

lablement stipuler qu'il la retirera entière (1); car c'est là son droit, tel que l'art. 1851 le consacre de la manière la plus expresse (2); et ce prélèvement a lieu, quels que soient les évènements et quand bien même la société serait en perte (3).

Mais, comme nous l'avons dit ci-dessus (4), l'associé propriétaire de cette somme doit, en thèse ordinaire, contribuer comme associé au retrait qu'il opère comme créancier. De là la question de savoir si, par une convention expresse, il lui est permis de se dégager de cette contribution, et de rester affranchi de la perte quoi qu'il arrive.

L'affirmative me paraît certaine.

En effet, ce qui constitue la mise de cet associé, c'est, suivant Puffendorf et Pothier, le profit de l'argent (5), et ce profit reste soumis aux chances de pertes qui viennent affliger la société; car l'associé peut ne rien retirer des intérêts de ses fonds. L'art. 1855, qui veut que la mise ne soit jamais affranchie, est donc respecté.

661. Mais remarquez que si l'associé, qui apporte la seule jouissance d'un capital, stipulait, en outre, que l'intérêt de son argent lui serait assuré, ce serait un prêt pur et simple; tout élément social disparaîtrait.

Remarquez, en outre, que si, indépendamment d'un intérêt à 5 ou 6 p. 0/0, il stipulait qu'il prendrait part, en sus, dans les bénéfices, ce serait une usure manifeste, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 17 avril 1837 (6).

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 224, notes, n° 5.

(2) *Suprà*, n° 586, 587.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 130.

M. Duvergier, n° 264.

(4) N° 586, 611, 612.

(5) *Suprà*, n° 616.

(6) D. 37, 1, 303. (S. 37, 1, 275.)

662. Reste à savoir maintenant comment opère la nullité prononcée par l'art. 1855? Cette nullité fait-elle tomber la société même, ou seulement la convention entachée d'un caractère léonin?

Les opinions sont diverses à cet égard. M. Delvincourt veut que la nullité de la clause contraire à l'article 1855 n'entraîne pas la nullité de la société (1); au contraire, M. Duranton (2), M. Duvergier (3) et le recueil de M. Dalloz (4) soutiennent que c'est le contrat même de société, qui est entaché de nullité et vicié dans son essence.

La doctrine que nous avons exposée au n° 276 nous conduit à l'adoption de cette dernière opinion; je la corrobore du texte de la loi 29, § 2, D. *Pro socio*, dans laquelle Ulpien enseigne que c'est la société même qui est affectée dans son essence par le pacte léonin: « *Societatem coiri non posse! et nos consentimus talem societatem nullam esse.* »

ARTICLE 1856.

L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; mais s'il n'a été

(1) T. 3, p. 223.

Junge les annotateurs de M. Zachariae, t. 3, p. 56, note 7.

(2) T. 17, n° 422.

(3) N° 277 et 103.

(4) V. *Société*, p. 92, n° 10.

Junge MM. Malpeyre et Jourdain, n° 128.

donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat.

SOMMAIRE.

663. De l'administration de la société. Tantôt elle est réglée par la convention ; tantôt elle est réglée par la loi.
664. Dans les sociétés nombreuses, il est nécessaire de centraliser l'administration.
Malgré la différence qui existe entre les sociétés civiles et la société politique, les unes et les autres se rencontrent dans la nécessité d'être gouvernées.
665. Exemple tiré des sociétés civiles pour le recouvrement de l'impôt établies dans l'empire romain.
666. Exemple tiré des anciennes sociétés tacites.
667. Suite. Transition à l'art. 1856.
668. Distinction entre l'administrateur nommé par le contrat et le gérant nommé postérieurement.
669. De la gestion donnée par les statuts. Différence entre ce mandat et un mandat ordinaire. Il n'est pas révocable *ad nutum*.
670. Le gérant nommé par les statuts peut même agir contre le gré de ses co-associés, pourvu que ce soit sans fraude.
671. De son côté, il ne peut abandonner l'administration.
672. *Quid* si le gérant abuse et commet des fautes ?
673. Moyens ouverts aux associés contre le gérant.
674. 1° *Du veto*, COGNITA CAUSA.
675. De ses causes et de ses suites.
676. 2° De la révocation pour cause légitime. Doit-elle émaner de la majorité ? Peut-elle être demandée et obtenue par un seul ?
677. En quel sens la destitution du gérant influe-t-elle sur la dissolution de la société ?
678. 3° De la dissolution.
679. Du gérant nommé après le contrat ; il ne peut l'être qu'à l'unanimité.
680. Ses fonctions sont en tout celles d'un administrateur révocable. Exception à cette proposition. Un seul associé peut-il révoquer le mandat donné après coup et de sa nature révocable *ad nutum* ?
681. Des pouvoirs du gérant.
Ils procèdent d'un mandat.

682. Mais, tout en se rattachant à l'art. 1988 du Code civil, il faut accommoder ce texte à certaines exigences de la société. Le gérant a le droit de vendre les choses vénales et périssables ; mais non les immeubles.
683. Le gérant peut et doit faire les achats.
684. Il peut aussi emprunter pour les nécessités de l'affaire, et ses co-associés sont tenus de ses obligations. Erreur des auteurs qui ont enseigné le contraire.
685. Arrêt notable du parlement de Paris.
686. Mais le gérant pourra-t-il emprunter avec hypothèque ? Non. Explication de cela. Arrêt de la Cour de cassation. Les tiers ne pourront même pas soutenir l'hypothèque en se prévalant de l'art. 1864 du Code civil.
687. Le gérant peut louer et affermer les immeubles sociaux.
688. Il peut donner quittance ; diriger les poursuites contre les débiteurs ; payer ; accorder terme, accorder un atermolement.
689. Il ne peut donner, si ce n'est des sommes minimales et des gratifications.
690. Il ne peut transiger et compromettre que sur les choses dont il a l'entière disposition.
691. Il peut plaider sans procuration en matière personnelle et possessoire ; *quid*, quand il faut aller au delà ?
692. En quelle forme la société doit-elle agir ? Faut-il que son exploit désigne individuellement tous les membres de la société demanderesse ?
693. Examen de la question à l'égard des sociétés de commerce, et réfutation de l'opinion de M. Boncenne.
694. Examen de la question par rapport aux sociétés civiles.
695. Des actions CONTRE la société ; des droits du gérant pour y défendre ; de la forme.
696. Suite.
697. Le gérant ne peut faire d'innovations dans les immeubles de la société.
698. Suite. Beaucoup de sociétés ont péri par l'esprit novateur de leurs gérants.
699. Il y a cependant quelques changemens qui ne sont pas d'un mauvais ménage.
700. En somme, il doit agir avec prudence et en bon père de famille ; il est responsable de la faute grave et légère.

COMMENTAIRE.

663. L'art. 1856 ouvre la série des articles qui traitent de *l'administration de la société*.

Cette matière se subdivise en deux parties. La première comprend le cas où le contrat de société a pourvu à l'administration sociale. Le législateur fixe la position légale de l'administrateur, et donne les règles qui doivent diriger sa conduite dans l'absence de toute convention spéciale à cet égard. La seconde s'occupe du cas où le contrat de société n'a point créé d'administrateurs. La loi avise aux moyens d'assurer à la société son action intérieure et extérieure. Elle fait un appel aux efforts de tous les associés, et s'autorise de l'égalité qui est dans la nature de leurs droits pour exiger d'eux égalité de dévouement aux intérêts sociaux.

664. Quand une société se compose d'un personnel nombreux, il est rare que le contrat qui la constitue ne centralise pas l'administration, et ne donne pas à l'association un ou plusieurs chefs; car, dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique, aussitôt qu'une agrégation d'hommes excède certaines dimensions, le pouvoir ne saurait rester disséminé, et une autorité supérieure est indispensable pour lier et concentrer sous une direction unitaire des forces que se nuiraient dans une action isolée. Ce n'est pas que, sous d'autres rapports, je sois tenté de faire la moindre comparaison entre la société civile et la société politique; le pouvoir y est aussi différent par son origine que par ses formes, ses fonctions, son objet. Dans la société civile, il est toujours le produit de la convention, et c'est là que le contrat social est une vérité. Dans la société politique, au contraire, le pouvoir naît de causes imprévues, de crises laborieuses, et non pas d'un pacte; et c'est là que le contrat social est une fable absurde, quoique ce soit pour la

société politique que les sophistes l'ont imaginé!! Mais bien que les intérêts privés ne se règlent pas par les mêmes lois que les intérêts publics, ils peuvent néanmoins se rencontrer dans certains besoins communs. Or, la nécessité d'un gouvernement est innée dans toute association, qui embrasse un certain nombre de personnes et un certain mouvement d'affaires; être gouverné, c'est, pour ces associations, avoir l'ordre, l'harmonie, c'est avoir la vie.

Partout donc où l'histoire nous montrera de grandes sociétés civiles, partout nous verrons ces sociétés pourvues d'une administration et d'un gouvernement.

Le droit romain et l'ancien droit français viennent à l'appui de ce fait.

665. A Rome, les sociétés de publicains, si connues par leur étendue et leur influence (1), avaient presque toujours des chefs appelés *magistri*; ces maîtres les représentaient activement et passivement. « Item magistri tri societatum, dit Ulpien, pactum et prodesse et » obesse constat (2). » On les appelait *magistri* parce que le mandat dont ils étaient revêtus leur imposait une plus grande sollicitude de l'affaire commune (3). Il ne faut pas les confondre avec les facteurs ou simples commis que des associés préposaient quelquefois à l'administration de leurs intérêts (4). Ceux-ci ne faisaient pas partie de la société. Pris le plus souvent parmi les

(1) V. préface.

(2) L. 14 D. *De pactis*.

(3) Paul, l. 57 D. *De verb. signif.* (lib. 59 *Ad edict.*) : « Cui » præcipua cura rerum incumbit, et qui magis quam cæteri, » diligentiam et sollicitudinem rebus quibus præsent, debent, » magistri appellantur. »

(4) Ulp., l. 23, § 1, D. *Pro socio*.

esclaves ou les affranchis, ils n'en étaient que les instruments; les autres étaient choisis entre les associés; ils étaient *primi inter pares*. C'étaient eux qui avaient la haute direction de l'opération; ils correspondaient avec les tiers, et leur autorité dans leur société leur donnait une grande influence au dehors. Du reste, le titre du digeste *Pro socio* est muet sur leurs attributions; parmi les nombreuses complications que débrouille ce titre, parmi les espèces si variées pour lesquelles il donne de si précieuses solutions, on ne trouve pas d'allusions tirées de l'administration de ces *magistri* (1), ni de questions posées sur l'étendue du droit et des devoirs des gérans dans ces sociétés et autres également usuelles. Pourquoi ce silence? Serait-ce parce qu'aux yeux des jurisconsultes dont Tribonien nous a conservé les fragmens, l'état normal de la société était la participation de chacun des associés à la gestion sociale, plutôt qu'une délégation de leur pouvoir individuel? ou bien, serait-ce parce que l'égalité, mal entendue, causant plus de maux que l'autorité mal exercée, il était naturel que ces jurisconsultes fussent moins préoccupés des abus du gouvernement que des conflits anarchiques entre des forces égales? Ni l'un ni l'autre. La première raison tombe devant les faits rappelés par le président Favre dans un passage où il atteste que, dans presque toutes les sociétés, (*in societatibus fere omnibus*), il y avait des gérans choisis entre les plus capables (2); et, en effet, la loi 65, § 14, D. *Pro socio*, vient singulièrement à l'appui de cette allégation (3). On y voit la confirmation de cet usage de

(1) Les lois 5 et 59 D. *Pro socio*, qui parlent de ces sociétés, ne s'occupent pas de leur administration.

(2) *Suprà*, n° 62, note. J'ai cité ce passage.

(3) *Suprà*, n° 61, le sens de cette loi.

tous les temps, de tous les lieux, de toutes les sociétés un peu nombreuses, instituées soit pour le commerce, soit pour les affaires civiles: de confier à des gérans la garde des intérêts sociaux.

Quant à la seconde raison, elle serait plus conjecturale que positive, et d'ailleurs elle met en oubli le soin des jurisconsultes romains à prévoir les cas les moins fréquens comme les plus usuels. — Il y a une explication plus décisive: c'est que l'action *pro socio* n'avait pas trait à l'exercice du mandat de ces gérans, et que leurs rapports, comme mandataires, avec leurs co-associés, rentraient dans le cercle du mandat; l'action *pro socio* étant réservée pour les actes qui tiraient leur origine de la seule qualité d'associé (1).

666. Mais venons à l'ancien droit français.

Les sociétés tacites, qui furent si utiles au développement du bien-être dans les populations villageoises, avaient, en général, un chef, un maître (2). On le nommait quelquefois le chef du *château*; il était élu par ses co-associés (3) et pouvait être déposé par eux (4). C'était lui qui allait aux foires, faisait les voyages à la ville, avait la principale charge de l'affaire et était nommé aux rôles des tailles et autres subsides (5). Il obligeait ses associés, ou, autrement dit, ses comparsonniers, en choses mobilières pour le fait de la communauté.

Voici ce que portait là-dessus l'art. 5 du t. 22 de la coutume de Nivernais, auquel était conforme l'article 268 de la coutume de Bourbonnais: « Le chef d'une communauté peut, *sans procuration de ses communs*,

(1) Balde sur la loi 1 C. *Pro socio*.

(2) Coquille, quest. 58. Voyez notre préface.

(3) *Ibid.*

(4) *Ibid.* sur l'art. 5, t. 22, de la coutume de Nivernais.

(5) Coquille, quest. 58.

» agir et être convenu pour le fait de la communauté, en
» actions personnelles et possessoires (1).

Le commentaire que Coquille a donné de cet article est si intéressant que je ne peux mieux faire que de l'analyser et même de le copier. Si l'on veut voir la différence qui existe entre le véritable jurisconsulte, et le praticien compilateur, on pourra comparer ce commentaire avec celui qu'Auroux des Pommiers nous a laissé sur l'art. 268 de la coutume du Bourbonnais (2).

Or donc, suivant Coquille, le maître de communauté était établi par les comparsonniers expressément ou tacitement (3); et lorsqu'il était question de lui ôter la maîtrise, on annonçait cette révocation au public avec solennité, soit à la tenue des jours, soit au prône de la messe paroissiale (4).

Son pouvoir était général; il était procureur *cum liberâ* (5). Il obligeait ses comparsonniers en contractant sur meubles et pour affaires mobilières, pourvu que (je laisse parler Coquille) « cette obligation, ou contrat, » soit avec espèce ou apparence de bonne administration » et pour le besoin vraisemblable de la communauté; car le » créancier doit être aucunement soigneux à cet égard, » s'il veut avoir obligé ceux qui ne contractent pas (6). » Aussi, le mandement et pouvoir qu'aucun a ès affaires » d'autrui, tant soit-il général et libre, ne comprend et

(1) *Junge Berry*, t. 8, art. 22.

(2) V. aussi M. Merlin, *Répert.*, v° *Communauté tacite*.

(3) Arg. de la loi dernière D. *Quod cum eo*.

(4) Par arg. de ce texte d'Ulpien: « De quo palam proscriptum » fuerit, ne cum eo contrahatur, is propositi loco non habetur. » L. 11, § 2, D. *De inst. act.* *Junge* l. 12, §§ 1 et 2, D. *De solut* (Ulp.).

(5) C'est-à-dire procureur pour faire toutes les affaires de la société. Pothier, *Mandat*, nos 144, 145.

(6) Africain, l. ult. D. *De exercit. act.*, et Ulpien, l. 5, § 11, D. *De instit. act.* *Infrâ*, nos 792 et 805.

» ne s'étend, sinon autant que la bonne foy doit désirer (1).

» A cette raison, je croy que, si ce debte est gros et » pesant, et qui emporte grande ou bonne partie de la » substance des parsonniers, que l'obligation n'obligera » lesdits parsonniers, sinon qu'ils y soient appelés et y » contractent, par la raison de la loi *Servus dotialis*, D. *Solutomatrimonio* (2), et *Si cum Cornelius*, D. *De solutione* (3), » et par l'argument de la loi *Generale*, D. *De ritunupt.* (4), » L. *Procurator*, D. *De procuratoribus* (5). — A quoy fait » ce qui est dit par Alexandre (6), que quand un col- » lège ou université veut expédier quelque acte de grande » importance, que les noms de tous ceux qui ont donné » advis soient exprimés; et allègue la loi dernière Code » *De vend. rer. civit.*

» L'autre considération est que tel maistre ne peut » faire contract qui sonne en donation ou mauvaise ad- » ministration (7); aussi que l'affaire soit négociée et » traitée, comme il a accoutumé de faire en cette commu- » nauté, ou ès autres communautés des villages; car c'est » un argument de bon mesnage, quand on s'accommode à l'u- » sance, et c'est mauvais mesnage quand on entreprend » avec nouveauté et autrement qu'il n'est accoutumé (8).

» Si le maistre, avec bonne foy et bon mesnage, comme » dessus, contracte, il oblige ses parsonniers, non-seu-

(1) *Scævola*, l. 60, § 4, D. *Mandati*.

(2) *Modestinus*, l. 58.

(3) *Proculus*, l. 82.

(4) *Pomp.*, l. 34.

(5) *Modest.*, l. 63.

(6) *Conseil* 1, vol. 4.

(7) *Caius*, l. 28, § 2, D. *De pactis*.

Paul, l. 6, § 2, D. *De cond. indebiti*.

(8) *Sur Nivernais*, t. 22, art. 5.

lement jusqu'à la concurrence des meubles et conquêts communs, *mais absolument et précisément*, et n'est pas comme il se dit du mary à l'égard de la femme; car la femme est en la puissance de son mary et ne s'en peut deslier, ne contredire à son mary, ny le contrôler. Mais les parsonniers peuvent révoquer et oster la maistrise au maistre, ou *contrerolleur*, et modifier son pouvoir, et quand ils ne l'ont pas fait, ils sont obligés comme par mandement, ou *ad instar de l'action utile, ins-titoire* (1).»

667. Il me suffit d'avoir rappelé ces deux notables exemples d'organisation sociétaire, empruntés au droit romain et au droit français. Si de ces associations nous passons à des sociétés plus restreintes dans leur nombre, plus passagères dans leur durée (je veux parler des sociétés ordinaires de commerce et autres), il deviendrait moins utile d'insister sur la fréquence ancienne et actuelle du régime des gérans, et sur l'utilité que les associés trouvent dans cette combinaison. Ce sont là choses notoires et d'une évidence palpable (2). Il vaut mieux nous occuper tout de suite de l'étendue des droits de ces administrateurs.

668. Et d'abord il y a une grande distinction à faire, en ce qui concerne l'époque à laquelle les pouvoirs ont été conférés au gérant. Sont-ils institués, ces pouvoirs, par une clause du contrat? ou bien ont-ils été donnés postérieurement? Ces deux cas entraînent des différences. Occupons-nous donc en premier lieu du gérant nommé par le contrat de société.

(1) Sur Nivernais, t. 22, art. 5, *loc. cit.*

On peut consulter, sur cette matière, Henrys, t. 2, p. 915; Lebrun, Des communautés tacites, ch. 4; Auroux sur l'art. 168 du Bourbonnais, etc., etc.

(2) *Infrà*, n° 825.

669. La gestion donnée par les statuts fait partie des conditions du contrat. L'associé administrateur ne serait pas entré dans la société si on ne l'avait pas créé gérant (1). C'est pourquoi son mandat diffère d'un mandat ordinaire (2), en ce que l'on ne peut, à moins de convention contraire (3), révoquer *ad nutum* sa procuration; car, ayant été un des élémens constitutifs de la société, elle doit durer autant qu'elle.

670. Et non-seulement le gérant est mandataire irrévocable, mais encore il ne peut être contrarié par ses co-associés dans aucun des actes qui ressortissent de son administration. Il peut agir contre leur gré, nonobstant leur opposition, pourvu que ce soit sans fraude (4). En un mot, l'administration est son domaine et son lot; il n'y doit pas être troublé, tant qu'il s'y comporte en homme expérimenté et honnête.

671. Réciproquement, il ne peut abandonner l'administration. Il est lié à son mandat, et il doit le conduire à fin (5). Ses associés sont censés n'être entrés dans la société qu'en considération de sa capacité; les en priver serait une déception.

672. Que si cependant une gestion inhabile vient compromettre la prospérité de la société, ce n'est pas à dire que le gérant pourra se maintenir dans son poste malgré ses fautes, et s'y livrer impunément à ses écarts.

(1) Pothier, n° 71.

(2) Art. 2004 C. c.

Infrà, n° 790.

(3) M. Duranton, t. 17, n° 434.

M. Duvergier, n° 294.

(4) Pothier, n° 71.

Texte de notre article.

MM. Malpeyre et Jourdain, n° 85.

(5) M. Duvergier, n° 291.