

elle par un associé, on tombe dans les principes du mandat et dans la loi qui règle l'indemnité des risques supportés par le mandataire. Le premier paragraphe de l'article 1851 reproduit les règles de l'usufruit; l'article 1852 est l'expression des règles du mandat.

611. Nous terminerons par une observation commune aux articles 1851 et 1852: c'est que chacun des associés n'est tenu de satisfaire à l'obligation de la société envers un co-associé que pour sa part et portion (1), et l'associé créancier est tenu, comme membre de la société, d'en supporter sa part (2).

612. Si l'un des associés n'était pas solvable, il ne serait pas juste que cette perte fût supportée par l'associé créancier: rien ne serait plus contraire à l'égalité qui doit régner entre associés. Cette perte doit donc se répartir entre lui et les associés solvables (3). Par exemple, quatre personnes sont en société, chacune pour un quart; Primus, l'une d'elles, est créancier de la société pour 1,200 francs de déboursés; la part respective est donc de 300 francs, et Primus sera fondé à la réclamer de Secundus, de Tertius et de Quartus; ce qui lui fera un total de 900 francs, les 1,200 francs se trouvant complétés par la contribution que lui Primus doit à cette société.

Mais Quartus est insolvable; les 300 francs qu'il doit, sans pouvoir les payer, seront répartis entre les

(1) Pothier, n° 432.

(2) *Suprà*, n° 586.

M. Duvergier, n° 353, V. cependant *infra*, n° 660.

(3) Paul, l. 67 D. *Pro socio*.

Cujas sur cette loi, lib. 32. *Paule ad edict.*: « Et hujus sententiæ ratio hæc est: quia societas contrahitur non tantum ut » *lucrum*, sed etiam ut *damnum* et *periculum* omne sit commune. » Pothier, n° 432.

trois associés solvables, Primus, Secundus, Tertius, et Primus recouvrera 100 francs par tête sur Secundus et Tertius (1).

A RTICLE 1853.

Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.

A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

SOMMAIRE.

613. Exposé de l'art. 1853. Des parts telles que les fait la loi en l'absence de conventions.
614. Diversité d'opinions dans l'ancien droit. Système d'égalité absolue; système d'égalité proportionnelle.
615. Le Code a embrassé le système d'égalité relative.
616. Difficulté pour trouver cette égalité, quand l'un des associés a mis la propriété d'une somme d'argent, et l'autre la simple jouissance d'une autre somme.
Moyen donné par Puffendorff et adopté par Pothier.
617. Règle donnée par l'art. 1853 pour fixer la part de l'industrie.
618. Application de cette règle quand il y a deux associés seulement.
619. Et quand l'industriel apporte des fonds avec son industrie.
620. *Quid* quand la société se compose de deux personnes ayant chacune une industrie?
621. Conseil donné aux associés de régler leur position par le contrat de société.

(1) Pothier, n° 432.

Cujas, *loc. cit.*

622. Est-il vrai, du reste, qu'on ne puisse rien prendre sur les gains tant que le résultat final de la société n'est pas connu ?

Détails et renvoi au n° 846.

COMMENTAIRE.

613. Notre article et les suivans vont s'occuper des parts des associés dans le capital social et dans les pertes. Quand ces parts ne sont pas déterminées par la convention, la loi se charge de les régler elle-même. De là deux ordres de participation aux bénéfices et aux pertes : l'un résultant de la loi, l'autre résultant de la convention. Notre article traite de la distribution légale ; il décide que lorsque l'acte de société ne détermine pas la part de chaque associé, cette part est à proportion de la mise.

614. Ce point avait fait l'objet de grandes controverses parmi les interprètes. Les uns avaient soutenu que l'inégalité des mises ne devait pas entraîner l'inégalité dans la participation aux bénéfices et aux pertes. Ils voulaient que le partage se fit par portions égales, en se fondant sur le texte d'Ulpien : « Si non fuerint partes » societati adjectæ, æquas eas esse constat (1). » Ce système d'égalité absolue avait trouvé de nombreux partisans, Conan (2), Tulden (3), etc., etc. D'autres, au contraire, soutenaient qu'Ulpien n'avait entendu parler que d'une égalité proportionnelle (4), ainsi que l'a-

(1) L. 29 D. *Pro socio*. Junge Inst. *De societate*, § 1, et Caius, III, 150.

(2) Lib. 7, c. 13.

(3) Com. hic., c. 5.

Junge M. Ducaurroy, t. 3, n° 1060.

M. Toullier, t. 13, n° 409.

(4) Noodt, ad Pandect. *Pro socio*.

Godefroy sur la loi 29.

Balde sur la loi 1 C. *Pro socio*, n° 22.

Felicius, c. 15, n° 42, 43.

vait fait Pomponius dans la loi 6 au D. *Pro socio*, et Proculus dans la loi 80 au D., même titre.

Une troisième opinion s'efforçait de concilier, par une distinction, ces deux interprétations opposées. Si la société était une société particulière, on accordait que l'égalité relative était le seul moyen de maintenir entre les associés des rapports équitables. Mais si la société était de tous biens, on soutenait que quelle que fût l'inégalité des mises, le partage devait se faire par portions égales ; car, disait-on, ces sortes de sociétés sont soumises à des éventualités qui peuvent en déranger les combinaisons primitives ; tel, qui apporte moins à l'origine, peut, par la suite, être celui qui apporte le plus. Ce sont donc les chances qu'il faut considérer, et comme elles peuvent être égales, l'égalité dans les parts est la loi la plus juste, quel que soit l'évènement (1) ; c'est, du reste, le système qui préside au partage de la communauté entre époux.

Enfin, Pothier propose une théorie qui lui est propre (2).

Lorsque la valeur des apports est apparente, comme, par exemple, quand ces apports sont de sommes d'argent, ou d'objets estimés, les parts sont proportionnées aux mises.

Mais si la valeur des apports est incertaine, c'est l'égalité absolue qui doit prévaloir, et la loi 29 s'applique à la lettre. Pourquoi cette différence ? probablement parce que le silence gardé par les associés, sur la valeur des apports et sur l'étendue, indique qu'ils ont voulu partager par portions égales.

615. Le Code a voulu faire cesser toutes ces controverses. Il établit d'une manière générale l'égalité rela-

(1) Felicius, c. 15, n° 1, 2 et 7 : il cite une foule de docteurs. Vinnius sur les Inst. *De societate*, § 1, n° 2.

(2) *Société*, n° 73.

tive et géométrique; il s'applique aux sociétés universelles comme aux sociétés particulières; aux mises non estimées comme aux mises estimées. Il connaissait les anciennes distinctions; il avait surtout sous les yeux celles de Pothier. Il y a eu affectation de sa part à ne pas les reproduire. Donc, en enseignant la distinction de Vinnius et de Felicius entre les sociétés de tous biens et les sociétés particulières, et celle de Pothier entre les choses estimées et les choses non estimées, M. Duranton (1) me paraît s'être écarté de la lettre et de l'esprit de l'art. 1853 (2). Je ne dis pas toutefois que les juges ne puissent prendre en considération le défaut d'estimation et de fixation des parts pour arriver avec d'autres adminicules à établir que les parties ont voulu une égalité arithmétique et absolue. Mais je dis que cette égalité n'est pas la conséquence nécessaire de ces deux faits; sans quoi l'on serait poussé jusqu'à l'absurde et il faudrait dire qu'il y aura égalité de partage entre deux associés dont l'un a mis sans estimation dans la société sa maison, et l'autre la simple jouissance (non estimée) de la sienne. Je dis que le Code veut l'égalité relative toutes les fois qu'il n'apparaît pas d'une volonté formellement contraire des associés; et c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement cette volonté.

616. Lorsque l'un des associés a mis dans la société la propriété d'une somme d'argent, et l'autre la simple jouissance d'une autre somme, les juges éprouveront peut-être de l'embarras pour régler les parts.

(1) T. 17, nos 360 et 426.

M. Pardessus, n° 985, enseigne aussi la doctrine de Pothier, ainsi que MM. Malpeyre et Jourdain, n° 141.

(2) *Junge* M. Duvergier, nos 225 et 228.

Voici un exemple donné par M. Delvincourt et répété par MM. Duranton (1) et Duvergier (2).

Pierre et Paul contractent une société pour cinq ans. Pierre y met 2,000 fr., Paul y apporte 4,000 fr., mais il stipule qu'il prélèvera 2,000 fr. avant partage. On ne saurait traiter Paul comme s'il eût mis 4,000 fr. dans la société; car la société a toujours été sa débitrice de 2,000 fr.; sa mise sera donc de 2,000 fr., plus de l'intérêt de 2,000 fr. pendant cinq ans, et sa part dans les bénéfices ou pertes sera calculée en conséquence (3).

Cette manière d'évaluer la jouissance d'une somme d'argent est empruntée à Pothier (4), qui, lui-même, déclare l'avoir prise à Puffendorff (5); elle est simple et logique. La valeur de l'usage apporté à la société ne saurait être évaluée qu'à l'intérêt ordinaire de l'argent, à moins de se livrer aux insolubles calculs des probabilités du risque.

617. Quand c'est une industrie qui est apportée à la société et que le contrat ne lui assigne pas une valeur précise, l'art. 1853 veut que la part de l'industriel soit réglée comme si sa mise était égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

Par cette fixation, le législateur a voulu que celui, qui apporte son travail et ses bras, ne négligeât pas de faire sa part et d'assurer son sort dans la société. Si on lui eût donné la part la plus forte, on aurait encouragé l'oubli de la précaution la plus facile à prendre (6).

618. Il suit de là que si la société se compose de deux

(1) N° 427.

(2) N° 230.

(3) T. 3, notes, p. 224.

(4) N° 16.

(5) N° 5, ch. 8, § 2.

(6) M. Boutteville, tribun. (Fenet, t. 14, p. 440.)

associés seulement, dont l'un aura apporté 10,000 fr., l'autre son industrie, le partage se fera par moitié. C'était aussi l'opinion de Balde dans l'ancien droit; l'égalité étant à ses yeux la règle des rapports entre associés, il voulait que celui qui avait apporté son industrie prît, dans les bénéfices, une part égale à celle de l'associé qui a fourni les fonds (1).

619. Mais supposons que l'industriel ait apporté une somme d'argent, 10,000 fr., par exemple, et son industrie, et l'autre associé, 20,000 fr.; l'industrie du premier sera évaluée à 20,000 fr., et son apport sera censé être de 30,000 fr. — On se tromperait étrangement, si l'on voulait prendre pour base de l'appréciation de l'industrie les 10,000 fr. apportés par l'associé travailleur. Ces 10,000 fr. ne doivent pas servir de terme de comparaison. Notre article veut qu'on choisisse le point de départ dans la mise de l'autre associé; d'ailleurs, ces 10,000 fr. ne sont pas une mise; ils ne sont que partie d'une mise (2).

620. Quand la société se compose de deux personnes qui ont fourni leur industrie, la loi ne donne pas de règle *à priori* pour suppléer au défaut de convention. Disons avec Balde que c'est une question de fait laissée à l'appréciation du juge (3); on pèsera l'importance des deux industries et les services qu'elles peuvent rendre à la société.

621. Telles sont les règles auxquelles on aura recours pour suppléer au silence des parties; mais les associés agiront avec prudence en faisant eux-mêmes leur position.

(1) Sur la loi 1. C. *Pro socio*, nos 3, 4, 5.

(2) M. Durantou, t. 17, n° 433.

M. Duvergier, n° 232.

(3) Sur la loi 1 C. *Pro socio*, n° 22.

622. Ces parts dans les bénéfices et dans les pertes ne se distribuent souvent qu'à la fin de la société, alors que l'ensemble des opérations est complet et que, par la balance de leur résultat final, on peut savoir s'il y a eu bonne ou mauvaise fortune et si le capital social a été augmenté ou diminué.

Il y a même des auteurs qui veulent que ce soit une règle de droit, de ne rien prendre sur les gains, tant que la société n'est pas terminée. « Prima opinio, dit Felicius, verissima est, ante societatem finitam et revisam rationem, *lucrum extrahi non posse* quia an adsit *lucrum vel damnum, cognosci non potest, nisi finita societate, et revisis rationibus* (L. *Mutius D. Pro socio* et *rota genuensis, decis. 173, n° 16*) (1). » Mais cette proposition, sur laquelle nous reviendrons plus tard, est beaucoup trop absolue; nous verrons Bartole la révoquer en doute, et la jurisprudence de la Cour de cassation s'en écarter formellement (2). Ce qu'il y a de sûr, c'est que Felicius limite sa proposition par un si grand nombre d'exceptions, qu'il n'y a presque plus de distance entre son affirmation et les doutes de Bartole (3). En effet, voici dans quels cas il admet la distribution anticipée des bénéfices.

1° Dans le cas où il aurait été convenu qu'une portion des gains serait, à certaines époques, répartie entre les associés (4); c'est ce qui se pratique, dit-il, dans les sociétés pour les offices de la cour de Rome, dans les sociétés de cheptel, dans le bail à colonage, dans pres-

(1) C. 15, n° 13.

(2) *Infrà*, n° 846.

(3) Et c'est aussi ce que fait M. Duvergier, qui adopte, sans le citer, une opinion analogue à celle de Felicius, n° 221.

(4) *Junge* M. Duvergier, n° 222.

que toutes les sociétés qui doivent durer un certain temps (1)!!

2° Lorsque l'usage le permet; et Felicius (2) admet, avec Menochius (3), que les marchands ont coutume, en conservant leur capital intact, de faire une distribution annuelle de profits, surtout quand les affaires de la société sont heureuses!! Nous verrons plus tard Savary attester cet usage dans ses formules de sociétés en commandite (4).

3° Quand la nature de la spéculation indique que les parties ont entendu que les bénéfices ne seraient pas ajoutés au capital social (5).

4° Quand la société repose sur des combinaisons qui mettent un associé dans la nécessité de prendre quelque chose sur les gains pour son entretien (6).

5° Quand, l'un des associés ayant prélevé quelque chose, l'autre demande à user du même droit (7).

6° Quand la répartition se fait d'accord avec l'administrateur de la société (8).

Voilà de nombreuses exceptions!! je n'en demande pas d'avantage pour démontrer qu'il n'est pas vrai que le partage des bénéfices avant la fin de la société n'entre pas dans une certaine mesure dans le droit des associés. Il est évident qu'il y a des cas très-fréquens dans lesquels un associé a action contre la société qui retien-

(1) Felicius, *loc. cit.*, n° 14.

(2) N° 15 et 11.

(3) Conseil 121, n° 49, lib. 2.

(4) *Infrà*, *loc. cit.*

(5) N° 16.

(6) N° 17. *Junge* M. Pardessus, t. 4, n° 1000.

M. Duvergier, n° 222.

(7) N° 18.

(8) N° 19.

drait sa part de bénéfices (1). Il est évident aussi que les tiers ne sauraient critiquer les distributions périodiques faites de bonne foi, et qui laisseraient intact le capital offert au public comme gage de crédit social. Mais la question des tiers n'est vraiment intéressante qu'à l'égard des associés commanditaires, et nous aurons occasion de la retrouver dans le commentaire des art. 1862 et suivans (2).

ARTICLE 1854.

Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

Nulle réclamation n'est admise à ce sujet s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution.

SOMMAIRE.

623. Du cas où les parties s'en sont rapportées à l'une d'elles ou à un tiers sur la fixation des parts. — Droit romain.
 624. Le Code y est conforme.
 Fins de non-recevoir contre la fixation de l'arbitrateur.
 625. Si l'arbitrateur décède avant d'avoir rempli sa mission, la société est nulle.
 626. La société est nulle également si les parties sont convenues de s'en rapporter à un arbitre à désigner plus tard.

COMMENTAIRE.

623. Il arrive quelquefois que les associés conviennent de s'en rapporter à l'un d'eux, ou à un tiers, sur

(1) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 145.

(2) *Infrà*, n° 846.

la fixation des parts; ce cas avait fixé l'attention des jurisconsultes romains (1). Ils avaient pensé que cet arbitre n'était pas un arbitre de droit, un de ces arbitres juges souverains dont la décision, bonne ou mauvaise, est toujours inattaquable (2), et ils prononçaient que lorsque le règlement qu'on lui avait demandé était contraire à l'équité, l'associé avait action pour le faire redresser (3).

624. Notre article est calqué sur ces idées que Pothier avait reproduites (4); seulement il élève deux fins de non-recevoir contre la réclamation de la société: la première est une prescription abrégée; trois mois après que la partie a eu connaissance du règlement, il ne lui est plus permis d'élever la voix pour le critiquer; la seconde est tirée de l'acquiescement. Un commencement d'exécution a la même vertu que la prescription.

625. Si l'arbitrateur décède avant d'avoir rempli sa mission, ou s'il refuse, la société est nulle de plein droit: *Societas ipso jure nulla est*, dit le président Favre, d'après Celsus (5), *quia arbitratoris persona electa fuit à quâ non est recedendum* (6). L'opinion contraire de MM. Malpeyre et Jourdain (7), quoique ayant pour elle le sentiment de M. Pardessus, manque de solidité.

(1) L. 6 et 76, 77, 78, 79, 80, D. *Pro socio*.

(2) A ce propos et sur la loi 76, Bartole s'est longuement étendu sur la distinction des arbitres de droit, et des arbitres arbitrateurs.

(3) Voyez Felicius, c. 17, n° 26 à 32, et mon comm. de la vente, t. 1, n° 158.

(4) N° 64.

(5) L. 75 D. *Pro socio*.

(6) Sur la loi 76, D. *Pro socio*.

Junge mon comm. de la vente, t. 1, n° 156.

M. Duranton, t. 17, 425.

M. Duvergier, *Société*, n° 245.

(7) N° 143.

626. Que si les associés étaient convenus de s'en rapporter à un arbitre à désigner plus tard, la société serait soumise à une condition potestative qui l'entacherait de nullité. Je renvoie à mon commentaire de la vente, où ces questions ont été approfondies (1).

ARTICLE 1855.

La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle.

Il en est de même de toute stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes et effets mis dans le fonds de société par l'un ou plusieurs des associés.

SOMMAIRE.

627. De la fixation des parts par la convention. — L'article 1855 impose des bornes à la volonté des parties.
628. De la société léonine. Origine de cette dénomination.
629. Il y a deux espèces de sociétés léonines :
1° Non-participation aux bénéfices, avec participation aux pertes.
2° Concentration de la perte sur un seul, avec participation aux bénéfices.
630. De là, division du commentaire de cet article en deux parties. — Importance de cet article.
631. De la première espèce de société léonine.
L'art. 1855 ne requiert pas une égalité parfaite dans la participation aux bénéfices. Développement de cette proposition. Conclusion que celui qui apporte plus peut prendre moins.
632. Ceci est surtout évident quand la proportion est la même dans les pertes et dans les bénéfices : alors l'inégalité apparente cache une égalité réelle.

(1) T. 1, n° 157.

Contrà, M. Duranton, n° 125.

M. Duvergier, n° 248.