

l'unanimité. L'opposition et l'abstention d'un seul suffisent pour arrêter l'opération (1). Ce n'est pas ici un de ces cas où la majorité dicte la loi à la minorité (2). La clause est formelle; l'accord de tous est une condition nécessaire.

Mais si l'un des gérans opposait une résistance de mauvaise foi à de sages et utiles propositions, ce serait un cas de dissolution (3); et la société, arrêtée dans sa marche, blessée dans ses intérêts, pourrait même obtenir des réparations (4).

709. Ici se terminent les observations qui concernent l'administration des gérans. Les articles suivans vont nous entretenir du cas où aucun pacte n'a constitué d'administrateur; ils nous montreront comment la société fonctionnera par le concours simultané de tous ses membres.

#### ARTICLE 1859.

A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue;

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 1015.

M. Duvergier, n° 304.

(2) *Infra*, n° 720.

(3) Art. 1871.

(4) M. Duranton, t. 17, n° 439.

*Infra*, n° 719.

2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à la destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit;

3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société;

4° L'un des associés ne peut faire d'innovation sur les immeubles dépendans de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent.

#### SOMMAIRE.

710. Raison et esprit de l'art. 1859. Il respecte la volonté des parties de ne pas se donner de chef. Mais il prévient aussi les dangers de l'égalité.
711. Critiques dont l'art. 1859 a été l'objet. Réponse. Il y a péril à vouloir tout régler par la loi. Il faut laisser quelque chose à la liberté des conventions.
- Division de la matière de cet article.

#### § 1.

712. Chaque associé est de droit administrateur de la chose sociale.
713. Réponse aux objections contre cette disposition.
714. Droit que ce mandat tacite confère à chaque associé, sous la surveillance des autres. Toute société civile non conditionnée est société en nom collectif, sauf la solidarité.
715. Suite. Les actes d'administration faits par chacun des associés réfléchissent sur la société.
716. A moins que celle-ci n'ait exprimé une volonté contraire et ne fasse opposition avant la consommation de l'acte.

717. Raison de ce droit, puisée dans une texte de Papinien.  
 718. Suite.  
 719. Réponse aux critiques qui représentent ce *veto* comme un principe d'anarchie.  
 720. Dans les cas d'opposition, la majorité l'emporte sur la minorité. Mais s'il y a égalité de voix de part et d'autre, l'opération n'a pas lieu.  
 721. Autorités qui admettent et consacrent le droit de la majorité.  
 722. Les voix se comptent par tête, quel que soit le nombre des actions dont on est porteur.  
 723. *Quid* s'il se forme plusieurs opinions et qu'aucune d'elles ne réunisse la majorité ?  
 724. Du reste, si l'on voulait changer les bases de la société, la majorité n'aurait aucun pouvoir tant qu'un seul s'opposerait.  
 725. Dans la communauté simple, la majorité fait également loi pour l'administration.  
 726. De la forme de l'opposition.  
 727. De son opportunité.  
 728. De l'influence de l'opposition sur les contrats passés avec les tiers.

## § 2.

729. Chaque associé peut se servir des choses sociales.  
 730. Mais ce droit est subordonné à trois conditions restrictives, dont la cause est tirée de la prééminence du droit de la société sur le droit des individus qui la composent.  
 731. Exemples de l'application de cette règle.  
 732. Suite. Réponses à des objections.  
 733. L'usage individuel ne doit pas modifier la destination sociale.

## § 3.

734. Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses nécessaires pour la conservation de la chose.  
 735. Ici ne s'applique pas le § 1 de l'art. 1859, et ce n'est pas le cas de la maxime : *In re pari, melior est causa prohibentis*.  
 736. Il ne faut pas confondre avec ces dépenses nécessaires de conservation les améliorations dispendieuses, les additions voluptuaires.

737. Un associé ne pourrait pas obliger non plus ses co-associés à reconstruire la chose sociale qui aurait péri.

## § 4.

738. Un associé ne peut faire d'innovations sur les immeubles sociaux. C'est le cas de la règle : *In re pari, melior est causa prohibentis*.  
 739. La majorité ne peut, dans le cas d'innovation, faire violence à la minorité.  
 740. Réflexions générales sur les 4 § de l'art. 1859.  
 741. Suite.  
 742. Suite.  
 743. Transition à l'art. 1860.

## COMMENTAIRE.

740. Le silence d'un acte de société sur le mode d'administration est une preuve manifeste que les associés n'ont pas voulu créer entre eux de hiérarchie, et que l'égalité, qui est dans leur droit, a été aussi dans leurs vues d'association. Cette volonté est respectable, puisqu'elle est l'une des conditions du nœud social : elle peut avoir été déterminée par des nécessités de position, qui ont fait préférer un concours collectif à une délégation du pouvoir d'administrer. Aussi, le législateur la prend-il en grande considération, s'en rapportant, sur la sagesse de ce choix, à la sagacité des parties et à l'aiguillon de l'intérêt individuel. Mais, tout en la tenant pour légitime, il cherche à prévenir les débats anarchiques que l'égalité entraîne trop souvent avec elle, par une définition des droits et des devoirs de chacun relativement à l'administration et aux choses dépendantes de la société.

741. L'art. 1859, qui trace ces limites, est le résumé de tout ce que le droit romain et l'ancienne jurisprudence (1) ont recueilli là-dessus de plus sage et de plus

(1) V. Pothier, nos 84 à 90 et 133.

Répert. de jurisp., v° *Communauté tacite*, § 4.

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

conforme à l'esprit de la société, à la nature de ses rapports et au but de son institution ; et, toutefois, il n'a pas échappé à la sévérité de critiques récentes (1). On a prétendu qu'au lieu d'établir l'harmonie, il organise des collisions, sans donner les moyens de les terminer ; qu'il s'applique à mettre en présence des intérêts opposés et à exciter la contradiction ; qu'au lieu d'associer, il divise, etc. On voudrait que nulle société ne pût exister qu'à la condition de constituer avant tout un pouvoir directeur des affaires sociales, etc. Enfin, cette nécessité d'une direction hiérarchique a paru si grave et si importante, qu'on la met bien au-dessus des sages restrictions apportées par l'article 1855 à la liberté des conventions pour maintenir l'équité dans les parts de bénéfices et de pertes (2)!!!

Sur cette préférence, cependant, j'ai un mot à dire : c'est que ce gouvernement auquel on veut soumettre toute société quelconque, par intérêt pour l'esprit d'association, ne saurait jamais être qu'une chose d'utilité ; tandis que la prohibition des sociétés léonines et usuraires est de stricte justice et de haute morale. Où en sommes-nous donc si l'utile doit l'emporter sur le juste ? Et que sera-ce de la science du droit, que sera-ce de sa grandeur et de sa noblesse, si la préoccupation du lucre affaiblit, en quoi que ce soit, sa glorieuse et antique prédilection pour l'honnête ?

Mais, même en plaçant la question sur le terrain de l'utilité, je n'aperçois pas, je l'avoue, en quoi l'article 1859 fait défaut aux exigences de l'esprit d'association. Je passerai tout à l'heure en revue chacune de ses dispositions ; on verra si elles ne sont pas tout à la fois l'ex-

(1) M. Duvergier, nos 7, 280, 236.

(2) *Ibid.*, n° 281.

pression des vrais principes, et la consécration des droits les plus incontestables ; on verra si elles ne mettent pas chaque associé à sa vraie place, en conciliant la liberté d'action avec l'équilibre dans les volontés respectives. Dès à présent, toutefois, et sans entendre faire aucune allusion défavorable à l'estimable écrivain dont je combats ici la doctrine, je ne puis m'empêcher de signaler une prétention contre laquelle j'ai déjà eu l'occasion de m'élever (1) et qui consiste à vouloir régler toutes choses, même celles dans lesquelles les intérêts privés doivent conserver le plus d'indépendance. Depuis longtemps, on nous parle sans cesse, *et usque ad nauseam*, de la liberté politique dont nous avons au moins autant qu'il nous en faut ; et, par un contraste dont je ne puis assez m'étonner, j'entends souvent les bouches les plus libérales prêcher la perpétuelle intervention de la loi dans l'ordre civil, où la liberté a bien moins d'inconvénients que dans l'arène des partis politiques. Il semble que, dans chaque affaire, pour chaque combinaison et chaque difficulté, il faille une prohibition pour garantie, une nullité pour sanction. La spontanéité humaine paraît à ces esprits un tel embarras dans le gouvernement des affaires privées, qu'ils ne voient pas assez de textes pour la gêner, assez de formules pour l'encadrer comme une immobile figure. C'est là un travers fâcheux ; c'est un contre-sens avec les tendances de notre siècle. Déjà (pour ne pas sortir de la matière des sociétés) nous avons vu des consciences timorées ne pas dormir en paix, tant que les commandites n'auront pas été dépossédées de leur raison sociale, de leurs actions au porteur, de la divisibilité de leur capital en actions quelconques (2). Je ne sais combien d'entraves ont été

(1) *Suprà*, nos 406, 150, et notre préface.

(2) *Suprà*, n° 400, et notre préface.

imaginées sur ce sujet si fécond en projets avortés. Aujourd'hui, c'est autre chose : on veut forcer les sociétés à se donner des chefs, à créer pompeusement une hiérarchie administrative, à *s'organiser*, comme le disait Alfieri dans sa profonde ironie (1).

Quoi ! des chefs, alors même que la société ne sera composée que de deux ou trois personnes de bonne amitié et de bon accord, vaquant chacune avec un égal dévouement et une égale aptitude aux affaires sociales ! Quoi ! des chefs à une société qui n'en veut pas, parce que le petit nombre de ses membres et le peu d'étendue de ses opérations la dispensent d'en avoir ! Des chefs à des associés, qui ne sont entrés dans la société qu'à la condition d'y faire leurs affaires eux-mêmes, et qui n'y auraient pas apporté leurs capitaux et leur industrie, s'ils n'avaient été sûrs d'y tout voir de leurs propres yeux !!!

Ayons donc plus de confiance dans l'intelligence des hommes de notre siècle ; ils valent bien ceux qui, autrefois, à Rome, en France et ailleurs, ont rendu tant de sociétés florissantes par les moyens que l'on condamne, et avec la liberté que l'on veut leur ravir.

Pour moi, je ne mets pas si facilement en doute la perspicacité de l'intérêt privé à trouver le biais le plus utile. Sans oublier qu'il y a des dupes à protéger, des fripons à déconcerter, je crois qu'il faut aussi tenir compte de la volonté des pères de famille prudents, et qu'une certaine latitude doit être laissée à leurs calculs personnels. Les lisières soutiennent quelquefois ; quelquefois aussi elles sont une entrave qui fait tomber.

Que le législateur soit toujours attentif à maintenir dans les conventions la bonne foi, c'est son premier

(1) Que font les Français ? lui demandait-on à son retour en Italie d'un voyage en France. *Ils s'organisent !!!* Mot excellent et toujours vrai.

devoir comme gardien de la morale et interprète du juste ; qu'il ne néglige rien non plus de ce qui peut diriger les parties dans les voies de l'utile : il le doit comme tuteur des intérêts sociaux. Mais il y a aussi des bornes qu'on ne saurait dépasser ; il y a des sanctuaires libres à la porte desquels on doit s'arrêter. L'autorité et la liberté ne sont pas plus ennemies dans la pratique de la vie civile, que le libre arbitre et la prescience divine dans la théologie.

Au surplus, le projet de réforme, qui, avec beaucoup d'autres que j'ai déjà combattus, m'inspire ces réflexions, est de tout point impossible et inexécutable. Quelles sociétés seront assujéties à se donner un ou plusieurs chefs ? Toutes sans exception ? Vous allez à l'absurde. Les sociétés nombreuses ? Mais qu'est-ce qu'une société nombreuse ? Où commence-t-elle ? Est-ce à trois, est-ce à dix ? Et puis, s'il n'y a qu'une certaine classe de sociétés soumise à la nécessité d'une administration élue, pourquoi faire le procès à l'article 1859 ? Est-ce parce qu'il a été prévoyant ? N'a-t-il pas dû porter son attention sur l'autre classe de sociétés dont le gouvernement est collectif ?

Bien plus, comme l'autorité ne se donne qu'à la confiance, et que la loi ne saurait décerner par elle-même un brevet d'aptitude et de capacité, il faudra qu'elle commande un choix aux associés. Mais comment amènera-t-elle des hommes, qui n'ont voulu que s'associer et non pas se soumettre entièrement, à s'effacer eux-mêmes au profit de l'un d'entre eux ? Les forcera-t-elle à s'accorder ? Mais ce sera les forcer à se dissoudre. Et, alors, quel encouragement à l'esprit d'association ! Utile progrès, qui privera le commerce de tant de sociétés en nom collectif qui marchent, sans froissemens quoique sans chefs, à des résultats prospères !!

Non ! ne tombons pas dans l'exagération ; laissons la loi ce qu'elle est, et ce qu'elle a dû être, c'est-à-dire

confiante jusqu'à un certain point dans la sagacité des parties, et peu soucieuse de systèmes exclusifs. S'il y a la monarchie des abeilles, il y a aussi la république laborieuse des fourmis. N'enlevons pas aux associés le libre choix entre deux régimes, qui ont tantôt leurs avantages et tantôt leurs inconvénients. Souvent, en voulant faire la loi plus habile que les individus et plus prudente qu'elle n'a voulu l'être, on risque de la rendre importune et tracassière.

Ce préambule me conduit directement à l'étude du mode d'administration de la société, alors que le contrat ne s'en est pas occupé. Notre article se subdivise en quatre paragraphes; nous les suivrons dans l'ordre du Code.

## § 1.

712. La société est faite pour agir, et quand l'action n'a été donnée à personne, elle appartient à tous. C'est la première règle posée par l'art. 1859 (1); elle sort de la nature des choses; elle est la conséquence de l'égalité qui règne entre associés. Là où les risques sont partagés, où les bénéfices sont communs, l'action et le travail sont un tribut que chacun doit à ses consorts.

Ainsi, chaque associé sera de droit administrateur de la chose sociale; il sera censé avoir reçu de la société le mandat d'administrer et de faire, sous le contrôle de tous, l'avantage de l'entreprise. Préposé pour bien faire, il aura devant les yeux l'art. 1850 qui lui demande la diligence du père de famille diligent; et il se soumettra à cette tâche avec d'autant plus de dévouement, qu'outre l'espérance des gains qui est dans le but de la société, il est assuré que la société le rendra indemne de tout ce

(1) *Junge Raucin*, part. 5, concl. 364.

*Despeisses*, sect. 2, n° 18.

*Lebrun*, ch. 4, n° 4.

qu'il aura promis, avancé, ou perdu pour elle (article 1852) (1).

713. On a prétendu que cette réciprocité d'efforts et de travail n'avait été admise, par l'ancien comme par le nouveau droit, que par une suite de ces idées sentimentales de confraternité, que l'on croit (à tort, comme je l'ai dit ci-dessus) (2) avoir trop étouffé, jusqu'à ce jour, dans le contrat de société, l'idée économique de la production des bénéfices (3). Thèse pour thèse, on pourrait tout aussi bien soutenir le contraire, en disant : Cette participation collective à l'action sociale démontre jusqu'à l'évidence que les associés n'ont pas eu assez de confiance les uns dans les autres, pour abdiquer leur privilège natif; il y a là comme une opinion de soi, qui fait qu'en accordant beaucoup aux autres, on ne leur accorde cependant pas tout, afin de pouvoir exercer soi-même sa part de surveillance et de coopération. On craint un administrateur élu et irrévocable comme un maître dangereux; par défiance d'une autorité qui peut aller trop loin, on veut être présent pour la contrôler et la contrebalancer. Est-ce là l'amitié aveugle qui néglige son intérêt ?

714. Ce mandat tacite, suite de cette confiance limitée dont je viens de parler, comprend tout ce qui est du ressort d'une procuration générale : acheter, payer, recevoir; passer bail; vendre les choses vénales, etc., etc. (4). Dans le paragraphe qui nous occupe, l'art. 1859 est copié d'un passage que Pothier avait écrit pour la société commerciale en nom collectif (5). C'est qu'en effet,

(1) *Suprà*, n° 601.

(2) *Suprà*, n° 7.

(3) *M. Duvergier*, n° 7.

(4) *V. infra*, n° 744 et suiv.

Le comm. de l'art. 1860.

(5) Pothier, *Société*, n° 90.

sauf la solidarité qui est particulière aux sociétés de commerce, toute société non conditionnée est une société en nom collectif, quand même elle serait société civile. Ainsi, ce que peut faire un administrateur nommé, l'administrateur virtuel doit le faire seul, en cas d'urgence, sans attendre le consentement exprès de ses associés (1).

715. Et tous ces actes réfléchissent contre la société; ils obligent de plein droit chacun des associés pour leur part et portion; car leur silence est considéré comme une approbation. S'étant réservé la surveillance et l'action, ils sont censés donner leur assentiment en laissant faire ou laissant aller. Les sociétés commerciales en nom collectif n'ont que la solidarité qui les éloigne de ces idées (2); au fond, elles reposent sur les mêmes principes, et le droit d'obliger la société par l'emploi de la signature sociale en est une émanation (3).

716. Cependant, comme cette réflexion de l'acte d'un seul sur le patrimoine de tous a pour base une simple présomption, l'art. 1859 s'arrête, lorsqu'une désapprobation formelle fait taire la volonté présumée devant la volonté contraire exprimée. C'est pourquoi, il reconnaît aux associés, ou à l'un d'eux, le droit de s'opposer à l'acte d'administration avant qu'il ne soit consommé (4). Ce droit n'est pas donné à la société quand elle s'est livrée à un administrateur élu (art. 1856); on en a vu ci-dessus les raisons (5). Mais, ici, il est perpétuellement en réserve; il est l'arme de cette défiance légitime que je

(1) V. *suprà*, n° 666 et suiv.

(2) Art. 22 Code de comm.

(3) Même article.

(4) Pothier, n° 90, par arg. de Papinien, l. 28 D. *Com. divid.*

(5) *Suprà*, n° 670.

plaçais il n'y a qu'un instant à côté de la confiance qui a rapproché les parties.

717. Pour justifier ce droit d'opposition, Pothier (1) a cité un texte célèbre de Papinien: *In re pari, potiolem causam esse prohibentis constat* (2). Nous ferons remarquer, pour être exacts, que le jurisconsulte romain parle, non pas d'un cas de simple administration, mais d'un cas d'innovation sur la chose commune (3), ce qui est fort différent, ainsi que nous le dirons bientôt (4). Toutefois, la sentence de Papinien repose sur une idée si rigoureusement logique, qu'il est impossible de ne pas l'étendre aux actes d'administration (5). Puisque la société a la responsabilité de l'acte, elle doit avoir le droit de s'y opposer quand elle le trouve préjudiciable; et si la résistance est égale à l'action, *in re pari*, l'acte reste en suspens. Supposez deux associés dont l'un veut une chose, tandis que l'autre la croit mauvaise; le doute naît de ce conflit, et, dans le doute, il faut s'abstenir. Un proverbe aussi juste que la maxime de Papinien a proclamé cette règle de la prudence et de la raison; et, à vrai dire, le brocard du grand jurisconsulte de Rome n'en est que l'expression scientifique.

718. Quelques jurisconsultes ont enseigné que l'opposition à un acte d'administration nécessaire, et rentrant dans le but de la société, ne peut empêcher l'action de l'associé qui veut s'y livrer. Felicius prétend

(1) N° 90.

(2) L. 28 D. *Com. divid.* (Lib. 7, *Quæst. Papin.*) Junge Cujas sur ce texte.

(3) Junge Marcellus, l. 11 D. *Si servit. vindic.*, qui dit: « *Nam prohibendi potius quam faciendi jus est in socio.* » Il s'agit aussi d'une innovation.

(4) *Infra*, n° 724.

(5) Cujas l'appelait: « *pulchra ratio, QUÆ APTARI POTEST MULTIS CAUSIS.* » *Loc. cit.*