simulation, aux prohibitions de la loi ; autrement il suffirait du moindre détour, ou tout simplement d'une appellation *mensongère* pour *éluder* la loi et rendre ses prohibitions sans effet. Le pourvoi invoquait tout aussi vainement la capacité de donner et de recevoir dont jouissaient tous les associés. C'était une nouvelle simulation, que le rapporteur n'a pas tort de qualifier de *mensonge*, l'intention des moines n'étant pas de se gratifier les uns les autres, mais de gratifier le couvent. Il appartient aux tribunaux de briser tout ce qui sert d'enveloppe à la simulation pour pénétrer jusqu'à la vérité (1).

242. Les motifs exposés par l'orateur du gouvernement ne se rapportent qu'à la première disposition de l'article 1840. La loi ne prohibe pas seulement la société universelle entre ceux qui sont frappés d'incapacité de donner ou de recevoir, elle ajoute qu'aucune société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes. L'interprétation de cette partie de la loi est controversée. Il n'y a aucun doute quand on s'en tient, comme on le doit, au texte de la loi. Quelles sont les personnes au préjudice desquelles les libéralités ne peuvent se faire? Ce sont les héritiers réservataires. Il suit de là que ceux qui ont des héritiers à réserve ne peuvent pas contracter de société universelle. On objecte que cela restreint singulièrement ces sociétés. Eh, qu'importe? Personne ne songe à en former, et le législateur n'avait aucune raison de les favoriser. Dans cette opinion, la société universelle qui serait contractée au mépris de la prohibition, est frappée de nullité. Quand le texte est clair, il ne devrait pas y avoir de controverse. Nous croyons inutile d'insister (2).

(1) Rejet, 26 février 1849 (Dalloz, 1849, 1, 44). Comparez le t. XI de mes *Principes*, p. 223, nos 169-171.

(2) Duvergier, p. 165, no 119. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. IV, p. 430, note 15. En sens contraire, Pont, p. 165, nos 222-224, et les auteurs qu'il cite.

§ II. *Des sociétés particulières.*

243. « La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir » (art. 1841).

« Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière » (art. 1842).

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

§ Ier. *De l'apport.*

No 1. DU TRANSPORT DE PROPRIÉTÉ.

244. L'apport peut avoir pour objet la propriété ou la jouissance de la chose que l'associé a promise. Quand c'est la propriété, il y a quelque difficulté sur le point de savoir comment et en quel sens la propriété est transférée à la société. Si la société était une personne civile, la chose serait très-simple; on resterait absolument sous l'empire du droit commun. Mais la société n'ayant pas de personnalité distincte de celle des associés, il en résulte que ce sont les associés eux-mêmes qui deviennent propriétaires des choses que chacun d'eux s'oblige d'apporter dans le fonds commun. De là suit que le transport de propriété entre associés a pour effet de rendre les associés copropriétaires par indivis de la chose qui constitue l'apport; celui qui le fait ne se dépouille donc pas entièrement de

la propriété, comme le ferait un vendeur, il conserve sa part indivise dans la chose; le transport, quant à lui, consiste en ceci, c'est que de propriétaire exclusif qu'il était, il devient copropriétaire par indivis, il abdique la propriété exclusive, mais en retenant un droit de copropriété. Comment se fait ce transport? Il faut distinguer les rapports des associés entre eux et les rapports des associés avec les tiers (1).

245. Doit-on appliquer aux rapports des associés les principes qui régissent l'acquisition de la propriété? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En effet, la copropriété est une propriété; il faut donc dire qu'elle se transmet et s'acquiert par l'effet des obligations (art. 711), c'est-à-dire par l'effet du contrat; dès qu'il y a concours de volontés des parties contractantes, la propriété est transférée (art. 1138); donc les associés deviennent copropriétaires à l'instant où le contrat reçoit sa perfection, encore que la tradition n'en aurait pas été faite. Quant à l'associé qui fait l'apport, il cesse, à partir de ce moment, d'être propriétaire exclusif, pour devenir copropriétaire. Reste à savoir quand le contrat de société reçoit sa perfection. Sur ce point, on applique les principes généraux que nous avons exposés au titre des *Obligations*, et auxquels nous renvoyons.

Du principe que l'apport a pour effet de transmettre aux associés un droit de copropriété, suit que cette transmission est aussi régie par le droit commun, en ce qui concerne les rapports des associés avec les tiers. La question est de savoir à partir de quel moment et sous quelles conditions ils deviennent copropriétaires à l'égard des tiers. S'il s'agit de meubles corporels, la loi ne prescrit aucune formalité; le concours de volontés suffit pour opérer la transmission : la tradition n'est point requise, sauf l'application de l'article 1141, s'il y a lieu. Quant aux créances, l'article 1689 exige la signification du transport au débiteur, ou l'acceptation par le débiteur dans un acte authentique. La loi suppose la cession, c'est-

(1) Pothier, *De la société*, n° 31. Pont, p. 188, n° 256.

à-dire la vente d'une créance, et l'apport d'un associé n'est pas une vente; toutefois cet apport constitue une transmission de la propriété de la chose qui en fait l'objet, et le débiteur ainsi que les tiers sont intéressés à connaître la mutation qui se fait; l'associé qui apporte la créance cesse d'en être créancier exclusif, pour devenir cocréancier; il y a donc identité de motifs pour exiger la signification de l'acceptation. Cela est généralement admis (1). Il reste cependant un doute que le législateur aurait dû trancher : l'interprète peut-il appliquer par analogie des dispositions qui établissent des conditions pour la transmission de la propriété à l'égard des tiers? Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, la négative est certaine.

La même question se présente pour l'apport des créances hypothécaires et privilégiées, ainsi que pour l'apport des immeubles. Notre loi hypothécaire prescrit des formalités spéciales pour que la translation de la propriété ait effet à l'égard des tiers; nous examinerons, au titre qui est le siége de la matière, si ces dispositions s'appliquent au contrat de société.

246. Aux termes de l'article 1845, « chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter. » Quelles sont les conséquences de cette obligation? On applique le droit commun en tant que la loi ou le contrat n'y dérogent point. Puisque l'obligation de l'associé consiste à donner, il s'ensuit qu'il est tenu de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la livraison avec les soins d'un bon père de famille (art. 1136 et 1137). Sur ce point, il n'y a aucun doute. Mais il y a controverse sur la question de savoir si l'associé a les mêmes obligations que le vendeur, en ce qui concerne l'obligation de livrer. L'article 1845 assimile l'associé au vendeur pour la garantie : « Lorsque l'apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un

(1) Rejet, 28 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 445). La doctrine est dans le même sens. Pont, *De la société*, p. 139, n° 174, et p. 191, n° 259.

vendeur l'est envers son acheteur. » Faut-il induire de là que, sous tous les rapports, les obligations de l'associé dérivant de l'apport sont celles d'un vendeur? La question se présente pour l'obligation de délivrer la contenance portée au contrat. On enseigne généralement que les articles 1617 et suivants s'appliquent à la société; de là on conclut que, s'il y a un déficit de moins d'un vingtième dans la contenance d'un immeuble apporté à la société, ou un excédant de moins d'un vingtième, il n'y a lieu de ce chef à aucune indemnité à charge de l'associé ou de la société. Si le déficit est de plus d'un vingtième, on décide qu'il y aura lieu, suivant les circonstances, à la résolution de la société ou à des dommages-intérêts. En cas d'excédant de plus d'un vingtième, les associés devront une indemnité, sauf à user du droit que l'article 1620 leur donne de se désister du contrat (1).

L'opinion contraire, professée par Duvergier, nous paraît plus conforme aux principes. Il s'agit de savoir si des dispositions arbitraires et en un certain sens exceptionnelles peuvent s'étendre d'un contrat à un autre. La négative est certaine. Or, les dispositions qui se trouvent au titre de la *Vente* sur la délivrance de la contenance sont arbitraires : la limite du vingtième ne peut être établie que par le législateur, donc on ne peut l'étendre à la société. Les articles 1617 et suivants sont aussi exceptionnels; cela résulte du texte même de la loi. L'article 1616 porte : « Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les *modifications* ci-après exprimées. » Ces modifications dérogent à la règle, ce sont donc des exceptions, et à ce titre on ne peut les étendre, fût-ce par voie d'analogie. D'ailleurs l'analogie est loin d'être complète. Le contrat de société diffère du contrat de vente. Dans la vente, chacune des parties stipule dans son intérêt, et il est permis à l'une de s'avantager au détriment de l'autre. Il n'en est pas ainsi dans la société, ce contrat a pour but l'égalité entre associés, l'attribution des bénéfices est proportionnelle à l'importance de la mise; si donc un associé fait une mise moindre que celle qu'il a promise, le principe de l'égalité serait violé si le bénéfice était calculé à raison de l'apport nominal. C'est en ce sens que l'article 1845 dit que chaque associé est débiteur envers la société de *tout* ce qu'il a promis d'y apporter. Il doit donc *tout* son apport, sinon il y a lieu à indemnité. Et s'il y a excédant, le principe de l'égalité demande que les associés lui en tiennent compte. Ce système a été soutenu devant la cour de cassation; la difficulté n'a pas été résolue, parce que l'arrêt attaqué décidait en fait que l'apport constituait, dans l'espèce, une véritable vente; ce qui rendait l'article 1619 applicable (1).

(1) Pont, p. 194, n° 265, et les auteurs qu'il cite.

247. L'article 1845 applique le principe de la garantie à l'apport des associés. Pothier, auquel les auteurs du code ont emprunté cette disposition, en donne la raison : La société est un contrat commutatif, chacun des associés s'engage à donner ou à faire une chose qui est l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour lui (art. 1104). L'équivalent consiste dans le bénéfice qui est en proportion de la mise; or, en cas d'éviction, l'associé se trouve sans mise, ou sa mise est diminuée; partant, il doit indemniser la société de la perte qu'elle éprouve par l'éviction. Pothier ajoute une restriction qui résulte des principes et que le code a consacrée implicitement. La garantie n'a lieu que lorsqu'il s'agit de l'apport d'un corps certain; si un associé apportait une universalité de biens, l'éviction de quelqu'un des héritages ne donnerait pas lieu à garantie (2). L'article 1845 suppose aussi qu'il s'agit d'un corps certain; et l'article 1696 décide que celui qui vend une hérédité sans en spécifier les objets n'est tenu de garantir que sa qualité d'héritier. Nous renvoyons, pour le principe, à ce qui a été dit au titre de la *Vente*.

248. D'après l'article 1841, la société peut avoir pour objet l'usage de certaines choses ou les fruits à en perce-

(1) Duvergier, p. 196, n° 156. Rejet, chambre civile, 14 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 1, 91).

(2) Pothier, *De la société*, n°s 113 et 114. Comparez Pont, p. 198, n°s 267-274. Duvergier, p. 201, n°s 159-167.

voir. Dans ce cas, la propriété reste à l'associé; la société acquiert seulement l'usage ou la jouissance(1). A quel titre jouira-t-elle de la chose? Les uns disent que c'est à titre d'usufruit (2), d'autres disent que c'est à titre de bail. Il faut dire que cela dépend de l'intention des parties contractantes, et on ne peut pas déterminer cette intention *a priori*, la volonté étant essentiellement une question de fait (3). Nous croyons inutile de discuter les présomptions que les auteurs établissent à cet égard (4). Il ne peut être question de présomptions légales; ce sont donc de simples probabilités, qui dépendent des faits et des circonstances et qui, par conséquent, varient d'une cause à l'autre. Y a-t-il un écrit, les juges l'interpréteront d'après les règles générales qui président à l'interprétation des conventions. S'il n'y a pas d'écrit, les juges ne peuvent recourir à des présomptions que dans le cas où la preuve testimoniale est admise; et ces présomptions, dites de l'homme, sont entièrement abandonnées à leur appréciation. Les principes généraux ont été exposés au titre des *Obligations*, et l'application que le juge est appelé à en faire est de pur fait.

Les conséquences de l'apport seront toutes différentes, selon que la société jouit à titre de bail ou à titre d'usufruit. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre du *Louage*, sur les différences qui existent entre les deux droits.

N° 2. DE L'APPORT D'UNE SOMME D'ARGENT.

249. « L'associé qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme à compter du jour où elle devait être payée » (art. 1846). Cette disposition déroge à la règle établie par l'article 1153, aux termes duquel les dommages-intérêts résultant du

(1) Duvergier, p. 210, n° 168. Troplong, n° 538.
(2) Duranton, t. XVII, p. 396, n° 393 (au point de vue de la garantie).
(3) C'est l'opinion de Pont, p. 203, n° 276.
(4) Duranton, t. XVII, p. 416, n° 408. Duvergier, p. 228, n° 196. Pont, p. 206, n°s 283-287.

retard dans l'exécution ne sont dus que du jour de la demande. L'associé doit les intérêts de plein droit. Cette exception est fondée sur la nature même du contrat de société. Si, en général, les intérêts ne courent qu'à partir de la demande qui en est faite en justice, c'est qu'une mise en demeure est nécessaire pour constater le dommage que le créancier éprouve de l'inexécution de l'obligation. Dans le cas de société, le dommage est constaté par la nature même du contrat. Les parties contractantes spéculent sur l'emploi des mises, donc la société est en perte par cela seul qu'elle ne perçoit pas les intérêts de la somme que l'un des associés a promis d'apporter; et dès que le dommage est constant, il y a lieu à dommages-intérêts(1). Faut-il conclure de là que l'associé ne doit pas les intérêts si l'inexécution de ses obligations n'a causé aucun préjudice à la société? Il a été jugé que l'associé était néanmoins tenu de payer les intérêts(2). Nous croyons que la cour a bien jugé en s'en tenant au texte de la loi dont les termes sont absolus. Les motifs que la doctrine donne pour justifier une disposition n'autorisent pas le juge à restreindre l'application de la loi dans les limites de ces motifs, car la doctrine n'a point de force légale.

L'article 1846 contient une seconde dérogation au droit commun. D'après l'article 1153, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts fixés par la loi. L'article 1846, après avoir dit que l'associé doit les intérêts de plein droit, ajoute : « Le tout sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. » Cette exception résulte aussi de la nature du contrat de société. On ne s'associe point pour retirer l'intérêt légal des mises sociales, on s'associe pour faire des bénéfices qui excèdent le profit que l'on retire d'ordinaire de ses capitaux; le dommage étant supérieur à l'intérêt légal, la loi a dû donner aux associés une action en dommages-intérêts. S'il n'en est pas de même dans les

(1) Rejet, 3 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 150).
(2) Aix, 1er mars 1869 (Dalloz, 1870, 2, 219).

contrats en général, alors qu'ils ont pour objet une somme d'argent, c'est qu'il eût été impossible d'évaluer le montant du dommage souffert par le retard dans le payement; ce motif n'existe point dans la société, puisque l'objet de la société indique l'emploi que les parties auraient fait des fonds; il est donc facile de calculer le dommage que la société souffre quand elle ne peut pas faire cet emploi (1).

250. L'article 1846 s'applique-t-il aux fruits? On suppose que la chose produit des fruits et que l'associé continue à la posséder; il recueille les fruits : en doit-il compte à ses coassociés? Il y a quelque incertitude sur ce point dans la doctrine. Un premier point est incontestable, c'est que les fruits perçus par l'associé appartiennent à la société. C'est l'application pure et simple de l'article 547. Les fruits appartiennent au propriétaire par droit d'accession; or, la société est propriétaire dès l'instant de la perfection du contrat (n° 245); c'est donc à elle que les fruits appartiennent C'était l'avis de Pothier; mais Pothier ajoute : « Tant que l'associé n'a pas été mis en demeure d'apporter à la société les choses qu'il a promis d'y apporter, il n'est tenu de faire raison à la société que des fruits qu'il a perçus. Depuis qu'il a été mis en demeure de les y apporter, il est tenu même de ceux qu'il n'a pas perçus et que la société aurait pu percevoir (2). » Que telle soit l'obligation de l'associé mis en demeure, cela n'est pas douteux. Mais faut-il une mise en demeure? Sur ce point, il y a controverse. Il y a des auteurs qui suivent l'opinion de Pothier (3); à notre avis, c'est la bonne. L'article 1846 ne peut pas être appliqué aux fruits. En effet, la règle à laquelle il déroge ne concerne que les obligations qui ont pour objet une somme d'argent (art. 1153), et le texte de l'article 1846 ne parle que de l'apport d'une somme. L'exception, de même que la règle sont donc spéciales; il faut les laisser de côté pour s'en tenir aux principes généraux

(1) Duranton, t. XVII, p. 400, n° 398. Pont, p. 210, n° 298.
(2) Pothier, *De la société*, n° 115.
(3) Duvergier, p. 194, n° 152. Troplong, n° 531. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 432, note 5.

de droit. Or, d'après ces principes, il faut une mise en demeure pour que le débiteur soit tenu des dommages-intérêts; le code ne déroge pas à ces principes, en matière de société; c'est dire qu'ils restent applicables. On objecte l'esprit de la loi : il y a même raison de décider, dit-on; qu'il s'agisse de fruits ou d'intérêts d'une somme d'argent, dans tous les cas, la société souffre un dommage : pourquoi aurait-elle droit à des dommages-intérêts quand l'apport consiste dans une somme d'argent, tandis qu'elle ne pourrait pas en réclamer quand l'apport consiste dans une chose frugifère? On ajoute qu'une mise en demeure est inutile, l'associé est mis en demeure en vertu de la nature du contrat. Nous répondons que la loi aurait sans doute dû établir ce principe comme règle générale, mais elle ne l'a pas fait; on est donc en présence d'une règle générale à laquelle le code n'a point dérogé. Cela décide la question.

L'opinion contraire est plus généralement enseignée. Un de nos meilleurs auteurs, Delangle, dit que l'associé, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure, est débiteur et des fruits qu'il a recueillis et de ceux que, plus habile ou plus diligent, il eût pu recueillir. C'est la *punition* de sa faute; elle ne lui serait pas remise dans le cas même où il serait douteux que la société, possédant la chose, en eût tiré un meilleur parti. La *peine*, continue Delangle, peut aller plus loin : si le retard a causé à la société un dommage excédant la privation des fruits, l'associé en est responsable (1). Il nous semble que les termes mêmes dans lesquels cette opinion est formulée la condamnent. Le juge peut-il infliger une *peine* au débiteur sans qu'il y ait une loi qui la prononce? Cela est impossible; or, de loi il n'y en a pas puisque l'article 1846, en tant qu'il prononce une peine, est de stricte interprétation.

N° 3 DE L'APPORT DE L'INDUSTRIE.

251. « Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société lui doivent compte de tous les gains

(1) Delangle, n°s 77 et 78. Comparez Pont, p. 192, n° 263, et les auteurs qu'il cite.

qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société » (art. 1847). Pothier, à qui cette disposition est empruntée, l'explique en ajoutant que si l'associé a une autre industrie, qui ne fait pas l'objet de la société, il ne doit pas compte à ses coassociés des gains qu'il en retirerait. Le cas s'est présenté devant la cour de Lyon. Des industriels s'associent pour la fabrication de l'acier; ils se soumettent à consacrer tout leur temps, tout leur travail au perfectionnement de cette industrie. L'un d'eux invente un procédé pour revêtir le fer d'une couche de fer fondu, industrie qui est spéciale aux établissements où l'on confectionne des pièces de forge rechargées d'acier. L'autre associé demande que l'inventeur rende compte à la société des gains qu'il a faits par cette découverte. Il a été jugé que l'invention n'était pas un procédé pour fabriquer de l'acier, seul objet de la société; dès lors l'article 1847 était inapplicable, puisque les associés qui se sont obligés à apporter toute leur industrie à une société ne sont tenus de rendre compte que des gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui fait l'objet de cette société (1).

252. Il y a une différence entre l'apport de l'industrie et l'apport d'une chose mobilière ou immobilière. L'associé qui promet son industrie contracte une obligation de faire; tandis que celui qui s'oblige à apporter un meuble ou un immeuble contracte une obligation de donner. De plus, l'obligation de faire, dans l'apport de l'industrie, est une obligation successive, qui se continue pendant toute la durée de la société et qui cesse naturellement quand la société finit; l'associé reprend, dans ce cas, l'exercice de son industrie telle qu'il l'avait apportée, avec les accessoires, s'il y en a. La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Un artiste, qui s'est fait une réputation sous le pseudonyme de *Nadar*, s'associe avec son frère pour l'exploitation de la photographie, en consentant à ce que le pseudonyme figure dans la raison sociale. Après la dissolution de la société, il demande que son frère supprime le nom de *Nadar* de

(1) Pothier, n° 120. Lyon, 18 juin 1856 (Dalloz, 1857, 2, 71).

l'enseigne de son entreprise de photographie, lui-même étant intéressé à l'utiliser pour une entreprise qui lui était propre. La question était de savoir si ce pseudonyme avait été cédé à la société, comme le serait un objet mobilier ou immobilier, qui devient la propriété des deux associés. Poser la question, c'est la résoudre. Le pseudonyme était un accessoire du travail que l'artiste avait promis à la société; en reprenant son travail, il reprenait son nom (1).

§ II. *De la responsabilité des associés.*

N° 1. DE LA FAUTE.

253. « Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa *faute* » (art. 1850). De quelle faute l'associé est-il tenu? Nous avons répondu à la question en exposant la théorie des fautes, au titre des *Obligations*. Il faut appliquer le principe général de l'article 1137, parce que le code n'y déroge point au titre de la *Société*; l'associé doit donc apporter aux affaires sociales les soins d'un bon père de famille; c'est ce que, dans le langage traditionnel, on appelle la faute légère *in abstracto*. Dans la théorie des anciens interprètes, on y ajoutait une restriction empruntée à une loi romaine. « On ne peut exiger de l'associé, dit Pothier, que le soin dont il est capable et qu'il apporte à ses propres affaires; s'il n'a pas la même prévoyance qu'ont dans leurs affaires les plus habiles pères de famille, ses associés ne doivent pas lui imputer ce défaut, mais plutôt s'imputer à eux-mêmes de s'être associés avec lui. » Duranton et, à sa suite, Troplong reproduisent cette doctrine avec plus ou moins de précision; ce qui aboutit à la conséquence que l'associé ne serait tenu que de la faute légère *in concreto*. Nous croyons, avec Duvergier, que le tempérament de Pothier doit être rejeté et qu'il faut s'en tenir à la responsabilité de l'article 1137 (2).

(1) Cassation, 6 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 248). Pont, p. 214, n° 304.
(2) Duranton, t. XVII, p. 410, n° 403. Troplong, n°s 566-576. Duvergier, p. 383, n° 324. Pont, p. 247, n°s 353 et 354. Comparez Pothier, *De la société*, n° 124.