

Le sous-directeur d'une compagnie formée pour les remplacements de jeunes soldats avait traité avec un père de famille, qui craignait de voir son fils atteint par le recrutement. La compagnie étant tombée en faillite, le père de famille poursuivit le sous-directeur en son nom personnel, comme associé. Celui-ci répondait qu'il n'était que simple mandataire salarié, que sa qualité de sous-directeur impliquait naturellement celle de mandataire, et non celle d'associé. Néanmoins, d'après les circonstances de la cause, les juges du fait le déclarèrent associé, et le pourvoi contre cette décision fut rejeté par la chambre des requêtes le 10 août 1834 (1).

44. Après avoir parlé du conflit du mandat et de la société, nous avons à rechercher l'antagonisme de la société avec le louage. Séparés par les principes, ces deux contrats se rapprochent dans certains cas par des emprunts qui ne permettent pas de les distinguer toujours avec facilité.

J'ai rappelé, en effet, dans mon commentaire du *louage*, les discussions qui se sont élevées sur la question de savoir si le bail partiaire est une société, ou un contrat innommé, ou un bail (2). Je crois avoir prouvé que le bail partiaire n'est autre chose qu'une société appliquée à l'industrie agricole; et je trouve cette opinion énoncée dans le discours au corps législatif du tribun Gillet: « Les baux à portion de fruits sont bien, sous plusieurs rapports, de véritables associations. Mais leur premier objet est d'abord la facilité des exploitations agricoles. Voilà pourquoi cette matière a dû être traitée dans un autre titre particulier (3). »

Les mêmes discussions se sont répétées sur le chep-

(1) Dal., 32. 1. 80, 81.

(2) T. 2, nos 637, 638 et suiv.

(3) Fenet, t. 14, p. 419.

tel. Comme j'ai discuté cette question à fond dans mon commentaire du *louage*, je n'ai pas à y revenir (1). J'ajouterai que mon opinion sur le caractère de société qui appartient à ce contrat est encore corroborée par celle de M. Gillet (2) et par un arrêt de la Cour de Paris du 23 février 1809 (3).

Il n'est pas jusqu'au bail ordinaire de biens immeubles qui ne puisse être le siège de graves débats entre la société et le louage. J'ai eu connaissance d'un bail de forge qui, deux fois interprété par la Cour de Dijon, a été tour à tour qualifié de société déguisée et de louage pur (4).

45. Mais c'est particulièrement le louage d'industrie qui présente des analogies délicates avec le contrat de société. Dans le louage d'industrie, le travailleur veut se procurer le prix de ses soins. Dans la société, où l'un des associés apporte son industrie, celui-ci entend aussi obtenir la récompense de son travail (5). Mais, bien que le but soit le même, les moyens d'y parvenir sont très-différens. Le louage d'ouvrage ne comporte pas de fonds social, il ne rend pas le travailleur passible de la perte; tandis que si l'ouvrier a choisi la voie de la société pour se procurer la récompense de son industrie, il y a nécessité de constituer un fonds social; il y a chances de pertes et de bénéfices à supporter en commun.

Ces observations, fort élémentaires du reste, quoique de bons esprits les aient quelquefois perdues de vue (6),

(1) T. 3, nos 1060 et suiv.

(2) *Loc. cit.*

(3) D. *Société*, p. 83.

(4) Affaire Mollerat. Arrêt du 12 août 1841 qui se prononce pour la société; arrêt du 20 décembre 1841, pour le louage.

(5) Mon com. du *louage*, t. 3, n° 1063.

(6) Témoin M. Mouricault, tribun; voyez mon com. du *louage*, t. 3, n° 1063.

nous ont servi ailleurs à fixer le caractère du cheptel simple (1). Elles sont indispensables pour assigner à la combinaison suivante son rang légitime.

46. Il s'agit du contrat par lequel un négociant, voulant éveiller le zèle de ses commis, leur donne au lieu d'appointemens, une part dans les bénéfices de sa maison. Est-ce là une société? ou bien n'est-ce qu'un contrat de louage?

Cette question a fort occupé la jurisprudence (2). Elle ne peut être résolue que par les circonstances. C'est, comme le disait le jurisconsulte Julianus, *implicitam facti quæstionem* (3).

Si le commis n'est pas admis à la copropriété du fonds social; si, subordonné à l'autorité du maître, il peut être renvoyé par lui, sauf indemnité; s'il n'est pas tenu envers les tiers, et que les pertes ne puissent l'atteindre, on a coutume de décider de préférence qu'il n'est pas associé; sa position est plutôt celle d'un simple commis, qui, au lieu d'un traitement fixe, reçoit pour salaire de son travail une part dans les bénéfices éventuels. Dans ses observations sur le projet du Code civil, la Cour d'appel de Lyon proposait un article ainsi conçu :

(1) Mon com. du louage, n° 1063.

(2) M. Pardessus, t. 4, n° 969; MM. Malpeyre et Jourdain, n° 14; M. Duvergier, n° 53.

Cassation : 31 mai 1831. S. 31, 1, 249.

D. 31, 1, 206.

Rouen : 6 avril 1811. S. 12, 2, 33.

28 février 1818. S. 18, 2, 132. Dalloz, *Société*, 104.

Paris : 7 mars 1835. S. 35, 2, 235.

D. 35, 2, 93.

Lyon : 27 août 1835. D. 36, 2, 181.

Bourges : 10 avril 1829, et arrêt de la Cour de cassation du 21 février 1831, qui rejette le pourvoi. D. 32, 1, 388.

(3) *Suprà*, n° 42.

« Le commis, artiste, ou employé de la société, sous quelque dénomination que ce soit, à qui elle accorde une part quelconque dans les bénéfices, à titre d'encouragement, ou pour lui tenir lieu de son salaire en tout ou en partie, ou le droit d'opter, pour son salaire, entre une somme fixe ou une portion déterminée des bénéfices, *n'est pas associé*, il n'est pas tenu des pertes (1). »

La Cour royale de Lyon a jugé cependant que dans une telle situation les contestations entre le commis et son patron devaient être portées devant les arbitres (2). Dans l'espèce, le commis cumulait avec un traitement fixe de 1500 fr. un tant pour cent dans les bénéfices. Mais ce fait me paraît indifférent, car il est naturel de supposer que ce double avantage n'était que la juste indemnité du travail de ce commis.

Quoique l'arrêt de la Cour de Lyon ne soit pas un modèle de bonne rédaction, il peut cependant se défendre par quelques vraisemblances. On peut dire : la société entre le patron et son commis se réalise d'abord par une réciprocité de mises, le commis apportant son industrie, le patron apportant, sinon les choses mêmes qui composent son fonds de commerce, du moins le mouvement commercial de sa maison (3). Et cette première observation répond à l'objection de ceux qui allèguent que le commis n'est pas admis à la participation du fonds social. Sans doute, il ne devient pas copropriétaire des capitaux du patron : mais qu'importe, s'il est admis à l'achalandage de son commerce, à la rotation de ses affaires, à la mise en action de ses capitaux? est-

(1) Fenet, t. 4, p. 312, 313.

(2) Arrêt précité, du 27 août 1835. D. 36, 2, 181.

(3) *Suprà*, n° 39.

ce que ce n'est pas là un *bien* (1) auquel le commis participe, comme le patron entre en communication de son industrie? n'est-ce pas là la base possible d'une société?

En second lieu, on peut ajouter que le commis participe aux pertes, puisque s'il n'y a pas de bénéfices il perd son industrie; c'est en vain qu'il a travaillé.

En troisième lieu, la position subordonnée du commis n'est pas incompatible avec les lois de la société, qui d'une part peut avoir besoin de concentrer une plus grande part d'autorité dans la main de l'un des associés, et de l'autre, de faire dépendre la dissolution de la société de la volonté d'un seul.

Enfin, rien n'empêche de convenir, par le pacte social, que l'associé qui donne son industrie ne sera pas tenu personnellement des dettes (2).

L'arrêt de Lyon peut donc se soutenir à la rigueur par de spécieux argumens. Cette cour n'a eu qu'un tort: c'est de ne les avoir pas déduits avec force et clarté.

Toutefois, je serais bien plus enclin à donner la préférence à l'autre jurisprudence; la position précaire du commis, son infériorité à l'égard du chef, son isolement à l'égard des tiers, indiquent plus logiquement un contrat de louage d'ouvrages, et s'adaptent moins naturellement au contrat de société.

Au surplus, c'est là une de ces questions de fait, que les tribunaux décident souverainement sans que la censure de la Cour de cassation puisse les atteindre.

« *Voluntatis quæstio in existimatione judicis est.* » C'est aux juges à scruter cette intention avec intelligence, et à choisir les présomptions les plus graves, les plus précises, les mieux concordantes.

(1) Art. 4833; *suprà*, n° 39; *infra*, n° 442.

(2) *Infra*, n° 648 et suiv.

47. Nous venons de voir le mandat, le louage et la société se dissimulant sous les traits l'un de l'autre; nous allons montrer le prêt et la société se donnant la main pour tromper des regards inattentifs.

Dans l'ancienne jurisprudence, qui défendait le prêt à intérêt, cette alliance était surtout très-fréquente (1), et l'on ne saurait croire à combien de controverses elle a donné naissance. Le prêt, stérilisé par les lois canoniques et civiles, faisait les plus grands efforts pour se glisser dans la société, pour se parer de ses couleurs, et usurper avec son nom son privilège de fécondité: tout ce qui a été écrit là-dessus est infini.

Mais, sans entrer dans des détails, que la facilité des lois modernes a rendus inutiles, nous devons mentionner le fameux système des trois contrats (2), inventé de bonne heure par la ruse, et soutenu par les casuistes relâchés comme un des plus sûrs moyens de venir au secours du prêt à intérêt. Pothier s'en est occupé. Mais il n'en a pas connu l'origine; car il croit qu'il fut imaginé par Diana (3), tandis qu'il remonte à une antiquité bien plus reculée.

Les trois contrats, appelés aussi *contractus trium*, sont dûs à la subtilité des clercs orientaux, qui, voyant que l'usure leur était rigoureusement interdite, cherchèrent par des détours à échapper à la prohibition. On croit que ce déguisement habile fut antérieur au concile de Nicée (4) et contemporain de l'hérésie arienne (5); les plus anciens canonistes de l'Orient, Zonare et

(1) On peut lire ci-dessus la « *Dissertation théologique sur l'usure du prêt de commerce et sur les trois contrats.* » Rouen, 1767, p. 72 de la dernière partie.

(2) *Id.*, p. 206 et suiv.

(3) N° 22.

(4) Thomassin, *Traité de l'usure*, ch. 16, p. 385.

(5) *Dissertation théologique*, p. 282.

Théodore Balsamon, qui écrivirent dans le 12^e siècle, en parlent déjà comme d'une frauduleuse invention et d'une usure artificieuse (1).

Néanmoins, un jurisconsulte célèbre du 16^e siècle, Martin Azpilcueta, surnommé Navarre parce qu'il était du royaume de ce nom, se vantait (2) d'en avoir fait la découverte pour complaire au roi de Portugal, qui désirait ardemment qu'on trouvât un moyen d'excter les particuliers à prêter leur argent aux marchands de Lisbonne, sans être accusés d'usure. Mais c'était là une erreur de l'amour-propre de Navarre. Depuis long-temps les trois contrats avaient été mis en lumière par les artifices de l'esprit grec, et signalés comme une pratique usuraire (3).

Voici, au surplus, le mécanisme de cette combinaison, dont le contrat de société est le pivot (4).

Je contracte d'abord une société avec un négociant dont le fonds de commerce est de 30,000 fr.; je lui apporte 10,000 fr., et il m'associe pour un quart dans son négoce; d'après la marche habituelle de ses affaires, je peux espérer que ma part me produira un bénéfice annuel de 12 pour cent. Voilà le premier contrat, base de l'opération.

Mais une société peut rencontrer des chances mauvaises; elle peut trouver la perte au lieu du gain; et comme je ne veux courir aucun risque pour mon capital de 10,000 fr., je fais avec ce marchand un second contrat, que nous qualifions contrat d'assurance, et par lequel il m'assure mes 10,000 fr., moyennant que je

(1) Zonare, sur le dix-septième canon du premier concile de Nicée.

(2) Comment. *De usuris*, n° 32.

(3) Thomassin, *loc. cit.*, et *Dissert. théolog.*, p. 283 et 316.

(4) Felicius, *De societate*, c. 19, nos 15, 16, 17.

lui abandonne une part de mes bénéfices, par exemple la moitié.

Me voilà rassuré sur le sort de mon capital dont le marchand répond désormais aussi bien que si je le lui avais prêté par la voie d'un prêt. Mais est-ce tout? pas encore; car les bénéfices ne sont rien moins que certains, et si la société fait de mauvaises affaires, mes 10,000 fr. seront improductifs. Eh bien! nous aurons recours à un troisième contrat qui me sauvera de cet inconvénient. Je vendrai au marchand mon capital de 10,000 fr., et tous mes gains à espérer, moyennant le prix de 10,000 fr., qu'il s'obligera de me rendre à la fin de la société, avec 500 fr. d'intérêts annuels jusqu'au jour du paiement. Par cette vente, pompeusement appelée par les casuistes : *vente d'un plus grand gain espéré, pour un profit moindre et certain* (1), je n'aurai plus à craindre aucune chance, et mon capital me rapportera un intérêt de 500 fr. Dira-t-on que cette convention équivaut à un prêt à intérêt défendu par la loi religieuse et la loi civile? Ce serait être trop sévère, disent les casuistes partisans des trois contrats; et leur grande raison, c'est que ces trois contrats, considérés isolément, étant licites, ils ne doivent pas cesser de l'être parce qu'ils auront été réunis dans une même convention.

L'influence des casuistes en Italie et en Espagne paraît y avoir accredité cette supercherie auprès des hommes les plus distingués par leurs lumières (2). En

(1) *Dissert. théolog.*, p. 205.

(2) Toubeau, *Instit. du droit consul.*, liv. 2, t. 3, ch. 3, p. 109, cite Scaccia, qui atteste que, d'après l'avis des R. P. jésuites, personne n'y avait de scrupule, quand l'intérêt était de 5 p. 100 et que cette opinion, approuvée à Rome par de fort habiles gens, était enseignée en Italie et en Espagne par les professeurs de théologie.

France aussi elle trouva des approbateurs crédules (1) et des défenseurs dogmatiques. De gros livres et des pamphlets vinrent à son aide (2); l'encyclopédie se prononça pour les trois contrats (3), afin de rendre les capitaux civils productifs d'intérêts dans le commerce. La défense de l'usure commençait à poindre chez les économistes sous l'influence de Turgot; les novateurs et les jésuites se donnaient la main!!! Mais tous les esprits sincères, en théologie et en jurisprudence, condamnaient les trois contrats. L'auteur des conférences sur l'usure n'y voyait qu'une *pernicieuse invention*, et Pothier, qu'une *illusion de la cupidité*. Il est évident que, dans la réalité, les parties n'avaient entendu faire ni société, ni assurance, ni vente, et que cette triple simulation aboutissait à la création d'un prêt, honteux de se nommer (4).

Aujourd'hui que le prêt à intérêt est permis dans de justes limites (5), cette fraude des casuistes ne pourrait se reproduire que pour masquer l'usure, ce fléau des fortunes privées; mais l'attention des magistrats saurait la reconnaître sous ce plagiat (6).

(1) Toubeau est du nombre.

(2) La *Dissertation théologique* est une réponse à un de ces pamphlets.

(3) T. 17, p. 537.

(4) *Dissert. théolog.*, p. 206.

(5) Loi du 3 septembre 1807.

(6) *Infra*, n° 652; M. Duvergier (n° 58) a cru la retrouver dans une espèce jugée par la Cour de cassation, le 17 avril 1837 (D. 37, 1, 303. — S. 37, 1, 275). Pour mon compte, il m'est impossible de l'y reconnaître. En fait, il n'y avait pas de société; on ne prétendait pas que cette base des trois contrats eût été convenue entre les parties; on avouait hautement un prêt à intérêt, seulement on soutenait que la loi du 3 septembre 1807 ne s'opposait pas à ce que le prêteur reçût, outre les intérêts légaux, une certaine part

48. Au surplus, quand nous commenterons l'art. 1855, nous nous expliquerons sur plusieurs cas fort importants et fort délicats, dans lesquels le prêt à usure pourrait se glisser adroitement dans la société (1).

49. Lorsqu'un individu fournit des fonds à un négociant pour son commerce avec stipulation qu'il touchera une part dans les bénéfices, il n'est pas toujours facile de distinguer s'il a voulu faire un prêt ou une société; nous allons voir la société servir à dissimuler un prêt usuraire, et le prêt employé pour couvrir d'un voile une société léonine.

Dans une espèce jugée par la Cour de Liège, il avait été convenu que la somme prêtée serait restituée intégralement à la fin de l'opération, ce point de fait fixa vivement l'attention de la Cour: il lui sembla qu'il était assez grave pour faire décider, en l'absence de toute preuve contraire, que le prêt devait l'emporter sur la société; car l'associé, même commanditaire, ne peut pas espérer de recouvrer ses fonds en entier lorsqu'ils ont été atteints en tout ou en partie par les pertes sociales; une telle clause répugne donc à la nature de la société, tandis qu'elle est de l'essence du prêt.

Il est vrai que l'admission du bailleur de fonds au partage des bénéfices, au lieu d'intérêts, convient davantage avec la société. Mais la Cour n'aperçut dans ce rapprochement rien d'assez fort pour briser le nœud qui rattachait la convention au contrat de prêt. Elle crut que le bailleur de fonds avait, tout au plus, entendu se ménager par-là des intérêts plus considérables que les intérêts lé-

dans les bénéfices de la société à laquelle son prêt avait rendu service. La Cour de cassation cassa l'arrêt de Paris qui avait autorisé ce cumul.

(1) *Infra*, nos 652 et suiv.

gaux ; mais qu'il n'avait pas cessé de vouloir retirer du prêt ses avantages réels ; que seulement il les avait vus plus étendus que ne le permet la loi prohibitive de l'usure. Tout ce que la Cour crut pouvoir faire alors, ce fut de contraindre le bailleur de fonds à restituer ce qu'il avait perçu au delà du taux légal.

J'ajoute que le bailleur de fonds avait stipulé qu'il pourrait surveiller les livres et demander compte à l'emprunteur. Ces circonstances parurent une suite naturelle du partage des bénéfices, et la Cour ne vit en elles rien d'aggravant (1).

Ainsi, dans cette espèce, l'élément social est entièrement effacé par la Cour ; le bailleur de fonds est considéré comme assez favorable pour être maintenu dans la position avantageuse d'un prêteur, qui a droit à la restitution de son capital entier ; on le décharge de toutes les obligations de l'associé qui, en cas de naufrage, supporte sa part du sinistre commun.

Mais voici une espèce où la Cour de Paris, par arrêt du 10 août 1807, a pris le contre-pied de cette appréciation (2) : toutefois, il y avait cette double différence dans les faits, savoir : 1° que le bailleur s'était réservé, outre une part dans les bénéfices, les intérêts de son argent à 12 pour cent, taux alors permis ; de telle sorte qu'il y avait un cumul d'avantages qui ne se rencontrait pas dans l'espèce précédente ; 2° qu'il avait pris dans plusieurs actes la qualité de commanditaire, à côté de celle de prêteur.

C'est pourquoi, la Cour déclara, en fait, que le bailleur de fonds n'avait eu d'autre intention que de faire une société ; non pas une société basée sur un pied

(1) Dalloz, *Société*, p. 103 et 104. Son arrêt est du 9 juillet 1821.
(2) D. *Société*, p. 130. MM. Malpeyre et Jourdan, 222.

d'égalité, mais une société léonine, pour profiter des bénéfices et ne supporter aucune perte ; que s'il avait quelquefois affecté de prendre le titre de prêteur, c'était dans le but insidieux de se ménager deux qualités profitables, suivant les circonstances : celle de prêteur, en cas d'infortune, afin d'échapper aux pertes ; celle de commanditaire, en cas de bonne chance, pour partager les gains ; que dès lors il était clair que le prêt n'avait pas été le but du contrat ; qu'il n'avait été qu'une voie détournée pour enfreindre les principes destinés à maintenir l'égalité dans le contrat de société.

50. Ces exemples montrent combien les mêmes faits peuvent se prêter à des interprétations diverses. Dans ces sortes d'affaires, l'intention des parties et leur bonne foi exercent sur l'esprit du juge une influence dont la théorie doit savoir tenir compte.

Je ne ferai qu'un reproche à l'arrêt de la Cour royale de Paris : c'est d'avoir posé comme principe évident que, dans le doute, on doit présumer un contrat de société plutôt qu'un contrat de prêt, parce que le débiteur, en faveur duquel la loi incline toujours, trouve une entière décharge dans le contrat de société. Je crois cette maxime trop absolue ; souvent elle conduirait à des applications dangereuses et forcées ; j'ai même cité ci-dessus l'adage contraire de Cujas : *In dubio non videtur societas* (1). Il ne faut pas faire violence à la volonté des parties par ces vérités de convention qui sont quelquefois si douteuses. Du reste, on aperçoit le haut intérêt qui s'attache ici à la qualification du contrat : prêteur, le bailleur de fonds retire son argent ; associé, il le perd pour payer les dettes de la société.

(1) N° 35 ; junge 28, 30.

51. Les mêmes difficultés d'appréciation ne se rencontrent pas dans le cas suivant.

La ville de St.-Pierre (Martinique), n'ayant pas de fonds pour la construction d'une salle de spectacle, émet 80 actions de 3,000 francs chaque; il est convenu que chaque action, dans l'entreprise de la restauration de la salle de spectacle, a hypothèque et privilège de bailleur de fonds sur l'édifice et ses dépendances; que le prêteur a droit à un intérêt de 6 pour cent, et de plus à un billet de première loge tous les mois, à dater de l'ouverture de la salle.

L'entreprise n'ayant pas réussi, un des actionnaires assigna la ville de Saint-Pierre en remboursement du capital de son action et des intérêts. La ville soutint que les actionnaires n'étaient pas de simples prêteurs; qu'ils étaient associés dans l'entreprise; que leurs titres portant le nom d'action impliquaient nécessairement l'idée d'une société, d'après les art. 34 C. de commerce, 529 C. civ.

Ce système échoua devant les tribunaux de la Martinique. La Cour royale décida que les bailleurs de fonds n'avaient pas entendu faire une société, qu'ils étaient seulement intervenus pour venir au secours de la ville et lui faire une avance; que la ville n'avait jamais entendu non plus les admettre à la copropriété de la salle de spectacle et de ses dépendances; qu'ainsi de part et d'autre on avait voulu rester dans les conditions d'un prêt.

Sur le pourvoi formé par la ville de Saint-Pierre, la chambre des requêtes, par arrêt du 10 mai 1837, rejeta le recours en cassation (1).

Le bien jugé de ces décisions est évident. D'abord, la ville de Saint-Pierre était dans l'erreur quand elle pré-

(1) D. 37, 1, 338.

tendait que la division du capital par actions était la preuve de l'existence d'une société. On sait que ce mode de division d'un capital n'est pas particulier aux sociétés, et qu'il peut se rencontrer dans d'autres opérations fort différentes (1).

Les argumens qu'on pouvait tirer du taux des intérêts et de l'avantage d'une place au théâtre n'avaient rien de décisif; car dans les entreprises commerciales l'intérêt légal est de 6 %; et la légère faveur d'une place par mois n'était qu'une gratification honorable accordée à des citoyens qui s'étaient empressés de venir au secours de leur ville.

Mais ce qui était démonstratif d'un prêt et exclusif d'une société, c'est que les actionnaires ne devenaient pas propriétaires de la chose; c'est que cette chose leur était même donnée à hypothèque ou comme assiette d'un privilège!! c'est qu'ils n'étaient pas associés aux bénéfices de l'entreprise et que les profits à espérer ne devaient pas être répartis entre eux.

Du reste, je trouve une décision semblable émanée de la Cour d'Orléans, dans une espèce où l'acte qualifiait expressément l'opération de société en commandite. Mais la Cour, fidèle au principe que dans les contrats il faut s'arrêter non aux mots, mais aux choses, refusa de voir une société dans un agissement qui n'en contenait pas les conditions essentielles; elle voulut que les bailleurs de fonds fussent dépouillés de la qualité apparente d'associés, pour être revêtus, même à l'égard des tiers, du titre réel de prêteurs. Son arrêt du 18 juin 1838 (2) est motivé avec force.

52. En voilà assez sur les rapports de la société et du prêt. Parlons des analogies de la société et de la vente.

(1) M. Pardessus, t. 4, n° 969; *infra*, n° 143.

(2) D. 39, 2, 105.