

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^{os} 26 à 32, et mon comm. de la vente, t. 1, n^o 158.

(4) N^o 64.

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

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

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

M. Duranton, t. 17, 425.

M. Duvergier, *Société*, n^o 245.

(7) N^o 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^o Non-participation aux bénéfices, avec participation aux pertes.
2^o 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^o 157.

Contrà, M. Duranton, n^o 125.

M. Duvergier, n^o 248.

633. On peut stipuler aussi que l'un aura deux parts dans les bénéfices et une part dans les pertes. Renvoi au n^o 641.
634. Objection tirée de l'art. 1811 relatif au cheptel, et réponse. Objection tirée de l'art. 1521 relatif au régime matrimonial en communauté, et réponse.
635. Mais, dans cette attribution inégale des bénéfices et des pertes au même associé, il ne faut pas que le bénéfice soit illusoire; il doit être sérieux.
636. Règle pour calculer les bénéfices.
637. Examen de quelques clauses qui se rencontrent dans les contrats de société.
Stipulation d'une somme fixe pour tenir lieu de bénéfices à un associé. Exemple donné par Ulpian. Légitimité d'un tel pacte.
638. Cet assignat d'une somme fixe serait valable, alors même qu'il serait convenu qu'elle serait payée quand même la société ne ferait pas de bénéfices.
Un associé peut vendre à son co-associé sa part dans l'espérance du gain, moyennant une somme fixe payable à tout événement. Raisons qui soutiennent ce pacte, célèbre chez les canonistes sous le nom d'*assurance du bénéfice*.
639. Suite.
640. Réponse à une objection.
641. Limitation proposée par Felicius examinée et limitée.
642. De la clause par laquelle l'un des associés prélèvera sur les bénéfices l'intérêt de sa mise. Conseil donné aux bailleurs de fonds relativement à cette clause.
643. De la clause par laquelle un associé a, à son choix, ou une somme fixe annuelle, ou une quote-part dans les bénéfices.
644. La participation aux bénéfices peut être conditionnelle à l'égard d'une des parties, et pure et simple à l'égard de l'autre.
645. On peut même convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés sous une certaine condition; sinon, qu'on partagera également.
646. Ou bien que la totalité des bénéfices appartiendra au survivant.
Discussion à cet égard. Réponse aux objections.
647. De la seconde espèce de sociétés léonines. — Affranchissement de toute contribution aux pertes. — Toute somme ou tout effet mis dans une société doit contribuer à la perte.

648. Ce principe est-il applicable à celui qui apporte, non une somme ou un effet, mais une industrie? Théorie du droit romain à cet égard. Comment il faut entendre la proposition de S. Sulpicius, Caius, Ulpian, Justinien, que l'industriel peut être affranchi de toute perte.
649. Mais peut-on lui assurer une somme fixe, quelles que soient les pertes sociales?
650. Exemple tiré de l'*implcita* des Italiens. Ce contrat ne peut sans doute se soutenir à titre de société pure, mais il vaut comme contrat de louage d'ouvrages.
651. Du cas où l'assurance d'un traitement fixe n'est considérée que comme partie du prix qu'on aurait mis aux travaux de l'industriel.
652. Des conventions d'exemption qui portent, non plus sur une industrie, mais bien sur une somme ou un effet.
1^o Un associé ne peut se rendre assureur envers son co-associé du capital et des bénéfices. Un tel pacte serait aujourd'hui suspect d'usure.
653. 2^o Un associé peut-il au moins se rendre assureur envers son co-associé du capital, sauf à celui-ci à courir la chance relativement aux bénéfices?
Ancien droit. En supposant que l'art. 1855 veuille s'en écarter, on peut presque toujours l'y ramener par l'art. 1851 qui permet de stipuler la reprise d'une chose fongible, ou d'une somme d'argent mise dans la société pour la jouissance.
654. Au surplus, cet article ne défend pas une assurance partielle du capital ou des effets mis dans la société.
655. Pourrait-on garantir un associé de toutes les pertes qui iraient au delà de la mise?
656. Ou le dispenser des dettes au delà de sa mise?
657. De la clause de prélèvement de la mise avant partage. Comment elle doit être entendue.
658. La clause qui fait porter la perte entière d'un corps certain sur l'associé qui n'en a apporté que la jouissance, loin d'être contraire à l'art. 1855, est l'expression de la disposition de l'art. 1851.
659. Mais une convention pourrait-elle le décharger en tout ou en partie de la perte, pour la reporter sur l'associé non propriétaire? Examen des argumens pour et contre: solution de la question.

660. Celui qui a apporté la jouissance d'une somme d'argent peut-il stipuler qu'il la prélèvera, quoiqu'il arrive, et qu'il ne contribuera à la perte en aucune manière ?
661. Comment cette clause pourrait dégénérer en prêt et même en usure.
662. La nullité prononcée par notre article entache la société même dans son essence, et non pas seulement le pacte léonin.

COMMENTAIRE.

627. Les articles précédens ont donné des règles précises sur la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices, pour le cas où les parties n'ont pas réglé elles-mêmes leur position.

Notre article prévoit maintenant l'hypothèse où les associés veulent fixer, par une convention, leurs droits respectifs. La liberté des contractans, malgré le respect qu'elle mérite, ne pouvait cependant rester sans limites. Il fallait lui assigner des bornes légitimes et protéger la partie la plus faible contre les entreprises de l'homme plus puissant ou plus astucieux. — Tel est le but de notre article; en faisant une large part à la liberté, il pose cependant certaines barrières au delà desquelles se trouve l'abus.

628. Il y a long-temps que la force ou la ruse ont inventé une espèce d'association, que l'équité a flétrie sous le nom de société léonine. C'est ainsi que le jurisconsulte Cassius (1) appelait le contrat par lequel, sous couleur d'une société menteuse, l'une des parties s'attribue tous les profits, et laisse à l'autre les soins et les chances de perte; ingénieuse allusion à l'apologue d'Ésope sur le danger des sociétés formées avec un plus puissant que soi (2). Le lion, l'âne et le renard s'étaient associés

(1) L. 29, § 2, D. *Pro socio* (Ulpian). Voyez notre préface.

(2) Fable 38, citée par Conan, lib. 7, c. 43, n° 3. — Felicius, ch. 48, nos 45, 46, 47. Etc., etc.

pour aller à la chasse. Le butin ayant été recueilli, le lion chargea l'âne de faire les parts. Ce dernier, avec sa simplicité proverbiale, forma tout bonnement trois lots; mais le lion indigné lui fit expier sa méprise en le mettant en pièces; puis il ordonna au renard de faire un nouveau partage. Le rusé animal, instruit par le châtement de son compagnon, donna toute la proie au lion, et ne réserva pour lui que quelques faibles débris. Le lion approuva hautement cette justice distributive, et adressa au renard des éloges sur son habileté à discerner les droits de chacun (1).

Cet apologue met une naïve fiction au service d'une grande vérité juridique; c'est que la société, dont le but essentiel est l'intérêt commun des parties (article 1833), doit contenir une participation équitable des bénéfices et des pertes; sans quoi, elle devient le plus inique des contrats: *iniquissimum genus societatis*, disait Ulpian (2).

629. Il y a deux espèces de sociétés léonines.

La première a lieu quand l'un des associés participe aux pertes sans profiter des bénéfices; c'est celle dont parlaient tout-à-l'heure Cassius et Ulpian. « In quâ (je cite les termes énergiques de Straccha) (3), unus ex sociis NULLUM SUCCUM sentit, et damnum sentit. »

Elle ne cesserait pas d'être léonine parce que l'asso-

(1) Phèdre a fait sur le même sujet une fable pleine de charme, citée par Huberus, sur les Inst. *De societate*, p. 331, n° 3.

(Fable 5, liv. 4.)

« Nunquam est fidelis cum potente societas;

» Testatur hæc fabella propositum meum.

» Etc., etc. »

La Fontaine, liv. 4, fable 6.

(2) L. 29, § 2, D. *Pro socio*.

(3) *Decis. rotæ genuens.* 183, n° 4.

cié, gratifié de tous les bénéfices, prendrait part dans les soins et pertes. L'attribution exclusive des bénéfices à un associé suffit pour que la société soit inique. Le premier paragraphe de notre article traite de cette espèce de société léonine, qui monopolise les bénéfices en laissant subsister la communication de la perte.

La seconde espèce de société léonine consiste dans une combinaison inverse: elle a lieu quand on a concentré la perte sur un seul, tout en rendant communes les chances de bénéfices; c'est de celle-là que s'occupe le deuxième paragraphe de l'art. 1855.

630. Ce double aspect de l'art. 1855 nous donne pour notre travail une division claire et naturelle. — Nous traiterons d'abord des sociétés léonines de bénéfices; et puis, des sociétés léonines de pertes.

631. Une société est léonine sous le premier rapport, quand elle donne à l'un des associés la totalité des bénéfices. Cette attribution exclusive à un seul enlève à la société l'une de ses conditions vitales, à savoir, l'espoir d'une participation au gain fait en commun (1832).

Mais ce n'est pas à dire pour cela que l'art. 1855 exige nécessairement un partage égal des bénéfices. Entre une égalité rigoureuse, dans le partage, et une privation absolue des bénéfices, il y a différens degrés de participation sur lesquels la volonté des parties peut se fixer à son choix. Le législateur a même voulu laisser à la liberté une grande latitude; il a senti qu'en la renfermant dans une égalité minutieuse et trop exacte des parts, on pouvait paralyser des accords utiles au commerce et au mouvement des affaires. D'ailleurs les parts fixées par la loi d'une manière abstraite, dans une vue d'égalité, peuvent souvent manquer d'équité, si l'on tient compte de certains faits personnels, de certaines aptitudes, de certaines circonstances de position sous l'in-

fluence desquels s'organise une société (1). La liberté des conventions est donc dans cette matière une chose excellente; le juge la respectera; il ne se laissera pas trop facilement aller à cette manie de nos praticiens, de chercher partout des nullités, et de défaire, comme à plaisir, l'ouvrage des parties. Il comprendra enfin que notre article, fait pour le cas exorbitant d'un prélèvement de tous les bénéfices par un seul, ne s'étend pas à d'autres cas qui, bien que ne présentant pas un partage mathématiquement égal des bénéfices (2), laissent place cependant à une participation raisonnable. Je le répète, la liberté des conventions conserve son empire sur le partage des bénéfices, pourvu qu'elle n'aille pas jusqu'à faire à un des associés la part du lion.

Ainsi, il est permis de ne pas mesurer la part dans les bénéfices sur les parts dans le capital. Tel qui a apporté plus de capitaux peut avoir moins dans les bénéfices, que celui dont la mise est moins considérable (3); c'est la décision expresse de Justinien (4).

A la vérité, Ulpien (5) semble exiger que l'associé qui, ayant la mise la plus faible, emporte la plus grosse part, ajoute à cette mise, ou une certaine somme d'in-

(1) Proculus, l. 80 D. *Pro socio*.

(2) Voet dit très-bien : « Æqualem et mathematicam proportionis æqualitatem inter socios præcise non exigit societas. » (*Pro socio*, n° 8.)

(3) Voet, *loc. cit.* « Vi pacti, plus ex lucro capere potest, qui minus contulit, minus lucrari, qui contulit plus. » Pothier, n° 17.

(4) Inst. *De societate*, § 1. « Quod si partes expressæ fuerint, hæc servari debent. Nec enim unquam dubium fuit quin valeat conventio si duo, inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertiæ. »

(5) L. 29 D. *Pro socio*.

dustrie, ou d'autres avantages qui tournent au profit de la société (1); ce qui revient en définitive à proportionner le droit des associés à leur apport (2). Mais Vinnius a montré combien cette doctrine d'Ulpien se conciliait difficilement avec le texte des Institutes (3). Ce jurisconsulte pense qu'il faut s'en tenir à la décision de Justinien, la seule, du reste, que la pratique ait admise; c'est aussi le sentiment de Voet (4); et Pothier, si scrupuleux sur l'égalité en matière de société, n'hésite pas à enseigner que les mises étant inégales, l'on peut convenir que les parts se feront par moitié (5). Notre article donne à ceci une pleine et évidente confirmation, et je m'étonne que M. Duvergier ait écrit, sous son empire, que l'inégale répartition des bénéfices n'est admissible qu'à la condition que les apports sont réellement inégaux (6); rien n'est plus inexact. La liberté accordée par notre article dans une juste mesure serait illusoire, si elle devait se renfermer nécessairement dans les limites que la loi a tracées dans l'absence de convention.

632. En elle-même, du reste, notre règle est d'une

(1) Doneau sur le Code, *Pro socio*. Préface, n° 24.

Noodt sur le Digeste, *Pro socio*.

(2) M. Ducauroy, *Inst.*, t. 3, n° 1060.

(3) *Quæst. select.*, lib. 1, c. 53; et sur les *Inst.*, § 2, n° 2.

Plus anciennement, ce point avait été l'objet d'une grande discussion entre Joanes et Azon. Le premier avait cherché à mettre d'accord Ulpien avec les Institutes, en sous-entendant le mot *maximè*, avant *si modo*, etc., etc.

Felicius rapporte les opinions diverses et propose des distinctions dans lesquelles je crois inutile de le suivre; c. 17, n°s 33 à 41.

(4) *Pro socio*, n° 8.

(5) N° 17.

(6) N° 266, et 259 et suiv.

justice manifeste, toutes les fois que la proportion est la même dans les bénéfices et dans les pertes.

Par exemple :

Il a été convenu que Pierre prendrait deux parts et Paul une seule (1); quoique les apports de l'un et de l'autre soient égaux, cette clause est excellente, car il y a, dans cette inégalité apparente, une égalité réelle. Si, en effet, Pierre prend deux parts dans les bénéfices, il supporte aussi deux parts dans les pertes, tandis que Paul n'en supporte qu'une seule. Cette compensation rétablit l'équilibre (2).

633. Il y a plus de difficulté quand la convention porte que Pierre aura deux parts dans les bénéfices, et ne supportera qu'une part dans les pertes. Le jurisconsulte Q. Mucius trouvait que cette clause était contre la nature de la société (3); et cette opinion paraît admise en Angleterre (4). Pothier est enclin à s'y ranger; car il n'admet l'inégalité entre les bénéfices et les pertes, que dans le cas où celui, qui reçoit l'avantage d'être mieux partagé dans le gain que dans la perte, le compense par son travail (5). Mais Sulpicius fit prévaloir une opinion contraire (6), que je crois meilleure. D'abord, ce pacte n'enlève pas la communication des bénéfices qui est substantielle dans la société (7). De plus, il s'explique très-bien par un mélange de donation qui,

(1) *Inst. De societate*, § 1.

(2) Vinnius, *Quæst. select.*, lib. 1, c. 53.

(3) Caius, III, 149.

(4) Blakstone, p. 48.

(5) N°s 19, 20. La Cour de Lyon voulait que la convention qui assigne une part des bénéfices différente de la part des pertes fût nulle. (Fenet, t. 4, p. 312.)

(6) Caius, *loc. cit.* Justinien, *Inst. De societate*, § 2.

(7) Vinnius, *loc. cit.*

dans de certaines limites, ne répugne pas à la société (1). Enfin, il y a telle circonstance où l'adjonction d'un associé est si opportune, qu'elle relève les affaires d'une maison de commerce, et qu'on doive l'acheter par un juste sacrifice (2).

634. Il est vrai que, dans le contrat de cheptel, l'article 1811 défend de donner au preneur une part de bénéfices inférieure à sa part dans les pertes. Mais cette disposition tient à la situation toute spéciale du preneur. Dans la société pour un cheptel, les bénéfices légaux du preneur ont été fixés avec parcimonie (3). Plus pauvre que le bailleur, il devait être défendu contre des stipulations qui, abusant de sa position précaire, tendraient à diminuer ses modiques avantages (4).

Il est vrai encore que l'art. 1521 veut que, dans le régime de la communauté, la part dans les bénéfices soit égale à la part dans les dettes. Mais cette disposition exceptionnelle et exorbitante, comme l'a prouvé M. Toullier (5), doit être renfermée dans le cas qu'elle prévoit. Dans les sociétés ordinaires, ni l'art. 1811, ni l'art. 1521 ne peuvent servir d'argument. C'est l'article 1855 qui est la règle générale; et, d'après ses dispositions, toute convention sur le partage des bénéfices est légitime, pourvu qu'elle n'aille pas jusqu'à attribuer tout

(1) Vinnius, *loc. cit.* Arg. de ce que Pothier dit lui-même (n° 17). Ulpien ne décide rien de contraire dans la loi 5, § 2, D. *Pro socio*; il parle du cas où le contrat est fait *uniquement* pour gratifier.

(2) C'est ce qui faisait dire aux docteurs cités par Felicius, c. 17, n° 34 : *Ex eo quod quis socius sit, affert commodum alteri socio. Infra*, n° 641.

(3) Mon comm. *du louage*, t. 3, n° 1127.

(4) *Ibid.*, n° 1113.

(5) T. 13, n° 411, 412.

à l'un, et rien à l'autre; les parties ont là-dessus une liberté que le législateur a respectée, pour ne pas apporter trop d'obstacle à la formation des sociétés (1).

635. Mais il ne faudrait pas abuser de cette latitude; et si l'attribution faite à l'un des associés ne lui laissait qu'une part dérisoire par son exiguité, on tomberait sous le coup de la prohibition de notre article. Ce serait manquer à la condition du partage des bénéfices; condition essentielle, qui doit être entendue d'une manière sérieuse et qu'on ne saurait éluder par des artifices; il y aurait un abus voisin de la lésion (2), ou une donation entière, incompatible avec la société (3).

636. A cette observation, que les juges doivent toujours avoir présente à la pensée, j'en ajoute une autre qui n'est pas moins importante; c'est que pour calculer les bénéfices et les pertes, dont le partage a été réglé ainsi que je viens de le dire, il ne faut pas s'écarter du principe (général en cette matière) qui veut que l'on fasse une masse de toutes les pertes et qu'on les balance avec la masse des bénéfices; de telle sorte que c'est sur le résultat définitif de cette opération que la division s'effectue (4).

Par exemple, supposons une société dont les bénéfices s'élèvent à 20,000 francs et les pertes à 40,000 francs; cette société, malheureuse dans ses travaux,

(1) MM. Pardessus, t. 4, n° 996.

Delvincourt, t. 3, p. 122, notes, n° 1.

Toullier, t. 13, n° 411.

Duvergier, n° 260 et 266, incline vers le sentiment de Pothier. Je reviens là-dessus n° 641.

(2) Voet, n° 8.

(3) Ulpien, l. 5, § ult., D. *Pro socio*.

(4) Paul, l. 30 D. *Pro socio*. Ce texte est d'une grande importance. V. *infra*, n° 648.