

moyennant un abandonnement raisonnable(1), son capital entier, sauf à courir les chances sociales pour les bénéfices? J'ai un négoce valant 40,000 francs; j'y associe François qui m'apporte 40,000 francs, et je stipule qu'il aura les trois quarts des bénéfices au lieu de la moitié, mais qu'il supportera toute la perte (2): cette stipulation n'est-elle pas contraire à la volonté précise de l'article 1855?

Plusieurs auteurs modernes estiment que notre article la condamne (3). Elle est sans doute moins exorbitante que la précédente; elle ne ruine pas complètement le principe de la participation aux pertes, puisqu'elle laisse l'associé soumis à toutes les éventualités, pour ce qui concerne les bénéfices. Néanmoins, il a semblé aux auteurs cités que les termes de l'article 1855 la repoussent, parce que le législateur a craint que de telles clauses ne servissent à masquer l'usure et à soutenir de choquantes inégalités.

Reconnaissons-le, toutefois!! dans l'ancienne jurisprudence, alors que l'aversion contre l'usure allait jusqu'à l'exagération, on pensait généralement que l'un des associés pouvait, moyennant une juste indemnité, faire assurer sa part dans la société par l'autre associé; en sorte que le premier était déchargé de toute perte sur son capital, moyennant l'abandon qu'il faisait à l'associé assureur d'une part légitime dans le gain à espérer (4). On disait que puisque l'associé assuré aurait pu se prémunir contre le danger des évènements en se faisant assurer

(1) Notez bien cette circonstance!

(2) Pothier, n° 25.

(3) M. Delvincourt, t. 3, p. 224, notes.
M. Duranton, t. 17, n° 418.

M. Zachariae, t. 3, p. 56, et ses annotateurs, note 6.

(4) *Suprà*, n° 48.

par un tiers étranger, il pouvait veiller à sa sûreté en donnant à son associé la préférence de l'assurance (1). Grotius (2), Vinnius (3) et Pothier (4) étaient de cet avis: c'est même par les règles du contrat d'assurance que ces auteurs expliquaient l'opinion de Cassius et Sabinus (5), qui enseignaient que l'un des associés pouvait être déchargé de toute perte en considération des bénéfices que son industrie était de nature à produire à la société. Grotius, Vinnius et Pothier pensaient que cette stipulation renfermait un mélange du contrat d'assurance. Quand l'associé se charge du risque moyennant quelque chose d'équivalent, ce n'est pas autre chose qu'un contrat d'assurance: cet associé devient assureur, l'autre associé est assuré.

Nous devons avouer cependant que l'auteur des *Conférences de Paris sur l'usure* (6), fidèle aux principes sévères qui lui ont si souvent attiré la critique de Pothier, soutenait qu'un associé ne pouvait faire une telle convention avec son associé; que c'était détruire le contrat de société, aller contre son but et son esprit. Mais Pothier le reprenait avec hauteur en lui opposant la loi romaine. J'ajoute que tous les canonistes ne partageaient pas l'opinion de l'auteur des *Conférences*.

Sylvius (7) et l'auteur de la *Dissertation théologique sur l'usure* (8) enseignaient que « l'assurance qui se fait seulement du capital ne détruit pas la société; car lorsqu'il

(1) Pothier, n° 35, *Société*.

(2) *De jure pacis et belli*, lib. 2, c. 12, n° 24.

(3) Sur les *Inst. De societate*, § 2, n° 4.

(4) N° 25.

(5) L. 29, § 1, D. *Pro socio*.

(6) T. 2, p. 70.

(7) T. 3, p. 529.

(8) P. 220, 221.

« n'y a que le capital d'assuré, moyennant un juste prix, la participation du risque subsiste toujours quant aux bénéfices (1). »

Ce qui, suivant eux, était destructif de la société, c'était l'assurance cumulative du capital et des profits, et cela, soit que cette assurance ait été faite au moment du contrat, soit qu'elle ait été faite successivement (2).

Tel était l'état des opinions dans l'ancienne jurisprudence.

Le projet de Code civil rédigé par la commission du gouvernement avait proposé un article (l'article 31) qui se bornait à frapper de nullité la convention qui donne à l'un la totalité des bénéfices (3); mais il gardait le

(1) Au premier coup d'œil il semble que de très-graves autorités théologiques étaient contraires à ce sentiment et favorables à celui des *Conférences sur l'usure*. En effet, on lit dans le concile de Milan de 1568 (T. 68, *De usuris*): « Ne in societate in quam alter pecuniam confert, alter operas, fiat pactio ut sors salva sit, fructus verò communiter dividantur. » L'assemblée du clergé, convoquée à Melun en 1579 (T. 34, *De usuris*), portait la même défense, appelant ces sortes de contrats *usuram redolentibus*. (Mém. du clergé, t. 6, p. 407.) — De même, dans le concile de Bordeaux de 1583, t. 34. (Labbe, t. 15, p. 981.) — Et Covarruvias (t. 2, lib. 3, c. 2, cons. 2): « Pecuniam in societatem licite dari non potest eo pacto, ut accipiens eam, periculum ejus subeat, sit que salva et integra conferenti; lucrum verò ex eo pactum utrique commune. Hoc probatur, quia contra leges societatis est commodum et lucrum percipere, damnum verò effugere. »

Mais l'auteur de la Dissertation théologique sur l'usure (p. 249) concilie ces autorités, en disant que ces conciles ne parlent pas du cas où l'assurance du capital aurait été achetée par le prix d'une somme réelle; que par conséquent ce cas, le seul qu'envisage Sylvius, n'est pas compris dans la censure.

(2) *Dissert. théol.*, p. 221.

Bulle de Sixte-Quint de 1586, citée dans ladite *Dissert. théol.*, p. 249.

(3) Fenet., t. 2, p. 574.

silence sur l'assurance du capital ou des effets mis dans la société. La Cour de Caen ayant présenté quelques observations sur les pactes relatifs aux pertes (1), la rédaction définitive ajouta au projet primitif le paragraphe qui nous occupe en ce moment. Est-ce la consécration de la doctrine de l'auteur des *Conférences de Paris sur l'usure*?

Un premier aperçu mène à l'affirmative; un examen plus réfléchi en éloigne.

Reprenons l'exemple posé au commencement de ce numéro et emprunté à Pothier. Si Pierre, que j'ai associé à mon négoce, prétend se soustraire à la clause par laquelle il s'est chargé de toute la perte, même de la perte de mes 40,000 francs, est-ce que je ne pourrai pas soutenir avec vérité, que la convention équivaut au pacte par lequel un associé met dans le fonds social la simple jouissance d'une somme d'argent, convention autorisée et réglementée par l'article 1851? Quelle différence y a-t-il entre stipuler qu'on reprendra intacte la somme qu'on a mise dans la société, et stipuler qu'on n'en apporte que la jouissance?

Dans l'ancienne jurisprudence, ou tout au moins dans les principes des théologiens (2), il y en avait une très-sensible; car celui qui ne mettait dans la société que la jouissance de son argent en avait tout le risque, tandis que l'assurance l'en débarrassait. Or, l'on conçoit alors le grand intérêt que l'on pouvait avoir à enlever au pacte d'assurance tout caractère social; car, s'il eût été nul à titre de société, comment se serait-il soutenu? Comme louage d'argent? Les lois canoniques le prohibaient! Comme équivalent à l'apport d'une simple

(1) Fenet., t. 3, p. 457.

(2) *Suprà*, nos 586, 423.

jouissance ? Point du tout, puisque cet apport laissait la somme d'argent aux risques de l'associé propriétaire.

Mais, sous le Code civil, qui, dans le cas d'apport de la jouissance d'une somme d'argent, met la perte aux risques de la société ; sous le Code civil qui autorise le prêt à intérêt et le loyer de l'argent, on a peine à comprendre comment des esprits réfléchis ont pu se croire arrêtés par l'article 1855 ; car il est clair que l'article 1851 fera toujours une large brèche à la deuxième partie de l'article 1855 ; il est clair que dans le cas d'une somme d'argent mise dans une société avec une clause qui la préservera des pertes, il sera toujours facile de sauver cette clause par l'article 1851 (1) ou par les règles du prêt à intérêt ; la crainte de l'usure, poussée à des scrupules que n'avaient pas eus le timoré et sage Pothier et de zélés défenseurs des lois canoniques, ne fera pas bannir des combinaisons libres, honnêtes, autorisées par des textes précis. Si l'article 1855, pris isolément, paraît conforme à la rigueur des *Conférences*, l'article 1851, combiné avec lui, le ramène aux tempéramens de Pothier.

Que si, au lieu d'une somme d'argent, il s'agissait d'un corps certain, autre que ceux dont s'occupe l'article 1851, les tribunaux devraient encore examiner si, sans violer la loi, le pacte qu'on représente comme contraire à l'article 1855 ne pourrait pas se soutenir à titre de louage d'une chose : « In contractibus non attenditur quid dictum fuerit, sed quid actum. » Je traiterai tout à l'heure de certains cas qui préciseront cette idée (2). Je ne fais que l'indiquer ici à la loyauté des parties et des magistrats. Il ne s'agit pas, du reste, d'enseigner l'art coupable d'éluder une prohibition par des artifices.

(1) *Suprà*, n° 536.

(2) *Infrà*, n° 659.

Nous recherchons sincèrement, si une chose permise ne se cacherait pas sous les dehors trompeurs d'une chose défendue.

654. Nous terminerons par une réflexion.

Autrefois, les jurisconsultes protestans, qui ne croyaient pas à la défense du prêt à intérêt, considéraient comme de vaines disputes tout ce que les jurisconsultes orthodoxes avaient écrit sur la prohibition de sauver le capital tout en en tirant un profit (1). C'est qu'aux yeux des premiers, les principes du prêt à intérêt rendaient inutiles des théories qui, bien qu'ayant quelque valeur au point de vue de la société pure, étaient dépourvues de solidité au point de vue du loyer de l'argent. A cette époque, cette manière de voir était une hardiesse : aujourd'hui, elle rentre nécessairement dans l'esprit d'une législation qui, par un heureux accord du for intérieur et du for extérieur, permet le loyer de l'argent dans de justes limites.

Ce qu'il y a de certain, du reste, c'est que quelles que soient les idées qu'on se fasse sur la portée du deuxième paragraphe de l'article 1855, il est évident que cette disposition n'atteint pas la simple restriction de la participation légale aux pertes.

655. Ainsi, tout le monde convient que rien n'empêche de garantir l'un des associés de toutes les pertes qui iraient au delà de sa mise (2).

656. Ainsi, encore, rien ne ressemble moins à un pacte léonin que celui qui consiste à exempter un associé de la contribution aux dettes au delà de sa mise (3). Cette

(1) V. l'annotateur hollandais de Felicius, c. 46 et 47.

(2) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 431.

(3) M. Duranton, t. 17, n° 449.

M. Duvergier, n° 256.

M. Zachariæ, t. 3, p. 57.

convention est très-licite et très-usuelle; elle est de droit commun dans la commandite.

657. Enfin, il arrive tous les jours que l'on stipule que l'un des associés prélèvera sa mise avant partage; et cette clause est excellente. Les circonstances, du reste, peuvent influencer sur sa portée. Tantôt elle pourra signifier que le retrait n'aura lieu qu'autant que la société n'a pas éprouvé de pertes; mais que s'il y a des pertes, elle y contribuera. Tantôt elle pourra signifier que le retrait aura lieu à tout événement; mais alors on rentre dans le cas où la mise n'est que de la simple jouissance.

658. Et j'ai besoin de revenir sur ce dernier point, afin que l'on n'aille pas chercher dans l'article 1855 des fantômes qui troublent l'esprit.

D'abord, toutes les fois qu'il s'agira de l'application du deuxième paragraphe de cet article, on examinera préalablement si la somme ou l'effet affranchis ont été réellement mis dans la société, ou bien si l'on n'a entendu en apporter à la société que la simple jouissance. Ceci est très-important, non-seulement sous le rapport que nous touchions au numéro 653, mais encore sous un autre point de vue.

Supposons, en effet, que la mise d'un associé ne consiste que dans la jouissance d'un corps certain non fongible, non destiné à être vendu, non estimé (1) : il est évident que la perte de cette chose doit peser exclusivement sur lui, d'après la règle *Res perit domino* (2); et le pacte qui déclarerait l'autre associé dispensé de contribuer à cette perte, loin de violer l'article 1855, serait d'accord avec son esprit : on rentrerait dans la stricte application de l'article 1851.

(1) V. l'art. 1851.

(2) *Suprà*, n° 582.

M. Championnière, t. 3, n° 2756.

659. Mais quel serait le sort d'une convention qui, renversant la responsabilité légale, la porterait en tout ou en partie sur l'associé non propriétaire? Pourrait-on stipuler, par un pacte exprès, que cet associé supportera la perte totale ou partielle de la chose, dont la jouissance seule a été mise dans la société?

On sait que la règle *Res perit domino* n'est pas inflexible. Un propriétaire peut se décharger du risque de sa chose sur quelqu'un à qui il fait un avantage (1). Nous avons déjà vu un exemple de cette combinaison dans la société de bestiaux. L'article 1810 du Code civil (2), prenant en considération certains avantages dont jouit le cheptelier, met à sa charge la moitié de la perte partielle supportée par le capital, quoique l'usage seul des bestiaux soit mis dans la société par le propriétaire.

L'argument qu'offre cet article est décisif sur notre question. Il est évident que la convention pourra toujours réaliser, entre associés, une situation qui est de droit dans le contrat de cheptel. Il suffira, pour l'équité de ce pacte, que l'associé non propriétaire recueille quelque avantage de nature à compenser la portion du risque dont il décharge le propriétaire.

Mais, remarquons-le bien, l'article 1810 ne met à la charge du preneur que la moitié de la perte partielle, et l'article 1811 considère comme illicite le pacte qui chargerait le cheptelier de la totalité de la perte (3). L'ancien droit proclamait aussi l'injustice d'une telle convention (4).

(1) Mon comm. *du louage*, t. 3, n° 1097.

(2) *Loc. cit.*

(3) Mon comm. *du louage*, t. 3, n° 1114.

(4) Pothier,

Coguille,

Cout. de Berry,

Rappelés *loc. cit.* (V. aussi n° 1101.)

Ceci posé, on demande si, dans le contrat de société ordinaire, on pourrait faire ce que défend le contrat de cheptel, et si l'associé propriétaire pourrait, moyennant un raisonnable abandon, s'exonérer sur son co-associé de la perte totale de la chose dont il n'a mis que la jouissance en société ?

Exemple : Pierre est propriétaire de métiers à tisser ; François, qui n'a pas le moyen d'en acheter, s'associe avec lui pour qu'il mette en commun l'usage de trois de ces métiers. Il est convenu que Pierre aura le tiers des bénéfices et que François en aura les deux tiers ; mais que ce dernier supportera la perte partielle ou totale de ces métiers. C'est ce dernier pacte, dont il s'agit d'apprécier la légalité.

Autre exemple : Titius est propriétaire d'un moulin à huile et Sempronius d'un cheval. Ces deux individus font une société pour l'exploitation de cette usine ; Titius fournit l'usage de l'usine et son industrie, Sempronius apporte l'usage de son cheval. Il est convenu que ce dernier n'aura que le quart des bénéfices, mais que le cheval sera aux risques de Titius. Ce dernier pacte doit-il avoir la sanction des tribunaux ?

Je le pense.

Lorsqu'une convention se manifeste sous deux faces, il est de règle que l'interprétation doit s'arrêter à celle qui présente un sens valable. Or, dans l'espèce, à travers tout ce que les parties ont pu dire de la société qu'elles ont formée, on aperçoit le mélange d'un contrat de louage, avec les spécialités qui lui sont propres, avec les clauses qu'il approuve. Sempronius, propriétaire du cheval, a agi comme tous ceux qui louent des bêtes de somme à la charge que le locataire supportera la force majeure. On sait que dans le louage rien n'empêche de mettre la perte totale à la charge de celui qui n'est pas propriétaire. L'article 1825 en offre un exem-

ple frappant (1). Les principes du louage sauveront donc la convention. Sempronius est plutôt un locateur qu'un associé ; il n'a fait que louer son cheval, moyennant un prix qui, au lieu d'être fixe, comme cela se pratique d'ordinaire, consiste dans une part dans des bénéfices éventuels.

Et ce que je dis du propriétaire du cheval, je l'applique avec non moins d'à-propos au propriétaire des métiers.

Quant à l'argument que fournit l'article 1811, il ne faut pas s'en préoccuper. Cet article a été fait pour protéger la chétive industrie des chepteliers : et, du reste, ce n'est pas sans peine que l'ancienne jurisprudence était arrivée à consacrer la doctrine dont il est l'expression (2). Il ne doit donc pas être étendu à d'autres cas moins favorables et que la loi a laissés au règlement libre des conventions privées. N'oublions pas d'ailleurs que, dans les deux espèces que j'ai examinées, le propriétaire a une part de bénéfices moindre que l'autre associé. Cette inégalité, évidemment calculée pour dédommager ce dernier du risque dont il décharge le propriétaire, ne laisse-t-elle pas à la convention le relief d'équité et de probité qui commande le respect du juge ?

Ces raisons me paraissent frappantes, et c'est pleinement ce de côté que se porte mon opinion.

660. Voyons maintenant le cas où la mise consiste, non dans la jouissance d'un corps certain, mais dans la jouissance d'une somme d'argent. Il est inutile de dire que l'associé propriétaire de cette somme pourra va-

(1) *Junge* art. 1773, 1774, et mon comm. *du louage*, t. 2, n^{os} 755, 756, 759, et t. 3, n^o 1236.

(2) V. mon comm. *du louage*, t. 3, n^o 1101, et les aveux de Coquille.

lablement stipuler qu'il la retirera entière (1); car c'est là son droit, tel que l'art. 1851 le consacre de la manière la plus expresse (2); et ce prélèvement a lieu, quels que soient les évènements et quand bien même la société serait en perte (3).

Mais, comme nous l'avons dit ci-dessus (4), l'associé propriétaire de cette somme doit, en thèse ordinaire, contribuer comme associé au retrait qu'il opère comme créancier. De là la question de savoir si, par une convention expresse, il lui est permis de se dégager de cette contribution, et de rester affranchi de la perte quoi qu'il arrive.

L'affirmative me paraît certaine.

En effet, ce qui constitue la mise de cet associé, c'est, suivant Puffendorf et Pothier, le profit de l'argent (5), et ce profit reste soumis aux chances de pertes qui viennent affliger la société; car l'associé peut ne rien retirer des intérêts de ses fonds. L'art. 1855, qui veut que la mise ne soit jamais affranchie, est donc respecté.

661. Mais remarquez que si l'associé, qui apporte la seule jouissance d'un capital, stipulait, en outre, que l'intérêt de son argent lui serait assuré, ce serait un prêt pur et simple; tout élément social disparaîtrait.

Remarquez, en outre, que si, indépendamment d'un intérêt à 5 ou 6 p. 0/0, il stipulait qu'il prendrait part, en sus, dans les bénéfices, ce serait une usure manifeste, ainsi que l'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 17 avril 1837 (6).

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 224, notes, n° 5.

(2) *Suprà*, n° 586, 587.

(3) MM. Malpeyre et Jourdain, n° 130.

M. Duvergier, n° 264.

(4) N° 586, 611, 612.

(5) *Suprà*, n° 616.

(6) D. 37, 1, 303. (S. 37, 1, 275.)

662. Reste à savoir maintenant comment opère la nullité prononcée par l'art. 1855? Cette nullité fait-elle tomber la société même, ou seulement la convention entachée d'un caractère léonin?

Les opinions sont diverses à cet égard. M. Delvincourt veut que la nullité de la clause contraire à l'article 1855 n'entraîne pas la nullité de la société (1); au contraire, M. Duranton (2), M. Duvergier (3) et le recueil de M. Dalloz (4) soutiennent que c'est le contrat même de société, qui est entaché de nullité et vicié dans son essence.

La doctrine que nous avons exposée au n° 276 nous conduit à l'adoption de cette dernière opinion; je la corrobore du texte de la loi 29, § 2, D. *Pro socio*, dans laquelle Ulpien enseigne que c'est la société même qui est affectée dans son essence par le pacte léonin: « *Societatem coiri non posse! et nos consentimus talem societatem nullam esse.* »

ARTICLE 1856.

L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure; mais s'il n'a été

(1) T. 3, p. 223.

Junge les annotateurs de M. Zachariae, t. 3, p. 56, note 7.

(2) T. 17, n° 422.

(3) N° 277 et 103.

(4) V. *Société*, p. 92, n° 10.

Junge MM. Malpeyre et Jourdain, n° 128.