(1) Cass. 10 janv. 1881 (D.81.1.161); Nîmes, 4 juill. 1881 (la loi n. du 5 août); Trib. corr. Seine, 1^{re} déc. 1884 (*Rev. des soc.*, 1885, p. 95); Paris, 24 nov. 1884, 29 janv. 1885, Douzi, 11 juill. 1885 (*Rev. des soc.*, 1885, p. 264, 394 et 604); — Paris, 20 nov. 1885, 20 janv. 1886 (*Rev. des soc.*, 1886, p. 87 et 206; D. 87.2.93); Trib. Seine 28 oct. 1887, Cass. Req. 27 juill. 1888 (*Rev. des soc.*, 1888, p. 51 et 416; D.89.1.184).

801. — Les délégués restent sous l'autorité du conseil d'administration.
802. — Si les délégués sont associés, le conseil est responsable : 1^o du mauvais choix ; 2^o des fautes commises, et qu'il aurait pu empêcher.
803. — Malgré la délégation, cette responsabilité est plus étendue que celle des conseils de surveillance. Elle peut, en certains cas, être atténuée ou écartée.
804. — La délégation accidentelle et temporaire est permise, quoique non autorisée par les statuts. En cas pareil est applicable la responsabilité ordinaire indiquée ci-dessus (n^o 802).
805. — Si la délégation non autorisée était intégrale, la responsabilité serait beaucoup plus étendue.
806. — Les administrateurs peuvent se substituer un mandataire étranger.
807. — Ils en sont responsables d'une façon absolue.
808. — Les délégués et mandataires sont eux-mêmes directement responsables envers la société.

798. Il convient d'étudier de plus près toute cette organisation administrative des sociétés anonymes, si intéressante par les idées générales qu'elle éveille, par les comparaisons qu'elle suscite, en faisant songer aux grandes sociétés politiques modernes, administrées, elles aussi, par des représentants élus par la masse des citoyens, comme le sont les administrateurs de sociétés anonymes par l'assemblée générale de leurs actionnaires.

Il y a là des problèmes difficiles à résoudre, comme le prouve la longue élaboration des lois constitutionnelles dans les pays qui modifient leur constitution.

On peut dire, sans forcer le sens des mots, que l'industrie a aussi, et dans un sens heureusement très libéral, modifié sa constitution, du jour où elle a obtenu pour les sociétés anonymes l'affranchissement de la tutelle de l'État. Ce n'est pas sans résistance qu'elle a conquis son autonomie ; nous avons cité le mot mot de M. Langlois de la Sarthe, *suprà*, n^o 797 bis : « C'est le régime républicain que vous allez introduire dans l'industrie, » et l'anonymat libre a dû passer par le régime transitoire de la société à responsabilité limitée.

Dans la société anonyme, comme dans la société politique, le pouvoir s'exerce donc par délégation ; car administrateurs ou représentants ne sont que des délégués du souverain, qui est le peuple

des actionnaires ou des citoyens; et ces délégués eux-mêmes peuvent en nommer d'autres pour l'exercice du pouvoir exécutif; toutefois, dans la sphère politique, cela n'arrive que si la constitution de l'État est démocratique et basée sur le principe de la séparation des pouvoirs; *suprà*, n° 557 et suiv. Dans la sphère industrielle, la délégation n'est pas essentielle, constitutionnelle, mais elle est presque toujours imposée par les nécessités pratiques de l'administration, surtout lorsqu'il y a un conseil composé de plusieurs membres, qui ne peuvent évidemment siéger en permanence, et moins encore se trouver tous ensemble et partout à la fois.

799. Les statuts sociaux peuvent distribuer entre les administrateurs eux-mêmes le travail et les pouvoirs. Ainsi, il est loisible au conseil d'administration d'élire un de ses membres, qui sera chargé de l'expédition des affaires courantes, sous le titre de directeur ou d'administrateur délégué. Au lieu d'un directeur unique, il pourra en élire deux ou un plus grand nombre, et même instituer un comité d'exécution ou de direction, se réunissant à des époques périodiques plus rapprochées que le conseil d'administration, et se mêlant plus activement à la gestion des affaires communes.

Le conseil peut aussi, lorsqu'il en reconnaît l'utilité, élire des délégués à certains services spéciaux, et alors, pour éviter les conflits, il paraît sage de stipuler : 1° que chaque administrateur [délégué] agit seul, dans la limite de ses attributions, au nom du comité de direction, sauf la ratification par le comité des actes de nature à engager la société; 2° que chacun des membres du comité peut aussi agir isolément, au nom du comité, sauf la même ratification; 3° et, enfin, que le conseil d'administration, rouage supérieur de la société, se réunit périodiquement pour délibérer sur les affaires sociales et entendre les comptes rendus tant du comité que des délégués. Avec cette organisation administrative, on concilie la liberté d'initiative, indispensable vis-à-vis des tiers, avec l'unité de direction, si nécessaire pour la bonne marche de toute entreprise collective.

Si l'on veut investir le directeur d'une plus grande autorité morale, l'assemblée générale peut être chargée de l'élire, soit spontanément, soit sur la présentation du conseil d'administration. Mais il reste toujours agent d'exécution, et il est placé sous la direction supérieure du conseil, à moins, chose fort imprudente, qu'il n'en soit affranchi par les statuts (1).

(1) *Suprà*, n° 562 et s.

800. Il est donc laissé aux statuts pleine liberté pour l'organisation de l'administration. Il est même permis de stipuler que la délégation des pouvoirs du conseil d'administration sera non seulement partielle et temporaire, mais totale et permanente (1). L'art. 22 de la loi de 1867, en autorisant les administrateurs à se substituer un mandataire étranger, n'y met aucune condition; l'autorisation est absolue, et elle s'appliquerait à *fortiori* à un directeur associé.

Il arrive le plus souvent que la délégation n'est que partielle, les pouvoirs principaux étant réservés au conseil d'administration, et même quelques-uns, plus importants encore, à l'assemblée générale des actionnaires. Lorsque les pouvoirs sont ainsi divisés, il importe beaucoup que les lignes de séparation soient nettement tracées, comme nous venons de l'expliquer, pour éviter des objections de la part des tiers, ou des conflits intérieurs, qui se dénoueraient, sans doute, devant l'assemblée générale, souveraine en pareil cas, mais qui auraient tout au moins l'inconvénient de retarder certaines affaires, peut-être urgentes.

801. En supposant même une délégation totale et permanente au profit d'un directeur ou d'un comité, ce ne serait pas et ne devrait pas être une abdication de la part du conseil d'administration; car les délégués demeurent sous la surveillance et, il faut dire plus, sous l'autorité du conseil, qui reste le mandataire principal et direct de la masse des actionnaires. Ils peuvent, à moins de clause contraire écrite dans les statuts, être suspendus, même révoqués par le conseil, responsable de leurs agissements vis-à-vis de la société.

En vain essayerait-on de nier cette responsabilité en invoquant le texte de l'art. 22 de la loi de 1867, qui déclare les administrateurs responsables du mandataire étranger à la société, de sorte qu'ils seraient indemnes si, comme nous le supposons en ce moment, le mandataire était membre de la société; mais cet argument à *contrario* est, comme le plus souvent, sans valeur, le silence d'un texte ne pouvant avoir l'efficacité d'abroger des règles consacrées par le droit commun. Que la responsabilité, ainsi affirmée par la loi pour un cas particulier, soit d'une autre nature et plus étendue que pour les cas omis, nous le voulons bien, mais ce n'est pas à dire qu'il n'en existe d'aucune d'aucune sorte dans ces derniers cas, qui sont

(1) Dans les statuts de la *Compagnie Immobilière*, par exemple, il y avait un comité d'exécution « chargé, sous l'autorité du conseil, de la gestion des affaires sociales. »

d'ailleurs les cas les plus fréquents, et soumis dès lors aux règles ordinaires.

Il arrivera bien rarement, en effet, dans une société par actions, que le mandataire substitué aux administrateurs soit étranger à la société, puisqu'il lui suffira de la possession d'une seule action pour en être membre. Nous verrons tout à l'heure quel est le genre de responsabilité décrété pour cette hypothèse exceptionnelle; recherchons d'abord quelle est celle qui dérive des principes généraux du droit, ou de la loi spéciale, lorsque le mandataire ou les mandataires choisis par le conseil d'administration sont des actionnaires.

802. En premier lieu, nous trouvons la responsabilité du choix lui-même. Elle est évidemment et totalement engagée si les délégués choisis sont notoirement incapables ou insolvables. C'est là une règle de bon sens, appliquée d'ailleurs par la loi positive en matière de substitution de mandat. L'art. 1994 du Code civil déclare le mandataire responsable de celui qu'il s'est substitué, si ce dernier est notoirement incapable ou insolvable, alors même que cette faculté de substituer lui aurait été accordée par son mandant.

D'une autre part, le conseil d'administration, par la transmission à des délégués de ses attributions actives, a conservé tout au moins celles d'un conseil de surveillance; ce serait une erreur (1) de croire que, la délégation ayant été autorisée par les statuts, le conseil s'est trouvé par là désintéressé de l'administration. Sans doute un mandataire ordinaire, autorisé par son mandat à se substituer un tiers, n'est responsable, aux termes de l'art. 1994, que si ce tiers est notoirement incapable ou insolvable, et il est même déchargé de cette responsabilité restreinte si le tiers lui a été désigné par le mandant. Mais les administrateurs d'une société, élus par leurs intéressés, sont dans une toute autre situation que ce mandataire vis-à-vis de son mandant; c'est à eux que sont confiées pour un temps les destinées de la société; on les a choisis, parce que ce sont des hommes honorables et sûrs, offrant par leur réunion une sécurité plus grande sur laquelle les actionnaires ont compté pour toute la durée de leurs fonctions. C'est un groupe, dans lequel la loi elle-même a mis la cohésion par le moyen d'une solidarité, réelle toujours, quelquefois personnelle. C'est un conseil tenu à des réunions

(1) Je rectifie ainsi l'opinion émise dans mon *Traité des Sociétés par actions* (n. 337), où j'avais cédé à une fausse analogie tirée de l'art. 1994, C. civ.

périodiques, délibérant à la majorité, composé d'un nombre déterminé de membres. Toutes ces garanties vont-elles disparaître avec la délégation? Et ce conseil va-t-il abdiquer devant le directeur ou le comité que lui-même a choisi? Une telle interprétation des statuts serait absolument fautive, car elle arriverait à transformer la délégation en une véritable démission; et l'on doit au contraire décider que les administrateurs demeurent responsables, non sans doute de l'insolvabilité future de leurs délégués, non de tous leurs actes en général, mais des fautes commises et qu'une surveillance plus attentive ou une direction plus assidue auraient pu empêcher (1). C'est ainsi que des administrateurs ont été déclarés responsables de détournements commis par l'administrateur délégué, leurs devoirs les obligeant à veiller à ce que, dans la conduite des affaires sociales, il ne soit commis aucun acte de négligence ou d'improbité (2).

803. La responsabilité des administrateurs, après la délégation, est même plus étendue que celle d'un conseil de surveillance dans la société en commandite; c'est un point de vue sur lequel nous aurons à revenir. Bornons-nous à remarquer ici qu'ils gardent non seulement le contrôle, mais l'autorité, ainsi d'ailleurs que le constate la formule même de la plupart des statuts de sociétés anonymes : « Le directeur (ou le comité) est placé sous l'autorité du conseil d'administration. » D'où la conséquence que l'incurie des administrateurs leur serait plus reprochable qu'aux membres d'un conseil de surveillance, et pourrait être appréciée avec moins de modération.

Cependant leur responsabilité pourrait être atténuée, ou même écartée, s'ils fournissaient la preuve, malgré les fautes de leurs délégués, qu'ils ont donné aux affaires de la société les soins habituels d'une bonne administration, que leurs instructions n'ont pas été suivies (3), ou qu'il a été commis par les délégués des dissimulations ou des fraudes qui auraient pu échapper à la perspicacité ordinaire d'un père de famille (4), ou encore si les statuts avaient fait aux délégués une situation indépendante de ce conseil d'administration (5). Tout cela s'éclaircira bientôt par des exemples empruntés à la jurisprudence; *infra*, nos 968 et suivants.

(1) Colmar, 3 juillet 1867, et rejet 13 janv. 1869; Paris, 14 mars 1868.

(2) Paris, 13 juill. 1876 (Ann. Lehir, 1878, p. 193).

(3) Paris, 30 juillet 1867 (D. 67.2. 238, Société de Decazeville).

(4) Paris, 29 juillet 1873 (Sous-comptoir du commerce et de l'industrie).

(5) Cass., 11 juillet 1870 (D. 71.1. 137), Société de la papeterie d'Es-sonne.

804. Le conseil d'administration aurait-il le droit de déléguer ses pouvoirs, s'il n'y était formellement autorisé par les statuts? Et en ce cas de négative, quelle serait la sanction? Il y a ici une distinction à faire :

S'il ne s'agit que d'un mandat accidentel, temporaire, spécial à une affaire, ou même à une série d'affaires déterminées, ce mandat doit être permis, par la raison décisive que, s'il ne l'était pas, l'administration serait entravée à chaque pas et deviendrait impossible. Les administrateurs ne peuvent tous à la fois agir et se trouver partout à la fois; et des mandats multiples seront inévitables pour les transactions multipliées auxquelles se livre toute société anonyme. Un tel mandat n'est, à vrai dire, tant il est inhérent à la nature des choses, qu'un acte d'administration; c'est même un mandat plutôt qu'une substitution de pouvoirs, et c'est plus dans le droit commun que dans l'art. 1994 du Code civil qu'on doit chercher la règle de responsabilité applicable au conseil d'administration. Expliquons-nous :

L'art. 1994 est ainsi conçu : « Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion : 1° quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un; 2° quand ce pouvoir lui a été donné sans désignation d'une personne, et que celle dont il a fait choix était notoirement incapable ou insolvable. »

Il résulte implicitement de ce texte que la faculté de substitution existe de soi, sans avoir besoin d'être concédée; mais si elle est exercée sans autorisation, la responsabilité du mandataire est plus grande. Là est toute la différence. Or, c'est cette responsabilité plus grande que nous soutenons ne pas devoir être imposée aux administrateurs qui n'ont conféré que des mandats spéciaux. Quelle est donc celle qui leur est opposable? Il n'y en a pas d'autres que celle de leurs fautes personnelles, par application des art. 1382 et 1383 du Code civil; et ils seront en faute, comme dans l'hypothèse examinée tout à l'heure où la délégation de pouvoir est autorisée par les statuts :

1° S'ils ont fait imprudemment un mauvais choix, en prenant un homme notoirement incapable ou insolvable;

2° S'ils n'ont pas surveillé le mandataire, même bien choisi, puisqu'il avaient sur lui une autorité complète et pouvaient le révoquer à leur guise. Ils ne seraient indemnes que s'ils prouvaient n'avoir pas pu empêcher les fautes préjudiciables à la société.

805. Si, au lieu d'un mandat spécial, le conseil d'administration

avait consenti, sans y être autorisé par les statuts ou par l'assemblée générale des actionnaires, une véritable délégation de ses pouvoirs, en instituant un directeur, ou un administrateur délégué, ou un comité d'exécution, une telle délégation ne serait pas valable; les tiers pourraient la méconnaître en refusant de traiter avec les prétendus délégués; les commissaires de surveillance pourraient convoquer l'assemblée générale pour lui dénoncer le fait, et celle-ci révoquer tout à la fois les délégants et les délégués; car le mandat confié aux administrateurs diffère du mandat ordinaire, ainsi que nous l'avons établi; il doit être considéré comme personnel et intransmissible. Ici est inapplicable l'art. 1994 du Code civil, malgré les analogies qui, en d'autres cas, peuvent en être tirées.

La responsabilité du conseil serait en pareil cas largement engagée, et il y aurait lieu de lui imputer, non plus seulement celle de ses fautes personnelles, mais la responsabilité absolue infligée par l'art. 1994 du Code civil au mandataire qui s'est substitué un tiers sans y être formellement autorisé. Le fait des administrateurs est même plus grave que celui de ce mandataire, qui du moins était, à ses risques et périls, implicitement autorisé par la loi à faire la substitution, puisque cette autorisation implicite ne pourrait être invoquée par les administrateurs, dont le mandat est personnel. La responsabilité s'étendrait donc jusqu'à l'insolvabilité future des délégués, et à toutes les fautes commises par eux, alors même que les administrateurs justifieraient d'un contrôle réel sur leurs actes.

806. Il reste une dernière hypothèse : l'art. 22 de la loi de 1867 autorise les administrateurs, non seulement à choisir parmi eux un directeur, mais encore à se substituer un mandataire étranger à la société, à deux conditions : 1° que les statuts l'aient permis; 2° qu'ils en soient responsables. Quelle est la nature et qu'elle sera l'étendue de cette responsabilité ? Avant de répondre à cette question, il n'est pas inutile de rechercher comment et pourquoi cette faculté a été introduite dans la loi de 1867.

Constatons d'abord que c'est là une disposition nouvelle, et dont l'utilité ne se faisait pas bien sentir; en effet, dans la pratique des sociétés anonymes, on admettait bien le conseil à déléguer ses pouvoirs à un tiers, mais seulement par un mandat spécial et temporaire, pour des cas déterminés; cette restriction était en quelque sorte de style dans les statuts. Pourquoi n'avoir pas laissé cet usage suivre son cours? La loi avait-elle besoin d'imaginer cette faculté exorbitante pour les administrateurs de se *substituer* un mandataire étranger?

La substitution peut être complète, radicale ; ce sera de la part des administrateurs une véritable désertion de leurs fonctions, une abdication ; ce mot a été prononcé dans la discussion de la loi au Corps législatif (1).

On s'explique aisément les protestations soulevées par une telle innovation. On a essayé d'y répondre (2) en demandant s'il fallait interdire cette faculté de substitution. Non, sans doute ; mais il était inutile de l'écrire dans la loi, comme une sorte d'invitation aux administrateurs d'abandonner leur mandat. La concession explicite peut être quelquefois aussi dangereuse que l'interdiction.

Lors de la discussion de la loi, il s'est produit une équivoque, qui semble n'avoir pas été complètement dissipée et que nous avons déjà signalée, *suprà* n. 797 et suiv. : on a dit que la plupart des sociétés industrielles, les compagnies de chemins de fer notamment, avaient toujours un mandataire étranger, connu sous le nom de directeur, homme spécial, ayant la haute main sur l'entreprise, et usant même de la signature ; que, malgré l'importance de ses fonctions, le directeur n'était au fond qu'un employé, dont les administrateurs ne pouvaient être personnellement responsables ; que si une pareille responsabilité devait exister à l'avenir, nul n'oserait plus désormais être administrateur d'une société anonyme.

807. Mais il y a eu là une confusion du mots, amenée, il faut bien le dire, par l'innovation législative, dont c'est là le premier et le moindre défaut : on a en effet confondu les directeurs de services avec le directeur général de la compagnie. S'il est vrai, comme nous l'avons démontré, que celui-ci n'est, comme les premiers, au point de vue juridique, qu'un locateur de services. il est incontestable qu'il participe à l'administration de la société dans une certaine mesure, et que, sous le rapport des responsabilités pouvant peser sur les administrateurs, les règles à suivre ne sont pas les mêmes :

Ainsi, relativement aux directeurs de services, on a eu tort de craindre que le conseil d'administration n'endossât la responsabilité des fautes commises dans l'exploitation ou le service. Mais il en serait autrement du directeur général de la compagnie, étranger à la société et que les administrateurs se seraient substitué en vertu de la faculté nouvelle créée par l'art. 22 ; au moyen de cette distinction la

(1) Par M. Delbecque (V. *le Moniteur* du 3 juin 1867).

(2) M. Vuitry, président du Conseil d'Etat.

responsabilité ne s'appliquera qu'aux fonctions administratives proprement dites, les seules pour lesquelles il y ait eu une véritable substitution de pouvoirs.

Mais, dans ce dernier ordre d'idées, la responsabilité sera complète et absolue : les administrateurs sont responsables, dit l'art. 22, sans aucune restriction ni réserve; elle s'étendra donc, comme au cas d'une délégation de pouvoirs non autorisée par les statuts, à l'insolvabilité future du mandataire et aux fautes par lui commises.

808. Quant aux délégués et mandataires du conseil d'administration, à quelque titre et de quelque façon qu'ils aient été institués, ils sont responsables, par application des règles du mandat, et selon les termes mêmes de l'art. 1992 du Code civil, non seulement de leur dol, mais aussi des fautes qu'ils ont commises dans leur gestion, sans préjudice des quasi-délits qui leur seraient imputables à cette occasion et qui auraient leur sanction dans l'art. 1383 du Code civil.

La société a contre eux l'action directe que l'art. 1994 accorde au mandant contre le mandataire substitué (1). D'ailleurs l'action oblique, accordée par l'art. 1166 à tout créancier, conduirait au même résultat pratique.

Les délégués essayeront souvent de s'abriter derrière le conseil d'administration, dont ils soutiendront n'être que de simples agents d'exécution; mais, à supposer même que le conseil ait manqué à tous ses devoirs, cela n'excuserait en rien leurs fautes personnelles (2), et ils ne devraient être absous que s'ils prouvaient avoir suivi les instructions du conseil, qui, en pareil cas, serait seul coupable, et dès lors seul responsable de la faute (3).

Ils pourraient même être déclarés responsables directement envers les tiers, s'ils avaient excédé leur mandat en laissant ignorer à ceux-ci cet excès de pouvoir (art. 1997, C. civ.) (4); *infra* nos 821, 877.

(1) Paris, 29 juillet 1873 (Sous-comptoir du commerce et de l'industrie). — Paris, 22 avril 1870 (Compagnie immobilière).

(2) Paris, 29 juillet 1873 (Sous-comptoir du commerce et de l'industrie).

(3) Cass., 24 janvier 1870 (D. 70.1.177. aff. Millaud).

(4) Paris, 21 juillet 1873 (*le Droit*, 3 août 1873).

SECTION III

Attributions des administrateurs.

SOMMAIRE.

809. — Vérification de la constitution régulière de la société.
 810. — La vérification doit être sérieuse et complète.
 811. — Publication légale de la société et des actes modificatifs.
 812. — Réunions périodiques du conseil d'administration.
 813. — Division du travail. Absences.
 814. — Un administrateur ne peut se faire remplacer par un tiers.
 815. — Le conseil délibère à la majorité des voix.
 816. — Communications diverses à faire aux commissaires et aux actionnaires.
 817. — Elles constituent un minimum de garanties légales.
 818. — L'inventaire est l'œuvre des administrateurs.
 819. — Dividendes, réels et fictifs; fonds de réserve.
 820. — Dissolution en cas de pertes.
 821. — Les pouvoirs des administrateurs résultent du droit commun. Pouvoirs du directeur.
 822. — Ils doivent un cautionnement en actions de la société.
 823. — Il leur est interdit d'avoir un intérêt dans les marchés ou entreprises.
 824. — A moins de donner leur démission en temps non suspect.
 825. — L'interdiction porte sur tout intérêt « direct ou indirect ».
 826. — Quels sont les marchés ou entreprises atteints par l'interdiction ?
 827. — Compte à rendre chaque année à l'assemblée générale.
 828. — Sanction de l'interdiction.

809. A l'origine de la société, les administrateurs ont à remplir des devoirs analogues à ceux qui incombent au conseil de surveillance dans la société en commandite. Ce conseil est chargé, par une disposition formelle de la loi de 1867, de vérifier si toutes les prescriptions édictées pour la constitution de la société ont été observées par les fondateurs (art. 6). Il est vrai que cette disposition n'est pas reproduite au titre II de la loi, qui régit les sociétés anonymes, et on lit même au contraire (art. 24) que c'est à la première assemblée générale qu'est confiée la mission de vérifier la sincérité de la

déclaration notariée faite par les fondateurs touchant la souscription intégrale du capital et le versement du quart des actions. Mais est-ce à dire que les administrateurs soient ainsi dispensés de toute vérification, au moins sur le point spécial attribué à l'assemblée générale? Nullement, car l'article 42 les rends responsables de la nullité de la société irrégulièrement constituée, ce qui implique le droit d'abord, puis le devoir de se livrer à l'examen complet des formalités remplies par les fondateurs, c'est-à-dire à la vérification même textuellement prescrite au conseil de surveillance.

Toutefois, il y aurait à faire ici la distinction que nous proposerons plus loin, *infra*, n° 834, entre les administrateurs désignés dans les statuts mêmes, et ceux qui n'ont été nommés que par l'assemblée générale. Aux premiers incombe l'obligation de vérifier la constitution de la société, puisqu'ils sont responsables de sa nullité. Quant aux autres, ils ne sauraient être tenus de procéder à une vérification pour laquelle, d'ailleurs, le temps et les moyens matériels leur manqueraient la plupart du temps; en pareil cas, l'obligation comme la responsabilité pèsent donc exclusivement sur les fondateurs.

810. La vérification, lorsqu'elle est obligatoire, doit être sérieuse, ne pas s'arrêter aux apparences, et porter sur le fond comme sur la forme, c'est-à-dire sur la réalité des faits aussi bien que sur la régularité des actes. Cette vérification sera facile aux administrateurs statutaires, surtout s'ils ont été les fondateurs de la société; ils n'auraient plus même alors qu'à se préoccuper des formalités extérieures, et à rechercher si les conditions prescrites à cet égard par la loi pour la validité de la société ont été observées, si les statuts ont été rédigés en la forme et avec les clause essentielles, si la déclaration notariée contient tous les éléments voulus, si les apports en nature et les avantages particuliers ont été appréciés par les deux assemblées générales exigées par la loi, après rapport justificatif présenté à la seconde, si enfin ces assemblées ont été régulièrement convoquées, composées et constituées. Quant à la sincérité de la déclaration notariée, comme elle émane d'eux-mêmes dans cette hypothèse, il savent à quoi s'en tenir; mais si la société a été fondée par d'autres personnes, ils doivent toute leur attention à ce point capital, et voir si les souscriptions annoncées sont justifiées par les bulletins, les versements par les écus.

811. Les administrateurs sont tenus, après la société constituée et dans le mois de cette constitution, de faire publier la société dans

les formes prescrites par le titre IV de la loi de 1867 (1). C'est un soin qui leur incombe exclusivement, et dont ils ne partagent pas la responsabilité avec les fondateurs comme pour les formalités constitutives dont nous venons de parler. Les fondateurs ont disparu et leur mission s'est terminée à l'heure même où les administrateurs sont entrés en fonctions. Ceux-ci restent donc seuls chargés d'opérer eux-mêmes la publication, ou de la surveiller, s'il ont donné mandat de le faire au notaire détenteur de l'acte de société et des délibérations annexes.

Sur ce point particulier, l'identité générale que nous avons signalée entre les devoirs des conseils d'administration et de surveillance n'existe plus, et nous en avons donné la raison lorsque nous avons traité des attributions de ces derniers conseils (2).

812. Aussitôt que les administrateurs sont entrés en fonction, c'est-à-dire à partir du moment même où la société est constituée tant par leur acceptation que par celle des commissaires, le mandat des administrateurs commence, avec toutes les obligations imposées par la loi ou les statuts aux mandataires chargés de la gestion de la chose d'autrui. Ils ne doivent pas oublier qu'ils sont et restent, aux yeux des actionnaires, les seuls et véritables administrateurs, et que, malgré toutes les délégations de pouvoirs conférées, soit à un directeur, soit à un comité, ils conservent l'autorité supérieure; ils sont toujours le pouvoir exécutif de la société, et à ce titre ils ne peuvent en abandonner jamais la haute direction, ni surtout le contrôle.

Ils ne sauraient donc se dispenser de se réunir fréquemment, même périodiquement, pour se tenir au courant des opérations sociales, délibérer en commun sur les difficultés qui se présentent, ordonner les mesures utiles, autoriser ou approuver les principaux traités conclus avec les tiers, en un mot pour agir en tout comme le ferait un père de famille diligent et soucieux de bien administrer sa fortune. Alors même que celui-ci remet la gestion de ses affaires à un intendant, il ne doit jamais, à peine de se rendre coupable d'incurie envers lui ou les siens, en abandonner la direction; car il sait que, selon la sagesse des nations, rien ne remplace l'œil du maître.

(1) Ce sont eux-mêmes qui, d'après l'article 60, doivent signer l'extrait des actes sous seings privés à publier; et cela doit s'entendre non seulement de la publication originale, mais encore de la publica-

tion des actes modificatifs prescrite par l'article 61; car leur devoir est le même dans l'un et l'autre cas; *Sic Pont*, n. 1295.

(2) *V. supra*, n. 534 et s., 580.

813. Du reste, si les administrateurs sont assez nombreux, rien n'empêche qu'ils ne partagent et n'allègent le fardeau en suivant les usages établis dans plusieurs sociétés, où il y a tantôt des administrateurs de service à tour de rôle, se rendant chaque jour au siège social, tantôt un comité se réunissant chaque semaine, de manière à espacer un peu plus les séances générales du conseil d'administration. Le conseil, nommé par l'assemblée générale sans conditions, est assurément le maître de son règlement intérieur.

L'assiduité des membres du conseil n'est pas sans doute une règle absolue, et l'on admettra toujours une certaine tolérance respective commandée quelquefois d'ailleurs par les plus simples convenances. Mais l'absence répétée et persistante d'un membre pourrait à la fin constituer une négligence blâmable, et de nature à légitimer sa révocation. Elle ne saurait l'autoriser à décliner la responsabilité qui viendrait à peser sur le conseil tout entier, surtout si ce membre n'avait soulevé aucune protestation, ou même avait pris part à l'ensemble des actes qui ont amené le préjudice (1).

814. Un administrateur ne pourrait pas se faire remplacer par un tiers aux délibérations du conseil, et une prohibition formelle est même inscrite à cet égard dans beaucoup de statuts sociaux ; mais la prohibition est de droit, et comme telle, surabondante ; si les administrateurs, considérés dans leur ensemble, à l'état de conseil d'administration, ont le droit de déléguer leurs pouvoirs, il n'en est pas de même de chacun d'eux en particulier ; si le mandat collectif est jusqu'à un certain point transmissible, le mandat individuel ne l'est pas, et la raison de cette différence s'aperçoit aisément : la transmission du premier mandat n'est jamais qu'imparfaite, puisque le mandant ne se dessaisit pas de l'autorité ou du contrôle sur les actes de ses délégués, tandis que le mandat individuel ne serait autre chose qu'un abandon de la fonction. On ne concevrait pas mieux l'introduction d'un étranger au sein d'un conseil d'administration que le vote par procuration dans l'assemblée des représentants d'une nation ; *suprà*, n° 582.

815. Le conseil d'administration délibère à la majorité des voix comme le conseil de surveillance dans les sociétés en commandite. La majorité se calcule sur le nombre de membres présents, et la décision serait valable quel que fût ce nombre ; car, il est de prin-

(1) Paris, 1^{er} août 1868 D.69.3.25), Soc. du Crédit mobilier.

cipe, en matière de société, que les associés, et à plus forte raison, ceux d'entre eux qui ont été désignés pour administrer, sont censés s'être donné respectivement pouvoir à cet effet.

Il n'en serait autrement que si les statuts avaient exigé pour la validité des délibérations la présence d'un minimum de membres, exigence qui se rencontre fréquemment et qui peut être de nature à éviter des mesures surprises ou irréfléchies. Les décisions prises par un conseil d'administration, qui n'est pas composé du nombre d'administrateurs prescrit par les statuts, sont nulles, bien que la nullité ne soit pas édictée par les statuts, et alors même que les actionnaires, dans des assemblées générales ultérieures, auraient donné leur approbation aux actes des administrateurs, les actionnaires n'ayant pas le pouvoir de valider la violation du pacte social (1). Quelquefois il est stipulé, et c'est d'une sage prévoyance, que si les membres présents n'atteignent pas le minimum statutaire, une seconde convocation sera faite avec indication de l'ordre du jour, et qu'à la seconde réunion, la délibération sera dans tous les cas valable.

816. Pendant l'existence de la société, les administrateurs ont à remplir certains devoirs spéciaux inhérents à leurs fonctions, et qui leur sont prescrits dans diverses dispositions du titre II de la loi de 1867. Ainsi, notamment :

Communiquer aux commissaires, pendant le trimestre qui précède la réunion annuelle de l'assemblée générale, les livres de la société ainsi que les actes et documents dont la connaissance est indispensable pour l'examen des opérations sociales (art. 33);

Faire dresser, chaque semestre, un état de situation sommaire, et chaque année un inventaire général de l'exercice écoulé (art. 34);

Convoquer l'assemblée générale annuelle pour lui soumettre l'approbation des comptes, et, s'il y a lieu, la distribution des dividendes (même article).

A cette occasion, et en observant les délais légaux, faire, soit aux commissaires, soit aux actionnaires, toutes les communications prescrites par les articles 34 et 35, et qui ont pour but d'éclairer l'assemblée générale, afin de lui permettre de statuer en connaissance de cause sur l'approbation des comptes.

817. Pour essayer d'atteindre ce but, la loi accumule les précau-

(1) Paris. 24 janv. 1889 (*Rev. des soc.* 1889, p. 201).

tions; ce n'est pas seulement l'inventaire qui doit être communiqué aux commissaires et aux actionnaires, c'est aussi le bilan qui le résume et en fait mieux saisir l'économie; c'est de plus le compte de profits et pertes qui présente, comme dans un tableau synoptique, le résultat des opérations de l'exercice. Toutefois, la communication de ce dernier compte n'est obligatoire qu'envers les commissaires, non envers les actionnaires, et ceux-ci n'ont même droit au bilan que s'ils en requièrent la copie. Mais, comme ils peuvent aussi se faire délivrer copie du rapport des commissaires, la loi a pensé que ce document, devant comprendre ou analyser les autres, leur suffirait. Elle eût été plus libérale en ordonnant l'envoi à chacun des actionnaires inscrits au siège social, du bilan et du compte de profits et pertes, ainsi que l'usage s'en est établi spontanément dans les sociétés qui ne craignent pas la lumière dans leurs affaires.

Le juge des référés est compétent pour autoriser l'actionnaire d'une société anonyme à prendre des notes écrites et des copies sur le bilan et inventaire dans les quinze jours qui précèdent la réunion de l'assemblée générale (1).

Ce droit de communication appartient, d'après les termes mêmes de l'article 35 de la loi de 1867, à tout actionnaire, et par conséquent il ne saurait être refusé, même à celui qui n'aurait pas un nombre d'action suffisants pour assister à l'assemblée générale (2).

Quoi qu'il en soit, tout cet ensemble de communications constitue un minimum de garanties que l'usage, on vient de le voir, ou les statuts sociaux, peuvent sans nul doute étendre, mais ne doivent pas restreindre. Toute clause restrictive serait frappée de nullité absolue car l'ordre public est intéressé au maintien des garanties légales, établies, non seulement pour la sécurité des actionnaires, mais aussi pour sauvegarder la bonne foi publique (3). La protection du législateur couvre les tiers aussi bien que les intéressés, et nous en aurons bientôt la preuve en traitant de la responsabilité des administrateurs (4).

L'assemblée générale serait nulle si, dans les quinze jours avant

(1) Trib. civ. Seine, 14 juin 1890, (*Rev. des soc.* 1890, p. 389; comp. Trib. civ. Seine, 24 mars 1883. *Rev. des soc.* 1883, p. 382; Trib. Seine, 9 juin 1891 (le *Droit* du 10 juin); *suprà*, n. 584 et 752 *quater*.

(2) Pont n. 1672; Lyon-Caen et Renault, *Précis*, n. 444. — V. *infra*, n. 897.

(3) Arg. de l'art. 1133, C. civ.

(4) V. *suprà*, n. 584 et *infra*, n. 917 *bis*.

la réunion, les actionnaires n'avaient pu prendre communication, au siège social, de l'inventaire, qui n'aurait pas été établi (1).

818. L'inventaire est une œuvre capitale, difficile, qui exige autant de loyauté que de circonspection et de prudence. Il a été la source des plus grands abus et il a servi, nous pourrions citer les exemples, à organiser des fraudes colossales dont les annales du monde financier garderont longtemps le souvenir. Je me suis expliqué déjà (2) sur les difficultés que présente cette opération, et je veux me borner ici à rappeler que les administrateurs des sociétés anonymes lui doivent un tout autre concours que les membres du conseil de surveillance dans les sociétés en commandite; c'est d'eux-mêmes et d'eux seuls qu'émane l'inventaire; ils en sont les auteurs et le présentent comme leur œuvre personnelle à l'assemblée générale des actionnaires (art. 32); tandis que dans la commandite, c'est le gérant qui dresse l'inventaire et fait les propositions de dividendes, sauf au conseil de surveillance à dénoncer les irrégularités et les inexactitudes dans son rapport à l'assemblée générale (art. 10).

Les administrateurs doivent donc apporter tous leurs soins à l'évaluation de l'actif, et opérer les amortissements nécessaires, s'ils ne veulent pas faire ressortir à la balance des dividendes fictifs, dont la distribution engagerait si gravement leur responsabilité.

819. Sur la nature des dividendes, sur ce qui distingue les dividendes réellement acquis des dividendes fictifs, sur la distribution des bénéfices réels, sur les stipulations d'intérêts, il y a des règles communes à la société anonyme et à la commandite; nous les avons indiquées avec tous les développements que le sujet comporte, au sujet de la société en commandite, et nous ne pouvons que renvoyer à cette partie du présent traité pour ne pas nous répéter ici (3).

Sur la question spéciale des dividendes indûment distribués et sur la prescription opposable en pareil cas, l'article 45 déclare même formellement applicable aux sociétés anonymes les dispositions édictées à cet égard par l'article 10, ce qui marque clairement la volonté du législateur d'assujettir à des règles communes sur ce point nos deux grandes espèces de sociétés commerciales.

Une différence est pourtant à signaler: elle est relative au fonds de réserve, qui, facultatif dans la commandite, où d'ailleurs il est

(1) Trib. corr. Seine, 28 mars 1887 (*Rev. des soc.*, 1887, p. 335).

(2) *Supra*, n. 610 et s.

(3) *Supra*, n. 605 et s.

consacré par un usage universel, est obligatoire dans la société anonyme (art. 36).

820. Un dernier devoir est imposé aux administrateurs, c'est de provoquer, lorsque les trois quart du capital social sont perdus, la dissolution de la société (art. 37). Mais ce sujet mérite une attention spéciale, et nous nous réservons d'y revenir en traitant de la dissolution de la société (1).

821. Les pouvoirs des administrateurs, dans le silence des statuts, sont indiqués et délimités par le droit commun; *suprà*, n° 162 et suivants.

Dans la société anonyme, où les administrateurs sont qualifiés par la loi simples mandataires, la jurisprudence tend à donner moins d'étendue à leurs pouvoirs qu'au gérant statutaire et irrévocable de la société en commandite, ou de la société civile. Mais où est la ligne de démarcation, si elle existe? Elle n'est écrite nulle part dans la loi, et il est douteux qu'elle soit jamais tracée, d'une manière sûre, par la doctrine ou la jurisprudence.

Il a été spécialement jugé que le directeur d'une société anonyme ne peut contracter un emprunt, même avec l'autorisation du conseil d'administration; que le conseil est lui-même sans pouvoirs à cet égard; qu'il en est surtout ainsi lorsque les statuts ne reconnaissent comme valables que les emprunts proposés par le conseil à l'assemblée générale, approuvés par celle-ci, et signés par deux administrateurs (2). La jurisprudence a également annulé des emprunts contractés, soit par le directeur, en dehors des statuts (3); ou sans l'autorisation du conseil d'administration, seul investi du pouvoir par les statuts (4); soit même par le conseil, mais dans le silence des statuts (5).

Cependant les administrateurs de sociétés anonymes peuvent, à moins de convention contraire, souscrire et endosser des effets de commerce pour les affaires de la société. L'administrateur délégué a qualité pour poursuivre la réparation du délit de diffamation, commis à l'égard de la société (6).

Le conseil d'administration a le pouvoir de passer une convention de juxtaposition dans le but de diminuer, par une administration

(1) *Idem*, chap. IX, n. 914 et s.
 (2) Cass. 22 janv. 1867, d'arrêt de Paris, 27 nov. 1864 (D.67.1.108).
 (3) Bo. deaux, 6 août 1853 (D.54 2.
 (4) Nancy, 22 déc. 1842 (D.43.2.53).
 (5) Alger, 18 mai 1863 (D.63.3.333).
 (6) Paris, 14 fév. 1884. (*Rev. des*
soc., 1885, p. 13).

unique, les frais généraux supportés isolément par deux sociétés (1); il ne pourrait ordonner un appel de fonds obligatoire qu'à la condition d'être constitué et d'agir dans les limites rigoureuses du pacte social (2).

Si les administrateurs excèdent leurs pouvoirs, la société n'est pas engagée. Ils seraient donc personnellement tenus de rembourser les emprunts qu'ils auraient contractés en dehors des statuts (3), à moins que les fonds n'aient tourné au profit de la société (4); ou encore à moins que les prêteurs n'aient agi en parfaite connaissance de cause, car, en général, un mandataire qui a commis un excès de pouvoir n'en est pas garant s'il a donné aux tiers avec lesquels il a contracté une suffisante connaissance de ses pouvoirs (art. 1997, C. civ.). Il n'est responsable qu'envers les tiers de bonne foi auxquels il ne justifierait pas avoir donné cette connaissance (5).

De même le directeur, qui contracte des engagements dépassant les pouvoirs dont il est investi en cette qualité et l'autorisation qu'il a spécialement reçue, est seul lié par ces engagements et ne lie pas la société dont il est le mandataire; celle-ci n'est obligée que dans la limite du mandat donné au directeur (6).

Il a été jugé que le conseil d'administration ne peut, sans y être autorisé par l'assemblée générale, 1° allouer une indemnité à un administrateur qui se retire (7); 2° conférer une hypothèque; et si l'assemblée l'y autorise, ce doit être par un mandat authentique (8).

Si les statuts exigent la signature de deux administrateurs pour certains actes engageant la société, elle n'est pas obligée par la seule signature du président du conseil d'administration (9).

(1) Trib. com. Seine 2 janv. 1886 (*Rev. des soc.*, 1886, p. 173).

(2) Paris, 20 mai 1887 (*Rev. des soc.*, 1887, p. 473).

(3) Bordeaux, 6 août 1853; Paris, 4 mars 1869 (*Bull. de la Cour d'appel*, n. 1851).

(4) Cass., 24 mars 1852 (D.52.1.109). Pont, n. 526; *suprà*, n. 194.

(5) Douai, 13 mai 1844 (*Dall. v° Société*, n. 480).

(6) Paris 27 juill. 1888 (*Rev. des Soc.*, 1888, p. 472); Trib. com. Seine, 23 nov. 1889, aff. de la Société des métaux et du Comptoir d'escompte

(*Rev. des Soc.*, 1890, p. 49), confirmé Paris, 18 déc. 1890 (*Rev. des soc.*, 1891, p. 90).

(7) Trib. comm. Seine, 14 janv. 1874 (*le Droit*, 3 fév. 1873); mais ce jugement a été infirmé par arrêt de la C. de Paris, du 16 juin 1877 (*Bull.* n. 4410).

(8) Paris, 5 juillet 1877 (D.77.2.163), *suorà*, n° 162 et 163 bis.

(9) Cass., 9 juillet 1873 (D.72.1.401), Paris, 5 juill. 1877 (D.77.2.168). — V. en sens contr. Trib. com. Seine, 19 avr. 1880. [*Rev. de droit com.*, art. 333].

822. L'article 26 de la loi de 1867 oblige les administrateurs à posséder un certain nombre d'actions affectées à la garantie de leur gestion. C'est un véritable droit de gage, avec privilège (1), qui est conféré par la loi même, au profit de tous ceux qui auront à exercer contre eux une action quelconque dérivant des actes de la gestion. La loi laisse aux statuts le droit de fixer le nombre des actions engagées, qui doivent être nominatives (2), et inaliénables pendant la durée des fonctions. V. *suprà*, n. 792.

L'article 26 ajoute que ces actions doivent être frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. C'est une garantie que tout actionnaire pourrait exiger, et à laquelle les statuts ne dérogeraient pas valablement. Mais l'omission de cette formalité n'entraînerait pas la nullité de la société (3).

La loi de 1863, par son article 7, exigeait que les administrateurs fussent propriétaires, et par parts égales, du vingtième au moins des actions. La loi nouvelle a non seulement supprimé tout chiffre *minimum*, mais elle permet aux administrateurs de posséder inégalement les actions déterminées par les statuts; en sorte que ces actions constitueront le gage collectif et solidaire de l'administration; tel est le vœu formel de la loi, qui déclare même les affecter à la garantie des actes de gestion qui seraient personnels à l'un des administrateurs.

823. Par l'article 40, « il est interdit à tout administrateur de
« prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une
« entreprise ou dans un marché fait avec la société ou pour son
« compte, à moins qu'il n'y soit autorisé par l'assemblée générale. »

La loi a prévu et elle a voulu éviter les conflits entre l'intérêt personnel et l'intérêt social; elle a consacré un devoir de conscience par un texte positif; mais n'a-t-elle pas exagéré ce devoir en allant jusqu'à la prohibition? La loi belge sur les sociétés (4) n'a pas cru qu'il fût nécessaire de prononcer une interdiction; elle s'est bornée à prescrire à l'administrateur ayant un intérêt opposé à celui de la société d'en prévenir le conseil d'administration, et de faire mentionner la déclaration au procès-verbal de la séance.

Il est vrai que l'interdiction n'est pas absolue, puisqu'elle cesse

(1) Art. 2073, C. civ.

(2) Paris, 26 nov. 1885 (*Rev. des soc.*, 1886, p. 196).

(3) Lyon, 25 mars, 1887 (*Rev. des soc.*, 1887, p. 485).

(4) Du 18 mai 1873.

avec l'autorisation de l'assemblée générale; mais la réunion de l'assemblée peut entraîner, en certains cas, des lenteurs préjudiciables; et nous croyons que, pour les éviter, le conseil, averti dans les termes de la loi belge, pourrait passer outre et traiter, sauf à en référer à l'assemblée; une approbation ultérieure équivaldrait certainement à l'autorisation préalable (1).

824. Il ne suffirait pas à un administrateur, intéressé dans une affaire conclue avec la société, de donner ensuite sa démission pour soutenir que la loi est observée; car l'influence suspecte aurait pesé sur la conclusion même de l'affaire. La démission, pour être acceptée comme loyale, devrait donc précéder même les pourparlers; c'est à ce moment qu'il doit opter entre l'entreprise et ses fonctions d'administrateur; c'est ainsi seulement que sera respectée l'interdiction de prendre ou conserver un intérêt personnel dans l'affaire. Si néanmoins il avait conservé ses fonctions, l'assemblée générale pourrait, bien entendu, n'accepter qu'une démission ultérieure, ou n'imposer cette démission que pour l'avenir; elle a un droit souverain d'appréciation, puisqu'elle pourrait maintenir l'administrateur en fonctions.

825. Si l'interdiction n'est que relative, au regard de l'assemblée générale, elle est, lorsque celle-ci ne l'a pas levée, très absolue dans ses effets; tout intérêt, *direct ou indirect*, est proscrit. D'où il suit qu'elle s'appliquerait à tout administrateur qui serait en même temps membre de la société en nom collectif, ou gérant de la société en commandite, ou administrateur de la société anonyme, avec laquelle devait se conclure le marché ou l'entreprise. En serait-il encore de même s'il n'était que simple actionnaire dans ces sociétés? Il y aurait là une question de mesure laissée à l'appréciation discrétionnaire des tribunaux; s'il n'avait qu'une action, ou un très petit nombre d'actions, on admettrait sans doute que l'opposition d'intérêt n'est pas suffisante pour donner lieu à l'interdiction. La même tolérance serait accordée si l'administrateur était créancier, pour une somme minime, de la société ou du particulier qui aurait obtenu le marché ou l'entreprise (2).

826. Quels sont les marchés ou entreprises qui tombent sous l'interdiction de l'article 40? Il y a une exception sur laquelle on est

(1) Paris, 30 juill. 1867 (D.67.2. 238).
 (2) Comp. Douai, 8 août 1889 } (Rev. des soc., 1891, p. 27); — Trib. com. Seine, 17 mars 1890 (Rev. des soc., 1890, p. 391).

unanimement d'accord malgré les termes généraux dont la loi s'est servie : ce sont ceux qui ont lieu avec publicité et concurrence, ainsi qu'il a été reconnu lors de la discussion de la loi devant le Corps législatif (1), le cas de fraude étant, bien entendu, toujours réservé.

D'un autre côté, on doit remarquer que le texte de l'article 40 diffère sensiblement de celui de l'article 23 de la loi du 23 mai 1863 qui défendait aux administrateurs de s'intéresser « dans une opération quelconque » ; ce qui s'appliquait à des opérations isolées et accidentelles ; on a reconnu qu'on avait dépassé le but ; et dans l'exposé des motifs de la dernière loi, il a été déclaré que l'autorisation de l'assemblée générale ne serait plus exigée pour des opérations spécialement déterminées ; et l'on a cité l'exemple d'opérations d'escompte pouvant se renouveler chaque jour. D'où il suit que dans la pensée du législateur, l'interdiction est inapplicable, non seulement à une opération isolée, mais aussi à une série d'opérations, même identiques et se renouvelant fréquemment, s'il n'y a entre elles aucun lien nécessaire et obligé, résultant d'une convention faite pour une durée déterminée.

A ce propos, citons encore la loi belge, que nous trouvons tout à l'heure plus accommodante et qui va sembler maintenant plus sévère, car elle comprend, dans ses termes mêmes, une seule opération. Mais il n'y a là aucune contradiction ; car elle n'interdit pas l'opération, qu'elle oblige seulement l'administrateur à faire connaître au conseil. C'est une mesure très judicieuse qui, pour être moins rigoureuse que la loi française, donne une garantie plus complète contre les abus d'influence (2).

827. Aux termes du même article 40, deuxième alinéa, « il est, chaque année, rendu à l'assemblée générale un compte spécial de l'exécution des marchés ou entreprises par elle autorisés. » C'est le conseil d'administration qui est chargé de faire ce compte rendu, et, à son défaut, le commissaire de surveillance, qui en trouvera l'occasion naturelle dans son rapport annuel à l'assemblée

(1) Séance du 5 juin 1867.

(2) Voici le texte de l'article 50 de la loi belge : « L'administrateur qui a un intérêt opposé à celui de la société, dans une opération soumise à l'approbation du conseil d'administration, est tenu d'en prévenir le conseil et de faire

« mentionner cette déclaration au « procès-verbal de la séance. Il ne « peut prendre part à cette délibération. »

Suit un deuxième alinéa qui prescrit, comme la loi française, de rendre compte de ces opérations à l'assemblée générale.

générale sur la situation de la société. Le silence gardé par lui serait de nature à engager sa responsabilité.

828. Quelle serait la sanction de l'interdiction, si elle n'était pas respectée ? L'article 44 déclare bien que les administrateurs seront responsables des infractions à la loi ; mais toute responsabilité n'engendre que la réparation du dommage effectif ; et si, au lieu de perdre, la société avait gagné à l'opération prohibée, où serait pour elle le principe d'une action en dommages-intérêts ? Ce n'est donc que pour le cas de perte que la société aurait un recours à exercer contre l'administrateur intéressé. La réparation ne serait pas nécessairement de toute la perte éprouvée ; les tribunaux prendraient en considération la loyauté de l'affaire ; et surtout les dommages-intérêts subiraient une réduction très notable, s'il était démontré que l'affaire, avec tout autre que l'administrateur, eût abouti au même résultat.

Il n'y a pas d'autre sanction possible à l'article 40 (1). D'ailleurs tout actionnaire, ayant intérêt et droit à faire respecter la loi, pourrait individuellement s'opposer à ce que de pareilles marchés fussent contractés et exécutés, soit en requérant les commissaires de convoquer l'assemblée générale pour délibérer sur les mesures à prendre, soit même, s'il y avait urgence, en introduisant un référé devant le président du tribunal civil.

La convention faite avec les tiers, et dans laquelle un administrateur serait intéressé, ne serait pas nécessairement frappée de nullité ; et les tiers seraient fondés à en poursuivre l'exécution intégrale, à moins pourtant qu'ils n'aient été de mauvaise foi, ou même simplement qu'ils n'aient connu l'opposition d'intérêt ; car alors ils seraient inexcusables, puisqu'ils se seraient rendus volontairement complices d'une infraction à la loi ; ils seraient coupables d'un quasi-délit, qui les assujettirait à la réparation du préjudice éprouvé (2).

(1) L'article 40 est dépourvu de sanction pénale. Paris, 18 mars 1857 (*Rev. des Soc.*, 1857, p. 195 ; D. 88.2 1:9) ; — Comp. Paris, 20 janv. 1888 (*Rev. des Soc.*, 1888, p. 355 ; D. 89.2.265).

(2) Pont, n° 1642. — Comp. Paris, 1^{er} juin 1889 (*Rev. des Soc.*, 1889, p. 573).

CHAPITRE CINQUIÈME.

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS ET ADMINISTRATEURS.

SECTION 1^{re}.Responsabilité spéciale en cas d'annulation de la société (1)
et des actes ou délibérations

SOMMAIRE.

829. — La responsabilité incombe à trois classes de personnes, mais obligatoire contre les unes, et facultative contre les autres.
830. — Les fondateurs sont responsables comme auteurs directs de la faute commise.
831. — A quels signes reconnaît-on la qualité de fondateurs ?
832. — Responsabilité restreinte applicable à ceux qui auraient concouru aux vices de la constitution, sans être fondateurs.
833. — Tous les fondateurs sont nécessairement et solidairement responsables.
834. — Les administrateurs nommés par les statuts sont seuls responsables, et en vertu de la même cause que les conseils de surveillance.
835. — Sauf deux différences : leur responsabilité est obligatoire et solidaire.
836. — Les administrateurs sont-ils nécessairement tous responsables ?
837. — Ils ont recours contre les fondateurs et contre ceux des administrateurs qui n'ont pas payé leur part dans la dette commune.
838. — Peuvent enfin être responsables, sauf le même recours, ceux des associés dont les apports et avantages n'ont pas été légalement approuvés.
839. — Les cas de responsabilité sont limités. Renvoi pour divers exemples de responsabilité et de non-responsabilité.
840. — Exemple d'application de la responsabilité pour non-versement du quart.
841. — Objection tirée de la vérification par l'assemblée générale.

(1) V. sur cette question, un article paru dans la *Revue des Sociétés*, 1890, p. 608.

842. — L'erreur commune sur le versement serait-elle un motif d'excuse.
843. — Quelle est la responsabilité en cas d'augmentation du capital social ?
844. — Le défaut de publication des actes modificatifs est une cause de responsabilité régie par l'art. 42.
845. — Il en est de même du défaut de publication de l'acte social.
846. — L'action en responsabilité appartient aux tiers dans la mesure du préjudice qu'ils éprouvent. Deux systèmes.
847. — Critique de la jurisprudence.
848. — Examen de la doctrine.
- 848 bis. — Les fondateurs et administrateurs de la société annulée doivent-ils être déclarés en faillite ?
- 848 ter. — Sont-ils responsables, d'après la jurisprudence, des dettes antérieures et postérieures à leurs fonctions ?
849. — Les actionnaires ont aussi l'action en responsabilité dans la mesure du dommage éprouvé.
850. — Sur quelles bases doit-on évaluer le dommage causé aux tiers et aux actionnaires ?
- 850 bis. — Prescription de l'action en responsabilité.

829. Lorsque la nullité de la société est prononcée pour vices dans sa constitution, il y a trois classes de personnes qui en sont ou peuvent être responsables, aux termes de l'art. 42 de la loi de 1867. Ce sont :

- 1° « Les fondateurs auxquels la nullité est imputable ;
- 2° « Les administrateurs en fonction au moment où elle a été « encourue ;
- 3° « Ceux des associés dont les apports et avantages n'auraient « pas été vérifiés et approuvés conformément à l'art. 24. »

Toutefois, ceux-ci ne sont pas tenus de la même manière que les autres : « La même responsabilité solidaire peut être prononcée « contre ceux des associés, etc. » Ce texte permet aux tribunaux de ne pas leur appliquer, nécessairement et dans tous les cas, la responsabilité, qui doit l'être impérativement et toujours aux fondateurs et aux administrateurs ; car à leur égard le texte est absolu : « ils sont responsables. » L'opposition entre les deux termes est trop frappante, trop rapprochée, puisqu'elle est dans un même article, pour n'avoir pas été intentionnelle. D'où la conséquence que les derniers invoqueraient en vain l'excuse de leur bonne foi ; ils sont présumés en faute par le fait même que la loi n'a pas été obser-

vée dans les conditions essentielles à la validité de la société (1). C'est une sorte de présomption *juris et de jure*, surtout à l'égard des fondateurs, auteurs directs de la faute, et qui pèserait sur les administrateurs statutaires eux-mêmes, *infra*, n° 834, à moins qu'ils ne prouvent avoir été presque invinciblement trompés par les fondateurs.

830. Pour les fondateurs, la cause de la responsabilité qui leur est infligée se déduit naturellement du rôle même qu'ils ont pris; ce sont eux qui ont créé la société, qui l'ont constituée, et qui conséquemment ont dû remplir avec exactitude toutes les formalités, observer toutes les conditions prescrites par la loi pour une constitution régulière. Si le gérant de la société en commandite est le premier responsable de l'annulation de la société, que seul il a créée et constituée, il doit en être de même des fondateurs de la société anonyme, qui est aussi leur œuvre exclusive (2). D'un côté comme de l'autre, le vice laissé dans la constitution, comme un germe de mort pour la société, et de ruine pour les actionnaires auxquels on fait appel, est une faute directe, personnelle, pour laquelle la loi n'admet pas d'excuse.

831. A quels signes reconnaît-on la qualité de fondateurs d'une société anonyme? La question semble oiseuse, tant l'expression paraît transparente; et cependant elle a fait hésiter le législateur lui-même. Nous avons vu (3) que, dans la commandite, les associés faisant des apports en nature étaient réputés fondateurs aux termes de la loi de 1856, et que la loi de 1867 a fait cesser la confusion en supprimant le terme *fondateur* dans la commandite, où il n'a pas de raison d'être. A cette occasion, nous avons cité un arrêt de la Cour de cassation, rendu sous l'empire de la loi de 1856, et qui sera toujours utilement consulté pour déterminer les éléments caractéristiques de la qualité de fondateur d'une société quelconque.

Les fondateurs sont ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées d'actionnaires et font appel aux capitaux (4). Ainsi ont été considérés comme fondateurs :

(1) Comp. toutefois Cass., 15 juill. 1869, *infra*, n. 842, pour le cas d'erreur commune.

(2) Paris, 28 mai 1860 (D. 60. 2. 147).

(3) N° 679 et 680.

(4) Paris, 28 mai 1860 (D. 60. 2. 147). Soc. des crédits g. n. de Saint-Nazaire. Sur le pourvoi, cet arrêt a été cassé le 27 janv. 1873 (D. 73. 1. 331), mais sur d'autres points. — Comp. Pont, n° 1127 et 1201.

1° ceux qui ont concouru à la création de l'entreprise, qui ont pris, dans la période même de formation de la société, la qualité d'administrateurs, qui ont signé les actions et se sont attribué une action dirigeante dans les opérations initiales et préparatoires (1); 2° ceux dont la participation à la formation de la société s'est manifestée par des actes tels que la préparation des statuts, la sollicitation de souscriptions, la convocation de l'assemblée générale (2); 3° ceux qui ont concouru à l'organisation et à la mise en mouvement d'une société apparente, constituée au mépris de la loi, et qui se sont associés aux agissements des promoteurs de l'entreprise en consentant sciemment à devenir leurs comparses et à jouer le rôle de souscripteurs et fondateurs (3).

Lorsque la transformation d'une société en commandite en société anonyme donne lieu à la création d'une société nouvelle, *suprà*, n. 456, la jurisprudence tend à considérer comme fondateurs de cette nouvelle société, avec toutes les responsabilités inhérentes à ce titre, tantôt les membres du conseil de surveillance de l'ancienne commandite conjointement avec les gérants (4), tantôt même tous les membres de la commandite, simples souscripteurs ou autres, qui ont, personnellement ou par mandataire, pris part à la délibération qui, sous le nom et l'apparence d'une transformation, a réellement créé une société nouvelle (5).

Au contraire, il a été jugé (6) que le seul fait d'avoir figuré à l'acte statutaire par un mandataire ne suffit pas pour assimiler le mandant à un fondateur, alors que rien ne révèle la participation de celui-ci aux faits qui ont entraîné la nullité de la société et n'indique même qu'il en ait eu connaissance; la faute commise par le mandataire, en dehors des limites du mandat, ne pouvant engager le mandant.

Le fait seul pas un associé, simple souscripteur d'actions libérées, de prendre part à la délibération constitutive, ne suffirait évidemment pas pour lui donner la qualité de fondateur (7); il a même été

(1) Toulouse, 23 nov. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1884, p. 422); — Comp. Lyon, 9 fév. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 209; D. 83.2.113).

(2) Poitiers, 24 fév. 1886, et sur pourvoi, Cass. Req., 19 oct. 1886 (*Rev. des Soc.*, 1886, p. 306; 1887, p. 10; D. 87.1.9).

(3) Cass. Req., 9 avril 1888 (*Rev. des Soc.*, 1889, p. 5; D. 89.1.245).

(4) Paris, 16 août 1879 (*Journ. soc.*, 1880, p. 118).

(5) Paris, 5 déc. 1881 (*le Droit*, n° des 23 janv. 1882).

(6) Bordeaux, 9 mars 1874, avec cass., 13 mars 1876 (*Dall.*, 77.1.49, et la note).

(7) Cass. civ., 10 fév. 1885 (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 259; D. 85.1.353).

jugé que le simple comptable salarié, qui, connaissant d'ailleurs les irrégularités commises, et s'en étant rendu en quelque sorte complice dans les fonctions qu'il a remplies de commissaire-vérificateur, n'a cependant été que l'aide des fondateurs, sans jamais paraître dans les actes en personne ni par mandataire, ne saurait être déclaré responsable comme fondateur (1) ; mais il pourrait y avoir, lieu en pareil cas, à la responsabilité de l'article 1382 (*infra* n. 832). De même le fait d'avoir acquis, après la première assemblée générale, la part indivise représentant l'apport d'un des fondateurs, ne donne pas à l'acquéreur le caractère de fondateur, alors qu'il est resté étranger à toutes les opérations constitutives (2).

832. La responsabilité de l'annulation de la société pourrait peser sur une quatrième classe de personnes, sur ceux qui, sans être fondateurs, ni administrateurs, ni apporteurs, auraient concouru sciemment aux vices de la constitution. Mais ce ne serait qu'une responsabilité spéciale, restreinte, et quant à ses causes, et quant à son étendue.

Quant à ses causes : en effet, les simples irrégularités commises ne leur seraient pas imputables, car il n'ont ni le devoir, ni le pouvoir de les empêcher ; il y faudrait l'allération de la vérité sur des points essentiels, par exemple sur le fait de la souscription du capital et des versements ; la simulation intentionnelle, en pareil cas, constituerait le délit même d'escroquerie, si elle avait pour but d'obtenir d'autres souscriptions ou versements (art. 15, 1^{er}). Quel qu'en fût son but, elle serait une faute, appelant la sanction civile consacrée par les art. 1382 et 1383 du Code civil.

Quant à son étendue : car ce n'est pas la loi spéciale qui la déterminerait, mais le droit commun, comme on vient de le voir ; dès lors la réparation ne serait due que selon le dommage causé, et seulement à ceux qui auraient été lésés par ce dommage. C'est pourquoi l'arrêt cité au numéro précédent a déclaré non recevable le syndic de la faillite qui exerçait une action collective au nom de la société, ou des créanciers, au lieu de l'action individuelle des personnes lésées, action seule admissible en pareil cas (3).

Cependant il a été jugé que des commanditaires ayant participé aux agissements des fondateurs et en ayant profité devaient partager

(1) Amiens, 21 déc. 1886 (*Rev. des Soc.*, 1887, p. 305).

(2) Cass. Req., 21 juill. 1890 (*Rev. des Soc.*, 1891, p. 9).

(3) *Supra*, n. 743 et s.

leur responsabilité vis-à-vis des autres actionnaires (1). Et cette décision serait applicable à tout membre d'une société anonyme qui aurait commis la même faute.

Le banquier qui a participé aux agissements des fondateurs en attestant faussement qu'il aurait reçu des souscripteurs le versement du quart des actions souscrites, encourrait une responsabilité certaine ; un arrêt de la Cour de Paris du 8 août 1889, confirmé par la Cour de cassation (2), a même décidé qu'en pareil cas le banquier pourrait, par application de l'article 42, être condamné solidairement avec les fondateurs et administrateurs au paiement de tout le passif social ; mais cela nous paraît être une extension abusive du dit article, et nous pensons que le banquier ne pourrait être responsable qu'en vertu de l'article 1382.

Mais les banquiers qui ont émis ou vendu les titres d'une société annulée n'encourent aucune responsabilité, s'ils n'ont eu recours dans leurs prospectus et circulaires à aucune allégation mensongère et s'ils n'ont pas amené les actionnaires, à l'aide de manœuvres dolosives, à entrer dans la société ou à acheter les actions à un prix majoré (3).

833. Tous les fondateurs ensemble sont-ils nécessairement responsables ? ou quelques-uns d'entre eux peuvent-ils se faire renvoyer indemnes, en alléguant et justifiant, ou qu'ils n'ont pas participé aux irrégularités commises, aux déclarations mensongères, ou qu'ils ont été eux-mêmes trompés par leurs cointéressés, dans lesquels ils ont eu confiance ? Tous ces moyens de défense échoueraient devant la présomption légale dont nous avons parlé (4), et on leur répondrait victorieusement que si leur titre de fondateur est reconnu, ils doivent partager le sort commun ; c'était un devoir collectif que d'assurer à la société une constitution légale ; la responsabilité doit donc être collective aussi, et même solidaire, selon le vœu de l'art. 42 (5). Leur seule ressource serait donc d'établir qu'ils n'ont pas eu réellement le rôle de fondateurs, pour n'assumer

(1) Paris, 3 août 1869 (*Bull. de la Cour d'appel*, n. 3011).

(2) Aff. de la Société de Dépôts et Comptes courants et faillite de la Grande Compagnie d'assurances (*Rev. des Soc.*, 1889, p. 581) et sur pourvoi, Cass., 21 oct. 1890 (*Rev. des Soc.*, 1890, p. 590; D. 91. 77). — Comp. Trib. comm. Seine, 27

mai 1889 (*Rev. des Soc.*, 1889, p. 463).

(3) Paris, 10 juin 1890 (*Rev. des Soc.*, 1890, p. 372).

(4) *Supra*, n. 829.

(5) Paris, 14 juill. 1873 (*Bull. de la Cour d'appel*, n. 3914). Cass., 18 avril 1878 (*le Droit*, n. du 18 avril).

que la responsabilité restreinte, attachée, comme dans l'hypothèse précédente, aux seuls actes auxquels ils auraient concouru.

Dira-t-on que l'art. 42 semble inviter à faire une distinction entre les fondateurs, en ne déclarant responsables que ceux « *auxquels la nullité est imputable?* » Si, en effet, l'article était conçu dans les termes que nous venons de supposer, la particule négative autoriserait, exigerait même la distinction, mais elle n'est pas dans le texte, et l'objection ne s'y soutient qu'en l'y ajoutant. Il n'y a rien autre chose que la phrase incidente, telle qu'elle est soulignée ci-dessus, et le sens naturel de cette phrase est que la nullité est imputable aux fondateurs; c'est-à-dire à tous les fondateurs, ce qui est dit par opposition aux administrateurs, responsables aussi dans la mesure que nous allons indiquer.

834. C'est ici qu'il importe de distinguer entre les administrateurs désignés par les statuts, et ceux qui ont été nommés dans l'assemblée générale réunie pour procéder à la constitution définitive de la société. A l'égard des premiers, le principe de leur responsabilité dérive de la même source que ce celui de la responsabilité qui pèse sur les membres du conseil de surveillance dans la commandite, c'est-à-dire de l'obligation de vérifier si toutes les conditions prescrites par la loi pour la validité de la société ont été observées par les fondateurs. Il importe peu que cette obligation ne soit pas textuellement imposée, comme nous en avons fait la remarque (1), aux administrateurs statutaires, car ayant la responsabilité ils ont le devoir; l'une n'est en effet que la sanction de l'autre; la conséquence implique virtuellement le principe.

Les administrateurs désignés par les statuts sont donc justement, sous ce rapport, assimilés aux fondateurs; car, s'ils n'ont pas coopéré avec ceux-ci d'une manière effective à la création de la société, ils ont livré leurs noms au public, ou ils ont du moins tacitement consenti à ce qu'ils fussent livrés, et ils ont, plus tard, confirmé ce consentement lorsqu'ils ont accepté en assemblée générale leurs fonctions, si déjà ils ne les avaient antérieurement acceptées.

Quant aux administrateurs élus par l'assemblée générale, ils ne sont pas responsables de la nullité, puisqu'elle dérive de faits antérieurs à la nomination.

(1) *Suprà*, n. 809.

Cette distinction, proposée par M. Pont (1), et à laquelle nous nous rallions bien volontiers, est basée sur les termes mêmes de l'art. 42 qui déclare responsables, avec les fondateurs les « administrateurs en fonction au moment où la nullité a été encourue. »

Elle se place entre deux systèmes absolus, radicalement opposés entre eux; l'un, considérant tous les administrateurs comme responsables au même titre que les fondateurs, l'autre, les affranchissant tous sans exception. Dans le premier système, on dit que les premiers administrateurs sont en fonction au moment où la nullité est encourue, puisque la nullité, quoique résultant d'actes antérieurs, ne peut être encourue qu'au moment où la société sera constituée, c'est-à-dire après la nomination des administrateurs eux-mêmes par l'assemblée générale (2). Mais, dans ce raisonnement, il n'y a que subtilité et fiction, car le fait qui engendre la nullité est bien en réalité antérieur à la nomination, et lorsqu'il s'agit de l'application d'une véritable pénalité civile, il serait aussi injuste qu'illogique de donner le pas à la fiction sur la réalité.

Dans l'autre système, on soutient que l'art. 42 a en vue deux ordres de faits distincts : 1° la nullité de la société; 2° celles des actes et délibérations ultérieurs qui modifient les statuts; que, dès lors, il établit non des responsabilités cumulatives, atteignant indistinctement et injustement les administrateurs aussi bien que les fondateurs, mais des responsabilités respectives touchant les fondateurs pour l'acte originaire, et les administrateurs pour les actes ultérieurs (3).

L'un et l'autre systèmes sont trop exclusifs, et nous préférons l'opinion intermédiaire comme étant plus conforme à la lettre en même temps qu'à l'esprit de la loi.

La jurisprudence, dans son dernier état, semble considérer comme étant en fonctions au moment où la nullité a été encourue, les administrateurs nommés dans les assemblées générales constitutives, et elle les déclare responsables de la nullité dans les termes

(1) N. 1293. — Sic, Montpellier, 5 fév. 1880 (*Journ. soc.*, 1880, p. 193).

(2) Bédarride, n. 479 et s., Lyon-Caen et Renault, n. 472; Boistel, p. 306; Paris, 28 mai 1869; Cass., 27

janv. 1873; Orléans, 9 mai 1876 (*D.* 69.2.145; 73.1.331; 78.1.6).

(3) Mathieu et Bourguignat, p. 208, Alauzet, sur l'art. 42; Duvergier, sur l'art. 35 de la loi du 23 mai 1863.

de l'article 42 de la loi de 1867 (1) ; nous n'en persistons pas moins dans l'opinion que nous avons soutenue ; on ne comprend pas que des administrateurs soient responsables de faits antérieurs à leur nomination, alors surtout que le temps matériel pour la vérification leur a manqué, puisque aussitôt nommés par l'assemblée générale, ils doivent immédiatement accepter leurs fonctions (article 25 de la loi de 1867).

Les administrateurs sont responsables de la nullité, alors même qu'ils ne seraient pas actionnaires et n'auraient été nommés qu'à cause de leur influence ou de leur compétence spéciale (2).

835. Mais si le principe de responsabilité est commun dans son origine aux sociétés anonymes et en commandite, il cesse de l'être dans deux de ses modalités essentielles.

D'une part, la responsabilité est impérative et obligatoire pour les tribunaux, qui ne pourraient se dispenser de la prononcer, lorsqu'il s'agit de société anonyme, tandis qu'elle est purement facultative dans la commandite. Les fondateurs et administrateurs *sont* responsables, dit l'art. 42. Les membres du premier conseil de surveillance *peuvent être* déclarés responsables, porte l'art. 8. C'est bien évidemment, comme plus haut (3), l'obligation en regard de la faculté. Les administrateurs encourent la responsabilité de l'article 42 par le seul fait qu'ils étaient en fonctions au moment où la nullité a été encourue, sans qu'il soit nécessaire d'établir l'existence d'une faute personnelle (4).

D'une autre part, la responsabilité est solidaire dans le premier cas, non dans l'autre ; car elle est écrite dans l'art. 42, et omise dans l'art. 8. Il en résulte que les administrateurs contre qui l'action est intentée ne peuvent tirer une fin de non-recevoir de ce que les autres n'ont pas été mis en cause (5).

Ces différences de rédaction, dans la même loi, dans un même ordre d'idées, ne sont pas fortuites, mais intentionnelles. Sont-elles conformes à l'équité ? Il semble d'abord que les administrateurs

(1) Lyon, 9 fév., 1883 (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 209; D. 81.2.113). Toulouse, 23 nov. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1884, p. 422); Cass. Req., 19 oct. 1886; Cass. civ., 8 nov. 1886 (*Rev. des Soc.*, 1887, p. 10; D. 87.1.9 et 344); Poitiers, 21 juill. 1886 (*Rev. des Soc.*, 1886, p. 581; D. 89.1.215); Paris, 3 dec. 1887 (*Rev. des Soc.*, 1888, p. 76; D. 89.2.183).

(2) Lyon, 25 mars 1887 (*Rev. des Soc.*, 1887, p. 185); — Comp. Paris, 19 juill. 1885 (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 601).

(3) N. 820.

(4) Cass. civ., 8 nov. 1886 (*Rev. des Soc.*, 1887, p. 10; D. 87.1.9).

(5) Agen, 7 mars 1888 (*Rev. des Soc.*, 1888, p. 449).

n'auraient pas dû être traités plus sévèrement que les membres du conseil de surveillance, puisque les uns comme les autres ne sont chargés que de la vérification de faits accomplis par d'autres, par les fondateurs dans la société anonyme, par le gérant dans la commandite. Mais il y a une raison qui peut expliquer, sinon justifier ce traitement dissemblable, c'est que le gérant reste à la tête de sa société et que les fondateurs disparaissent pour laisser la place aux administrateurs, dès lors seuls en évidence, et souvent seuls susceptibles d'être utilement touchés par l'action en responsabilité. C'est, comme on le voit, une raison d'utilité ou de sécurité, et qui a été plus forte que la raison d'équité.

836. Les administrateurs, auxquels incombe la responsabilité de la nullité de la société ou des actes modificatifs, doivent-ils nécessairement être tous condamnés à subir les conséquences premières de cette responsabilité? Oui, assurément, puisque l'art. 42 les déclare solidaires, à la différence de l'art 44 qui, pour les responsabilités encourues pendant le cours de la société, admet expressément les condamnations individuelles (1).

Mais la condamnation prononcée contre tous doit se répartir entre eux, soit en proportion de la part de chacun dans les infractions qui ont amené la nullité de la société, soit, lorsqu'il est impossible de déterminer cette part, au prorata de l'intérêt de chacun dans la société (2).

837. Les administrateurs, condamnés comme responsables à l'origine, auraient un recours à exercer contre les fondateurs, si, bien entendu, ils n'ont pas participé aux actes irréguliers qui ont vicié la constitution de la société, et s'ils les ont ignorés. Nous avons admis ce recours au profit des conseils de surveillance, contre le gérant de la commandite, *suprà*, n. 678 et 700; et il y a parfaite identité de raison pour l'accorder aux administrateurs de la société anonyme; car ce ne sont pas eux non plus qui ont créé la société, fait appel aux capitaux, passé déclaration des souscriptions et du versement. S'ils sont de bonne foi, comme nous le supposons, la peine qui les atteint est d'une sévérité qui serait excessive, si elle n'était tempérée par le recours contre les véritables et seuls auteurs

(1) Paris, 14 juill. 1873 (*Bull. de la Cour d'appel*, n. 3914).

(2) Bordeaux, 9 mars 1874; sous Cass., 13 mars 1876 (D. 77.1.49);

Cass. civ., 18 juill. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1884, p. 133; D. 83.1.21); — Comp. Lyon, 9 fév. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 200 et la note).

de la faute. Ils subiraient donc l'action directe des personnes lésées, mais à leur tour ils auraient l'action en garantie contre les fondateurs.

Le contraire a été jugé cependant par un arrêt de la Cour de cassation du 16 avril 1878 (1), attendu que l'art. 1216, C. civ., qui autorise le recours entre codébiteurs solidaires ne serait pas applicable lorsqu'ils ont commis une faute commune; mais lorsqu'il s'agit de la constitution irrégulière de la société, il n'y a pas une faute commune, unique, commise par tous, fondateurs et administrateurs, mais plutôt deux fautes successives, l'une, principale, à la charge des fondateurs auxquels incombent, en premier lieu, l'obligation de remplir les formalités de constitution, *suprà*, n. 830; l'autre, secondaire, à la charge des administrateurs statutaires qui n'ont pas contrôlé suffisamment l'accomplissement de ces formalités.

Dans tous les cas, celui des administrateurs solidairement responsables qui a payé la dette commune est fondé à recourir contre ses co-débiteurs, en vertu des articles 1213 et 1214 du code civil, à l'effet de leur faire supporter leur part de la dette; on ne saurait attribuer à cette action le caractère d'une action en garantie, non recevable comme tendant à l'exonérer des suites d'un délit (2).

838. La troisième classe de personnes responsables comprend ceux des associés dont les apports et avantages n'ont pas été approuvés. C'est dans les mêmes termes, en s'adressant aux mêmes personnes, que s'exprime le titre 1^{er} de la loi (art. 8 au sujet de la société en commandite; avec cette différence toutefois que, dans la société anonyme, la responsabilité, facultative, il est vrai, comme dans la commandite, est solidaire entre ceux qu'elle atteint, comme l'énonce le texte même de l'art. 42.

De même que dans la commandite, ces associés ont un recours contre le gérant, si les infractions qui ont amené la nullité leur sont étrangères, un semblable recours leur serait assuré dans la société anonyme contre les fondateurs, seuls auteurs de ces infractions (3).

(1) *Le Droit*, n. du 18 avril 1878.

(2) Cass. civ., 8 nov. 1891 (*Rev. des Soc.*, 1897, p. 10; D. 87.1.9); Toulouse, 23 nov. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1884, p. 422); Paris, 10 juill. 1885 (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 691);

— Comp. Paris, 27 dec. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1894, p. 553; D. 85.2.222); Grenoble, 6 mai 1893 (*Rev. des Soc.*, 1893, p. 67).

(3) N. 678.

839. Les cas de responsabilité, pour annulation d'une société irrégulièrement constituée, sont nécessairement limités; car ils ne peuvent être plus nombreux ni plus variés que les cas de nullité; or ceux-ci sont connus, et limités eux-mêmes, comme les formalités et conditions dont ils sont la sanction. Et quelles sont ces formalités ou conditions, essentielles et constitutives? L'art. 41 nous enseigne que ce sont celles qui sont énoncées dans les art. 22, 23, 24 et 25, et dont nous avons donné déjà l'énumération (1).

Sauf certaines conditions caractéristiques de la société anonyme, la constitution de ce genre de société est soumise aux mêmes prescriptions que la société en commandite (l'art. 24, titre II, renvoie aux articles 1, 2, 3 et 4, titre I^{er}); d'où il suit que les cas de nullité sont à peu près les mêmes; mais là s'arrête la ressemblance, et l'on se tromperait si l'on voulait l'étendre à la responsabilité. Sans nul doute le principe est identique dans l'une et l'autre société, mais il ne faut pas oublier que l'application en est facultative contre les conseils de surveillance, et obligatoire contre les fondateurs et les administrateurs de sociétés anonymes.

Lorsqu'on examine les décisions de la jurisprudence, rendues à l'occasion de sociétés en commandite, on ne doit donc pas oublier cette différence capitale, et l'on doit distinguer entre celles qui condamnent et celles qui absolvent. Les premières peuvent être retenues pour être appliquées à *fortiori* aux administrateurs de sociétés anonymes; quant aux dernières, il ne faut les admettre qu'avec défiance, et en se rappelant qu'une autre solution aurait pu être commandée aux tribunaux par le principe obligatoire.

Sous la réserve de ces observations, nous renvoyons aux exemples de responsabilité et de non-responsabilité empruntés à la jurisprudence, et rapportés dans la partie de ce traité relative aux sociétés en commandite.

840. En dehors de ces exemples, en voici un autre où la responsabilité a été sévèrement appliquée aux fondateurs et administrateurs d'une société à responsabilité limitée. Il peut trouver place ici, puisque les sociétés de cette espèce n'étaient pas autre chose que de véritables sociétés anonymes, et que, sauf une limitation du capital social, la loi du 23 mai 1863 qui les avait organisées a été

(1) N. 780.

presque textuellement reproduite sous le titre II de la loi du 24 juillet 1867.

La société des crédits généraux de Saint-Nazaire avait été constituée en février 1865, au capital de 6 millions. En septembre suivant, par suite de l'extension de l'objet social, son capital avait été porté à 10 millions, et recevait la nouvelle dénomination de société du commerce de France.

En 1866, elle tombait en faillite, et son syndic intentait devant le tribunal de commerce de la Seine une action tendant : 1^o à faire annuler la société pour non-versement d'un premier quart soit lors de sa création, soit lors de sa modification; 2^o à faire déclarer tous les fondateurs et administrateurs responsables de la totalité des dettes sociales.

Le tribunal accueillit cette double demande, en exonérant toutefois quelques-uns des administrateurs; et sur l'appel, la Cour de Paris rendit, à la date du 28 mai 1869 (1), un arrêt dont nous donnerons une analyse sommaire, pour ne rapporter ici que la partie de l'arrêt ayant trait à la responsabilité basée sur le vice originel de la société. Voici la série des questions résolues par cet arrêt :

1^o Il n'y a pas eu deux sociétés, comme on l'avait prétendu, mais une seule, modifiée dans sa constitution;

2^o Le versement d'un quart sur le capital primitif n'avait pas été opéré, et par ce motif la société était radicalement nulle;

3^o Dès lors, il était inutile de rechercher si une seconde cause de nullité résultait du non-versement d'un quart sur le capital supplémentaire (2);

4^o La responsabilité attachée à ce non-versement ne pouvait être invoquée collectivement par les actionnaires ou les tiers, mais individuellement par ceux qui seraient lésés;

5^o Quant à la responsabilité du vice originel, elle a été consacrée dans les termes suivants (3);

« En ce qui touche la responsabilité des fondateurs et des administrateurs de la société;

(1) D. 69.2.145.

(2) Sur ce point l'arrêt a été cassé le 27 janvier 1873 (D. 73.1.331), ainsi que sur le point suivant. Dans le sens de l'arrêt de cassation : Orleaus, sur renvoi, 9 mai 1876; C. cass., rej. 13 nov. 1876 (Dall. 76.1.6).

(3) Nous avons rapporté les autres chefs de l'arrêt en traitant de chacune des questions qui s'y rattachent, et à la place qu'elles occupent dans le cours de ce traité, *suprà*, not., n. 820 et 831.

« Considérant que la nullité d'une société à responsabilité limitée, prononcée pour inobservation des formalités prescrites pour sa constitution, entraîne, d'après l'art. 25 de la loi du 19 mai 1863 (1), la responsabilité des fondateurs auxquels cette nullité est imputable, et des administrateurs en fonction au moment où elle a été encourue ; — Que la nullité résultant du défaut de versement du quart du capital social avant la constitution de la société est incontestablement imputable aux fondateurs, puisque c'est à eux que la loi impose l'obligation de faire ce versement ; — Que les premiers administrateurs nommés par l'assemblée générale sont également responsables de cette nullité. »

C'est l'application de la doctrine radicale signalée plus haut, n° 834, et qui assimile tous les premiers administrateurs, sans distinction, aux fondateurs pour les condamner solidairement avec ceux-ci.

841. Vainement, dans cette affaire, on a objecté que les administrateurs nommés en assemblée générale ne sauraient être responsables, par cette raison que leur nomination est le dernier des actes qui servent à constituer la société ; qu'ils ne sont pas chargés de vérifier la déclaration faite par les fondateurs sur la souscription et les versements, que ce soin est réservé à l'assemblée générale, qui les couvre, lorsqu'elle a procédé elle-même à cette vérification.

Mais l'arrêt qui vient d'être cité répond : « que ce système est en contradiction avec le texte même de l'art. 25, qui établit cumulativement la responsabilité solidaire des fondateurs et des administrateurs ; — Que pour savoir si ces derniers sont responsables, ils faut d'ailleurs uniquement constater s'ils sont en fonction au moment où la nullité est encourue ; que ce moment n'est pas celui où intervient la déclaration de versement faite par les fondateurs, mais celui auquel la société est constituée, que ce n'est pas, en effet, la nullité de cette déclaration, mais la nullité de la société qui est prononcée par la loi ; — Que si le germe de cette nullité se trouve dans la déclaration inexacte des fondateurs, la cause déterminante est la constitution de la société avant le versement du quart du capital ; — Que la société ne peut pas être annulée avant d'avoir été constituée, et qu'aux termes de l'art. 6 de la loi du 19 mai 1863, elle n'est constituée qu'après l'accepta-

(1) Cet article a été reproduit, dans les mêmes termes, par l'art. 43 de la loi de 1867.

tion par les administrateurs des fonctions qui leur sont confiées ; — Que les administrateurs sont tenus de porter à la connaissance du public les différents actes par lesquels la société s'est constituée ; — Que cette obligation implique le devoir pour eux de vérifier la régularité des actes dont il s'agit, et qu'elle justifie les dispositions de l'article 25 qui fait peser sur eux les conséquences de la nullité. »

Nous avons réfuté déjà toutes ces raisons et nous n'avons pas à y insister davantage.

842. L'erreur commune sur la réalité et la légalité du versement serait-elle une excuse suffisante pour faire écarter la responsabilité des fondateurs et des administrateurs ?

Il a été jugé à cet égard que, bien qu'en principe les fondateurs et les administrateurs d'une société à responsabilité limitée soient responsables, envers les tiers et les actionnaires, des suites de la nullité de la société prononcée pour défaut de versement du quart du capital des actions souscrites, lorsque cette nullité leur est imputable (art. 25 de la loi du 23 mai 1863, la demande dirigée contre eux par les actionnaires, à fin de restitution des sommes que ceux-ci ont versées sur le montant de leurs actions, peut être écartée par les juges du fond, lorsqu'il est constant à leurs yeux que les fondateurs, les administrateurs et les actionnaires étaient tous persuadés, au moment où la société s'est formée, que le versement en numéraire des actions pouvait être remplacé par un transfert au profit de la société nouvelle d'actions d'une autre société en liquidation (1).

Ce n'est pas là, il faut bien le remarquer, une application de la maxime : *Error communis facit jus* ; car l'erreur n'a pas sauvé l'acte de la société qui a été annulé ; mais le juge du fait ayant décidé, par une appréciation souveraine, que les actionnaires eux-mêmes avaient partagé l'erreur, la faute, qui est la cause déterminante de la responsabilité, s'est trouvée singulièrement atténuée ; et la conscience du juge, entraînée par un sentiment irrésistible d'équité, a répondu aux actionnaires par la grande maxime évangélique : Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qui vous fût fait.

1) Cass., 15 juill. 1860, rejet de Rennes (Société l'Armoricaine) 18 août 1868.

Toutefois, il ne faudrait pas trop se fier à cette jurisprudence, quelque peu prétorienne ; car, à côté des actionnaires, il y a les tiers, qui n'auront jamais participé à l'erreur commune, et qu'on ne pourrait écarter par la maxime évangélique.

843. Les administrateurs peuvent-ils encourir une responsabilité quelconque en cas d'augmentation au cours de la société, du capital primitif ? Non. Car aucune formalité spéciale n'est prescrite en pareil cas par la loi, qui n'a réglementé que la création des sociétés (1). S'il y avait responsabilité, ce ne serait donc jamais pour la nullité de l'opération, occasionnée par un vice de forme, et en vertu de l'art. 42 de la loi de 1867, mais seulement pour des infractions ou des fautes, par application de l'art. 44.

Mais on a soutenu, et il a été jugé que le capital supplémentaire était soumis aux mêmes conditions et formalités que le capital original (2) ; quelle serait dans cette hypothèse la responsabilité des administrateurs ? Ce ne serait point encore, à notre avis, la responsabilité absolue de l'art. 42, mais la responsabilité tout accidentelle de l'art. 44.

« Attendu, dit avec raison l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1869, déjà cité (3), qu'en pareilles circonstances la société est déjà constituée et qu'elle fonctionne ; — que les changements apportés à ses statuts ne sont pas l'œuvre des fondateurs (ni des administrateurs), mais bien le fait de la société elle-même, représentée par l'assemblée générale des actionnaires ; — que, dès lors, s'il y a des infractions à la loi, ou des fautes graves à reprocher aux administrateurs, la seule responsabilité qu'elles motivent est celle prévue par l'art. 27 de la loi du 19 mai 1863 (ou 44 de la loi du 24 juillet 1867). »

Il est vrai que cet arrêt a été cassé (4) non seulement pour n'avoir assimilé que par hypothèse le capital supplémentaire au capital original, mais aussi pour n'avoir pas infligé aux administrateurs en fonction la responsabilité absolue édictée, pour les cas de nullité, par l'art. 25 de la loi de 1863 42 de celle de 1867 ; ni sur l'un ni sur l'autre point, nous ne pouvons accepter la doctrine de cet arrêt, rendu après partage, et qui, disions-nous dans la seconde édition de cet ouvrage, ne doit pas contenir le dernier mot de la jurispru-

(1) N. 378.
(2) *Idem*.

(3) N. 831.
(4) Cass., 27 janv. 1873, D. 73.1. 331.

dence. Nous avons raison d'exprimer cet espoir ; car, depuis, la Cour de cassation a jugé que la responsabilité, dérivant de la nullité des actes et délibérations, doit être réprimée, non en vertu de l'art. 42 de la loi de 1867, mais en vertu de l'art. 44, qui se réfère au droit commun (1).

844. Une autre cause de responsabilité, mais pour les administrateurs seulement, et non pour les fondateurs, c'est le défaut de publication de l'acte social, ou des actes modificatifs, et la nullité qui en résulte.

Cette responsabilité dériverait certainement du droit commun, s'il n'y avait un texte spécial qui semble s'y rattacher ; mais il importe d'être bien fixé sur cette origine, en raison de la pénalité différente et plus forte, qui, selon une certaine doctrine que nous examinerons plus loin, serait infligée aux administrateurs par le texte dont il s'agit.

Ce texte, c'est l'art. 42 de la loi de 1867, bien vague assurément, et prêtant beaucoup à la controverse qui s'est élevée à son sujet. L'art. 42 décrète la responsabilité « lorsque la nullité de la société « ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article précédent. » Mais quels sont ces actes et délibérations ? L'article précédent n'en dit mot, car il se borne à prononcer la nullité de la société irrégulièrement constituée. Ce sont, à notre avis, les actes et délibérations ayant pour objet des modifications ultérieures de la société et dont il n'est question que dans l'art. 61, qui ordonne leur publication à peine de nullité.

Il n'est pas permis d'en douter si l'on se reporte au projet de loi primitif, dont les art. 37 et 38, statuant l'un sur la nullité, et l'autre sur la responsabilité, ont formé depuis les art. 41 et 42 de la loi. L'art. 37 contenait deux alinéas : un premier prononçant la nullité de la société ; et un deuxième, la nullité des actes et délibérations modificatifs non publiés. Or ce second alinéa a été retranché de l'art. 37, lors du remaniement du projet de loi, pour être reporté au titre spécial consacré aux publications.

Dans l'économie du projet, la pensée législative n'était donc pas douteuse, la responsabilité s'appliquait aux actes et délibérations modificatifs. Cette pensée est évidemment restée la même après un

(1) Cass., 16 janv. 1878 (D. 79.1.200).

remaniement qui n'a eu pour but qu'une classification différente des articles.

Au surplus, les art. 37 et 38 du projet de loi n'étaient que la reproduction littérale des art. 24 et 25 de la loi du 19 mai 1863, dont l'esprit tout entier, comme la plus grande partie du texte, a passé dans la loi de 1867.

Cependant le rapporteur de la loi de 1867, l'honorable M. Mathieu, a déclaré que dans l'art. 42 il s'agissait des actes et délibérations originaires « se rattachant à la constitution de la société. » C'était de sa part une évidente inadvertance, et l'un des commentateurs de la loi, M. Rivière (1), a tort de n'exprimer qu'un doute à cet égard ; car il a fort bien lui-même démontré l'inadvertance, et il a eu le tort plus grand, après cette démonstration, de vouloir considérer comme non écrits les mots : *ou des actes et délibérations*, qu'il appelle un pléonisme, comme s'il les rattachait, en contredisant sa propre démonstration, à la constitution même de la société. Cette conclusion fort inattendue est non moins inexacte que l'énonciation du rapport, et nous en attestons une autorité, irrécusable aux yeux mêmes de M. Rivière, qui regrettera et son doute premier et sa conclusion finale ; c'est celle de MM. Mathieu et Bourguignat, commentateurs à leur tour de la même loi, et qui abandonnent l'opinion du rapport, pour décider que les actes et délibérations mentionnés dans l'art. 42 sont ceux qui ont pour objet de modifier la société, en y ajoutant, par une nouvelle erreur, mais indifférente, ceux qui ont présidé à la constitution de la société.

Dernier argument, fourni par l'art. 42 lui-même : Il rend responsables les administrateurs *en fonction au moment où la nullité a été encourue*, expression générale bien inutile si elle n'avait eu en vue que la nullité de l'acte social, car il eût suffi de dire : *les premiers administrateurs* ; l'expression a donc voulu atteindre les administrateurs ultérieurs, ceux qui laisseraient annuler, pour défaut de publication, les actes et délibérations modificatifs de la société (2). Cependant l'opinion de M. Rivière a été accueillie par un arrêt de la Cour de cassation, déjà cité (3) qui, en constatant, avec cet auteur, l'erreur de rédaction, paraît en tirer la même conséquence, que les mots : *actes et délibérations* n'ont aucun sens et

(1) Sur l'art. 42.

(2) Sic, Pont, n. 1200.

(3) 16 janv. 1878 (Dall. 79.1.200).

V. le rapport de M. le conseiller Cantel.

doivent être considérés comme non écrits dans l'art. 42. D'où il suit que la nullité des délibérations modificatives serait une simple infraction réprimée par l'art. 44.

Mais ne peut-on accuser cette décision du juge d'empiéter sur l'autorité du législateur, et, au lieu de raturer ainsi un texte formel, n'est-il pas préférable de le maintenir avec le sens restreint que nous lui avons donné ? Il y a sans doute défaut de concordance entre les art. 41 et 42, mais qui peut assurer après tout que le législateur n'a pas laissé avec intention, dans l'article 42, la mention des actes et délibérations comme se rattachant, dans sa pensée intime, à ceux qui interviendraient au cours de la société.

845. La difficulté a une autre face : avec le sens restreint que nous donnons aux actes et délibérations mentionnés dans l'art. 42, n'y a-t-il pas lieu d'objecter que le fait de la non-publication de l'acte social lui-même n'est pas compris dans cet article, et dès lors que ce fait doit être, comme toutes les autres infractions à la loi, soumis à la simple responsabilité de droit commun consacrée par l'art. 44 ? C'est à ce résultat, en effet, que conduit l'application des textes (1), et néanmoins l'omission des publications originaires est beaucoup plus dommageable que celle des publications ultérieures, la première entraînant la nullité de la société, tandis que la seconde n'annule que des modifications qui peuvent souvent se refaire ; il serait donc contraire à toute justice de punir plus sévèrement celle-ci que celle-là, et c'est ce qui arriverait si, comme la jurisprudence paraît persister à le décider, la responsabilité de l'art. 42 est plus étendue que celle de l'art. 44.

Pour nous qui croyons que la responsabilité est, dans un cas comme dans l'autre, basée sur le droit commun, il importe peu que ce soit l'art. 42 ou l'art. 44 qui punisse l'infraction résultant de la non-publication de l'acte social. Et ajoutons d'ailleurs que la doctrine de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1878, *supra*, n° 844, conduit heureusement au même résultat, puisqu'elle laisse sous l'empire du droit commun toutes les infractions non prévues par l'art. 41, et l'on sait que cet article a trait uniquement aux conditions et formalités constitutives de la société.

846. L'action en responsabilité, pour annulation de la société, ou de ses modifications, appartient aux tiers, désignés nommément et

(1) Pont, n. 1206.

en première ligne dans l'art. 42. Mais quelle sera la mesure de cette responsabilité (1) ?

Deux systèmes sont en présence : d'une part, on soutient qu'elle est indéfinie, illimitée, et s'étend à tout le passif social ; de l'autre, on la restreint au dommage réellement éprouvé.

Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour la seconde opinion, parce qu'elle est seule conforme à l'équité, et que la raison d'équité est souveraine, lorsqu'elle n'est pas contrainte de s'incliner devant un texte arbitraire. Or le texte se tait heureusement ici, et ce serait une singulière entreprise que d'y introduire spontanément et de parti pris une injustice non voulue par le législateur. Nous disons une injustice : En est-il de plus criante en effet que d'imposer, en punition d'une contravention matérielle et peut-être inconsciente, une pénalité qui peut être énorme et sera dans tous les cas sans proportion ni rapport avec la faute commise ! C'est la peine arbitraire de l'ancienne loi criminelle que l'on fait revivre à l'usage de la législation civile, où jamais, en aucun temps, elle n'avait été reçue, ni chez les Romains, nos maîtres, ni dans les Codes modernes. Que devient cet axiome de justice éternelle écrit dans notre Code civil et calqué sur la loi morale la plus pure : « Chacun répond du dommage qu'il a causé ! Il serait abrogé par la loi nouvelle, et désormais chacun répondrait *au delà* du dommage qu'il a causé ; il faut dire plus, répondrait même du dommage qu'il n'aurait pas causé.

Le passif social vient-il donc nécessairement, vient-il, en tout ou en partie, de la nullité de la société et de sa liquidation prématurée ? Ce sont là des questions oiseuses, paraît-il, et qu'on ne veut pas examiner. Il y a un fait brutal, la nullité ; c'est assez, et il faut que la peine soit appliquée, car, dit-on, l'art. 42 est conçu en termes impératifs ; la condamnation est obligatoire, et il n'est pas permis de l'atténuer ; le texte est précis autant qu'inflexible sur le principe ; et s'il semble garder le silence sur l'application, il faut savoir le comprendre et lui obéir quand même (2).

C'est donc là que nous mène le système ; pas de préjudice impu-

(1) Nous avons traité cette question dans le journal *le Droit*, 8 nov. 1874.

(2) En effet, suivant un arrêt de la Cour de cassation du 30 déc. 1872 (D. 73.1.333, Soc. de Saint-

Nazaire), les fondateurs sont responsables et doivent être condamnés, alors même qu'il est reconnu que la ruine de la société est indépendante de la nullité.

table, et cependant une réparation. Un effet sans cause, une loi d'exception dérogeant, par son silence, au droit commun.

En vérité, pour ceux qui croient à la philosophie progressive du droit, ce serait une amère déception ! Mais heureusement, le législateur français n'est pas coupable de cette innovation à rebours. Si l'on a pu lui reprocher quelques délaillances, il a su les réparer, et le sujet même qui nous occupe en fournit des preuves éclatantes :

La loi du 17 juillet 1856, sur les sociétés en commandite, contenait une disposition analogue à celle qu'on prétend trouver dans la loi de 1867. Elle déclarait, en cas d'annulation de la société, les membres du conseil de surveillance responsables « de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination, » et conséquemment de toutes les dettes sociales qui en résultaient.

C'est la même peine, abusive et arbitraire, que nous venons de signaler ; elle avait soulevé de telles critiques que le législateur de 1867, éclairé sur son erreur, est rentré dans le droit commun et l'équité en limitant la responsabilité au dommage « résultant de l'annulation de la société » (Art. 8).

Une autre disposition du même genre existait dans l'art. 28 du Code de commerce qui rendait le commanditaire responsable, en cas d'immixtion dans la gestion, « pour toutes les dettes et engagements de la société ». C'était aussi une sanction excessive, dont la rigueur même empêchait l'application, comme il arrive toujours aux lois trop sévères ; peut-être, il faut le dire à la décharge du législateur de l'époque, était-elle alors commandée par la nécessité de chasser de la commandite les gérants, *hommes de paille*, qui l'avaient infestée pendant les dernières années. C'était une réaction violente contre un abus difficile à déraciner. Mais, depuis, les mœurs commerciales se sont améliorées, et une loi spéciale (1) a été rendue pour corriger ce qu'il y avait de trop rude dans le Code de commerce et restreindre la responsabilité du commanditaire « aux dettes et engagements dérivant des actes de gestion qu'il a faits. »

N'est-ce pas la même année (2) qu'a été votée la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, et le but essentiel de cette loi n'a-t-il pas été d'écarter, plus encore que la loi précédente, les responsabilités

(1) Loi du 6 mai 1863.

(2) Loi du 19 mai 1863.

indéfinies, de dégager les personnes pour mieux les convier à entrer dans les associations, d'amener ainsi dans les conseils d'administration des hommes qu'effrayaient les risques commerciaux, et auxquels on ne demandera désormais rien autre chose que fidélité et diligence dans l'accomplissement de leur mandat!

Et dans les travaux préparatoires de ces lois, lors de leur discussion, n'a-t-on pas dit et répété à satiété que, dans ces questions, le législateur devait toujours puiser ses inspirations aux sources du droit commun! Cette pensée n'était pas un vain hommage rendu à l'idéal, car nombre d'articles en portent témoignage écrit (1); et, dans le rapport fait au corps législatif sur la loi de 1863, on lit que, si les divergences s'expliquent lorsqu'elles portent sur un nombre, sur une qualité, sur une proportion quelconque, comme la part d'intérêt des administrateurs, le prélèvement pour le fonds de réserve, le chiffre des sociétaires et même celui du capital, « les dissentiments doivent devenir plus rares quand il s'agit de l'application des principes généraux du droit commun, et il n'y a qu'un malentendu qui puisse les expliquer dans une Chambre française, quant il y a lieu de nous prémunir contre la fraude ou l'improbité. »

Enfin, dernier argument, qui devrait ouvrir les yeux les plus fermés: le projet primitif de la loi de 1863, par une disposition textuelle, et qui ne pouvait être qu'un résultat des malentendus dont parle le rapport, portait que, pour le cas d'annulation de la société, « les administrateurs sont responsables, solidairement et par corps envers les tiers, de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires (2). » Or, précisément, ce qui constituait l'excès dans cette disposition, a été supprimé dans le projet définitif et dans la loi, qui n'ont laissé à la charge des administrateurs que la responsabilité pure et simple. Il sont, dit l'art. 25, « responsables solidairement et par corps envers les tiers, sans préjudice des droits des actionnaires. » Et c'est cette rédaction, ainsi corrigée, améliorée, ramenée au juste et vrai, qui a passé dans l'art. 42 de la loi de 1867. Où trouvera-t-on un commentaire plus autorisé que celui qui émane de l'auteur même de la loi!

847. Cependant le système contraire garde des partisans, et à l'autorité du législateur ils opposent celle de la jurisprudence. C'est

(1) V. art. 30, 37 de la loi du 19 mai 1863; 8, 9, 43, 44 de la loi de 1867.

(2) Art. 42 du projet.

la Cour de Paris qui a inauguré ce système par un arrêt rendu le 28 mai 1869 (1), qui leur donne raison, et dans lequel, à cause de l'importance justement attachée par la Cour à cette question, se trouve développés avec un soin particulier tous les arguments à l'appui du système. La doctrine de cet arrêt, fortifiée par l'adhésion de la Cour de cassation, est un élément de discussion trop considérable pour n'être pas soumis à un examen approfondi, et nous allons successivement passer en revue toutes les propositions admises par l'arrêt :

Première proposition. — « *Considérant que la responsabilité qui leur incombe dans ce cas, de même qu'aux fondateurs, consiste à être garant de la totalité des dettes sociales ; que l'art. 12 du projet de loi soumis en 1868 au Corps législatif ne laissait aucun doute sur ce point ; « les administrateurs » portait-il, sont responsables solidairement envers les tiers de la totalité des dettes sociales, sans préjudice des droits des actionnaires ;*

« *Que, dans la rédaction définitive de cet article, devenu l'art. 23 de la loi du 29 mai, les mots « de la totalité de dettes sociales » ont disparu sans que les motifs de cette suppression aient été donnés, mais que la dernière rédaction, si elle est moins explicite que la première, n'en a pas moins le même sens ; qu'il n'en résulte aucune restriction de l'étendue de la responsabilité imposée aux administrateurs ; que le seul changement apporté au projet a consisté à appliquer aux fondateurs la responsabilité qui était prononcée uniquement contre les administrateurs, et à en affranchir les administrateurs entrés en fonction à une époque postérieure à celle où la nullité a été commise. »*

Nous avons réfuté d'avance cette objection. L'arrêt affirme que la rédaction restreinte a le même sens que la rédaction primitive, mais établit-il que la restriction ait été inconsciente, qu'elle soit le résultat d'un lapsus ? Non, et jusque-là nous penserons qu'elle doit conserver son sens propre.

Deuxième proposition. — « *Que l'on désigne habituellement sous*

(1) Dalloz, 69.2.143. Cet arrêt a été cassé, mais sur d'autres chefs, le 27 janvier 1873 (D. 73.1.331, *supra*, n. 810). Sur le point qui nous occupe, l'arrêt de la Cour de cassation est conforme à celui de la Cour de Paris.

La Cour de cassation semble dé-

cidée à persister dans cette jurisprudence. Voir deux arrêts en ce sens : 2 juill. 1873 (D. 73.1.49) ; 13 mars 1876 (D. 77.1.47) ; *Id.*, 15 nov. 1876 (D. 78.1.6) ; 25 fév. 1879, rej. de Paris, 9 avril 1878 (D. 80.1.20) ; V. aussi Paris, 5 déc. 1881 (*le Droit*, n. des 2-3 janv. 1882).

la qualification d'associé responsable l'associé qui est personnellement tenu de tous les engagements sociaux; que l'art. 25 précité, en déclarant les administrateurs solidairement responsables, sans rien ajouter à cette expression, doit être réputé l'avoir employée dans son acception la plus étendue. »

Oui, cette appellation d'*associé responsable* est habituelle dans la commandite où elle est appliquée au gérant; mais elle répugne absolument à la société anonyme, où l'administrateur n'est, au contraire, qu'un mandataire irresponsable, sinon de ses fautes. Le texte, d'ailleurs, ne qualifie pas les administrateurs associés responsables; il dit simplement qu'ils sont responsables, c'est-à-dire de leurs fautes, non des dettes, selon le sens commandé par la matière : *Secundum subjectam materiam*.

Troisième proposition. — « *Que cette interprétation est confirmée par la différence des termes dont se sert le même article pour déterminer le droit des tiers et ceux des actionnaires; qu'après avoir dit que les administrateurs sont responsables envers les tiers, il ajoute: « sans préjudice des droits des actionnaires, d'où il suit « que les uns et les autres n'ont pas des droits égaux. »*

Que l'opposition des termes suit à prendre en considération dans une loi bien rédigée, nous y consentons; mais en est-il de même dans une loi comme celle-ci, dont les travaux préparatoires sont incomplets, dont le texte est imparfait, où les négligences de style abondent! Et ce n'est pas à nous qu'appartient cette appréciation sévère, elle émane de l'annotateur de l'arrêt, dans le Recueil Dalloz, M. Gaston Griolet. L'honorable rapporteur de la loi lui-même n'a-t-il pas franchement reconnu, dans le commentaire qu'il en a donné, une inexactitude de rédaction dans ce même art. 42, et une omission matérielle dans l'art. 41 (1)! D'ailleurs si les termes ont tant d'importance, pourquoi suppléer l'expression *dettes sociales*, surtout après son retranchement du projet!

Quatrième proposition. — « *Que, par l'art. 27, les administrateurs sont déclarés responsables, conformément aux règles du droit commun, soit envers les tiers, soit envers la société, de tous dommages-intérêts résultant des infractions aux dispositions de ladite loi et des fautes par eux commises dans leur gestion;*

« *Que l'art. 25 serait superflu s'il n'avait pas une autre portée que l'art. 27;*

(1) Mathieu et Bourguignat, n. 240 et 242.

« Que du rapprochement de ces deux articles, on doit conclure que le législateur a voulu établir une responsabilité différente pour des cas différents ;

« Que lorsque la société est annulée pour irrégularité de sa constitution, les administrateurs sont tenus personnellement envers les tiers de toutes les dettes de la société, et passibles de dommages-intérêts à l'égard des actionnaires qui ont éprouvé un préjudice ;

« Que lors, au contraire, que la société a été légalement constituée, les administrateurs sont uniquement responsables de dommages-intérêts, soit à l'égard des tiers, soit à l'égard des actionnaires, pour la réparation du dommage causé par leurs fautes ;

« Que les motifs de cette double disposition sont faciles à saisir ;

« Qu'en matière commerciale il est de principe que tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement ;

« Que, si les administrateurs des sociétés anonymes à responsabilité limitée sont exonérés de cette responsabilité, c'est en vertu d'un texte précis et par suite d'une faveur particulière accordée à ces sociétés ; mais que, dans le cas où la société n'a pas accompli les formalités exigées pour sa constitution, et où la nullité en est prononcée, il ne reste plus qu'une société de fait régie par les règles du droit commun et dont les membres ne sauraient réclamer aucun privilège ;

« Que dans le cas, au contraire, où la société a été régulièrement formée, ce sont les règles spéciales aux sociétés à responsabilité limitée qui doivent être appliquées, et que les administrateurs deviennent seulement garants du préjudice qui a pu résulter des fautes par eux commises dans leur gestion ;

« Que la responsabilité édictée par l'art. 25 profite indistinctement à tous les créanciers de la société, soit qu'ils aient connu ou qu'ils n'aient pas connu la cause de nullité, soit même qu'ils aient pris part aux actes qui l'ont entraînée. »

Ici l'arrêt argumente de l'opposition des termes entre l'art. 25 et l'art. 27 de la loi de 1863 (42 et 44 de la loi de 1867), et il soutient que les deux articles auraient été confondus en un seul s'ils avaient stipulé la même pénalité. C'est là une question de style, ne méritant pas, comme nous venons de le dire, une grande attention. Mais ajoutons que chacun des deux articles avait sa raison d'être, l'un s'appliquant à la fois aux fondateurs, aux administrateurs et aux apporteurs (qu'on nous passe le néologisme), l'autre seulement

aux administrateurs. Ce sont les personnes qui sont différentes, et non les responsabilités. Celles-ci ne diffèrent que par l'expression.

Quant à la théorie qui présente la responsabilité indéfinie et solidaire comme étant de droit commun en matière de commerce, elle est inexacte et contraire à la jurisprudence, ainsi que l'a victorieusement démontré M. Griolet dans son annotation.

Quoiqu'il en soit, la Cour de cassation a suivi la même doctrine, en ajoutant ce motif qu'après la nullité de la société, les fondateurs et administrateurs « se trouvent substitués à l'être moral, qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale, et sont tenus des mêmes obligations ». Mais cette substitution, affirmée sans être prouvée, ressemble fort à une pétition de principe. Est-il vrai que fondateurs et administrateurs soient substitués à l'être moral, au point de succéder à ses obligations, comme il arriverait à des héritiers universels? *Quod est demonstrandum*. On oublie que ces prétendus successeurs auraient en tout cas des cohéritiers, les autres actionnaires qui n'auraient pas libéré leurs titres, et devraient compléter leur libération pour faire face aux dettes. Ce sont tous les actionnaires ensemble, administrateurs compris, qui sont substitué si l'on veut, à l'être moral, mais en ne succédant à ses obligations que sous le bénéfice du contrat qui a limité leurs mises. N'est-ce pas le contrat, même annulé, qui doit servir de base à la liquidation, soit entre les associés, soit vis-à-vis des tiers (1).

La jurisprudence la plus récente persiste à se prononcer dans le sens de la responsabilité indéfinie du passif social des fondateurs et administrateurs en cas de nullité de la société (2).

D'ailleurs la responsabilité du passif social, reconnue à la charge des fondateurs et administrateurs, n'empêche pas les actionnaires d'être tenus de libérer leurs actions, et la responsabilité des fondateurs et administrateurs ne serait même engagée, d'après un

(1) C'est la jurisprudence de la Cour de cassation. V. not. deux arrêts rendus à l'occasion de sociétés en commandite, du 28 fév. 1859 et du 22 nov. 1869 D. 59.1.408; 70.1.23).

(2) Paris, 13 janv. 1882, Lyon, 9 fév. 1883, aff. Banque de Lyon et de la Loire (Rev. des Soc., 1883, p. 89 et 209, D. 83.2.113); Toulouse, 21

nov. 1883, Paris, 27 déc. 1884 (Rev. des Soc., 1884, p. 122 et 353; D. 85.2.222); Cass. civ., 8 juill. 1885 (Rev. des Soc., 1885, p. 675; D. 86.1.104); Amiens, 24 déc. 1886 (Rev. des Soc., 1887, p. 306); Paris, 5 déc. 1887 (Rev. des Soc., 1888, p. 76; D. 89.2.185); Paris, 5 juill. et 8 août 1889 (Rev. des Soc., 1889, p. 581).

arrêt (1), que si le capital-actions est insuffisant à désintéresser les créanciers sociaux.

818. Les auteurs qui ont commenté la loi de 1863 ou celle de 1867, sont partagés sur cette question.

L'opinion que nous soutenons a pour elle l'autorité de deux des auteurs de la loi de 1867, M. Duvergier (2) et M. Mathieu (3); la plupart des commentateurs y ont aussi acquiescé (4). En dernier lieu, M. Pont (5), en présence des arrêts rendus par la Cour de cassation, n'a pas hésité à prendre la défense du droit commun, et dans une dissertation très approfondie, il a énergiquement réfuté la doctrine si facilement accueillie par la Cour suprême.

Se sont, au contraire, prononcés pour la responsabilité indéfinie des dettes sociales, M. Rivière (6) et M. Griolet, dans son annotation sur l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1869.

M. Rivière n'émet son avis que sous une forme presque dubitative, et nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer que si M. Griolet se rallie à la doctrine de la Cour de Paris, ce n'est pas par les motifs de son arrêt, qu'il trouve mauvais et à réfutés; ce n'est pas non plus par le motif ajouté par la Cour de cassation et qu'il ne connaissait pas encore, mais c'est pour une raison qui lui est propre, et qu'il tire de la comparaison des trois lois sur les sociétés, rendues en 1856, en 1863 et 1867. Voici son argumentation:

L'art. 42 de la loi de 1867 n'est autre chose que l'art. 25 de celle de 1863, ce qui est vrai, et cette dernière doit s'interpréter par celle de 1856, encore en vigueur lors de sa promulgation. Or, l'art. 7 de la loi de 1856 n'avait pas hésité à faire subir la responsabilité illimitée à de simples membres de conseil de surveillance; et des administrateurs de sociétés anonymes, dont les devoirs sont plus exigeants, ne pouvaient être traités moins sévèrement.

A cela, deux réponses: d'abord, si la responsabilité des administrateurs est moindre que celle des conseils de surveillance, elle est obligatoire pour le juge, tandis que l'autre est facultative, et déjà c'est un moyen de rétablir la proportion dans l'application. D'un

(1) Paris, 28 avril 1867 *Rev. des Soc.*, 1867, p. 322; D. 88.2.103.

(2) *Coll. des Lois*, 1863, p. 387.

(3) *Comm. de la loi de 1867*, par MM. Mathieu et Bourguignat, n. 224.

(4) Bodarride, n. 479; Alauzet, n. 557; Boistel, p. 217; Sourdai, t. II, n. 1250; Lescœur (*France judiciaire*,

1877, p. 481); note de Sirey sur l'arrêt de cass. du 13 mars 1876, cité au n° précédent.

(5) N. 1306.

(6) *Comm. de la loi de 1867*, n. 274. Dans le même sens, Lyon-Caen et Renault, n. 473; Leon Choppard, *Rev. crit.*, 1878, p. 65 et s.

autre côté, la manière de voir en 1863 n'était plus la même qu'en 1856, et le législateur se guidait par des errements nouveaux; la loi de 1856 avait été une loi de réaction contre les excès d'agiotage qui avaient signalé les premières années de l'Empire; mais, depuis, un vent de libertés économiques avait soufflé, on voulait susciter l'esprit d'association, et l'on allait dans cette voie jusqu'à relâcher d'abord, et, quelques années après, en 1867, jusqu'à lever tout à fait la tutelle gouvernementale.

Dans ces dispositions d'esprit, serait-il donc bien étonnant que le législateur se fût montré, en 1863, plus clément pour les administrateurs de sociétés anonymes qu'il ne l'avait été, en 1856, pour les membres des conseils de surveillance, envers lesquels, d'ailleurs, il avait dépassé la juste mesure, comme il a dû le reconnaître depuis!

848 *bis*. Il s'est produit une conséquence bien inattendue de la jurisprudence qui, en cas de nullité de la société, assimile les fondateurs et premiers administrateurs à des associés en nom collectif. Cette assimilation étant donnée, ils ont été, a-t-on dit, de véritables commerçants, et poussant la logique à outrance, ces commerçants malgré eux doivent être déclarés en état de faillite, s'ils ne payent pas intégralement les dettes sociales devenues leurs dettes propres. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la Cour de Paris, le 3 mai 1881 (1), infirmant un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 13 mai 1880 (2), qui, tout en admettant la responsabilité indéfinie du passif social, avait refusé la mise en faillite. Ces décisions sont intervenues à l'occasion de la Société du Crédit foncier suisse, qui avait donné lieu à des fraudes scandaleuses, et qui dès l'origine avait essayé d'éviter la loi française, en établissant en Suisse un siège apparent et reconnu depuis purement fictif, *infra*, n° 951. La société était antérieure à la loi de 1867, et elle n'aurait pu exister légalement en France qu'avec l'autorisation, nécessaire alors, du gouvernement français. De plus l'arrêt constate que l'administrateur faisait de la gestion des affaires sociales sa profession habituelle. Les circonstances de l'affaire ont donc probablement influé sur l'arrêt, dont la doctrine ne saurait être généralisée sans une nouvelle et regrettable exagération (3).

(1) *Journ. soc.*, 1881, p. 490. Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation. Cass. Req., 19 fév. 1884 (*Rev. des Soc.*, 1884, p. 417 et note 1).

(2) *Journ. soc.*, 1880, p. 594.

(3) V. cependant en ce sens, Donat, 28 déc. 1885 (*Rev. des Soc.*, 1886, p. 160; Trib. Angers, 13 avril 1886 (*Rev. des Soc.*, 1886, p. 469).

848 *ter*. Si les fondateurs et premiers administrateurs doivent être indéfiniment responsables des dettes sociales, leur obligation doit s'étendre, d'après la même jurisprudence, même à celles qui sont postérieures à leur retraite ou démission (1). Dans l'affaire concernant le Crédit foncier suisse, tous les administrateurs qui se sont succédé au cours de la société, ont même été frappés de la responsabilité solidaire, et ils ont été constitués débiteurs même des dettes antérieures à leur entrée en fonction.

849. Les actionnaires ont aussi l'action en responsabilité pour annulation de la société irrégulièrement constituée. Les termes de l'art. 42 sembleraient indiquer, sous ce rapport, une différence entre eux et les tiers, et même accorder une sorte de primauté à ceux-ci, en les inscrivant les premiers et presque comme les seuls ayants droit à la responsabilité, tandis qu'ils se bornent à cette simple réserve, reléguée à la fin de l'article, en faveur des autres, « sans préjudice du droit des actionnaires ». Mais ce peut n'être là qu'une des négligences de style dont nous avons parlé précédemment; nous reconnaissons volontiers qu'il eût été plus correct de nommer en même temps et placer sur la même ligne les actionnaires et les tiers; au surplus, une simple réserve est suffisante pour le droit préexistant des actionnaires, parties au contrat annulé, directement et immédiatement lésés par cette annulation. Pourquoi le droit réservé aux actionnaires ne serait-il pas de même nature que celui créé spécialement pour les tiers? D'un côté comme de l'autre, il dérive de la faute commise, et il doit conduire à la réparation du dommage qui en est résulté. Comme les tiers, les actionnaires doivent donc justifier du dommage et en établir l'importance contre les fondateurs et administrateurs de la société (2). Ils peuvent même n'avoir droit à aucune indemnité s'il est reconnu et constaté que la nullité n'est pas la cause directe de la perte par eux éprouvée (3).

La jurisprudence, qui s'est prononcée, ainsi que nous l'avons vu, dans le sens de la responsabilité indéfinie à l'égard des tiers des fondateurs et administrateurs, admet, à l'égard des actionnaires, que la responsabilité n'existe que dans les termes du droit commun

(1) Orléans, 9 mai 1876, et *Rej.*, 15 nov. 1876 (*Dall.* 78.1.6. *Soc. des Magasins généraux de Saint-Nazaire*).

(2) *Cass.*, 27 mai 1873, 2 juill. 1873 (*Dall.* 73.1.333; 74.1.49; *Pont.* n. 1398).

(3) Paris, 16 août 1879 (*Journ. soc.*, 1880, p. 118; *Nîmes*, 21 janv. 1881; *D.* 1.2.126).

(article 1382 G. civ.); les fondateurs et administrateurs ne seront donc responsables que si le préjudice allégué par les actionnaires, résulte de la nullité de la société (1). Et leur responsabilité ne sera solidaire que s'il y a eu faute commune (2).

850. Comment établir l'importance du dommage? Les tiers ne manqueront jamais de dire : Nous n'eussions pas sciemment fait crédit à une société viciée dans son origine; il faut donc que nos créances soient intégralement payées, soit par l'actif social, soit à défaut par ceux qui nous ont induits en erreur. Les actionnaires, de leur côté, diraient : Il ne fallait pas constituer la société contre les prescriptions légales, et l'on devait nous rendre l'argent versé lors de nos souscriptions plutôt que d'enfreindre la loi; cette restitution qu'on n'a pas faite alors, on nous la doit aujourd'hui.

La conclusion, de part et d'autre, aboutirait au même résultat : le remboursement intégral des dettes et des actions.

Mais ces réclamations seraient souvent mal fondées. S'il est vrai que la réparation doit égaler le dommage, elle ne doit pas l'excéder, et ce sera un devoir étroit pour les tribunaux de vérifier toujours s'il y a corrélation réelle entre la faute et le préjudice, si le préjudice total vient de la faute, ou ne vient pas d'autres circonstances. Dans ce dernier cas, il ne serait même dû aucune réparation puisque la perte subie par les actionnaires ou les créanciers ne viendrait pas de la nullité de la société; *suprà*, n. 848. Il y aura lieu quelquefois à des distinctions, à des nuances, selon les espèces variées qui se présenteront dans la jurisprudence, selon, par exemple, les causes de nullité qui donneront ouverture à l'action en responsabilité.

Est-ce une nullité préméditée, frauduleuse, comme celle qui résulterait d'une déclaration mensongère sur les souscriptions ou les versements? En pareil cas, le langage que nous mettions tout à l'heure dans la bouche des créanciers et des actionnaires serait

(1) Lyon, 9 fév. 1883 (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 209; D. 83.2.113; Cass. civ., 3 juin 1885, aff. Banque de Lyon et de la Loire (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 468; D. 86.1.25); Paris, 28 avril 1887, aff. Réassurances générales, Crédit général français et Crédit mobilier (*Rev. des Soc.*, 1887, p. 322; D. 88.2.105); Paris, 24 nov. 1887, 14 juin 1888 (*Rev. des Soc.*,

1888, p. 131 et 469; D. 88.2.293; 90-2.321; Paris, 10 juin 1890, Orléans, 24 juill. 1890 (*Rev. des Soc.*, 1890, p. 372 et 522; — Comp. Cass. civ., 23 déc. 1889 (*Rev. des Soc.*, 1890, p. 75); — *Contrà*, Cass. Req., 18 mai 1885 (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 461; D. 88.1.59).

(2) Cass. civ., 8 juill. 1885 (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 675; D. 86.1.104).

exact et devrait être écoulé. Ils auraient été trompés par un acte volontaire, qui les aurait excités, les uns à faire crédit à la société, les autres à souscrire des actions; le remboursement intégral ne nous semblerait pas dépasser la mesure de la responsabilité, mais toujours à la condition, bien entendu, que le préjudice soit la conséquence directe de la nullité.

C'est ce qui a été jugé par l'arrêt de la Cour de Paris, cité plus haut (1), pour défaut de versement d'un quart sur toutes les actions : « Considérant, dit l'arrêt, que, conformément aux principes du droit commun et aux prescriptions de l'art. 1382, C. civ., il y a lieu de proportionner l'étendue de la responsabilité à l'importance du dommage souffert et à la gravité de la faute commise... ; que X... a acheté cent actions libérées, au prix de 520 fr... ; qu'il est certain qu'il n'aurait pas fait cet achat s'il n'avait pas cru à la sincérité de la déclaration des fondateurs, attestant que le quart du capital en numéraire avait été versé, et accordé confiance à la délibération de l'assemblée générale constatant que la société était définitivement constituée. » En conséquence, les fondateurs et les administrateurs sont condamnés solidairement à rembourser à cet actionnaire ce qu'il a déboursé pour l'achat de ses actions, à la charge de leur remettre les titres contre ce remboursement (2); *infra*, n. 883.

Que si, au contraire, il s'agit d'une nullité de pure forme, d'une simple omission involontaire, par exemple de la non-publication de la société, nous pensons que les bases d'évaluation du dommage ne devraient plus être les mêmes. Ce qui aurait trompé les actionnaires et les tiers, c'est qu'au lieu d'une société régulière, constituée pour une durée déterminée, il n'y a eu qu'une société de fait, exposée à une liquidation prématurée et inopportune; ils auraient donc le droit d'être indemnisés, mais seulement jusqu'à concurrence de la perte qui résulterait de la réalisation de l'actif dans ces conditions.

De même si les actionnaires ont acheté des titres majorés et accepté ainsi les risques inhérents à toute opération commerciale, il

(1) Paris, 18 juill. 1869. Le pourvoi a été rejeté par arrêt du 30 déc. 1872 (D. 73. 1. 333).

(2) Dans le même sens, Paris, 5 août 1869 (Bull. de la Cour d'appel, n. 2011); Paris, 10 juill. 1885 (Rev. des Soc., 1885, p. 601).