que l'article 1849 impose à l'associé. Tant que dure la société, dit Duvergier, chaque associé n'a point une part distincte dans les créances sociales. Cela suppose que la créance appartient à la société, considérée comme être moral. C'est la société, dit Troplong, qui est propriétaire de la créance; ce que l'associé reçoit de la créance sociale n'était pas à lui, mais à la société : les deniers, en passant par ses mains, sont tombés forcément dans celles de la société; il en a été le ministre malgré lui, il a agi pour elle, alors qu'il croyait n'agir que dans son intérêt individuel (1). Il est inutile de combattre cette interprétation, nous la signalons comme une erreur, à notre avis, évidente. L'article 1849, loin de consacrer l'opinion qui personnifie la société civile, témoigne contre ceux qui l'invoquent, car on ne peut pas séparer cette disposition de l'explication que Pothier en donne, et il n'y a pas un mot dans Pothier qui ait trait à la personnification; au contraire, ce qu'il dit implique que les créances sociales se divisent et qu'elles appartiennent à chaque associé pour sa part; et le texte de l'article 1849 le dit en toutes lettres, puisqu'il prévoit le cas où l'associé aurait donné quittance *pour sa part*. Les auteurs oublient donc le texte de la loi, et ils ne tiennent aucun compte de son esprit.

**264**. Préciser les vrais motifs de la loi, c'est résoudre les difficultés auxquelles elle donne lieu. On demande si l'associé doit rapporter immédiatement à la masse ce qu'il a reçu de la créance sociale pour sa part, ou n'y est-il tenu que lorsque le débiteur est devenu insolvable? Ces derniers termes sont ceux de la loi, elle les a empruntés à Pothier; cependant les auteurs enseignent qu'il ne faut pas s'attacher à la lettre de l'article. Et la raison? C'est que la somme que l'associé reçoit d'un débiteur de la société devient la propriété de la société malgré lui, parce que, pendant la durée de la société, celle-ci est propriétaire de la créance, et les associés n'y ont aucun droit. S'il en était ainsi, l'article 1849 serait inutile; il va sans dire que l'associé doit remettre dans la caisse sociale ce

(1) Duvergier, p. 401, n° 342. Troplong, n° 560.



qui appartient à la société, et il le doit de suite. Non-seulement l'article est inutile, mais il est incompréhensible. Pourquoi n'oblige-t-il l'associé au rapport que lorsque le débiteur est devenu insolvable? Qu'est-ce que l'insolvabilité du débiteur a à faire ici? Aussi les auteurs sont-ils obligés d'effacer ce que la loi dit de l'insolvabilité du débiteur (1). Singulière façon d'interpréter les lois que de les mutiler, ou de les corriger!

**265**. Pothier, après avoir exposé le cas prévu par l'article 1849, ajoute : « Par la même raison, si un des associés, trouvant une occasion de vendre avantageusement des marchandises de la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la société, l'a fait pour son compte particulier, en vendant *sa part*, il sera obligé de rapporter à la masse commune ce qu'il a vendu de plus *sa part* que l'autre associé n'a vendu la sienne. » Les auteurs qui reproduisent cette décision la rattachent également au prétendu principe de la personnification. Pothier est cependant aussi explicite que possible; il suppose que chaque associé a *sa part* dans la propriété commune, et sa décision n'a de sens que si l'on admet cette supposition. Le vrai motif de décider est le même que dans le cas de l'article 1848; Pothier le dit encore (2). Il ne saurait y avoir de doute sur ce point. La disposition de l'article 1849 est l'application d'un principe général; on peut donc et on doit l'étendre aux cas analogues quand il y a même motif de décider.

## § III. *Des obligations de la société envers les associés.*

### N° 1. DE LA RESTITUTION DES APPORTS ET DES RISQUES.

**266**. L'associé a-t-il droit à la restitution de son apport? Si la chose qui le constitue périt, qui supporte la perte? Quelle est l'influence de la perte sur l'existence de la

(1) Duvergier, p. 402, n° 339, et les auteurs cités par Pont, p. 242, note. Pont est d'un avis contraire, n° 344.
(2) Pothier, *De la société*, n° 122. Pont, p. 243, n° 347. Comparez Duvergier, p. 403, n° 342; Troplong, n° 563.

société? Ces questions ne sont pas sans difficulté, à raison de la rédaction obscure de la loi. Nous croyons qu'elles doivent se décider d'après les principes généraux qui régissent les obligations. Il faut distinguer quel est l'objet de l'apport. L'associé peut mettre dans la société soit la propriété des choses qu'il apporte, soit la jouissance seulement.

### I. *De l'apport de la propriété.*

**267**. Quand l'associé s'oblige à apporter la propriété d'une chose dans la société, il n'a pas droit à la restitution de son apport. La chose entre dans l'actif social; chacun des associés y a un droit de copropriété, pendant la durée de la société et, à la dissolution, le fonds commun se partage. Le droit de l'associé qui a fait l'apport ne diffère point du droit des autres associés; il cesse d'être propriétaire et devient copropriétaire, pour sa part, d'une chose commune (n° 245); et, lors du partage, il prend sa part dans cette chose comme dans toutes celles qui composent l'actif social. Dans cette hypothèse, il ne peut être question de la reprise des apports; l'associé est débiteur envers la société de la propriété de la chose et, étant débiteur, il ne saurait être créancier (art. 1845); la société n'a donc aucune obligation, de ce chef, envers l'associé (1).

**268**. Si la chose vient à périr, qui supportera la perte? Pothier répond : « Lorsque la chose que l'associé a promis d'apporter est un corps certain et déterminé, et qu'elle vienne à périr sans la faute de l'associé et avant qu'il ait été constitué en demeure de la livrer, il est quitte de son obligation, comme s'il l'avait apportée. » C'est dire que la chose périt pour la société; ce qui n'empêchera pas l'associé d'exercer ses droits, soit pendant la durée de la société, soit à sa dissolution. Pothier ajoute que cela est conforme aux principes qui régissent la dette d'un corps certain : la chose due est aux risques du créancier, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute et avant

(1) Pont, p. 257, n° 365.



qu'il ait été mis en demeure de la livrer. Il est libéré en ce sens qu'il a rempli son obligation en conservant la chose avec les soins d'un bon père de famille. Ayant rempli son obligation, l'associé peut exercer les droits qui lui appartiennent en vertu du contrat de société, de même que le vendeur peut demander le prix de la chose lorsqu'elle a péri par cas fortuit avant la livraison (1).

Les principes que Pothier applique à la société sont aussi ceux du code civil (art. 1138 et 1302). Reste à savoir si le législateur y a dérogé, au titre de la *Société*. A première vue l'article 1867 semble consacrer une dérogation aux principes généraux sur les risques; le premier alinéa porte : « Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés. » Le troisième alinéa ajoute : « Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. » Quel est le sens du premier alinéa? Il semble prévoir l'hypothèse de Pothier : l'associé promet d'apporter un corps certain; la chose vient à périr sans sa faute, avant qu'il ait *payé*, c'est-à-dire livré la chose, ou, comme dit l'article 1867, avant qu'il ait *effectué la mise*. Pothier décide que la chose périt pour la société; ce qui implique que la société subsiste et que l'associé y conserve tous ses droits. L'article 1867 dit que la société est dissoute, ce qui implique que l'associé est sans droit; donc la chose périt pour l'associé (2).

Nous ne croyons pas que tel soit le sens du premier alinéa de l'article 1867. Si on l'interprétait ainsi, on le mettrait en opposition avec les principes généraux de droit, sans qu'il y ait aucune raison de cette dérogation. Quand l'associé promet l'apport d'un corps certain, la société est créancière, le même que l'acheteur; donc elle doit supporter les risques, de même que l'acheteur les supporte. Il y a plus; si l'on admettait que le premier alinéa déroge au principe des risques, cet alinéa serait en oppo-

(1) Pothier, *De la société*, n° 110.
(2) Buguet sur Pothier, t. IV, p. 281, note 2.

sition avec le troisième. Cette dernière disposition prévoit le cas d'un apport de propriété ; et elle décide que du moment où la propriété est transportée à la société, la perte est à ses risques. Or, la propriété est acquise à la société par le seul fait de la promesse d'apport avant toute tradition. Ainsi, dès que le contrat de société est parfait par le concours de consentement, la chose est aux risques de la société, d'après le troisième alinéa; il est donc impossible que la chose soit aux risques de l'associé en vertu du premier alinéa.

Nous concluons que le premier alinéa de l'article 1867 ne peut pas avoir le sens qu'il paraît avoir. Pour en déterminer la signification, il faut le rapprocher du troisième alinéa. Celui-ci prévoit le cas où la propriété est transférée à la société ; le premier doit donc prévoir le cas où la propriété n'est pas transférée; l'associé reste propriétaire et la chose vient à périr pendant qu'il est encore propriétaire; c'est ce que la loi entend par ces mots : *avant que la mise soit effectuée.* La mise n'est pas effectuée, puisqu'elle consistait dans la *mise en commun de la propriété de la chose;* la mise ne peut même plus être effectuée, puisque la chose a péri. Il en résulte que l'associé est sans mise ; voilà pourquoi la société est dissoute, car il ne peut pas y avoir de société lorsque l'un des associés n'a point de mise. A quels cas s'applique le premier alinéa ainsi interprété? Aux cas où, en vertu de la volonté des parties contractantes, la propriété ne se transfère pas lors du contrat; ce qui peut avoir lieu 1° lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose déterminée dont il n'est pas encore propriétaire, et que cette chose vienne à périr avant que l'associé en ait acquis la propriété; l'associé est, dans ce cas, sans mise, ce qui entraîne la dissolution de la société ; 2° lorsque la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société ne se réalise que postérieurement à la perte de la chose ; dans ce cas encore, l'associé est sans mise ; 3° lorsque la société a été contractée sous une condition et que la chose promise par l'un des associés périt avant l'accomplissement de la condition ; 4° lorsque les



parties ont stipulé que la société ne commencerait qu'à une certaine époque et que la chose promise vienne à périr avant l'arrivée du terme (1).

Cette interprétation est généralement admise (2). Elle trouve un appui dans les observations du Tribunat, qui a proposé la rédaction actuelle de l'article 1867 : « Lorsque la chose, dont l'un des associés a *promis* de mettre en commun la propriété même, vient à périr avant que la mise en commun en soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, *cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise.* » Ce motif est décisif ; il ne s'applique pas au cas de la simple promesse d'apport d'un corps certain, puisque dans ce cas la réalisation de la mise n'est certes pas impossible, attendu que la mise est réalisée par l'effet du contrat. Le Tribunat continue : « Mais si la chose dont la propriété même est mise en commun ne vient à périr qu'après avoir été effectivement apportée à la société, la perte en tombe alors sur la société qui en est demeurée propriétaire. » Cela s'applique, à la lettre, à l'hypothèse de Pothier, puisque, dans notre droit moderne, la propriété est transmise par l'effet seul de la promesse. Les cas où elle ne l'est pas sont des exceptions, et des exceptions qui n'appartiennent qu'à la théorie, la vie réelle les ignore. C'est pour cela que nous n'insistons pas sur la confusion que l'on peut reprocher au Tribunat, au code et aux auteurs ; tous confondent la question des risques avec la question de la translation de la propriété ; nous avons établi les vrais principes ailleurs (t. XVI, n° 208).

**269.** Pothier dit que les questions qui s'élèvent sur la perte de la chose ne se présentent pas lorsque l'apport consiste en une somme d'argent ou en une quantité de choses fongibles, ou en des corps indéterminés, parce que

(1) Aubry et Rau, t. IV, p. 568, note 5, § 384. On cite encore comme exemple le cas où l'associé a ajourné la translation de la propriété (Duvergier, p. 518, n° 423; Pont, p. 269, n° 379). A notre avis, le risque est, dans ce cas, pour le créancier, c'est-à-dire pour la société (t. XVI, p. 272, n° 212).

(2) Voyez les auteurs cités par Pont, p. 267, note 2, et, en sens contraire, les auteurs cités, *ibid.*, note 3.

les choses indéterminées ne périssent point. Nous avons dit, au titre des *Obligations,* que le débiteur supporte les risques quand l'obligation a pour objet des choses indéterminées ; et si ces choses font l'objet d'un contrat translatif de propriété, la transmission de la propriété ne s'opère que lorsque les choses sont déterminées, ce qui se fait d'ordinaire par la tradition. De là suit que l'associé supporte toujours les risques, en ce sens qu'il doit réaliser sa mise, quand même les choses qu'il avait destinées à l'effectuer viendraient à périr. Si la perte arrive après que la mise est effectuée, elle est pour le compte de la société ; c'est le cas d'appliquer le principe que la chose périt pour le propriétaire (1).

II. *De l'apport de jouissance.*

**270**. Si l'apport a pour objet la jouissance de la chose, l'associé conserve la propriété et la société use et jouit de la chose. Le droit de la société cesse à sa dissolution ; à ce moment l'associé reprend tous ses droits, il peut donc réclamer la restitution de son apport. La société est débitrice d'un corps certain ; on lui applique, par conséquent, les principes qui régissent la dette d'une chose déterminée : elle est libérée par le cas fortuit, sauf à prouver le cas fortuit qu'elle allègue. Nous avons exposé les principes, au titre des *Obligations*. L'article 1851 les applique à la société : « Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage, elles sont aux risques de l'associé propriétaire. » Elles sont à ses risques, comme l'explique Pothier, en ce sens que si elles ont été détériorées sans la faute des associés, il les reprendra dans l'état où elles se trouvent, et si elles étaient entièrement péries, la société serait déchargée envers lui de l'obligation de les lui restituer. Si les choses avaient péri ou si elles s'étaient détériorées par la faute des associés, la société serait tenue d'indemniser l'associé, non en vertu

(1) Pothier, *De la société,* n° 112 Duranton, t. XVII, p. 399, n° 396. Duvergier, p. 520, n° 425, p. 190, n$^{os}$ 147-149. Pont, p. 284, n$^{os}$ 403-406.



des articles 1382 et suivants, comme on le dit, mais en vertu de l'article 1137, car la responsabilité dérive d'une faute contractuelle et non d'un délit ou d'un quasi-délit (1). La différence est grande, comme nous l'avons dit ailleurs.

**271**. « La société est dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété en est restée dans la main de l'associé » (art. 1867). Pothier en donne la raison. Il est de l'essence de la société que chacun des associés y contribue, c'est-à-dire ait une mise ; il ne peut donc plus y avoir de société lorsque l'un des associés n'a plus rien de quoi y contribuer ; or, si la chose dont il a promis la jouissance à la société périt, il n'a plus de mise, car il a promis une jouissance successive pendant toute la durée de la société ; dès que cette jouissance devient impossible par la perte de la chose, il n'a plus de mise, ce qui entraîne la dissolution de la société. En ce sens encore, on peut dire que la chose est aux risques de l'associé, puisque la perte rompt la société et prive, par conséquent, l'associé des bénéfices qu'il en pouvait attendre (2).

L'article 1867 dit que la société est dissoute, *dans tous les cas,* à la différence de l'hypothèse prévue par le premier et le troisième alinéa de l'article ; lorsque l'apport a pour objet la propriété de la chose, la société est dissoute par la perte de la chose ou elle ne l'est pas, suivant que la propriété reste à l'associé, jusqu'à ce que la mise soit effectuée ou qu'elle est transmise à la société par l'effet du contrat (n° 267). C'est l'explication donnée par le rapporteur du Tribunat : « Si ce n'est point la propriété même, mais seulement la jouissance, l'usage ou les fruits de leur chose que les associés ont mis en commun, il n'y a société que pour cette jouissance et pour les fruits ; il n'y a pas lieu, en ce cas, de distinguer le moment où la chose vient à périr. Qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas encore été apportée, l'association n'ayant pour objet qu'une jouissance ou des fruits, dès que la chose n'existe plus, qu'il n'y a plus de

(1) Pothier, *De la société,* n° 126. Comparez Pont, p. 272, n° 384.
(2) Pothier, *De la société.* n$^{o}$ 141.

jouissance possible, plus de fruits à recueillir, conséquemment plus de mise en société de la part de l'un des associés, il est évident que la chose périt pour celui à qui elle appartient, et que, dans les deux cas, il n'existe plus de société (1). » Boutteville explique ensuite pourquoi il faut distinguer deux cas lorsque c'est la propriété même de la chose qui a été ou qui a dû être mise en commun; nous renvoyons à ce qui vient d'être dit (n° 268).

**272**. Quand la loi parle de l'apport de jouissance, elle suppose que la société, de même que le preneur, n'a qu'un simple droit de créance sur les fruits. Elle ne prévoit pas le cas où l'associé a mis l'usufruit de la chose dans la société, parce que cela arrivera rarement. On applique, dans ce cas, les principes que la loi établit pour l'apport de la propriété. Il y a même motif de décider. L'usufruit est un droit réel, de même que la propriété; il se transmet par le seul effet de la convention, sauf les cas où les parties en auraient ajourné la transmission. La mise de l'associé s'effectue donc immédiatement. Par suite, si la chose vient à périr, la société ne sera pas dissoute, car l'associé n'est point sans mise; il n'a pas promis une jouissance successive à la société, il a promis un usufruit, et il a rempli son obligation. En ce sens, la perte est pour la société, qui perd la jouissance, tout en restant obligée envers l'associé; celui-ci prendra part aux bénéfices, quoique la société n'ait plus la jouissance de la chose. Mais la société ne sera pas tenue d'indemniser l'associé de la perte de la chose, puisque l'on suppose que la chose a péri par cas fortuit. Il va sans dire que si la chose avait péri par la faute des associés, ils en seraient responsables (2).

**273**. Les principes qui régissent l'apport de jouissance reçoivent exception dans les trois cas prévus par l'article 1851. Quand les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société se consomment par l'usage, elles sont aux risques de la société. Il y a, dans ce cas,

(1) Boutteville, Rapport, n° 20 (Locré, t. VII, p. 251). Pont, p. 274, n°s 385-387.

(2) Pont, p. 271, n°s 381-384. En sens contraire, Duvergier, p. 520, n° 426.



transport de propriété, quoique l'associé n'ait promis que la jouissance; en effet, la société ne peut jouir des choses qu'en les consommant, et le propriétaire seul a le droit de consommer la chose; donc la société devient nécessairement propriétaire, et, devenant propriétaire, c'est elle qui supporte les risques. Si les choses périssent avant qu'elles aient été consommées, la perte est pour la société. La société ne sera pas dissoute, puisque la mise de l'associé a été effectuée; l'associé aura donc droit à sa part dans les bénéfices et, de plus, il pourra réclamer, lors de la dissolution, des choses de même quantité, qualité et valeur, ou leur estimation, s'il y a lieu (art. 587); car il n'a fait qu'un apport de jouissance, il a donc droit à la restitution du capital (art. 1851, 1867). Cette restitution se fait comme en matière d'usufruit, la société qui a le droit de consommer les choses étant, en réalité, quasi-usufruitière (1).

**274**. L'article 1851 met sur la même ligne que les choses consomptibles celles qui se détériorent en les gardant; elles sont également aux risques de la société. En quel sens faut-il entendre cette assimilation? Si les choses sont aux risques de la société, quoique l'associé n'en ait apporté que la jouissance, la raison en doit être que la société en est devenue propriétaire. La loi suppose que telle est l'intention des parties contractantes : quoique ces choses ne se consomment pas par l'usage qu'on en fait, elles se détruisent insensiblement, en ce sens qu'après un certain laps de temps elles perdent toute valeur; c'est donc comme si elles n'existaient plus. Or, on ne peut pas admettre que l'associé qui promet seulement la jouissance de ces choses ait voulu les reprendre, à la dissolution de la société, dans l'état de détérioration ou de destruction où elles se trouvent. Quand donc l'article 1851 dit que ces choses sont aux risques de la société, il entend non-seulement que la société répond de la perte totale, mais aussi que la détérioration est pour son compte : l'associé ne reprend pas les choses en nature, il est créan-

(1) Delvincourt, t. III, note 4 de la page 125, et tous les auteurs.

cier de la valeur. C'est une conséquence du transport de propriété (1).

Quelle est la valeur que l'associé reprend? est-ce la valeur à l'époque où la mise est effectuée? ou est-ce la valeur à l'époque de la dissolution de la société? Si l'on admet qu'il y a transport de propriété, il faut décider que l'associé devient créancier de la valeur au moment où il transfère la propriété; c'est une espèce de vente, comme dans le cas où les choses sont livrées à la société sur estimation. Aussi Pothier dit-il que l'associé est créancier, non des choses mêmes, mais de l'estimation qui en a été faite (2); il suppose que régulièrement les choses seront estimées; si elles ne le sont pas, le principe reste le même, il y aura toujours transport de la propriété, et, par suite, la société sera constituée débitrice de la valeur.

Le principe établi par l'article 1851 conduit encore à une autre conséquence. Il se peut qu'à la dissolution de la société les choses ne soient pas détériorées et qu'elles aient même augmenté de valeur. On demande si l'associé peut les reprendre en nature. La négative nous paraît certaine. En effet, la société est devenue propriétaire, elle est débitrice de la valeur; l'associé n'a qu'une créance, il a perdu tout droit sur la chose : cela est décisif (3).

**275**. L'article 1851 dit, en troisième lieu, que les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société sont aux risques de la société si elles sont destinées à être vendues. Dans ce cas, la translation de la propriété est certaine; pour que la société puisse vendre, elle doit être propriétaire; et, par suite, les choses sont à ses risques. L'associé, n'ayant fait qu'un apport de jouissance, a droit à la valeur des choses dont la société acquiert la propriété; cette valeur est celle que les choses ont lorsque la mise en est effectuée, parce qu'il se fait une espèce de vente; l'associé est créancier de la valeur. On applique

(1) Voyez, en sens divers, Duranton, t. XVII, p. 422, n° 409; Duvergier, p. 217, n°s 179 et 180; Pont, p. 277, n°s 392 et 393.
(2) Pothier, *De la société*, n° 126. Pont, p. 279, n° 394, et les auteurs qu'il cite. En sens contraire, Duvergier, p. 220, n° 183.
(3) Pont, p. 280, n° 395. En sens contraire, Troplong, n° 590.



ce que nous venons de dire des choses qui se détériorent en les gardant (1).

**276**. Enfin les choses sont encore aux risques de la société, quoiqu'elle en ait seulement la jouissance, lorsqu'elles ont été mises dans la société sur une estimation. Nous avons dit, ailleurs, que l'estimation vaut vente quand les parties contractantes ont intérêt à ce qu'il en soit ainsi; on suppose, dans ce cas, que leur intention est de transporter la propriété des choses qui doivent être restituées par celui qui les reçoit. L'article 1851 interprète en ce sens l'estimation que font les associés des choses dont ils mettent la jouissance dans la société, sauf à eux à déclarer que l'estimation ne vaut pas vente. Comme la loi parle de *choses* en termes généraux, il faut décider qu'elle s'applique aux immeubles aussi bien qu'aux meubles. C'est une différence entre la société et le régime dotal (art. 1551 et 1552). La raison de la différence est sensible; les sociétés se forment dans un but de spéculation, il importe donc de leur donner un pouvoir étendu sur l'apport des associés; tandis que le régime dotal est essentiellement conservateur, à ce point que les fonds dotaux sont frappés d'inaliénabilité; ce qui exclut l'intention d'en transférer la propriété au mari.

Comment l'estimation doit-elle se faire? L'article 1851 suppose que l'estimation est portée par un inventaire. Tous les auteurs s'accordent à dire que ce n'est pas là une condition; elle n'aurait pas de raison d'être. Il suffit que l'estimation se fasse de commun accord, n'importe dans quelle forme; elle doit se faire de commun accord, parce que c'est sur l'intention des parties contractantes que la loi se fonde pour décider que l'estimation vaut vente (2).

Quel est le droit de l'associé? L'article 1851 répond que si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de son estimation. Il est réputé vendeur, et, à ce titre, il est créancier du prix.

(1) Duranton, t. XVII, p. 423, n° 409; Pont, p. 281, n°s 396 et 397. En sens contraire, Delvincourt, Duvergier et Troplong.
(2) Pont, p. 282, n°s 399-401, et les auteurs qu'il cite.

### N° 2. CRÉANCES DES ASSOCIÉS CONTRE LA SOCIÉTÉ.

**277.** « Un associé a action contre la société à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle » (art. 1852). Par exemple, dit Pothier, à raison des frais de voyages qu'il a faits pour les affaires de la société. On admet que l'associé a aussi droit à l'intérêt des sommes qu'il a déboursées pour la société. Cela n'est pas douteux quand l'associé a le pouvoir d'administrer en vertu d'un mandat exprès ou tacite; il peut invoquer, dans ce cas, l'article 2001, aux termes duquel « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées. Si l'associé n'est pas administrateur, il agit comme gérant d'affaires quand il fait des déboursés pour le compte de la société : le gérant peut-il invoquer l'article 2001? Nous avons examiné la question ailleurs (1).

L'associé a même droit aux intérêts des intérêts s'il a dû les payer pour se procurer les fonds dont il a fait l'avance au profit de la société. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une espèce où l'associé avait fait un emprunt au moyen de comptes courants arrêtés tous les six mois, avec capitalisation des intérêts. On objectait l'article 1154, qui n'autorise l'anatocisme que sous les conditions très-rigoureuses qu'il établit. La cour répond que cette disposition est hors de cause, le litige devant être décidé par l'article 1852; or, il était constaté par l'arrêt attaqué que l'associé ne réclamait que le remboursement des intérêts qu'il avait été obligé lui-même de payer à ses bailleurs de fonds; il s'agissait donc, non d'anatocisme, mais d'avances (2).

**278.** L'associé a encore action contre la société à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société (art. 1852). On suppose que l'associé a traité en son nom; il est donc personnellement obligé envers le tiers; mais, comme il a agi pour le compte de la société, il peut, s'il est poursuivi, mettre ses coassociés en cause; et s'il a payé, il peut répéter. La loi y

(1) Pont, p. 288, n° 413.
(2) Rejet, 24 mars 1869 (Dalloz, 1870, 1, 105).



met une condition, c'est que l'obligation ait été contractée de bonne foi. Cette condition est générale dans tous les rapports des associés entre eux, car ces rapports sont essentiellement fondés sur la bonne foi. Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté ces règles, donne comme exemple le cas où l'associé vend un effet de la société pour le compte de la masse; il doit être indemnisé par la société de l'obligation de garantie qu'il a contractée envers l'acheteur.

**279.** Enfin l'associé a action contre la société à raison des risques inséparables de sa gestion (art. 1852). La loi est restrictive; l'associé n'a pas action pour tous les risques qu'il court, il faut que ces risques soient inséparables de sa gestion et qu'il ne les ait courus que pour les affaires de la société. C'est l'explication de Pothier; dans ce cas, dit-il, la société devant avoir tout le profit qui résulte de la gestion, il est équitable qu'elle supporte tous les risques. Pothier en conclut que si un associé est dépouillé par des voleurs, il a droit à une indemnité pour les sommes qu'il avait sur lui et dont il ne pouvait se passer, mais que la société ne doit pas porter le risque du superflu (1).

**280.** Comment l'associé exerce-t-il les actions qu'il a contre la société? Dans notre opinion, la société n'est pas un être moral, une personne dite civile; ce n'est donc pas contre la société que l'associé agit, c'est contre les associés. Telle est aussi la tradition. Pothier dit que si la société est débitrice envers l'un des associés, chacun des associés n'est tenu envers lui que de la part qu'il a en la société. La dette se divise donc entre les associés. Sur ce point, il y a quelque doute.

La règle est que lorsqu'il y a plusieurs débiteurs, la dette se divise entre eux, à moins que la dette ne soit indivisible ou solidaire. Il ne peut être question d'indivisibilité, puisqu'il s'agit de dettes d'argent. Mais on a soutenu que les associés étaient tenus solidairement. La doctrine (2) et la jurisprudence se sont prononcées pour

(1) Pothier, *De la société*, n°s 128 et 129.
(2) Pothier, *De la société*, n° 132. Delangle, n° 265. Pont, p. 295, n°s 423 et 424.

l'opinion contraire. Dans un premier arrêt, la cour de cassation invoque l'article 1202, aux termes duquel la solidarité ne peut être admise que si elle est expressément stipulée par les parties ou établie par la loi; et aucune loi, dit l'arrêt, ne l'établit entre associés pour l'exécution des engagements respectifs des uns envers les autres (1). La cour ne prévoit point la véritable difficulté; elle résulte de l'article 2002, d'après lequel chacun des mandants est tenu solidairement envers le mandataire; or, les associés sont mandataires lorsque l'acte leur donne pouvoir de gérer; et, à défaut de stipulations, ils sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Il y a donc plusieurs mandants, et, partant, ils sont tenus solidairement. Dans un second arrêt, la cour de cassation applique l'article 1214, d'après lequel le codébiteur solidaire qui paye la dette ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux (2). On considère donc l'associé qui paye une dette sociale comme étant lui-même mandant, c'est-à-dire débiteur solidaire. Cela peut se soutenir dans le cas prévu par l'article 1859, quand tous les associés ont pouvoir d'administrer. Mais si le contrat charge l'un des associés de l'administration, les autres n'ont plus le pouvoir de gérer, ils ne sont plus des mandataires; s'ils agissent pour le compte de la société, on ne peut les considérer que comme gérants d'affaires; et la loi n'établit aucune solidarité entre les maîtres dont l'affaire est gérée.

L'action des associés donne encore lieu à une autre difficulté. Si l'un des associés est insolvable, qui supportera la perte résultant de l'insolvabilité? Dans le cas où les associés sont considérés comme mandants, c'est-à-dire comme codébiteurs solidaires, on applique l'article 1214, aux termes duquel la perte qu'occasionne l'insolvabilité de l'un des codébiteurs solidaires se répartit par contribution entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le payement. Pothier va plus loin; il n'admet

(1) Cassation, 15 novembre 1831 (Dalloz, 1831, 1, 352).
(2) Rejet, 8 janvier 1862 (Dalloz, 1863, 1, 75). Comparez Pont, p. 296, n° 426.



pas la solidarité entre associés, et néanmoins il enseigne que la perte résultant de l'insolvabilité doit être supportée par tous les associés solvables. Il invoque l'égalité qui doit régner entre associés; cette égalité, dit-il, ne permet point que l'associé, créancier de la société, supporte seul la perte. Cela est très-douteux; ce serait une exception au principe qui régit les dettes divisibles, et peut-on admettre une exception sans un texte qui la consacre (1)?

## § IV. *Du règlement des parts.*

### N° 1. QUAND IL Y A UNE CONVENTION.

**281**. La loi ne détermine la part des associés dans les bénéfices et les pertes que dans le silence du contrat (article 1853). Elle laisse, en principe, pleine liberté aux parties contractantes. C'est le droit commun; il était inutile de le proclamer. La loi consacre implicitement le droit des associés en prohibant certaines clauses (art. 1855); l'exception confirme la règle. Treilhard le dit dans l'Exposé des motifs : « Les associés peuvent insérer dans leur contrat toute clause qui ne blesse ni la loi ni les bonnes mœurs, et la mesure de leurs engagements est celle dont il leur a plû de convenir. » A première vue on pourrait croire que l'égalité la plus complète doit régner entre les associés. Cela est vrai si l'on entend l'égalité proportionnelle; mais le rapporteur du Tribunat dit très-bien que rien ne serait plus contraire à la véritable égalité qu'une clause qui, malgré l'inégalité des mises, assignerait une part égale à chacun des associés. Voilà pourquoi la loi devait laisser aux parties le droit de fixer elles-mêmes la part de chacune d'elles dans les bénéfices et dans les pertes. « Il est évident, dit Boutteville, que ceux qui forment une société sont les seuls qui puissent bien connaître et justement apprécier ce que chacun d'eux y apporte en valeurs réelles, mais surtout en industrie, en zèle, en ta-

(1) En sens contraire, Pont, p. 296, n° 425, d'après Pothier, n° 132.