

sens ordinaire de ce mot ; il se contente, dans sa large formule, d'une mise en commun, d'une collaboration dans la vue de partager les bénéfices, c'est-à-dire, de participer, de prendre part aux profits sociaux. Or, est-ce que cette vue n'existe pas dans l'espèce ? Est-ce que celui qui peut se dire : « Je suis appelé à tout recueillir si je survís », n'agit pas dans la vue, dans l'espérance d'un bénéfice (1) ? Et quand chaque associé, revêtu d'un droit égal, peut se flatter d'un même espoir, on soutiendra qu'il n'y a pas pour tous la vue d'une participation aux bénéfices ? Si l'on avait eu l'article 1832 sous les yeux, on aurait peut-être renoncé à cet argument (2) ; on n'aurait pas dit que l'article 1525 a parlé un langage inexact.

On ajoute qu'en présence de l'article 1855, il n'est pas possible d'admettre une combinaison dont l'effet infaillible est de tout attribuer à l'un, et rien à l'autre. Mais je demanderai, à mon tour, si l'on croit que l'art. 1855 a voulu proscrire autre chose que les sociétés léonines ; je demanderai, de plus, si l'on ose aller jusqu'à ranger dans le nombre de ces sociétés illicites et frauduleuses celle dont nous nous occupons !!! Pensons-y bien ! Ce que la loi a défendu, c'est que la volonté du plus fort ou du plus astucieux dépouillât le plus faible de la participation espérée. Or, ici ce n'est pas la fraude qui opère, c'est le hasard. Le sort a tourné ses chances contre l'un des associés ; mais il aurait pu aussi bien le favoriser au détriment de l'autre. Les probabilités étaient égales de part et d'autre, et la réciprocité a fait disparaître toute injustice (3).

Au surplus, la pratique a vu plusieurs exemples de

(1) *Suprà*, n° 37.

(2) *Suprà*, n° 17.

(3) *Suprà*, n° 37.

telles associations ; je ne sache pas que jamais les tribunaux en aient prononcé l'annulation.

En 1777, les sieur et dame Jusserand achètent un domaine pour eux et le survivant d'entre eux ; le mari étant décédé, la femme se mit en possession, et la régie de l'enregistrement prétendit exiger d'elle un droit de mutation pour cause de donation ; mais un jugement du tribunal de Lyon, du 7 nivôse an VIII, décida que c'était là un pacte entre associés, et non une libéralité d'un époux à l'autre, et la Cour de cassation confirma cette décision par arrêt de rejet du 14 germinal an IX (1).

Le 11 mars 1824, la demoiselle Caroline Dutains, tant en son nom que comme se portant fort pour Clémence et Paméla Dutains, ses deux sœurs, a acheté une maison, moyennant cent mille francs. Ultérieurement, dans un acte passé entre les trois sœurs, il a été convenu que la maison serait d'abord possédée en commun ; qu'elle appartiendrait ensuite aux deux survivantes, puis à la dernière. Une délibération de la régie, rendue par application de l'arrêt précédent, le 23 décembre 1825, décide que c'est là un pacte entre associés (2).

Ces exemples, pris de simples communions, sont néanmoins une grande preuve pour des combinaisons qui présentent plus énergiquement le caractère de société. On ne voit pas pourquoi la vraie société ne se prêterait pas à des pactes, qui sont reçus sans difficulté dans les communions.

Du reste, ces mêmes exemples répondent aux scru-

(1) Dalloz, 7, 77.

M. Championnière, t. 3, n° 2502.

(2) M. Championnière, *Contrôleur de l'enregistrement*, n° 711. Autres décisions semblables, *ibid.*, n° 1059, et *Traité des droits d'enregistrement*, nos 2503, 2506.

pules de M. Delvincourt sur la légalité du pacte qui attribuerait au survivant la totalité des mises sociales. On voit que ce sont précisément les mises qui sont l'objet de la convention.

647. Après avoir parlé des conventions relatives aux bénéfices, occupons-nous du second paragraphe de l'article 1855, qui s'occupe des pactes relatifs aux pertes, dont les mises et les effets sociaux peuvent se trouver affectés.

Ce paragraphe met dans la classe des sociétés léonines celle qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets apportés dans le fonds social par un ou plusieurs des associés. La raison en est palpable.

La communauté est une nécessité du contrat de société; entre ceux qui la composent, il doit donc y avoir communication des pertes (1) : si l'un des associés est exposé à perdre, il faut que l'autre coure les mêmes périls.

C'est pourquoi il est de l'essence de la société qu'il y ait participation aux risques : en ôtant cette participation, on détruit la société. Les canonistes se sont appliqués à faire ressortir cette vérité; elle a été leur arme la plus puissante pour bannir l'usure de ce contrat (2). Les civilistes, qui se sont renfermés dans les principes, n'ont pas été moins exacts à la maintenir dans sa sévérité (3).

(1) Paul, l. 67 D. *Pro socio* : « Cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communicatio initur. »

(2) Dissert. théolog. sur l'usure et les trois contrats, p. 209, 210.

(3) Balde, s'expliquant sur la clause de retirer le capital intact, dit : *Hoc pactum sapit usurariam conventionem*. Elle est contraire, ajoute-t-il : 1° à la forme du contrat de société, car c'est un vrai *mutuum*; 2° à la nature de ce contrat, parce qu'il est exorbitant que l'un puisse retirer ses fonds tandis que l'autre peut les perdre. (Sur la loi 1 C. *Pro socio*, n° 29 et 30.)

Voilà donc le principe invariable : toute somme ou effet mis dans une société doit contribuer à la perte. La société, qui affranchirait cette somme ou cet effet de toute contribution aux pertes, serait léonine.

Mais pour mettre cette vérité dans toute son évidence, plusieurs distinctions sont nécessaires.

Et d'abord, l'article 1855 s'applique-t-il à celui qui a apporté à la société, non pas une somme ou des effets, mais son industrie?

De plus, est-il applicable dans toute sa rigueur à l'associé qui, pour mettre son capital ou sa chose à l'abri de toute contribution aux pertes, fait à son co-associé un avantage compensatoire et lui abandonne une part plus considérable dans les bénéfices?

En d'autres termes, l'associé, qui pourrait faire assurer par un tiers son capital ou sa chose, peut-il le faire assurer par son co-associé, moyennant une juste indemnité?

Toutes ces questions sont délicates; elles ont toujours joué un grand rôle dans la société. On ne peut se faire des idées justes sur l'article 1855 sans les avoir approfondies.

648. Sur la première question, il y a dans le droit romain des textes célèbres.

« La société, dit Ulpien (1), peut être contractée à condition que l'un des associés ne supporte aucune perte, *nullam partem damni alter sentiat*, tandis qu'il prendra part aux bénéfices. Cela a lieu quand l'industrie de l'associé, à qui l'on a fait cette position, exige de sa part tant de peines, de soins, de sacrifices, de temps, qu'il y ait justice d'en faire la compensation avec la perte à redouter pour la société (2) : *si tanti sit*

(1) L. 29, § 4, D. *Pro socio*.

(2) Vinnius, sur ce texte.

» *opera, quanti damnum est.* Souvent l'industrie procure plus d'avantages à une société que l'argent.

» Un exemple de cette proposition se rencontre encore dans le cas où l'un des associés est seul chargé des voyages de mer et de terre, quand il court seul les dangers des excursions lointaines. Tel est l'avis de Cassius et de Sabinus. »

Caius rappelle dans ses *Institutes* (1) et approuve cette doctrine, dont il attribue l'origine à Servius Sulpicius. Justinien la proclame comme certaine (2).

Elle ne saurait, en effet, être contestée; la raison et l'équité l'approuvent; elle est fondée sur l'égalité même qu'elle semble proscrire au premier coup d'œil. Nous avons vu ci-dessus, numéro 600, la jurisprudence de la rote de Gênes lui donner son imposante sanction dans une espèce où celui des deux associés, qui avait apporté son industrie, avait stipulé que la perte du capital social lui serait tout-à-fait étrangère.

Mais, dans la réalité, les jurisconsultes romains ont joué sur les mots quand ils ont dit que la convention en question contient une exemption de la contribution aux pertes. Cette exemption n'est que dans l'écorce des paroles; elle n'est pas dans les choses (3).

(1) III, 449. Servius Sulpicius cujus prævaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni præstet, sed lucri partem capiat. Si modo opera ejus tam pretiosa videatur, ut æquum sit eum cum hac pactione in societatem admitti.

(2) Inst. De societate, § 2.

(3) Quo casu postremo, licet conventio videatur, primâ specie, tantum lucri, non verò damni, communionem inducere, contra naturam societatis; NON TAMEN ITA EST, eo quod, isto in casu, non aliud in lucro esse intelligitur, quam quod superest, pensato omni damno; ac proinde idem ille, qui SECUNDUM VERBORUM CORTICEM, a damni onere videri poterat immunis esse, tamen, interveniente

En effet, quand les associés viennent à se rendre compte des résultats de l'opération sociale, il est bien entendu que l'on doit, avant tout, calculer les pertes et les déduire de l'actif (1), et que ce n'est qu'à la condition de ce retranchement préalable qu'on parvient à établir la masse des bénéfices à partager. Paul le déclare expressément dans la loi 30 *Pro socio*, et Justinien a reproduit sa décision comme le tempérament nécessaire de l'opinion de Sulpicius (2).

Or, d'après cette base de calcul, il est clair que l'associé qui a fourni son industrie contribue forcément aux pertes (3); car si la société n'a rien gagné, il en sera pour son travail et ses peines; il restera sans récompense. S'il y a des bénéfices à partager, ces bénéfices seront d'autant moindres que les pertes auront été plus fortes.

Par exemple (4); Titius et Seius sont en société pour trafiquer sur l'huile et le vin. Titius doit avoir une part égale à celle de Seius dans le gain; mais il ne doit supporter aucune perte. Supposons que le négoce des huiles donne 200,000 francs de perte et que celui des vins donne 400,000 francs de profit. En ce cas, Titius ne peut pas demander que les 400,000 fr. de profit soient également partagés entre Seius et lui: car c'est alors que la société serait vraiment léonine (5). Mais, avant de partager le gain, il faut déduire les pertes; ce qui

hâc lucri cum damno pensatione, damni quoque communionem RE IPSA subit. (Voet, *Pro socio*, n° 8.)

(1) *Suprà*, n° 636.

(2) § 2, *De societate*.

(3) Covarruvias, t. 2, lib. 3, c. 2, concl. 2.

(4) Ferrière, *Trad. des Instit.*, t. 5, p. 250.

(5) Pothier, *Pand.*, t. 1, p. 475, n° 3, note 6.

Sur la loi 29, § 1, D. *Pro socio*.



étant fait, il ne se trouvera de gain que 200,000 francs à partager en deux (1).

Dans cet état de choses, l'auteur de la Dissertation théologique sur l'usure (2) a eu raison de dire que l'associé industriel est toujours censé participer aux pertes, lorsqu'il n'a part qu'au profit qui restera, toutes les pertes déduites. Et dès lors la proposition d'Ulpian, de Caius et de Justinien n'a rien d'effrayant pour la justice distributive : elle rentre dans la règle ordinaire, que la perte est commune (3).

649. Maintenant, faisons un pas de plus et voyons s'il est permis d'assurer à celui qui fournit son industrie une somme fixe, quelles que soient les pertes sociales.

Avant tout, il faut s'entendre sur la position de la question.

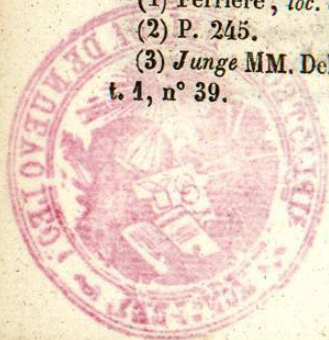
Une telle convention peut se présenter dans des circonstances diverses. L'associé peut stipuler, par exemple, que, quoi qu'il arrive, il entend toujours avoir la récompense entière, complète, de son travail, quand bien même il n'y aurait aucun bénéfice; ou bien il peut stipuler qu'une partie de son travail sera salarié par des appointemens fixes, et que l'autre partie attendra sa récompense des bénéfices éventuels. Ces deux cas sont fort différens: dans le premier cas, aucun risque ne pèse sur l'associé; il doit toujours rester indemne. — Dans le second, l'associé est soumis à des chances, et s'il n'y a pas de bénéfices, il perd la partie de son travail que ces bénéfices devaient récompenser.

650. La première convention a été examinée par Felicius. Il le condamne par la raison que cet associé a consenti à fournir son industrie dans la vue de faire un

(1) Ferrière, *loc. cit.*

(2) P. 245.

(3) Junge MM. Delamarre et Lepoitevin, *Contrat de commission*, t. 1, n° 39.



gain, et que l'égalité exige qu'il subisse les chances défavorables qui peuvent affliger l'opération (1).

Cette opinion me paraît vraie en un sens. Il est évident qu'une telle convention ne peut se soutenir à titre de société. — Mais je pense qu'elle peut valoir comme contrat de louage pur et simple. On en trouve de fréquens exemples dans le commerce maritime. « Les gens » de mer, dit Émerigon (2), pour ne pas s'exposer à » voir leurs peines infructueuses, sont assez dans l'usage » de recevoir des pacotilles qu'ils se chargent de gérer, » moyennant un tant pour cent, qui leur est acquis à » tout événement; quand même les pacotilles donneraient de » la perte; c'est ce que les Italiens appellent *implicita*. »

651. Le second cas est dominé par le même point de vue. Il a été posé par Voet, et cet auteur veut, avec raison, que l'industrie de l'associé puisse être rétribuée par un émolument fixe, venant se joindre aux bénéfices éventuels à espérer (3). Une telle convention lui paraît autorisée par les usages du commerce moderne. Ce sentiment est partagé par Delacombe (4) et par l'auteur de

(1) *Primus casus est, quando unus socius ponit operas, et alter pecunias, et ponens operas paciscitur nolle subire periculum suarum operarum, sed quod pertinere debeat ad ponentem pecunias; ita quod, si in fine societatis lucrum non adesset, ipse suarum operarum recompensationem ab altero socio recipere intendat, ne sit in damno ob earum amissionem. Et pactum hujusmodi non valere dico; quia, cum ex suis operis lucrum percipere intendit, ita conveniens est, quod earum periculum sustineat. (De societate, c. 18, n° 1 et 2.)*

(2) *Traité des assurances*, t. 2, p. 399. Junge Targa, ch. 34, 35, et Casaregis, disc. 29.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 39.

*Suprà*, n° 381, 383, 641.

(3) *Pro socio*, n° 19.

(4) *Jurisp. canonique*, v° *Usure*, sect. XI, et *Jurisp. civile*, v° *Société*, part. 2, sect. 2, n° 3 : il cite les conf. de Condom, t. 1, conf. 10, sect. 1.

la Dissertation théologique sur l'usure (1), dont l'orthodoxie ne saurait être contestée. La raison qu'on en donne, c'est qu'il y a *locatio operarum* plutôt qu'une société (2), en ce qui concerne, du moins, la partie des services que paie le traitement fixe. C'est un mélange de ces deux contrats, pour arriver à un résultat licite.

On ne saurait douter de la vérité de cette doctrine. Pour la prouver, commençons par mettre à l'écart le commis intéressé dont nous avons parlé ci-dessus (3); on sait que la position civile qu'il occupe est réglée par le contrat de louage. Mais arrêtons-nous à celui dont le caractère social apparaît avec le plus d'évidence, au commandité, qui dirige un négoce et représente la société à l'égard des tiers.

Or je dis que, même dans cette situation, la décision de Voet doit être admise.

Les idées d'égalité, qui sont l'attribut de la société, ne doivent pas faire illusion; elles cèdent ici à une considération dont la gravité est frappante: c'est que le commandité tient son droit à un émolument fixe d'un contrat de louage d'ouvrages, lequel vient modifier les principes purs du contrat de société. La société, qui a besoin, pour prospérer, de certains travaux, de certains soins, ne serait-elle pas obligée de rétribuer, par des appointemens, l'individu étranger qu'elle emploierait, par voie de louage, comme agent industriel? Et pourquoi, dès lors, lui serait-il défendu de louer de pré-

(1) P. 228. « La prohibition de faire assurer son capital n'est applicable qu'au cas où les associés fournissent leur mise en argent. Mais elle ne s'applique pas au cas où ceux qui fournissent les fonds assurent une certaine somme fixe à celui qui ne fournit que son travail. »

(2) Delacombe, *loc. cit.*

(3) N° 46.

férer les services d'un des siens, dans lequel elle a pleine confiance? Pourquoi ne pourrait-elle pas lui faire la position qu'elle serait en droit d'assigner à un tiers? Pourquoi le contrat de louage de services serait-il inconciliable avec certains privilèges que le contrat de société assure à celui qui apporte son industrie? Du reste, la société n'en subsistera pas moins sous tous les autres rapports, puisqu'il est bien entendu que le salaire fixe n'est ici qu'un à-compte, qu'une rétribution partielle, qui doit se compléter par les bénéfices à espérer, et que si ces bénéfices viennent à manquer, l'associé éprouvera une perte réelle et ne trouvera dans son traitement qu'une rémunération insuffisante.

Au surplus, les autorités modernes sont ponctuelles en ce sens (1), et s'il y avait quelque reproche à leur adresser, ce serait d'avoir été quelquefois un peu trop loin dans la position favorable qu'elles font à l'industrie. Je n'aime pas, par exemple, que M. Zachariæ écrive « que l'associé, dont la mise consiste uniquement dans son industrie, peut être affranchi de toute contribution aux pertes (2). » Ce langage manque de précision (3). M. Gillet, orateur du Tribunat, s'est servi d'une formule semblable. Mais les modifications par lesquelles il la restreint le ramènent à la vérité. « S'il se trouvait, disait-il (4), quelque associé dont la mise fût uniquement en industrie, il pourrait

(1) MM. Zachariæ, t. 3, p. 57.

Delvincourt, t. 3, p. 225, notes, n° 4.

Duranton, t. 17, n° 420.

Duvergier, nos 262, 263.

(2) *Loc. cit.*

(3) D'autant qu'il n'est pas accompagné des réserves qu'employaient les jurisconsultes romains pour tempérer et expliquer une proposition semblable. (*Suprà*, n° 648.)

(4) Fenet., t. 14, p. 422.

» être convenu de l'exempter des pertes. Cette exemption  
» serait, à son égard, considérée comme UNE PARTIE DU  
» PRIX qu'on aurait mis à ses travaux. »

Si cette exemption n'équivaut qu'à une partie du prix, il est clair que l'associé porte pour le surplus sa part des pertes, et M. Gillet n'aurait pas dû dire, sans explication, qu'il y avait convention de l'en exempter. Son exemple n'est donc nullement contraire à ce que nous disions ci-dessus, que la participation aux risques est de l'essence de la société; car l'associé qui fournit son travail reste toujours soumis aux mauvaises chances pour la partie de son industrie, qui doit trouver, au delà de cette partie du prix, sa juste récompense. S'il n'y a pas de bénéfices, ce travail est perdu pour lui dans tout ce qui excède les appointemens fixes, destinés à rétribuer seulement l'autre partie de ses services.

Au surplus, la sagesse des magistrats cherchera, dans les faits, les nuances qui, séparant le cas actuel de celui du numéro 650, donnent au premier le caractère de louage pur, et au second le caractère dominant de société.

652. Venons maintenant à notre seconde question: l'art. 1855 est-il applicable au cas où l'exemption de contribution par le capital ou l'effet apporté est le prix d'un abandon à peu près équivalent fait par l'associé qui s'est réservé cet avantage?

Cette question en comprend deux autres.

Un associé peut-il se rendre assureur envers son co-associé du capital apporté par ce dernier et des bénéfices éventuels?

Tout au moins, peut-il se rendre assureur du capital seulement, sans assurer des bénéfices?

La première hypothèse est résolue pour la négative par les auteurs qui ont voulu se tenir dans la pureté

des principes. L'affirmative n'a trouvé d'appui que parmi les défenseurs des trois contrats (1).

Il est vrai que l'associé pourrait faire assurer par un tiers son capital et ses bénéfices. Mais cette assurance serait extrinsèque au contrat; elle le laisserait subsister. Au contraire, quand elle est faite par un associé, elle le détruit dans son essence (2); elle efface la communication de perte et de gain qui est substantielle dans la société. C'est ce qui faisait dire aux théologiens: « *Natura contractus est, ut sit participatio lucri et damni: quæ cum omnimodo assecuratione stare nequit* (3). » Ces deux assurances du capital et du profit font évidemment qu'il y a autre chose qu'une société (4). C'est (comme dans les trois contrats) un prêt pur et simple sans mélange de société « *Hæc non est societas*, » disait Dominique Soto, *sed vere mutuum* (5). »

Aujourd'hui que le prêt à intérêt est autorisé, la double assurance ne serait, ou qu'un vain et ridicule circuit, si l'on avait entendu faire un prêt légitime, ou qu'un coupable déguisement, si l'on avait voulu se procurer des intérêts usuraires. Comme la ligne droite est toujours celle qu'on prend quand on n'a pas d'arrière-pensée, le juge qui serait saisi de la connaissance d'une telle clause suspecterait, avec raison, une manœuvre usuraire: armé de l'article 1855, il saurait la déjouer.

653. Mais, du moins, et c'est notre seconde hypothèse, l'un des associés pourra-t-il faire assurer par l'autre,

(1) *Suprà*, n° 47.

(2) Felicius, c. 18, nos 4, 5, 6, 7, 8, cite de nombreuses autorités tirées des canonistes et des civilistes.

(3) *Dissert. théol.* sur l'usure, p. 228.

(4) Savary, *parère* 21.

(5) *De justitiâ et jure*, quæst. 6, art. 2. V. d'autres autorités dans la *Dissert. théol.* sur l'usure, p. 284 et suiv.