

*versa sint* (1). Seulement, la doctrine ne veut pas, avec raison, que les dettes qu'il contracte soient excessives (2) et qu'elles emportent (comme le disait Coquille) (3) *grande ou bonne partie de la substance des parsonniers*; car le gérant cesserait alors d'administrer; il disposerait. Tout emprunt, qui dépasse les besoins de l'administration et l'intérêt de l'affaire gérée, rentre dans le droit du propriétaire. Mais le gérant ne sort pas des bornes en contractant les emprunts modérés sans lesquels son administration ne pourrait marcher (4); il est censé avoir le pouvoir requis par l'art. 1862. Je suis donc étonné de voir M. Duvergier enseigner sans explication que l'administrateur ne peut faire des em-

(1) I. 82 D. *Pro socio*. Ulpian, l. 5, § 13, D. *De instit. act.*  
 « Sed si pecuniam quis crediderit institori, ad emendas merces  
 » *præposito*, locus erit institoriae. »

Ulpian, l. 43 D. même titre.

African, l. 17 D. *De in rem verso*.

Pothier, *Mandat*, nos 160 et 181.

Straccha, décis. 44, nos 15 et 90.

Répert. de M. Merlin, v° *Communauté tacite*.

Basset, t. 2, p. 291.

Henrys, t. 2, p. 914.

Lebrun, *Des sociétés tacites*, ch. 4.

*Infrà*, sur les art. 1862, 1863, 1864.

(2) Pothier, *Mandat*, n° 160.

Arg. de la loi 12 D. *De pignor. act.*

(3) *Suprà*, n° 666.

(4) Voici les paroles de Straccha : « Cum dubitatum aliquando  
 » fuerit an possit institor (il parle du gérant d'une société pour la  
 » ferme des revenus publics), pecunias mutuo accipere, dicitur  
 » hoc a lege permitti; ideò cessat hoc objectum, et videmus præpo-  
 » nentem ex mutuo institoris obligari.... Quod videtur generale  
 » si pecunia accipiatur, ad illud faciendum quod negotium spectat, »

Paul, l. 67, § 2, D. *Pro socio*.

Cujas (lib. 32, *Pauli ad edict.*)

prunts (1); c'est une grave erreur. Il n'y a pas de société qui pût marcher sous le frein d'une telle restriction. L'art. 1852 en repousse l'idée par d'irrésistibles arguments (2). Si un associé peut se constituer créancier de la société en lui faisant, sans la consulter, les avances nécessaires pour l'opération dont il s'occupe pour elle, pourquoi ne pourrait-il pas emprunter à un tiers l'argent qui doit faire face à cette dépense urgente (3)? et si la société est tenue, dans le premier cas, de se reconnaître débitrice, pourquoi pas dans le second? D'ailleurs, l'art. 1852 n'ajoute-t-il pas que l'associé a action contre la société pour les obligations qu'il a contractées de bonne foi, pour les affaires de la société? L'administrateur qui s'est renfermé dans les limites dont j'ai parlé, qui a agi *necessariò* pour employer l'expression de Paul, est-il moins favorable? ne contracte-t-il pas aussi une obligation de bonne foi? La société doit donc l'entretenir.

Au surplus, nous avons vu ci-dessus le texte de la coutume de Berry qui formait là-dessus (4) le droit commun du royaume. Il y a cent exemples d'emprunts contractés par des gérans pour les affaires de la société, et ratifiés par les tribunaux. Je me bornerai à un seul exemple que j'emprunte à Henrys (5). Il est vrai que l'arrêt qu'on va lire statue sur un débat existant entre les tiers et la société; ce qui est une position réglée par les art. 1862, 1863, 1864 du Code civil, tandis que nous n'en sommes encore qu'à l'action *pro socio* et à un rapport d'associé à associé. Mais l'on verra que l'arrêt

(1) N° 314. *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n° 88.

(2) *Suprà*, n° 604.

(3) Paul, l. 67, § 2, D. *Pro socio*.

African, l. 17 D. *De in rem verso*.

(4) N° 682.

(5) T. 2, p. 915.

repose, non pas sur une application des principes relatifs à *l'in rem versio*, qui sont la ressource des créanciers contre une société qui n'a pas donné de mandat, mais sur l'existence d'un mandat inhérent aux fonctions du gérant, sur un usage légitime du droit d'administration.

685. Les parsonniers David, de la paroisse d'Arfeuilles, avaient donné le régime de leur société à Jean Duverger, qui y était entré comme gendre, pour avoir épousé la fille de l'un d'eux. Étant donc reconnu pour chef et maître de cette société, Jean Duverger consentit, en cette qualité, diverses obligations, dont quelques-unes au profit d'un nommé Michel Gagnon. Celui-ci, pour être payé, fit saisir des effets de la communauté; les parsonniers David s'y opposèrent, prétendant que Gagnon devait être renvoyé à se payer sur Jean Duverger; Gagnon soutenait, au contraire, que l'obligation du chef de la communauté comprenait tous les associés, que tous étaient censés s'être obligés, et que dès lors il avait pu saisir les effets communs.

Par sentence du bailliage et siège présidial de Forez, l'exécution fut révoquée, sauf audit Gagnon à se pourvoir contre Jean Duverger.

Gagnon appela au parlement de Paris, et là la question fut discutée avec un soin particulier. Henrys donne avec beaucoup d'érudition les raisons pour et contre: celles de Gagnon étaient décisives.

D'après Ulpien, dans la loi 14 D. *De pactis*, le contrat fait par le maître d'une société nuit et profite à cette société: « *Magistri societatum pactum et prodesse et* » obesse constat. — Les articles 268 de la coutume de Bourbonnais; 5, tit. 22, de la coutume de Nivernais; 22, tit. 8, de la coutume de Berry, consacrent ce droit nécessaire à la marche des sociétés. En nommant un maître, on lui donne le pouvoir d'agir; il est instituteur, et, dans cette qualité, *inest mandatum*, d'après la loi 29

D. *De reb. creditis*. Combien ne serait-on pas exposé à être trompé, si les co-associés pouvaient désavouer le maître et n'accepter de l'affaire que ce qui leur serait avantageux! C'est aux associés à s'imputer d'avoir fait un mauvais choix (1), ou bien, s'ils ont reconnu son mauvais ménage, de ne l'avoir pas révoqué et fait savoir au public.

On voudrait que le créancier eût examiné si l'emprunt était, oui ou non, nécessaire; mais c'est impossible. Il suffit au créancier de savoir que celui, auquel il prête, est le chef de la communauté, et qu'il a la direction de tout ce qui la regarde. Puisque le gérant peut vendre, acheter, il peut s'obliger pour cela, sans que le créancier soit obligé de s'enquérir si c'est pour payer les charges, et s'il est bon économiste ou non.

Il faut donc conclure que le maître a un ministère général et étendu; qu'il peut, pour ce ministère, *emprunter et s'obliger* (2).

Sur ces raisons, le parlement de Paris, par arrêt du 5 juin 1655, annula la sentence du premier juge, ordonna « que Jean Duverger serait reconnu pour avoir » été le chef de la communauté des David, et, en conséquence, lesdits David condamnés chacun à payer » les parts et portions *des dettes créées par ledit Duverger pendant ladite administration, etc.* »

J'ajoute que non-seulement l'arrêt maintint la dette à l'égard de Gagnon, mais qu'il ne fit peser aucune responsabilité particulière sur Jean Duverger vis-à-vis de ses co-associés. L'arrêt ordonne entre eux le partage des biens sans aucun recours pour faute et mauvaise administration.

686. Mais ce droit d'emprunt, ainsi admis et reconnu,

(1) L. 7 D. *De inst. act.*

(2) Henrys, *loc. cit.*, n° 40.

pourra-t-il se donner le secours de l'hypothèque, lorsqu'il est impossible de trouver des fonds à d'autres conditions ?

Voici ce qu'on peut dire pour l'affirmative :

De même que l'article 1988 a dû fléchir jusqu'à un certain point en ce qui concerne les ventes (1), de même il doit recevoir, à l'égard de l'hypothèque, une exception commandée par la force des choses. Sans doute, il restera toujours constant que le gérant n'a pas le pouvoir indéfini d'hypothéquer à son gré les immeubles de la société ; mais il peut le faire, autant que l'exigent le besoin et l'intérêt de son administration. Qui veut la fin veut les moyens. L'urgence, les circonstances, les limites dans lesquelles il se sera renfermé lui feront donner un bill d'indemnité.

Dans l'ancien droit, tel était l'avis de Pothier, et l'on n'entendait pas dans un sens absolu la prohibition d'hypothéquer portée contre le mandataire général (2). Toutes les fois qu'un mandataire général contractait dans la limite de ses droits un engagement par acte authentique, cet engagement était accompagné de l'hypothèque tacite que l'ancienne jurisprudence attachait aux actes notariés. De plus, Caius décidait que l'hypothèque consentie par un mandataire général pouvait tenir suivant l'exigence des cas (3). Si l'article 1988 ne le dit pas, l'article 1852 nous force à le dire. Supposez, en effet, qu'un associé, pour venir au secours de la société, emprunte de l'argent sous l'hypothèque de ses biens : l'art. 1852 veut que la société le tienne quitte de son obligation. Comment donc la société pourrait-elle répudier l'hypothèque, que, dans les mêmes circonstances et pour

(1) *Suprà*, n° 681.

(2) Pothier, *Mandat*, n° 160.

(3) L. 12 D. *De pignor. act.*

les fins de son administration, le gérant aurait consentie pour elle ? Du reste, il est entendu que tout doit s'être passé de bonne foi ; il faut que les fonds de l'emprunt n'aient pas disparu et qu'ils aient été versés dans les affaires de la société.

A ces raisons on peut répondre :

La doctrine antérieure au Code civil était loin d'être aussi unanime qu'on le suppose sur le droit du gérant, ou maître, de faire peser des hypothèques dans une certaine limite sur les biens de la société. Gabriel Labbé de Montvéron, dans son commentaire de l'article 8, tome 22, de la coutume de Berry, disait, par application de ce texte : « Les maîtres n'ont pas la disposition des » immeubles appartenant à leurs associés (1), et ne les » peuvent aliéner ni hypothéquer. » Et Lebrun, après avoir cité cette autorité, ajoutait : « Et constamment le » maître de la communauté ou société ne peut pas dis- » poser seul des immeubles que chacun des associés a » mis en société. »

Et, en effet, les dispositions des coutumes restreignaient le pouvoir des maîtres à la disposition des meubles ; ou actions personnelles et possessoires, disaient les coutumes de Nivernais et Bourbonnais (2) ; des meubles appartenant à icelles, disait la coutume de Berry (3), dont la réformation fut l'ouvrage du très-docte président Lizot.

Mais venons au Code civil :

L'article 2124 du Code civil exige que, pour hypothéquer, on soit capable d'aliéner les immeubles qu'on veut soumettre à l'hypothèque. Or, le gérant ne peut aliéner que les choses vénales ; il ne peut donc aller

(1) Il appelle immeubles appartenant aux co-associés la part de ceux-ci dans les immeubles sociaux.

(2) *Suprà*, n° 666.

(3) *Suprà*, n° 683.

jusqu'à engager les immeubles qui sont destinés à former un capital à conserver par la société.

L'argumentation favorable à l'hypothèque serait victorieuse, sans doute, si le pouvoir d'hypothéquer était corrélatif au pouvoir d'emprunter; mais il n'en est pas ainsi: c'est la capacité de vendre, qu'il faut prendre pour pierre de touche de la capacité d'hypothéquer. Or, ce droit d'aliéner n'a pas été délégué à l'administrateur. Nous avons dit ci-dessus que le mandat du gérant ne s'étend qu'aux choses vénales.

Mais il y a plus!

Quand un gérant ne trouve pas d'argent sur sa signature, c'est que le crédit de la société est ébranlé; c'est qu'il y a une crise grave et menaçante; c'est qu'on n'est plus dans les termes de ces emprunts courans et ordinaires, auxquels le droit du gérant se trouve borné (1). Le gérant doit alors consulter ses associés. Qui sait si ceux-ci, informés de l'état de l'entreprise, ne viendront pas à son secours par des versements de fonds désintéressés, ou du moins par des prêts moins onéreux que ceux que des étrangers lui font chèrement acheter par des intérêts, des hypothèques et des frais ruineux? Telle a toujours été la marche des sociétés bien administrées, et la jurisprudence de la rote de Gènes consacre une doctrine si sage (2).

Qu'arriverait-il, d'ailleurs, si le gérant pouvait aliéner ou hypothéquer les immeubles sociaux? C'est que

(1) *Suprà*, n° 684.

(2) Voici, en effet, les paroles de Straccha: «*Æquitati maximè consonum videbatur Saulium communicare prætesam indigentiam et successus negotiationis cum participibus...., potuissent enim participes cum minori interesse pecunias invenire... vel aliter rebus suis consulissent, vel etiam proprias pecunias absque interesse erogassent. Priùs ergo Saulius has vices perquirere et omnem lapidem movere debuit.*» (Decis. 14, n° 93.)

souvent il enlèverait à la société la base de son existence; il la détruirait dans sa racine. Supposez une association pour l'exploitation d'une usine; le gérant, pressé par les exigences de l'affaire, emprunte, et il hypothèque cette usine. Est-ce là administrer? Peut-on appeler acte de gestion celui qui ne peut être fait sans priver la société de la chose qui lui sert d'assiette, et par conséquent sans détruire la société même (1)?

Et là gît une grande différence entre l'hypothèque que le gérant donnerait sur ses propres biens pour le succès de l'affaire, et celle qu'il constituerait sur les biens sociaux. La première n'affecte pas l'existence de la société; la seconde est menaçante pour elle; elle la frappe au cœur.

Au surplus, un arrêt de la chambre des requêtes, du 21 août 1841 (2), décide la question dans le sens que nous soutenons. Il est vrai que nous examinons ici un rapport d'associé à associé, et que nous réglons le compte du gérant avec la société; tandis que l'arrêt dont il s'agit statue sur un débat entre la société faillie représentée par son syndic, et les créanciers auxquels le gérant avait accordé des hypothèques (3). Mais il est évident qu'en rejetant le pourvoi contre l'arrêt qui avait annulé l'hypothèque entre les mains de tiers de bonne foi, les réduisant ainsi à la condition de créanciers chirographaires, la décision dont il s'agit fait plus que préjuger la question d'associé à associé; elle la juge positivement par un *à fortiori* irrésistible.

Voici cet arrêt tel que je le trouve au greffe de la Cour de cassation et que mes notes de l'audience me le rappellent:

(1) Art. 1865, n° 2.

(2) Voyez-le *infra*, n° 811 et 812.

(3) *Infra*, n° 811 et 812.

Par acte du 31 décembre 1835, Julien Danniaux avait constitué une usine à lui appartenant en une société en commandite, dont l'objet était la fabrication du sucre de betteraves.

Le service de la fabrique exigeant des fonds, le gérant recourut à des emprunts; il consentit une hypothèque sur l'usine à un sieur Henri Joire, banquier, pour sûreté d'un crédit ouvert jusqu'à concurrence de 40,000 fr.

D'autres hypothèques furent données plus tard à d'autres créanciers.

Bientôt la société tomba en faillite.

Le syndic fit assigner les créanciers hypothécaires pour voir prononcer la nullité des hypothèques. Il ne refusait pas de les admettre au passif comme chirographaires; tout ce qu'il demandait, c'était de faire tomber leurs hypothèques. Et il triompha dans cette prétention, soit devant le tribunal de première instance, soit devant la Cour de Douai, dont l'arrêt, à la date du 27 novembre 1839, est ainsi conçu :

« Attendu que l'usine de Wambrachies étant devenue  
 » une propriété sociale antérieurement aux contrats  
 » passés par le gérant avec Joire (et autres), il n'a pu  
 » consentir une hypothèque valable sur cet immeuble;  
 » Qu'en effet, aux termes de l'article 2124 du Code  
 » civil, celui-là peut hypothéquer qui peut aliéner;  
 » qu'un tel pouvoir ne peut être conféré à Julien Dan-  
 » niaux par l'acte du 31 décembre 1835, et que la loi l'a  
 » refusé au gérant, qui n'est qu'un administrateur,  
 » d'après les articles 1859, 1860, 1988 du Code civil;  
 » Attendu que, pour se soustraire à cette consé-  
 » quence, ces créanciers prétendent que l'acte social  
 » est radicalement nul, sur le motif que l'exemplaire  
 » du journal qui contenait l'insertion du contrat de so-  
 » ciété n'aurait pas été enregistré dans le délai de trois  
 » mois, conformément à la loi du 31 mars 1833;

» Qu'en supposant que cette nullité, proposée pour  
 » la première fois devant la Cour, soit d'ordre public  
 » et puisse, pour l'avenir, faire tomber l'acte de société  
 » que les parties avaient entendu exécuter, elle ne peut  
 » également réagir sur les faits accomplis;

» Qu'en effet, par suite de cette nullité, il y aurait eu,  
 » non plus une société, mais une communauté d'inté-  
 » rêts qui aurait donné naissance aux engagements dont  
 » l'exécution est réclamée contre elle, et auxquels elle  
 » ne pourrait se soustraire s'ils avaient été véritablement  
 » contractés en son nom;

» Que tout autre système aurait pour conséquence de  
 » laisser sans gage et sans débiteur Joire (et autres).

» Par ces motifs, etc., etc. »

On voit quelle est la base de cet arrêt. Le gérant n'a eu ni pouvoir exprès ni pouvoir tacite. La cause est donc dominée par l'article 2124.

Du reste, les créanciers ne cherchaient pas à se placer sous l'empire de l'art. 1864 du Code civil, qui, à défaut de mandat, fait réagir l'obligation du gérant sur la société quand celle-ci en a profité. L'article 1864 ne fut en aucune manière invoqué.

Pourvoi, pour violation des articles 24, 27, 28, 1988 et 2124 du Code civil.

Pas plus que devant la Cour royale, l'article 1864 et l'*in rem versio* n'entrèrent dans les moyens d'attaque développés devant la Cour de cassation. On insistait bien sur la bonne foi des créanciers; mais on ne cherchait à tirer aucun parti de l'article 1864 et à répondre au défaut de mandat par l'*in rem versio*; on soutenait seulement que, dans le silence du contrat, la présomption légale était que la société avait voulu abandonner et déléguer son droit de vendre et d'hypothéquer; que le pouvoir d'hypothéquer est la conséquence de l'autorisation donnée au gérant de faire le commerce (articles 6

et 7 du Code de commerce); que ces articles démontrent que l'article 2124 n'est pas applicable aux matières de commerce. On ajoutait que, s'agissant d'une société en commandite dans laquelle les associés commanditaires doivent s'interdire tout acte de gestion, il arriverait, d'une part, que ceux-ci n'oseraient se prononcer sur l'autorisation d'hypothéquer, par crainte d'immixtion; que, de l'autre, le gérant ne pourrait agir faute de mandat; que dès lors la société demeurerait acculée dans l'impasse de ses charges, sans pouvoir faire un pas pour en sortir.

Ce système n'était pas admissible. L'article 2124 répondait victorieusement à la présomption légale qu'on tirait des articles 6 et 7 du Code de commerce; et, de plus, il n'est pas exact de dire que des commanditaires ne peuvent être consultés sur des emprunts à faire. J'ai rapporté ci-dessus les principes exposés par le Tribunal (1). On vient de voir la rote de Gênes partager cette opinion dans l'espèce d'une société presque entièrement semblable à une commandite (2). La prohibition de gérer n'empêche pas certaines communications et certains rapports entre les commanditaires et les gérants.

C'est pourquoi la chambre des requêtes rejeta le pourvoi, par arrêt du 21 avril 1844, rendu au rapport de M. Bayeux et sur les conclusions de M. Pascalis :

« Attendu, en droit, qu'aucun article du Code de commerce ne donne expressément au gérant d'une société en commandite le pouvoir de vendre ou hypothéquer les immeubles de la société; que les articles 26, 27, 28 de ce Code, invoqués par le demandeur, ne parlent que de l'interdiction faite aux commanditaires d'administrer, et non des pouvoirs du gérant;

(1) N° 429.

(2) Voyez aussi *infra*, n° 794.

» Attendu que, dans le silence de la loi spéciale, il faut revenir à la loi générale;

» Attendu que les articles 1988 et 2126 du Code civil ne donnent à l'administrateur le droit d'aliéner et d'hypothéquer que lorsqu'il est investi d'un mandat spécial à cet effet;

» Attendu, en fait, que, dans l'espèce, l'acte de société formé pour l'exploitation de la fabrique de sucre de Wambrachies ne donne en aucune façon au gérant le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer cette fabrique;

» Attendu qu'en annulant les hypothèques consenties par Danniaux, gérant de la société, l'arrêt de la Cour de Douai, loin de violer la loi, en a fait la plus juste application;

» Rejette le pourvoi. »

Cet arrêt me paraît juridique, et je ne rétracte pas la part que j'y ai prise.

Une seule chose avait fait naître dans mon esprit quelques doutes momentanés. C'était l'art. 1864, qui, le mandat écarté, s'attache à l'*in rem versio*, et en fait la base d'une action contre la société. Et ici, tout paraissait établir que les créanciers hypothécaires avaient fourni leurs fonds de bonne foi, et que ces fonds avaient été employés dans les affaires sociales. Mais je répète que la violation de l'art. 1864 n'était pas alléguée, et que, ni devant la Cour royale, ni devant la chambre des requêtes, la cause n'avait été portée sur ce terrain.

Que si ce côté de l'affaire eût été abordé, je ne puis croire qu'il eût procuré aux créanciers hypothécaires plus de succès. Quand l'art. 1864 accorde aux tiers une action contre la société, ce n'est pas à cause du contrat fait avec le gérant dépourvu de pouvoirs, c'est à cause du fait matériel du versement de leurs fonds dans la caisse sociale. Quel secours, en effet, le contrat pourra-