

détails; ils mettaient leur industrie personnelle au service de leur capitaux. Puis, si arrivait un désastre, leur mandat leur servant de manteau, ils se retiraient, jetant leurs mises pour pâture aux créanciers, et les laissaient se débattre avec un éditeur responsable sans responsabilité réelle.

Ces tromperies étaient à l'ordre du jour à une époque qui souleva tant de réclamations contre son esprit de corruption et d'agiotage. Le législateur devait y mettre bon ordre. C'est pourquoi il ne s'est pas astreint ici au rôle secondaire d'enregistrer un usage; il s'est élevé à des préoccupations plus hautes, il a voulu donner à la commandite une organisation sincère; il y est parvenu.

Je sais qu'aujourd'hui ce n'est pas de ce côté que des dangers sérieux surgissent. En fait, et par suite d'une nonchalance fâcheuse, les commanditaires sont plutôt opprimés qu'opresseurs. Mais levez la prohibition des articles 27 et 28 du Code de commerce, et vous ne tarderez pas à voir renaître les abus du temps de la révolution. Quelques tentatives, facilement réprimées par les tribunaux (1), sont un symptôme de ce qui arriverait, si la loi se départait de ses prohibitions.

Pour moi, je crois qu'il est bon que tout mandat pour gérer, donné au commanditaire, soit de plein droit réputé frauduleux. C'est le vrai moyen de renfermer les commanditaires dans leur rôle, et de les forcer à ne choisir que des gérans habiles et offrant des garanties d'expérience et de probité.

423. Venons au second point, c'est-à-dire, au droit de surveillance des commanditaires, à leur concours dans les opérations sociales, réclamé, pour une certaine

(1) *Infra*, n° 428.

part, par plusieurs tribunaux. On a vu que ce concours était entièrement proscrit par le projet primitif; on se rappelle même que le tribunal de cassation allait jusqu'à vouloir que le commanditaire fût exclu des assemblées et délibérations de la société!! mais il y a de quoi s'étonner de cette réclamation de magistrats éclairés en faveur d'une prohibition si contraire aux précédents, aux intérêts du commerce et des tiers, à la raison. — Le tribunal de commerce de Toulouse parlait un langage bien plus sensé, lorsqu'il représentait cette surveillance des commanditaires comme le frein d'un gérant hasardeux, comme une garantie de bonne gestion et de conservation des fonds sociaux.

Toutefois, le projet primitif l'aurait emporté sur ces sages réflexions, si le Tribunat ne fût intervenu pour amener le conseil d'État à une modification. Il fit observer, en effet « qu'un des droits du commanditaire est » de participer aux *délibérations générales de la société*, » et ces délibérations ont souvent pour but d'en *approuver les opérations, ou d'en autoriser les engagements*, en sorte que, sous ce rapport, le commanditaire y *concourt et doit y concourir*, au moins par son *consentement*. »

Ces observations (je copie M. Locré) furent adoptées par le conseil d'État, et *l'on y conforma la rédaction* (1).

Ainsi, la loi n'a pas voulu que les commanditaires restassent désarmés; ils n'administreront pas, sans doute; mais ils tiendront en bride l'administrateur. Ils n'auront pas l'action, mais ils pourront avoir le conseil; tout le monde y gagnera, quand cette séparation des pouvoirs sera sincèrement organisée (2).

(1) T. 1, p. 147.

(2) *Infra*, n° 428, l'exemple d'une usurpation de l'administration sous le nom de conseil.

On a cependant reproché au Tribunal d'avoir vicié par là les conditions natives de la commandite (1). On se trompe. Que l'on remonte, si l'on veut, à la commandite la plus reculée, on y verra toujours les bailleurs de fonds en possession de surveiller le gérant (2), ou de donner leur avis sur certains actes extraordinaires et imprévus (3).

424. Il faut maintenant entrer dans l'intelligence pratique des articles 27 et 28 du Code de commerce. Des idées très-fausSES en ont quelquefois altéré la portée; il en est résulté pour les commanditaires, tantôt des tracasseries, tantôt des inquiétudes. La prospérité des sociétés en commandite en a souffert. Nous allons chercher à rétablir les vrais principes.

Dégageons-nous d'abord d'un préjugé répandu par l'irréflexion, et qui consiste à représenter le législateur comme préoccupé, à l'époque de la confection du Code de commerce, d'intérêts trop restreints pour que ses dispositions soient à la hauteur des besoins actuels (4). De telles préventions nuisent à la saine intelligence de la loi; car il faut commencer par la bien juger pour la bien comprendre. Un estimable auteur a cru, par exemple, que le législateur n'avait eu sous les yeux que des sociétés composées de trois ou quatre personnes (!!!), où la surveillance des commanditaires s'exerçait dans l'intimité, sans laisser de traces, sans se manifester aux yeux des tiers, et que la loi, faite en vue de cet état de choses, n'est plus en harmonie avec la position nouvelle (5). Pour rame-

(1) M. Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 23, 24.

(2) Deluca, cité *infra*, n° 428.

(3) *Infra*, n° 776 et 780, où je cite Straccha. (Décis. 14, n° 93.)

(4) Voyez la réponse à cette erreur dans la préface.

(5) M. Duvergier (dissertation imprimée dans la *Revue étrangère*

ner à la vérité cette peinture imaginaire, je ne tracerai pas le tableau des sociétés antérieures au Code de commerce : certes, ce serait merveille si parmi tant de sociétés par actions, formées avant le Code de commerce, pour voyages de long cours (1) et pour l'armement des corsaires (2), pour les grandes manufactures (3), pour les entreprises lointaines (4), pour les assurances (5), etc., on ne trouvait pas un certain nombre d'associations organisées sur de plus larges dimensions que trois ou quatre commanditaires. Mais je demanderai comment on a pu se méprendre à ce point sur la physionomie des faits que le législateur entendait régler, lorsqu'il est notoire que l'attention de tous ceux qui participèrent à la confection de la loi s'est portée précisément sur les *assemblées de la société*, les uns pour en exclure les commanditaires, les autres pour les y faire entrer; lorsque surtout, l'on voit le Tribunal obtenant du conseil d'État l'admission des commanditaires aux *assemblées générales* (notez ces mots) et aux délibérations!! Ces comités secrets de trois ou quatre personnes, délibérant à huis clos et dans une amicale intimité, ne sont donc pas l'état de choses que le législateur a cru suffisant aux besoins de la commandite. Le cas de grandes assemblées, déli-

de M. Fœlix, 3^e série, t. 1, p. 425, 427.) Cette dissertation, utile du reste à consulter, malgré quelques critiques que je lui adresse, comprend deux articles, dont le second est inséré même tome, p. 371.

(1) Analyse raisonnée (t. 2, 2^e partie, p. 19).

(2) Observations du tribunal de commerce de Saint-Brieuc, t. 2, 2^e partie, p. 442.

(3) *Ibid.*, *supra*, n° 396.

(4) Même tribunal.

(5) *Supra*, n° 397. On a vu que celle de Paris, formée sous Louis XIV, avait soixante-quinze actions. Il faut, au surplus, consulter sur tout cela la préface de cet ouvrage.

bérant hautement et avec autorité, a été prévu, et l'on a voulu, autant qu'on peut le vouloir aujourd'hui, que ces assemblées eussent une manifestation publique et une action efficace.

Ceci posé, voyons de plus près et l'étendue de la prohibition et la limite où elle expire. Deux points sont traités par l'article 28 : 1^o défense de faire, à titre d'associés, des actes de gestion; 2^o défense d'être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

Qu'est-ce d'abord que faire un acte de gestion ?

Pour résoudre cette question, il serait superflu de rechercher, à l'aide des lexiques, le sens plus ou moins large que ce mot peut avoir dans certains cas. Ici, une autorité, en quelque sorte législative, en a donné le sens. Un avis du conseil d'État, du 29 avril 1809, approuvé par Napoléon (1), a décidé que faire un acte de gestion, c'est exercer les fonctions d'un gérant de société (2). Gérer est donc, dans notre hypothèse, administrer, et cette signification restreinte a toujours été reçue en droit (1); elle n'a rien de nouveau ni d'exorbitant.

Or, l'administrateur d'une affaire est celui à qui le rôle actif a été départi; c'est celui qui agit au dehors, qui traite avec les tiers, qui sert de canal et d'instrument à tous les faits nécessaires pour arriver au résultat poursuivi. Si par hasard un conseil est placé auprès de cet administrateur, ce conseil ne gère pas, il n'administre

(1) Sirey, 9, 3, 381.

(2) Est d'avis que les art. 27 et 28 ne sont applicables qu'aux actes que les associés commanditaires feraient en représentant comme gérans la maison commanditée.

(3) *Gerere etiam administrare significat*, dit Brillou, *De verb. signif.*, v^o *Gerere*, et il cite les textes.

pas. Par exemple, on n'a jamais eu l'idée de regarder comme administrateurs de la tutelle les membres du conseil de famille placé à côté du tuteur; c'est le tuteur qui, seul, a l'administration, et avec elle une responsabilité personnelle. Si le conseil de famille a la délibération, c'est le tuteur qui a l'action et qui représente le mineur.

Cette distinction entre l'action et la délibération a été introduite (on le sait) dans l'article 27 du Code de commerce, par l'intervention du Tribunat : elle est capitale. Le commanditaire ne pourra pas vendre, acheter, engager la société : il administrerait !!! Mais il pourra autoriser, si cela est nécessaire, les achats, les ventes, les engagements (1). En ce sens, il aura droit d'y concourir, sans pour cela qu'il gère, administre et s'engage personnellement. La suppression du mot *concourir* dans le projet d'article démontre jusqu'à l'évidence que son concours, pour approuver et autoriser les engagements, n'est nullement une violation de la défense d'administrer.

On a prétendu que « lorsque la délibération confère » au gérant une capacité dont il avait besoin, et sans laquelle la société n'eût pas été liée, les commanditaires sortent des limites dans lesquelles ils doivent se renfermer (2) ». Ainsi, par exemple, un gérant a-t-il besoin d'une autorisation pour contracter un emprunt, constituer une hypothèque ? Si les commanditaires ont été réunis en assemblée pour délibérer sur l'opportunité de ces actes et les autoriser, l'opinion à laquelle je fais allusion les condamne comme administrateurs !!! Elle

(1) Straccha le décide ainsi, du reste (décis. 14, n^o 93), comme on le verra dans un instant.

(2) M. Duvergier, *Revue étrangère*, loc. cit., p. 739.

ne tolère de délibérations que celles dont l'objet est de donner une consultation à un gérant qui, par excès de scrupule et pour prévenir les reproches en cas de revers, désire avoir un bill d'indemnité pour des actes que, du reste, il a le droit de faire seul (1). Et pourquoi cette différence entre les deux cas? C'est que dans le second la délibération est un acte d'intérieur, qui n'est pas destiné à être connu des tiers, qui ne peut influencer sur eux, et qu'ils ne peuvent par conséquent rétorquer contre les commanditaires. C'est qu'au contraire, dans le premier, la délibération doit nécessairement être communiquée aux tiers avec lesquels l'engagement sera contracté : c'est que ce n'est pas la volonté du gérant qui forme le contrat, c'est plutôt celle des commanditaires, dont le gérant est le simple intermédiaire avec les tiers (2).

Je repousse cette limitation du droit des commanditaires; elle est contraire aux vrais principes de la matière, à la pratique de tous les temps, à toutes les idées reçues. Straccha l'a dit il y a long-temps : Tout gérant qui se trouve dans la nécessité de contracter des emprunts extraordinaires doit consulter ses commanditaires : telle est la règle de prudence et de raison (3).

(1) M. Duvergier, *loc. cit.*, p. 733.

(2) *Ibid.*, p. 739.

(3) « *Æquitati maximè consonare videbatur Saulium (c'était le gérant) communicare prætesam indigentiam et successus negotiationis cum participibus. Potuissent enim participes cum minori interesse pecunias invenire... vel aliter rebus suis consulissent... priùs ergò Saulius has vices perquirere et omnem lapidem movere debuit (décis. 14, n° 99).* » On sait que chez les jurisconsultes italiens *particeps* et *commandans* sont à peu près synonymes. Dans cette espèce, il s'agissait de commanditaires qui s'étaient engagés à répondre à des appels de fonds, et qui, par conséquent, avaient un grand intérêt à en discuter la nécessité. Straccha ajoute que

Et puis, lorsque le législateur a levé la prohibition faite aux commanditaires par le projet de Code de commerce, de concourir par voie d'autorisation aux engagements sociaux, il n'a pas établi de distinction entre les engagements qui sont dans les pouvoirs du gérant et ceux qui les dépassent. Je dis plus : le Tribunal, en faisant observer que les commanditaires *doivent* concourir, au moins par leur consentement, à certains engagements, a montré, par ces expressions, qu'il était surtout préoccupé des engagements qui dépassent les pouvoirs ordinaires du gérant. C'est en effet pour ceux-là seuls que leur intervention est nécessaire; c'est seulement à ceux-là qu'ils *doivent* concourir : pour tous les autres, le concours des commanditaires n'est que facultatif.

Du système que je combats résultent d'ailleurs des conséquences bizarres et déraisonnables.

On veut, en effet, que le concours des commanditaires soit permis quand il n'est qu'une précaution, et qu'il soit défendu quand il est une nécessité!!!

On veut, de plus, que la marche des sociétés en commandite soit subitement arrêtée lorsque des besoins imprévus exigent des remèdes, que le gérant n'a pas seul le pouvoir d'appliquer!!! Quoi! le cas d'un emprunt hypothécaire défendu par des raisons de prudence au gérant, venant à se présenter, il faudra ou que la société se dissolve intempestivement, ou que les commanditaires se compromettent par une immixtion!!!

On ne serait pas tombé dans cette erreur si l'on s'était fait une idée plus juste du genre d'influence que l'autorisation exerce vis-à-vis des tiers. On a cru que, réduisant le gérant au rôle passif d'un intermédiaire, elle fait

quand même l'emprunt aurait été contracté sous la raison sociale (n° 94), les commanditaires n'en seraient tenus que pour la somme exposée par eux dans la société (n° 110 et 111).

remonter à la volonté des commanditaires l'acte accompli; de telle sorte qu'ils doivent en être tenus, à peu près comme l'est un mandant avec les tiers qui ont traité avec son mandataire. Mais il n'en est rien. Sans doute, le gérant tient des statuts un mandat qui a commencé avec la société et qui, dans l'état normal, ne finira qu'avec elle: il est le mandataire de la société. Mais quels sont les effets de son mandat? D'obliger la personne des commanditaires? Non! le gérant n'engage, par ses actes, que la société qu'il représente, c'est-à-dire les associés en nom et les capitaux mis en commandite: la personne des commanditaires reste à l'écart, quoique le mandat procède *à priori* de leur fait. La raison en est que la création de la société a donné naissance à une tierce personne qui leur est en quelque sorte substituée, et sur laquelle se concentrent droits, obligations, propriété. Désormais, ceux qui ont créé la société ne peuvent être confondus avec elle.

Maintenant, qu'arrive-t-il? Le pouvoir de ce gérant a besoin d'une extension accidentelle, et ceux qui l'avaient originairement constitué, ce pouvoir, consentent à le proroger pour un cas spécial; ils donnent une autorisation *ad hoc*. Or, il est clair que cette augmentation du pouvoir ne porte que sur la capacité du gérant et qu'elle laisse intactes les autres conditions de son mandat, particulièrement celles qui concernent ses effets sur la responsabilité des commanditaires. Qu'a-t-on fait? On a ajouté quelque chose à l'aptitude déjà déléguée; mais on n'en a pas étendu le contre-coup, et, sous tous les autres rapports, on est resté dans les termes primitifs. Donc, en donnant cette autorisation, les commanditaires ne se compromettent pas plus que s'ils l'eussent concédée d'une manière générale dans l'acte de société. Que le gérant tienne ses pouvoirs des statuts ou d'une concession additionnelle postérieure, que l'autorisation soit générale, qu'elle

soit spéciale ou temporaire, je n'aperçois là-dedans aucune différence importante. L'autorisation procède de la même source, des mêmes volontés. Elle n'est, je le répète, qu'un simple acte d'habilitation, qu'une prorogation de capacité pour un mandat préexistant et dans un milieu donné. Les tiers n'ont donc pu s'imaginer que ses effets aient plus d'étendue que ne leur en donne le pacte social. Ils se sont trompés s'ils ont cru que les commanditaires aient entendu déroger à l'essence même de leur association.

Je suppose que l'on vienne à demander si un conseil de famille, si un mari ont fait un acte d'administration en autorisant un tuteur ou une épouse à vendre et à hypothéquer; la question ne paraîtrait passérieuse: car, qui a jamais pu voir un acte d'administration dans un acte d'habilitation? Ici elle ne paraît pas aussi frivole, parce que les commanditaires ont dans l'affaire un intérêt pécuniaire, qui éblouit et donne à l'autorisation la fausse couleur d'un mandat pour vendre, hypothéquer, etc. Il ne faut pas se laisser prendre à cette apparence. Les commanditaires ne créent pas un mandataire, puisqu'il y en a déjà un en exercice: ils ne font qu'ajouter quelque chose à sa capacité. La société dans l'intérêt de laquelle ils règlent cette capacité est pour eux une tierce personne. Ce n'est pas pour eux personnellement que le gérant fera usage du pouvoir concédé; c'est pour la société dont ils sont juridiquement distincts. La responsabilité de la société est donc la seule que les tiers aient pu espérer: et c'est ainsi que le Tribunat, et après lui le législateur, ont compris la position. En organisant auprès de la société le concours des commanditaires pour approuver ou autoriser les engagements, la loi a clairement voulu que ces approbations et autorisations ne fussent pas imputées aux bailleurs de fonds comme des faits personnels de responsabilité. Sans

doute leurs capitaux en seront atteints ; mais il ne faudra pas aller au delà de cette limite ; on n'y trouverait qu'une immunité pareille à celle du conseil de famille qui a autorisé un tuteur à agir pour le pupille.

425. Passons maintenant en revue quelques actes de concours des commanditaires, et voyons si on peut les ranger dans la classe des actes de gestion.

Il y a des assemblées où les gérans rendent leurs comptes. Faut-il insister pour montrer que les commanditaires doivent y assister ? Écoutons Toubeau, qui cependant ne voulait pas que le commanditaire *fit aucun acte d'associé*. Il essaie d'engager les nobles à entrer dans les commandites, et voici ce qu'il leur dit : « Il y a bien » moins de dérogeance dans ces sociétés que de faire le » commerce de mer, qui leur est permis, et que beau- » coup font en France, aussi bien que les gentilshommes » d'Angleterre, de Gènes, de Venise, de Florence. Car » ils n'agissent en aucune manière dans ces sociétés, et » n'ont que la peine d'entendre les comptes de la négociation ; » ce qui n'est pas plus dérogeant que d'entendre ceux » des intendans de leurs maisons et de leurs receveurs » et fermiers (1). » Je crois que Toubeau fait une position trop pleine de quiétude à ces nobles italiens, qu'il endort dans les douceurs de la commandite. Les décisions de la rote de Gènes nous les dépeignent souvent réveillés par des appels de fonds, par des recours et des procès. Mais peu importe ce faux aperçu ; il ne faut prendre dans cette citation que ce qui concerne la reddition des comptes, et l'idée est vraie. Avant Toubeau, Savary l'avait déjà exprimée (2).

426. D'autres réunions ont pour but de modifier l'organisation primitive et de lui imposer des lois nouvelles.

(1) P. 105.

(2) T. 1, p. 357.

Souvent les statuts prévoient cette éventualité. Quelquefois aussi la nécessité d'une modification jaillit de circonstances imprévues. Il n'importe ; les commanditaires ont le droit de prendre part aux délibérations ; ils ne gèrent pas, ils n'administrent pas par ce concours à la constitution de la société. Il est vrai que Straccha disait, en parlant du commanditaire : « *Administrationi for- » mam dare non potest (1).* » Mais que signifient ces paroles ? Que dans le cours ordinaire des choses les commanditaires ne peuvent s'arroger le pouvoir exorbitant de faire flotter la constitution de la société au gré de leurs caprices. Mais elles ne signifient pas que l'acte de société n'a pas pu réserver des modifications ; elles ne signifient pas que quand la société subit la loi d'une nécessité impérieuse, les associés ne pourront pas se réunir en conseil pour aviser à sa conservation. La première loi est de vivre.

Dans une société qualifiée en commandite, un sieur Jaures, commanditaire, avait stipulé que si l'on venait à vouloir changer le système des opérations, on réunirait tous les associés, et que lui, commanditaire, serait appelé à donner son avis ; la Cour royale de Paris décida, avec raison, par arrêt du 25 juillet 1828, que ce n'était pas là un acte de gestion (2).

427. Il est un autre droit qui appartient au commanditaire et dont l'exercice ne pourrait être qualifié d'acte de gestion que par une fâcheuse confusion : c'est celui de surveiller la conduite du gérant. La jurisprudence l'a reconnu et consacré.

Un arrêt de la Cour royale de Colmar, du 4 février

(1) *Decis. rot. Genue* 39, n° 10.

(2) D. 28, 2, 240.

S. 29, 2, 136.

1819 (1), a décidé qu'un commanditaire avait pu se réserver le droit de prendre part aux délibérations, d'inspecter les livres, les écritures, les ateliers et magasins de la société, de faire admettre dans l'établissement un commis de son choix, et cette décision est juridique. L'inspection des livres, des ateliers, des magasins, n'est qu'une mesure de précaution pour empêcher les fraudes du gérant. Elle est si peu un acte de gestion sociale, qu'on la voit souvent réservée dans des opérations qui n'ont rien de commun avec une société; c'est même une garantie, qui n'est nécessaire que pour celui-là précisément qui n'administre pas. Et quant à la nomination d'un commis par le commanditaire, c'est encore une affaire de surveillance intérieure, un simple état d'observation, qui ne donne aucune part active à l'administration et n'engage aucun rapport de confiance entre les tiers et les commandités; car il est de la prudence des commanditaires d'empêcher que le gérant ne se livre à des opérations interdites par les statuts; d'étudier la marche de sa gestion, de prévenir ses malversations, etc. Tous les auteurs s'accordent à leur reconnaître ce droit (2), et la nomination d'un commis surveillant n'en est que le corollaire.

428. Cette décision de la Cour de Colmar ne doit pas être confondue, du reste, avec un arrêt de la Cour de

(1) Dalloz, *Société*, p. 133.

(2) Deluca, *De regalib.*, disc. 91, n° 14 : « Habens participacionem in emolumentis pedagii, potest deputare suum ministrum et factorem, ut videat quantum percipiatur, ad consulendum fraudibus, quæ alias sibi fieri possent. »

M. Pardessus, t. 4, n° 1031. M. Merlin, *Questions de droit*, v° *Société*, p. 560, n° 3. MM. Malpeyre et Jourdain, n° 248.

Arrêt important de Bordeaux, 29 août 1838. S. 39, 2, 43.
Cassat., req., 13 décembre 1841. S. 42, 1, 142.

Paris, du 16 mai 1808 (1), qui enleva la qualité de commanditaire à des associés qui s'étaient réservé (outre l'inspection des livres) l'administration de la caisse, renforcée d'un droit de coopération tellement immédiat et constant, qu'aucune opération ne pouvait être faite par les gérans que de leur consentement. Il est clair que ces prétendus commanditaires étaient de vrais administrateurs, qui avaient voulu se réserver les profits de l'affaire, sans encourir une responsabilité entière (2).

C'est aussi ce qu'avaient fait les actionnaires du journal *Le Monde*, qui s'étaient constitués en conseil permanent pour contrôler l'administration du journal, surveiller les opérations, prendre connaissance des marchés conclus par le gérant, modifier le chiffre des frais de rédaction, concerter avec le gérant les moyens de faire prospérer l'entreprise, donner leur avis sur toutes les questions relatives à la spécialité du journal. Par arrêt du 26 mars 1840, la Cour royale de Paris décida très-bien que ce conseil s'était immiscé dans la gestion (3); c'était une confusion palpable de l'administration et du conseil, une couleur menteuse pour faire passer sous le nom de surveillance l'usurpation réelle de toute l'action. La loi n'autorise le concours des actionnaires, qu'autant qu'il se tient sincèrement renfermé dans les limites que nous tracions plus haut (4); mais si ce concours dégénère en une sorte de *convention* au petit pied, absorbant tous les pouvoirs dans sa main despotique, la commandite disparaît et le bénéfice de son organisation ne peut plus être invoqué.

(1) Dalloz, *Société*, p. 132, n° 3.
M. Malpeyre, n° 243.

(2) *Junge* arrêt de cassation du 16 germinal an 11. Dalloz, *Société*, p. 130, n° 2.

(3) Sirey, 4, 2, 250.

(4) N° 422, 423, 424.