

présente donc un déficit de 20,000 francs ; dès lors, partagez ce déficit entre les associés suivant les parts convenues ; mais ne dites pas que Pierre, qui doit avoir deux parts dans les bénéfices et une part dans les pertes, prendra les deux tiers de 20,000 francs et ne contribuera aux 40,000 francs de perte que pour un quart. Cette manière de procéder serait vicieuse ; elle aggraverait injustement la position de l'autre associé (1).

637. Après ces explications, nous passerons en revue quelques clauses que l'on a coutume d'apposer dans les contrats de société.

Souvent, au lieu de convenir que l'un des associés prendra le quart, le tiers, etc., des bénéfices, on stipule qu'il prendra une somme fixe (supposons 10,000 francs) et que le surplus appartiendra à l'autre associé. — Ulpien donne un exemple de ce pacte dans la loi 52, § 7, D. *Pro socio*. Flavius Victor et Vellicus Asianus avaient fait une société dont l'objet était d'acheter des terrains à bâtir avec des fonds fournis par Victor ; d'y élever des constructions par les soins et l'industrie d'Asianus ; de les revendre ensuite, de telle sorte que Victor retirât ses fonds avec 10,000 francs à prendre sur les bénéfices, et que l'excédant tournât au profit d'Asianus. La loi 44 D. *Pro socio*, du même jurisconsulte, contient un pacte à peu près semblable. Ces conventions sont fréquentes dans le commerce et dans toutes les espèces de sociétés (2). L'usage les approuve, et notre article les autorise. L'incertitude, qui règne au moment du contrat sur la masse des bénéfices à venir, ne défend pas d'espérer que l'autre associé aura dans le partage un lot plus avantageux. Il est possible que sa part soit supérieure en défi-

(1) M. Delvincourt, t. 3, note de la p. 122, n° 4. *Infrà*, n° 648.

(2) Felicius, c. 17, n°s 4, 5, 6, 21. M. Champ., t. 3, n° 2755.

nitive à celle de l'associé qui a voulu une part fixe. Il y a là une chance qui met équilibre dans la convention (1).

638. Mais cette assignation d'une somme fixe pourrait-elle avoir lieu avec cette condition aggravante, que la somme devrait être payée encore bien que la société vint, par malheur, à ne pas faire de bénéfices (2) ?

Cette question revient à celle qu'on agitait dans l'ancienne jurisprudence, et qui consistait à savoir si un associé pouvait vendre à son associé sa part dans l'espérance du gain, moyennant une somme fixe payable à son profit et à tout événement. Ce pacte était fort célèbre parmi les théologiens sous le nom d'*assurance du bénéfice*. Notez bien qu'il était sous-entendu que cet associé restait toujours soumis aux pertes qui pouvaient affecter le capital. L'assurance ne portait que sur le gain. Pour soutenir cette convention, on disait, avec raison : L'espérance d'un gain dans une société est quelque chose d'appréciable comme un coup de filet. Pourquoi ne pourrait-on pas la vendre à son associé, comme on pourrait la vendre à un tiers (3) ? Cette opinion avait pour elle de graves autorités canoniques, Sylvius, par exemple (4), et l'auteur de la *Dissertation théologique sur*

(1) Felicius, *loc. cit.*, n° 22. « Quia cum lucri quantitas sit incerta, et possit verisimiliter excedere summam taxatam, ratione incertitudinis, taxatio illicita dici non debet, et non dicitur excedere modum, cum potentialiter plus et minus in eâ considerari possunt... et ratione incertitudinis pacta tolerantur, quæ aliàs non tolerarentur. »

(2) V. un exemple dans un arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 1836 (D. 37, 4, 220. S. 37, 4, 550). On reprochait à un sieur Vacheront de s'être assuré 1200 fr., même pour le cas de perte. La Cour de cassation déclara ce pacte valable. *Infrà*, n° 643.

(3) Pothier, *Société*, n° 26.

(4) T. 3, p. 539.

*l'usure* (1). Elle était subordonnée, je le répète, à la condition que le gain, seul, fût assuré, et que la participation au risque subsistât quant au capital. Par là, les principes essentiels du contrat de société paraissaient exempts d'atteinte.

Je dois dire, toutefois, que les *Conférences sur l'usure* n'étaient pas de cet avis (2). Cette vente, qui assurait un profit certain à l'associé vendeur, leur donnait de graves scrupules sur la légitimité de la société, dans laquelle elles voulaient que tout fût incertain, afin que les chances restassent égales. C'est aussi ce qu'enseignait Paul de Castro (3) et d'autres autorités imposantes (4). « Oportet utrumque ponere sub fortunâ et sub periculo » tam lucrum quam capitale. » Mais Felicius n'adoptait pas ce raisonnement et combattait cette rigueur (5). Pothier surtout la trouvait exagérée ; il ramenait la solution à cette considération dominante, savoir : que l'espérance incertaine des profits peut être appréciée et cédée pour une somme certaine.

Du reste, Pothier pensait que cette convention n'était légitime qu'à la condition qu'elle n'interviendrait pas dans un temps voisin de la constitution de la société, afin qu'on ne pût soupçonner quelle était la conséquence d'un pacte secret apposé au contrat afin d'arriver à un prêt à intérêt (6). On le voit ! Pothier ne songeait à cette limitation que par crainte d'autoriser, sous le voile de la société, des prêts à intérêts considérés alors comme usuraires par les canonistes et les civilistes.

Mais n'était-ce pas porter trop loin les scrupules ?

(1) P. 220, 221.

(2) T. 2, p. 70, 71.

(3) Cons., lib. 2, c. 55.

(4) Felicius rapporte cette opinion, c. 17, n° 11 et 19.

(5) C. 17, n° 21, 22.

(6) N° 27.

Puisque le capital courait les chances ordinaires de perte, n'y avait-il pas une différence fondamentale entre un tel pacte, et un prêt dont la condition est la restitution nécessaire du capital entier ? N'est-ce pas le cas de dire avec Felicius : « In hoc casu, non cadit mutui species, » ex quâ causatur usura, quia pecunia stat sub periculo » ponentis (1). »

639. Quoiqu'il en soit, je dis qu'en prenant pour guide l'article 1855 du Code civil, il faut décider que la convention en question est valable, soit qu'elle soit postérieure à la société, soit qu'elle lui soit contemporaine. Des deux prohibitions contenues dans cet article, il n'en est aucune à laquelle il soit porté atteinte. On ne peut pas dire que la totalité des bénéfices soit attribuée à l'un des associés, car l'autre reçoit l'équivalent de l'assurance qu'il a donnée par l'espérance de bénéfices plus considérables. S'il y a des bénéfices, il en aura sa part, et la société peut être assez florissante pour que son émolument l'emporte sur celui de son co-associé. On doit croire que les parties ont fait elles-mêmes un calcul des probabilités, et que la certitude d'un moindre gain, donnée à l'un, se compense avec la chance aléatoire de plus grands bénéfices, laissée à l'autre.

On ne peut pas dire non plus que la somme mise dans la société est affranchie de toute contribution aux pertes, puisqu'il est entendu qu'elle les supporte positivement, et que la somme assurée n'est qu'un simple bénéfice et non une assurance de l'apport. Quel est donc le principe violé ? A quelle règle de la société porte-t-on atteinte ? Par quelle couleur pourrait-on mettre l'assignation d'une somme fixe, ainsi combinée, dans la classe des pactes léonins ?

(1) N° 21.

Il suit de là que l'on ne doit pas hésiter à rejeter l'opinion de Rousseau de Lacombe (1), qui prétend que deux associés qui ont mis une somme égale dans une société ne peuvent convenir que l'un paiera à l'autre, chaque année, une certaine somme, quand même on manquerait de gagner et quoique les capitaux respectivement apportés soient soumis aux mêmes risques. Le péril que court le capital empêche qu'il n'y ait prêt; le contrat reste dans les termes d'une vraie société (2), et quand bien même la somme promise excéderait le taux de cinq pour cent, on ne pourrait parler d'usure sans évidente confusion. C'est à quoi M. Duvergier n'a pas fait, à mon sens, une suffisante attention (3).

640. Cet auteur se demande, en outre, si une telle convention ne serait pas viciée, indépendamment de toute idée d'usure, par la raison que, les mises étant parfaitement égales, il n'est pas juste que les parts dans les bénéfices soient différentes. Mais cette objection n'est d'aucune valeur sous l'empire du Code civil : c'est la théorie de Pothier, reproduite sous la loi nouvelle, qui la condamne. Le Code a parfaitement senti que la nécessité de trouver, dans certains cas, un associé était un motif suffisant pour donner quelques avantages à celui qui vient apporter ses capitaux et son industrie, et que, malgré l'égalité des mises, il pouvait y avoir, sans injustice, une inégalité conventionnelle dans la communication des gains : « Ex eo quod quis socius sit, affert commodum alteri socio (4). »

641. Nous disons donc que l'assurance d'un bénéfice

(1) *Société*, II<sup>e</sup> partie, sect. 2, n<sup>o</sup> 3.

(2) Sauf l'observation que j'ai faite au n<sup>o</sup> 639 pour le cas où il y aurait eu certitude qu'il ne pouvait y avoir de bénéfices.

(3) N<sup>o</sup> 266.

(4) *Suprà*, n<sup>o</sup> 633.

n'a rien d'illégal dans son essence; que la raison et l'article 1855 s'accordent pour l'approuver.

Suivant Felicius cependant (1), s'il résultait des circonstances que l'associé qui a pris les chances pour lui a été évidemment trompé, parce que l'opération entreprise ne présentait aucune vraisemblance de bénéfices excédant la somme assurée, la convention serait entachée de nullité; car il serait évident que tous les bénéfices auraient été attribués à l'un par une couleur trompeuse; et l'autre aurait été condamné à la part asinine.

On voit que ceci dépend entièrement des faits particuliers soumis à l'appréciation du juge. Cependant je voudrais modifier, par une limitation nécessaire, l'opinion de Felicius.

Sans doute, il y aura toujours nullité, si la partie qui, dans l'espérance d'un plus grand bénéfice éventuel pour elle-même, a fait à l'autre un abandonnement fixe, a été trompée par les manœuvres de celle-ci; la présence de la fraude dénoue ici avec facilité la question de droit.

Mais si la fraude était absente, je ne voudrais pas que le pacte fût annulé sans que le juge eût examiné préalablement, si la convention ne pourrait trouver un soutien dans un autre contrat ayant affecté les couleurs de la société. Pierre apporte son travail à une société dans laquelle il prend une part comme agent industriel, et il se fait assurer une somme annuelle à tout événement. Quand même on montrerait qu'il était impossible de gagner plus que cette somme, je crois que, dans l'interprétation de la convention, on devrait facilement se

(1) Et dici potest opinionem Castrensis procedere (quod nullum est pactum) quando lucrum taxatum non esset verisimile; sed non procedere quando est verisimile. C. 17, n<sup>o</sup> 23.

ranger du côté d'un louage d'ouvrages, *ut potius valeat quam pereat dispositio* (1).

642. Il est une autre stipulation très fréquente : c'est que l'un des associés prélèvera, sur les bénéfices, l'intérêt de sa mise, et partagera le surplus des bénéfices dans les proportions convenues. La légalité de cette convention est incontestable (2); mais la prudence des bailleurs de fonds devra s'en défier; il faut bien qu'ils sachent que leurs capitaux ne sont nullement garantis, et que, bien souvent aussi, ce sont ces mêmes capitaux qui sont frauduleusement employés à servir les intérêts promis.

643. Quelquefois on convient que l'un des associés aura, à son choix, ou une somme fixe annuelle, ou une quote-part dans les bénéfices. Un exemple de cette clause se rencontre dans une espèce jugée par la Cour de cassation, le 7 décembre 1836 (3). Il avait été stipulé qu'un sieur Vacheront recevrait la somme de 4,200 fr. par an, ou le quart des bénéfices à son choix. Je ne veux pas rappeler ici les raisons par lesquelles on prétendait enlever à Vacheront le bénéfice de ce pacte : ce sont d'insoutenables sophismes; je me contente de dire que la Cour de cassation le déclara légitime, et ne vit aucune difficulté à cette alternative dans le mode de partage des bénéfices.

644. La participation aux bénéfices peut même être subordonnée à une condition, par rapport à l'un des associés, tandis qu'elle est pure et simple à l'égard de

(1) *Infrà*, nos 650, 651.

(2) MM. Championnière et Rigaud, t. 3, nos 2755 et 2757.

(3) D. 37, 1, 219.

S. 37, 1, 550.

*Suprà*, n° 638.

l'autre (1). Ainsi, l'on peut convenir que l'un des associés n'aura part dans les bénéfices, qu'autant que les profits de la société s'élèveront à tant. Un exemple de ce pacte se rencontre dans la loi 44, au D. *Pro socio*, que j'ai analysé *suprà*, numéros 34 à 37.

645. On peut même convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés, sous une certaine condition, par exemple, si l'autre associé prédécède sans enfans (1). Ce n'est pas contrevenir à l'art. 1855; si l'événement n'arrive pas, le partage aura lieu; notre article ne condamne que l'exclusion pure et simple, parce que celle-ci, seule, est léonine et contient une lésion.

646. J'approuve aussi la convention qui attribue la totalité des bénéfices ou des parts sociales à celui des deux associés qui survivra. Ici, la réciprocité de la condition fait que, de toute nécessité, les bénéfices iront à l'un ou à l'autre des associés; et, sous ce rapport, il y a une grave différence entre ce cas et le précédent. Néanmoins, il n'y a pas là de pacte léonin : c'est un avantage aléatoire et commutatif. Chaque associé est censé, non avoir donné, mais avoir échangé la part certaine qu'il avait dans la société, contre la chance qu'il a crue meilleure d'avoir le tout. Il n'y a là aucune intention de gratifier, aucun abandon préjudiciable. Je le répète : l'article 1855 n'est pas fait contre des pactes empreints de ce caractère commutatif; il proscriit la fraude, mais non des combinaisons aléatoires.

Dans l'ancienne jurisprudence, on n'a jamais douté de la légalité de cette stipulation; l'esprit de famille l'avait rendue fréquente dans les sociétés de frères ou de

(1) Pothier, n° 15.

*Suprà*, n° 37, 412.

(2) Alexandre, *Cons.*, lib. 3, c. 38.

parens. On la considérait même comme tellement favorable, qu'on lui donnait force obligatoire, alors que la société était de tous biens présents et à venir. Dans ce cas, quoique la convention, qui donnait au survivant la totalité de la société, fût une véritable disposition de succession *in universum jus*, on la maintenait cependant, par faveur pour les associations. Il est vrai que les docteurs étrangers, fidèles à la pureté des principes, n'admettaient pas qu'on pût disposer ainsi de sa succession par contrat de société (1). Mais, en France, ce pacte était soutenu par la coutume générale du royaume (2), non-seulement entre époux, mais dans toutes les sociétés universelles, même entre étrangers, pourvu qu'il n'y eût pas d'enfans auxquels on portât préjudice par cette clause. Papon rapporte un arrêt du parlement de Paris du 12 décembre 1562 qui jugea, entre étrangers, que la clause, que le survivant des associés succéderait à l'autre associé décédé sans enfans, aurait son effet, au préjudice d'un testament postérieur (3).

Or si, malgré ce qu'il y avait d'énorme dans de tels pactes de succéder, on faisait cependant une sorte de violence aux principes pour les ratifier, combien, à plus forte raison, paraissent inattaquables ceux qui ne présentaient pas les mêmes anomalies, ceux qui ne renfermaient ni convention de succéder, ni donation véritable, mais une simple convention aléatoire entre associés ?

(1) M. Duranton, t. 15, n° 214.

(2) Masuer, *Des associations*, 28, n° 26.

Papon, liv. 15, n° 28.

Bouvot, v° *Société*, q. 13.

Rousseaud-Delacombe, v° *Société*, part. 2, sect. 3, n° 21.

Despeisses, *De la société*, sect. 2, § 26.

Brillon, *Société*, n° 20.

(3) Liv. 15, n° 28.

Sous le Code civil, qui n'admet pas les sociétés universelles de biens présents et à venir, cette convention de succéder n'aurait évidemment aucune valeur; mais on s'est demandé si l'art. 1855 ne portait pas un empêchement légal à la clause, que le survivant aurait tous les bénéfices, ou toute la société. Chose inexplicable! nous parlons beaucoup aujourd'hui de l'esprit d'association et de la nécessité de le féconder, et ce sont précisément des auteurs, amis de cette heureuse tendance de notre époque, qui ont proscrit ce pacte et suscité contre sa validité des objections que l'ancien droit n'avait pas même considérées comme probables!!

M. Duvergier, par exemple (1), y a vu je ne sais combien de difficultés; il le met en hostilité avec l'art. 1855 qui ne permet pas, suivant lui, que l'un ou l'autre des associés recueille tous les bénéfices; et nous verrons tout à l'heure que cette proposition n'est admissible qu'avec des distinctions. Il croit que, dans l'ancien droit, le pacte en question ne se sauvait que parce que la société pouvait comprendre des biens présents et à venir; et cette idée n'a aucun fondement; nous verrons tout à l'heure des exemples de ces avantages aléatoires, dans des associations de biens présents contractées avant le Code civil.

Mais, avant tout, recherchons l'opinion des interprètes du Code civil.

M. Duranton n'a pas traité précisément la question; mais ce qu'il enseigne dans son *Contrat de mariage* (2), sur l'art. 1525, conduit indirectement à la solution de M. Duvergier.

M. Delvincourt s'est beaucoup plus rapproché de la vérité; car l'attribution de tous les bénéfices au survivant lui paraît tout-à-fait légale. Il ne voit là qu'une

(1) N° 268.

(2) T. 15, n° 214.

convention aléatoire, autorisée en contrat de mariage par l'art. 1525, et non réprouvée en contrat de société par l'art. 1855. Seulement, il ne veut pas que l'on puisse attribuer les mises au survivant; et la raison qu'il en donne est véritablement étrange. C'est que ce serait une donation de biens présents et à venir (1). Mais est-ce que les mises sociales ne sont pas quelque chose d'actuel, de présent, de déterminé? Comment M. Delvincourt oublie-t-il que la société ne peut comprendre aujourd'hui que des biens présents?

Pour moi, je soutiens que, soit que la convention porte sur les bénéfices, soit qu'elle porte sur les parts, elle est valable (2). C'est un contrat communicatif, une convention entre associés; les tribunaux doivent la sanctionner.

Voici ce qu'on a objecté de plus spécieux contre elle (3):

Une telle convention, dit-on, exclut l'idée de société; elle enlève au contrat tout caractère social. Quelque soit le prémourant, son décès fait passer au survivant tout l'actif et tout le passif. Rien ne reste commun; rien n'est à partager. Il y a eu collaboration commune, sans doute; mais il ne saurait y avoir partage. Une des conditions essentielles de la société est effacée (4) par l'événement de la condition, qui, comme on le sait, produit un effet rétroactif. (Art. 4179.)

Envisagée sous un autre rapport, cette convention lèse les principes régulateurs du contrat de société. On ne doit pas admettre que l'un ou l'autre des associés

(1) T. 3, n° 225, note 3.

(2) *Junge* MM. Malpeyre et Jourdain, n° 134.

MM. Championnière et Rigaud, t. 3, n° 2769.

(3) M. Duranton, t. 15, n° 214.

(4) *Suprà*, n° 6.

ait nécessairement, infailliblement, la totalité des bénéfices (1); l'art. 1855 est explicite.

Je réponds:

La preuve que les parties n'ont pas fait quelque chose qui répugne à la nature de la société, c'est que l'article 1525 du Code civil place un tel pacte sous l'égide des principes de la société (2), pour lui enlever, entre époux, le caractère d'avantage prohibé; et, quoi qu'en dise M. Duranton (3), l'art. 1525 a raison de procéder ainsi. Le contrat de société met en œuvre une collaboration commune dans la vue de prendre part à des bénéfices à venir. Or, est-ce que cette perspective n'existe pas ici? Est-ce que chaque associé n'est pas appelé à une participation des produits de la société? Il est vrai que cette participation, qui doit couronner le travail social, est soumise à une condition. Mais aucun texte n'exige qu'elle soit pure et simple; au contraire, la loi 44 D. *Pro socio*, que je citais au n° 644, veut formellement que la participation aux bénéfices puisse dépendre d'une condition; et, dès lors, pourquoi cette condition ne serait-elle pas une condition de survie? Quelle est la loi qui déclare une telle condition plus illicite qu'une autre?

On insiste en disant qu'il n'y a pas de partage, et que même il ne doit y en avoir jamais, puisque tout doit nécessairement aller à l'un ou à l'autre suivant le cas de survie. Mais qu'on se pénètre bien de l'article 1832, qui donne la définition de la société, et l'on verra que l'objection porte à faux. Cet article ne demande pas précisément et taxativement qu'il y ait un partage dans le

(1) M. Duranton, t. 15, n° 214.

M. Duvergier, n° 268.

(2) *Entre associés!* dit-il.

(3) *Loc. cit.*